

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUK (ANAYASA HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**FEDERASYONLAR VE YETKİ UYUŞMAZLIKLARININ
YARGISAL ÇÖZÜMÜ**

Doktora Tezi

Demet ÇELİK ULUSOY

Ankara-2013

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ANAYASA HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**FEDERASYONLAR VE YETKİ UYUŞMAZLIKLARININ
YARGISAL ÇÖZÜMÜ**

Demet ÇELİK ULUSOY

Doktora Tezi

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Merih ÖDEN

Ankara-2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUK (ANAYASA HUKUK)
ANABİLİM DALI

FEDERASYONLAR VE YETKİ UYUŞMAZLIKLARININ
YARGISAL ÇÖZÜMÜ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı:

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../200...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

FEDERASYONLAR VE YETKİ UYUŞMAZLIKLARININ YARGISAL ÇÖZÜMÜ

KISALTMALAR	IV
TABLOLAR.....	V
ÖZET.....	VI
ABSTRACT.....	VII

BİRİNCİ BÖLÜM FEDERASYON VE YETKİ PAYLAŞIMI

GİRİŞ	1
I. FEDERASYON	6
A. KAVRAM.....	6
1. Etimolojik Köken.....	6
2. İlgili Kavramlar.....	8
a. Anlaşma (Covenant).....	8
b. Pazarlık (Bargain).....	11
c. Çeşitlilik İçinde Birlik (Unity in Diversity).....	12
3. Federalizm ve Federasyon Kavramları.....	14
4. Kavramsal Karmaşayı Aşma Önerisi.....	19
B. TARİHİ GELİŞİM	21
C. TEORİK ÇERÇEVE.....	30
1. Modern Dönem Öncesi Federasyon Teorileri	32
a. Teolojik-Siyasi Federalizm/Heinrich BULLINGER.....	33
b. Sembiyotik Topluluklar/Johannes ALTHUSIUS.....	35
2. Modern Dönem Federasyon Teorileri.....	41
a. Federasyonun Oluşumuna İlişkin Teoriler	43
i. Federasyona İlişkin Anayasal Teoriler	44
aa. Temel Prensipleri.....	44
ab. Eleştiriler.....	50
ii. Federasyona İlişkin Sosyolojik Teoriler	55
aa. Temel Prensipler	55
ab. Eleştiriler.....	58
iii. Federasyona İlişkin Siyasi Teoriler	60
aa. Temel Prensipler	60
ab. Eleştiriler.....	66
b. Federasyonun İşleyişine İlişkin Teoriler	69
i. Siyasal Koruma Teorisi	69
ii. Yargısal Koruma Teorisi	74
D. FEDERAL SİSTEMİN TANIMLANMASI SORUNU VE KURUCU UNSURLARI.....	76
1. GENEL OLARAK FEDERAL SİSTEMİN TANIMLANMASI SORUNU	77
2. FEDERAL SİSTEMİN KURUCU UNSURLARI	85
a. Genel Olarak.....	85
b. Federal Sistemin Kurucu Unsurları	99
i. “Güvenceli” Anayasal Yetki Paylaşımı.....	99
ii. Federe Yönetimlerin Temsiliyeti: İki Meclislilik	105
iii. Federasyon Anayasasının Federe Yönetimlerin İradesi Olmaksızın Değiştirilememesi	121
iv. Federe Yönetimlerin Kendi Anayasalarını Oluşturabilmeleri.....	133
v. Merkezi Olmama ya da Yerinden Yönetim İlkesi: Mali Özerklik	136

II. YETKİ PAYLAŞIMI	144
A. YETKİ PAYLAŞIMI SORUNU	144
B. YETKİ PAYLAŞIMI MODELLERİ VE YETKİ TÜRLERİ.....	154
1. Yetki Paylaşımı Modelleri	158
a. Sert Yetki Paylaşımı	162
i. Anayasal Düzenleme	165
ii. Uygulamadan Kaynaklanan (Zımni) Ortaklaşa Yetkiler	169
iii. Sert Yetki Paylaşımının (Yargı Kararlarıyla) Esnetilmesi	174
b. Yumuşak/Esnek Yetki Paylaşımı	180
i. Ortaklaşa Yetkiler	185
ii. Yatay Yetki ve Çerçeve Yasayla Düzenleme Yapma Yetkisi	186
iii. Olağanüstü Yetkiler	188
2. Yetki Paylaşımı Türleri.....	190
a. Münhasır Yetkiler ve Açıkça Sayılan Yetkiler	191
i. Federal Yönetimin Münhasır ve Sıralanmış Yetkilerinin Sayılması	192
ii. Federe Yönetimlerin Münhasır Yetkilerinin Sayılması.....	196
iii. Her iki Yönetimin Münhasır Yetkilerinin Sayılması.....	197
b. Artık Yetkiler.....	200
c. Yasaklanan Yetkiler	203
d. Zımni (İma Edilen) Yetkiler	204
e. Hukuk Düzenlerinin Üstünlüğü İlkesi	205
f. Ortaklaşa Yetkiler.....	208
g. Çerçeve Yasayla Düzenleme Yetkisi	209
h. Yatay Yetki.....	212
3. Yetki Paylaşımının Uygulamasından Kaynaklanan Federalizm Türleri.....	218
a. Coğrafi ya da Yersel Federasyon (<i>Territorial Federalism</i>)	219
b. İşlevsel ya da Fonksiyonel Federasyonlar (<i>Functional Federalism</i>)	220
c. Simetrik Federal Sistem (<i>Symmetric Federalism</i>)	221
d. Asimetrik Federal Sistem (<i>Asymmetric Federalism</i>)	222
e. Merkezîyetçi Federalizm (<i>Centralistic Federalism</i>)	223
f. Periferik Federalizm (<i>Peripheral Federalism</i>).....	225
g. İkili Federalizm (<i>Dual Federalism</i>).....	225
h. İşbirliği Federalizmi (<i>Co-operative Federalism</i>)	226
i. Yaratıcı Federalizm (<i>Creative Federalism</i>).....	227
j. Yarışmacı Federalizm (<i>Competitive Federalism</i>)	227
k. Yeni Federalizm (<i>New Federalism</i>)	227
l. Yürütme Federalizmi (<i>Executive Federalism</i>)	228
m. Düzenleyici Federalizm (<i>Regulatory Federalism</i>)	228

İKİNCİ BÖLÜM

FEDERASYONLARDA YETKİ UYUŞMAZLIKLARI VE YARGISAL ÇÖZÜMÜ

I. GENEL OLARAK YETKİ UYUŞMAZLIĞI KAVRAMI	230
II. YARGISAL ÇÖZÜM MEKANİZMASI.....	243
A. ÇÖZÜM MEKANİZMASI OLARAK ANAYASA YARGISININ DOĞUŞU	250
1. Çözüm Mekanizması Olarak Anayasa Yargısının Teorik Çerçevesi.....	251
a. Anayasanın Üstünlüğü.....	252
b. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması	253
2. Çözüm Mekanizması Olarak Anayasa Yargısının Kurumsal Çerçevesi	258
a. Kurumsal Zorunluluğun Gelişimi.....	259

b. Anayasa Yargısının Kurumsal Zorunluluğu.....	264
i. Dikey Kuvvetler Ayrılığı.....	264
ii. Federal Sistem.....	267
B. FEDERASYONLARDA YÜKSEK MAHKEMELERİN ÖRGÜTLENMESİ VE İŞLEVİ	275
1. <i>Yüksek Mahkemelerin Örgütlenmesi</i>	275
2. <i>Yüksek Mahkemelerin İşlevleri</i>	282
a. Yaygın Denetim-Ortak Hukuk (<i>Common Law</i>) Örnekleri.....	284
b. Merkezileşmiş Denetim-Kıta Avrupa'sı Örnekleri	292
III. FEDERASYONLARDA YETKİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ	299
A. YETKİ UYUŞMAZLIKLARINI ORTAYA ÇIKARAN FAKTÖRLER VE ÇÖZÜMLERİ.....	300
1. <i>Federal Hukukun Üstünlüğü İlkesine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü</i>	303
a. Genel Olarak.....	304
b. Öncelikli Düzenleme Yetkisi (<i>Preemption</i> Doktrini - ABD).....	307
c. Tutarsızlık/ <i>Inconsistency</i> Doktrini (Avustralya-Hindistan)	322
d. Üstünlük/ <i>Paramountcy</i> Doktrini (Kanada)	332
e. Hukuk Düzenlerinin Eşitliği Prensibi (Avusturya)	339
f. Hükümsüz Kılma/ <i>Bricht</i> İlkesi (Almanya)	341
g. Üstünlük İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Genel Değerlendirme.....	346
2. <i>Yetki Paylaşımı Kataloğunun Yorumlanmasına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü</i>	353
a. Ortaklaşa Yetki Türlerine İlişkin Uyuşmazlıklar	354
b. Münhasır Yetkilere İlişkin Uyuşmazlıklar	368
c. Artık yetkilerin Belirsizliğine İlişkin Uyuşmazlıklar	373
i. Sert Yetki Paylaşımında Artık yetkilere İlişkin Uyuşmazlıklar	374
ii. Esnek Yetki Paylaşımında Artık yetkilere İlişkin Uyuşmazlıklar	385
d. Ticareti Düzenleme, Vergilendirme ve Harcama Yetkilerine İlişkin Uyuşmazlıklar	390
i. Ticareti Düzenleme Yetkilerine İlişkin Uyuşmazlıklar	391
ii. Vergilendirme-Harcama Yetkilerine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	403
3. <i>Esnek veya Genel Nitelikli Anayasal Hükümlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü</i>	411
a. Gerekli ve Uygun İlkesi.....	412
b. Barış, Düzen ve İyi Yönetim İlkesi	414
c. Olağanüstü Yetkilere İlişkin İlkeler	417
d. Ulusallık Arz Eden Uyuşmazlıklar.....	427
e. Zımni ve Yan Yetkilere (<i>Implied/Incidental</i>) İlişkin Uyuşmazlıklar	438
4. <i>Yetki Uyuşmazlıklarına Etki Eden Diğer Faktörler</i>	448
a. Siyasi Mekanizmaların Etkisi.....	449
b. Siyasi Partilerin Etkisi	452
c. Hükümet Sistemlerinin Etkisi.....	455
d. Sosyolojik Boyuta İlişkin Etkiler	459
e. Ekonomik Boyuta İlişkin Etkiler.....	462
B. YETKİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME	467
1. <i>Yönetimlerarasılaşma Eğilimleri (Intergovernmentalization)</i>	467
2. <i>Yüksek Mahkemelerin Örgütlenmesine Yönelik Değerlendirmeler</i>	472
3. <i>Yüksek Mahkemelerin Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Genel Değerlendirme</i>	479
SONUÇ.....	497
KAYNAKÇA	514

KISALTMALAR

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

T.C. AMAYD: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Dergisi

AÜHF: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Art. : Article

AY. Anayasa

b. bölüm

k. : Kısım

bkz. : Bakınız

C.: Cilt

Çev. : Çeviren

Ed.: Editör

Eds.: Editörler

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

f. : Fıkra

hk. : Hakkında

İ.İ.B.F.: İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Is. : Issue

m. Madde

No: Number

N: Numara

Parag. : Paragraf

Prg. : Paragraf

PIRG: Public Interest Research Groups

s. Sayfa

S. Sayı

S.Ct: Supreme Court of the United States

UNDP: United Nations Development Programme

US: United States

USA: Uniter States of America

v. Versus

vd. : Ve Devamı

Vol.: Volume

TABLO LİSTESİ

Tablo 1: Federasyonlarda İkinci Meclislerin Yapısı

Tablo 2: Federasyonlarda Yetki Paylaşımı Model ve Türlerinin Genel Dağılımı

Tablo 3: Federasyonlarda Yetki Paylaşımı Türlerinin Konularına Göre Dağılımı

Tablo 4: Federasyonlarda Yüksek Mahkeme Örgütlenmeleri

ŞEKİLLER

Şekil 1: Sert ve Esnek Yetki Paylaşımı Modellerinin, Anayasal Ortaklaşa Yetkiler Bakımından Gösterilmesi

ÖZET

Bu çalışmada, federal sistemlerde anayasal yetki paylaşımı ve yetki uyuşmazlıkları incelenmiştir. Çalışmanın birinci bölümünde, federasyon ve anayasal yetki paylaşımı ele alınmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, federal ve federe yönetimler arası yetki uyuşmazlıkları tespit edilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, federasyon ve federalizm kavramlarıyla, federal sistemin tanımı incelenmiştir. Buradan hareketle, federal sistemlerin oluşumuna ve işleyişine ilişkin teorik çerçeve ortaya konulmuştur. Son olarak, belirli federal sistemlerin anayasal yetki paylaşımı haritaları ortaya konularak, sınıflandırılmaları sağlanmıştır.

Çalışmanın ikinci kısmında, yetki uyuşmazlıklarının anlamı irdelenmiştir. Ayrıca, yetki uyuşmazlıklarıyla çözüm mekanizması olarak anayasa uygunluk denetiminin ilişkisi ortaya konulmuştur. Bu doğrultuda, anayasa yargısının federal sistemlerle olan ilişkisi, kurumsal zorunluluk olarak ele alınmıştır. Son aşamada, yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıktığı alanlar, belirli bir çerçevede incelenmiştir. Bu çerçeve, yüksek mahkeme kararlarıyla desteklenerek, genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Ayrıca, yetki uyuşmazlıklarına etki eden diğer siyasi, sosyolojik ve ekonomik gibi diğer faktörlerde kısaca değerlendirilmiştir.

ABSTRACT

In this study, the federal power-sharing and constitutional disputes are investigated. In the first part of the study, federation and constitutional power-sharing are discussed. In the second part of the study, power or competence disputes between the federal and state or regional (provincial) governments have been identified.

In the first section, the concepts of federation and federalism, and the concept of federal systems are defined. In this way, the theoretical framework for the formation and functioning of federal systems is introduced. Finally, federal systems are classified through putting forward constitutional power-sharing models.

In the second part of the study, the meaning of power disputes is examined. In addition, control of compliance with the constitutional authority relations disputes resolution mechanism is put forward. In this context, the relationship between constitutional jurisdictions and federal systems is discussed as a corporate necessity. In the last stage, power conflicts that occur in particular fields are examined. This framework is supported by decisions of the Supreme Court, and an attempt is made towards an overall assessment. In addition, political, sociological and economic factors, which affect authority disputes, are considered briefly.

GİRİŞ

Federasyonları en iyi şekilde tasvir eden ifadeler, birleşik bir devletin avantajlarıyla, devleti oluşturan kurucu birimlerin doğalarında bulunan çeşitliliğin yararlarıdır. Federal sistemler, özellikle aralarında belirgin farklılıklar bulunan toplulukların, ortak bir siyasi sistemde bir arada yaşayabilmeleri bakımından en güvenilir devlet biçimi olarak kabul edilmektedirler. Unutulmamalıdır ki, federal sistemlerin doğasında bulunan birlik ve çeşitlilik unsurlarının, sistemin istikrarı bakımından belirli bir dengede olmaları gerekmektedir. Federal sistemlerde bulunan birden fazla hukuk düzeni, yetkilerin kaçınılmaz olarak örtüşmesine neden olmaktadır. Bu durum nedeniyle federal sistemler, başlı başına bir “uyuşmazlık” olarak da karakterize edilmektedirler. Federasyonları ya da federal sistemleri bu kadar önemli ve güvenilir kılan mekanizmaların yanı sıra, uyuşmazlık noktalarının tespiti de gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Federal sistem öncelikle, anayasal güvenceli yetki paylaşımı unsuruyla karakterize edilir. Anayasal yetki paylaşımının “güvenceli” boyutu, hem federasyon anayasalarının yazılı ve katı olması, hem de yetki uyuşmazlıklarının yargısal çözüm mekanizması olarak yüksek mahkemelerin varlığına ihtiyaç duymaktadır. Bu bağlamda çalışmanın başlangıç noktası, federal sistemlerin kurucu ilkesi olan anayasal güvenceli yetki paylaşımıdır.

Bu çalışma, federasyonlar ve yetki uyuşmazlıklarının yargısal çözümünü değerlendirmeyi hedeflemektedir. Söz konusu amacın ortaya konulması ise, iki ana boyutta ele anılacaktır. Çalışmanın birinci boyutu, federasyonların kurucu ilkesi olan anayasal yetki paylaşımının tahliline yöneliktir. Çalışmanın ikinci boyutu ise, federal sistemlerde, federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan yetki uyuşmazlıklarının tespitine ilişkin olacaktır.

Bu yönde birinci ana boyutun ortaya konulmasında birkaç farklı noktanın tespit edilmesi gerekmektedir. Anayasal güvenceli yetki paylaşımı, federal sistemlerin kurucu unsurlarının ilki olarak ifade edilmesinden hareketle, çalışmanın birinci ana ekseninde ilk olarak, federasyon konusu irdelenecektir. Bu doğrultuda, federasyonun tanımlanması ve tanımlayıcı ilkelerinin ortaya konulması üzerinde durulacaktır.

Federasyona ilişkin olarak gerek Türkçe, gerekse yabancı literatürde iç içe geçmiş bir kavram karmaşası söz konusudur. Bunun en önemli nedeni, federal sistemin düşünsel kökeninde bulunan federalizm ilkesinin, sıklıkla bir devlet biçimi olarak federasyonu ifade etmede kullanılmasıdır. Bu nedenle kavramsal kökende, federasyon ve federalizmin ilgili olduğu kavramlar ayrı ayrı ele alınacaktır.

Federasyonun düşünsel kökenine kaynaklık eden ilke federalizmdir. Bu yönde federal sistemin hangi noktada farklılaştığı, kavramsal kökenin ortaya konulmasıyla

değerlendirilecek, bu farklılık, federal sistemin tarihsel gelişim süreciyle desteklenmeye çalışılacaktır. Nitekim söz konusu kavramsal farklılıkların en belirgin olduğu alanlar, modern dönem öncesi federasyon teorileridir. Bu yolla, federal sistemlerin modern örneklerinin, “anayasal yetki paylaşımı” ilkesiyle olan bağı da ortaya konulacaktır. Bu noktada kavramsal alana ilişkin değerlendirmelerle, modern dönem federal sistemlerine yönelen sürecin tarihsel olarak desteklendiği ve modern federasyonların oluşumuna, modern dönem öncesi görüntülerinin eşlik ettiği görülecektir.

Çalışmamızın birinci boyutundaki bir diğer aşama, devlet biçimi olarak federasyonların, literatürde nasıl tanımlandığı ve bu karma yapının tanımlanmasında kullanılan farklı ilkelerin neler olduğu ortaya konulacaktır. Böylelikle, literatürde federal sistem olarak adlandırılan tartışmalı siyasi sistemlerin dışlanması adına, çalışmada tercih edilen ilkeler bakımından bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın birinci boyutunda üçüncü aşama, federasyonların oluşumuna ve işleyişine ilişkin teorik çerçevenin ortaya konulmasına yöneliktir. Her federal sistemin birbirinden farklı olması ve sürekli değişen dinamik yapıları nedeniyle, literatürde üzerinde fikir birliğine varılmış bir teorik çerçevenin bulunmadığı görülmektedir. Bu kapsamda öncelikli olarak, anayasal yaklaşımlardan hareketle federasyonların oluşumuna ilişkin hukuksal ya da anayasal yaklaşımlar incelenecektir. Ancak, federal sistem gibi dinamik bir yapının salt anayasal yaklaşımla değerlendirilmesi, hem sınırlı bir yaklaşım olacak, hem de çalışmanın ikinci ana boyutunda ele alınacak olan uyumsuzlukların çözümü konusundaki sonuçları sınırlayabilecektir. Bu nedenle, federal sistemlerin oluşumuna ilişkin siyasi ve sosyolojik teoriler de değerlendirilecektir.

Teorik çerçevenin ikinci kısmı, çalışmanın ikinci boyutuna ilişkin temel teorilerle önemli bir ilişki içerisindedir. Federal sistemlerin işleyişine ilişkin bu teoriler, yetki uyumsuzluklarında yargısal mekanizmanın değerlendirilmesi ve eleştirilmesine yöneliktirler. Bu teorilerle, federal sistemlerde anayasal güvenceli yetki paylaşımının korunmasında ortaya atılan teorik çerçeve ortaya konulacaktır.

Çalışmanın ilk boyutunda son olarak, federal sistemin bel kemiği olan “anayasal yetki paylaşımı” ele alınacaktır. Anayasal yetki paylaşımı, her federasyonda birbirinden parmak izi gibi ayrılmaktadır. Bu nedenle çalışmada yetki paylaşımı unsuru, federal sistemlerin kendine özgü yapıları dikkate alınarak incelenecektir. Dolayısıyla, belirli yöntemlerle seçilen federasyon örnekleri, anayasal yetki paylaşımı kategorileri bakımından sistematize edilecektir. Bu yönde çalışmada; ABD, Kanada, Avustralya, Hindistan, Almanya ve Avusturya örnekleri, federasyonlara özgü araştırma yöntemlerine uygun olarak seçilmişlerdir. Federal örneklerin anayasalarından hareketle oluşturulan yetki paylaşımı katalogları, sert veya esnek yetki paylaşımı şeklinde iki

kategoride ele alınacaktır. Literatürde bir ilk olarak belirlenen bu modeller, anayasal yetki paylaşımı ile uygulamadaki yetki paylaşımı gibi önemli bir ayrıma dikkat çekmektedirler.

Federal sistemlerin yetki paylaşımı kataloglarına ilişkin salt hukuksal bir ölçüm sınırlı olarak kalacağından, yetki paylaşımı kataloglarının uygulamadan kaynaklanan görüntülerinin tahlili bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda, söz konusu federasyon örneklerinin, hem anayasadan (*de jure*), hem de uygulamadan (*de facto*) kaynaklanan yetki paylaşımı kataloglarına ilişkin farklılıklar tespit edilecektir.

Birinci bölümün sonunda, federal sistem örneklerinin anayasal ve literatüre dayanarak oluşturulan yetki paylaşımı haritaları bir tabloyla belirlenerek, daha yalın bir şekilde aktarılmaya çalışılacaktır. Bunun yanı sıra her ülkenin ikinci meclisleri ve yüksek mahkemelerinin örgütlenmesine ilişkin haritaları da, birinci bölümde birer tabloyla aktarılacaktır. Çalışmanın ilk boyutunda, yetki paylaşımının anayasalardaki çerçevesiyle, uygulamadaki boyutunun farklılaştığı, bu farklılaşmanın hangi mekanizmalarla desteklendiği de bir çerçeve olarak ortaya konulmuş olacaktır. Bu çerçeve, federal sistemlerde ortaya çıkan yetki uyuşmazlıkları ve yargısal çözüm mekanizması konusunda da bir giriş niteliğinde olacaktır.

Çalışmanın ikinci boyutu yetki uyuşmazlıklarının çözümüne odaklanmıştır. İkinci boyutta önce, anayasal güvence mekanizması olarak yetki uyuşmazlığını çözen yüksek mahkemeler irdelenecektir. Bu bağlamda öncelikle federal sistemlerde yetki uyuşmazlığının ne anlama geldiği ve sistem içerisindeki uyuşmazlık türlerinin genel bir değerlendirmesi yapılacaktır. Federal ve federe yönetimler arasındaki yetki uyuşmazlıkları ve hukuki bir uyuşmazlık olarak bunların çözümü için benimsenen yargısal yöntemler ele alınacaktır. İlk kısımda, federal sistemin garantörü olarak ifade edilen yüksek mahkemelerin uyuşmazlık çözme fonksiyonlarıyla, anayasa yargısının ilişkisi incelenecektir. Federal sistemlerde bu ilişkinin, yargının temel fonksiyonu olarak şekillendiği ortaya konulacaktır. Anayasa yargısının federal sistemlerle özdeşleşmiş olması, federal sistemin yetki uyuşmazlıkları bakımından bir gereklilik olarak ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla bu sürecin ifade edilmesi ve federal sistemle, anayasa yargısının ilişkisinin ortaya konulması gerekmektedir.

Yüksek mahkemelerin, yetki uyuşmazlıkları ya da federalizm davalarında genellikle merkezi güçlendirdiği, daha doğru bir ifadeyle bir “merkez” yarattığı belirtilmektedir. Çalışmanın ikinci boyutunun bir sonraki aşaması bu hipotezin değerlendirilmesine yöneliktir. Yargının belirli bir eğilimle karakterize edilmesi için, öncelikle yüksek mahkemelerin kompozisyonu ve işlevlerinin tespit edilmesi önemlidir. Zira federal sistemlerde yüksek mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olabilmeleri, her yönetim düzeni bakımından hassasiyetle üzerinde durulması gereken

bir konudur. Yüksek mahkemelerin federal sistemin merkezileşmeme (*non-centralization*) unsurunu, ne şekilde benimsemiş oldukları görülebilecektir. Bu nedenle örnek olarak seçilen federasyonlarda, yargının örgütlenmesi ve işleviyle, yetki uyuşmazlığına ilişkin rolünün desteklenip desteklenmediği de ortaya konulacaktır.

Anayasal yetki paylaşımının yorumlayıcısı olan yargı organının, yetki paylaşımının değişen yapısı üzerinde önemli bir işlevi olduğu görülmektedir. Bu bakımdan, yargı organının yetki paylaşımını yorumlamada, uyuşmazlıkların çözümünde ve son analizde anayasaya uygunluğu sağlamada temayül noktalarının saptanması önem arz etmektedir. Çalışmanın ikinci boyutunun son kısmında, federal sistemlerde yetki uyuşmazlıklarının hangi faktörlerle ortaya çıktığı ve bu uyuşmazlıkların çözümünde yargı organının yöntemleri hakkında bir çerçeve ortaya konulacaktır. Yüksek mahkemelerin uyuşmazlıkları çözmede, yargısal doktrinler ya da yeni yetki türleri oluşturmak gibi farklı yollara başvurdukları görülmektedir.

Literatürde, çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıktığı alanlarla, bunların çözümüne ilişkin çerçeveye rastlanılmamıştır. Yetki uyuşmazlıklarıyla, yüksek mahkemelerin bunların çözümüne ilişkin geliştirdiği yöntemlerin, büyük oranda birbirleriyle iç içe olduğu da görülmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlık çıkan alanlarla, bunların çözümüne getirilen yargısal yöntemler birlikte değerlendirilecektir.

Çalışmanın bir sonraki aşaması, yargı organının çözümlerine başka açılardan da bakılmasını sağlamaya yöneliktir. Çalışmanın ikinci boyutunda ayrıca, federal sistemlerde yetki uyuşmazlığının ortaya çıkması ya da tam tersi olarak, uyuşmazlıkların çıkmaması bakımından önemli olan diğer unsurlara da kısaca değinilecektir.

Federal sistemlerde yetki uyuşmazlıklarına etki eden diğer unsurlar, federasyonun oluşumuna ilişkin teorilerle de uyum göstermektedirler. Bu yönde söz konusu etkenler, sosyal, siyasi ve hatta ekonomik alanlara ilişkin olarak ortaya konulmuştur. Bu faktörler aynı zamanda, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yüksek mahkeme kararlarına da etki ettiğinden, ele alınmaları bir zorunluluk olarak görülmektedir.

Çalışmanın son aşamasında ise, genel olarak, daha önce ifade edilen federasyonun işleyişine ilişkin teoriler ile yüksek mahkemelerin örgütlenmeleri değerlendirilecektir. Bu bağlamda federasyonun yargı yoluyla korunması yanında siyasi araçlarla korunmasının önemi de tartışılacaktır.

Burada ayrıca, federal sistemlerin karmaşık yapısının mümkün olduğunca bir çerçeve içerisinde ortaya konulmaya çalışıldığını belirtmek gerekmektedir. Bu konudaki literatür zenginliği çalışmayı önemli ölçüde desteklemiştir. Ancak söz konusu literatür zenginliği, kavram konusundan başlayarak, giderek artan bir oranda ortaya

ıkan karmaşık değerlendirmelerle birleştiğinde, federal örneklerin belirli bir çerçevede ele alınmasını da zorlaştırmıştır.

Bu çalışmada özellikle yargısal çözüm sürecine odaklanılmıştır; ancak, yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasına ve bu uyuşmazlıkların çözümüne etki eden diğer unsurların da ifade edilmesi böyle bir çalışma bakımından zorunluluktur. Bunun yanı sıra, her federal sistemin kendine özgü siyasal kültür farklılıklarının da aynı derecede önemli rolü olduğu görülmüştür. Bu tür farklılıklar, gerek yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasında, gerekse sistem içerisinde uyuşmazlıkların ortaya çıkmamasında, ayrı bir önem taşımaktadırlar. Ancak bu tür değerlendirmelerin, hem sosyolojik hem de siyasi çalışmalarla ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

FEDERASYON VE YETKİ PAYLAŞIMI

Federal sistemler, kurucu unsuru olan anayasal yetki paylaşımıyla karakterize edilirler. Anayasal yetki paylaşımı unsurunun anlaşılabilmesi için öncelikle, federal sistemin tanımlanmasını gerekmektedir. Bu doğrultuda, anayasal yetki paylaşımını ve yetki paylaşımına ilişkin uyumsuzlukların incelenmesine, federal sistemin ya da federasyonun tanımlanmasıyla başlamak gerekmektedir.

I. FEDERASYON

Federasyonla ilgili çalışmalarda, kavram ve tanım açısından tam bir görüş birliğine rastlamak mümkün değildir. Bu noktadan hareketle çalışmanın başında, ilgili konularda netliğe ulaşmak son derece önemlidir. Bu sebeple, ilk bölümde önce kavramlar konusundaki tercih gerekçeleriyle birlikte netleştirilecek, daha sonra çalışmanın sınırlarını belirleme açısından önemli olduğu için federasyonun tanımlayıcı unsurları üzerinde durulacaktır.

Ancak tercih edilecek tanımlayıcı unsurlar, doğal olarak, tarihsel gelişim içerisinde ortaya çıkan federasyon örneklerinden ve federasyonun oluşumuna ilişkin teorilerden de etkilenebilir. Bu sebeple inceleyeceğimiz kısımda, kavram ve tanımla birlikte federasyona ilişkin tarihsel gelişim ve federasyonun oluşumuna ilişkin teoriler de ayrı alt başlıklar olarak ele alınacaktır.

A. KAVRAM

Federasyon kavramının, üzerinde görüş birliğine varılmış herhangi bir tanımının olmaması, öncelikle etimolojik köken bakımından incelenmesini gerektirmektedir. Ayrıca, federasyonun etimolojik kökeninde ifade edilen terimlerin anlamları, federasyonla ilgili kavramları da ifade etmektedir. Bu nedenle kavramsal tespitin tam olarak belirlenebilmesi için, federasyonla ilgili kavramların da belirtilmesi gerekmektedir. Bu başlık altında ayrıca, federalizm ve federasyonla, söz konusu kavramların kullanımına ilişkin terminolojik sorunlara da değinilecektir.

1. Etimolojik Köken

Literatürde, federasyonun etimolojik kökenine ilişkin olarak farklı sözcüklerin ifade edildiği görülmektedir. Bunlarda en yaygın olarak belirtileni, birleşme veya sözleşme anlamına gelen, Latince *feodus* sözcüğüdür.¹ Federasyonun kökeninde ayrıca, federal bir ilişkinin temelinde bulunan inanç veya güven anlamına gelen “*fides*” kavramının bulunduğu da belirtilmektedir.²

¹ ERHÜRMAN, Tufan, **100 Soruda Kıbrıs'ta Federasyon**, Işık Kitapevi, Lefkoşa-Kıbrıs, 1. Baskı, 2009, s. 90-96, UYGUN, Oktay, **Federal Devlet**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 1,17.

² JOHNSTAD, fides kavramının güven anlamına geldiği gibi bağlayıcı teminat ya da güvence anlamına geldiğini de ifade etmektedir. Aynı yönde, DAVIS, fides kavramının inanç anlamına geldiğini ifade ederek, covenant yani anlaşma fikri ile bağlantısına dikkati çekmektedir. JOHNSTAD, Tom, *Co-operatives and Federations*, **Journal of Co-operative Studies**, No 89, May 1997, s. 49, DAVIS, Rufus, **The Federal Principle: A Journey Through Time in Quest of a Meaning**, University of California Press, 1978, London, s. 3.

Bununla birlikte, federasyonun doğasında bulunan anlaşmasal (*covenantal*) yapıyı ifade etmek üzere; Latince, pakt veya sözleşme anlamına gelen “*foederis*” sözcüğü kullanılmaktadır.³ Genel olarak, federasyon sözcüğünün etimolojik kökenini oluşturduğu ileri sürülen, “*feodus*”, “*fides*” ve “*foederis*” kavramlarının, toplumsal sözleşme, anlaşma (*compact, covenant*) pazarlık (*bargain*) veya karşılıklı taahhüt (*mutual pledge*) anlamına geldikleri ifade edilmektedir.⁴

On sekizinci yüzyılda, anlaşma veya ittifak anlamına gelen “*feodus*” kavramının, “*foederalism*”⁵ şeklinde kullanıldığı ve eşitler arasında yapılan bir anlaşma anlamına geldiği ileri sürülmektedir.⁶ Bu yönde 18. yüzyılın sonlarına doğru modern federasyonlarla ortaya çıkan “*foedera*” devlet modeli, eski “*feodus*” geleneğinin mirasçısı olarak kabul edilmektedir.⁷

Federasyonun etimolojik kökenini oluşturduğu iddia edilen sözcüklere bakıldığında; federal teriminin, İbranicede anlaşma ve barış anlamına gelen, *brit* ve *shalom* kelimeleriyle açıklandığı da görülmektedir.⁸ Dolayısıyla federal terimi, “*anlaşmayla kurulan bir ortaklık*” anlamına gelmektedir.⁹ Diğer taraftan LOCKE’un sosyal sözleşme fikrinin, federalizmin temelinde bulunan anlaşma ilkesinin seküler bir görünümü olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰

Federasyonun kökeninde inanç anlamına gelen “*fides*” teriminin, federal bir düzende yaşayan toplulukların, beraber yaşama yönündeki istek ve arzularını ifade ettiği belirtilebilir.¹¹ Latince köken, siyasi toplulukların federasyona veya federal bir sisteme katılmaya karar verirken ifade ettikleri dostluk veya inancı göstermektedir.¹² GAGON bu noktadan hareketle federalizmi, “*yeni bir siyasi alan oluşturmaya karar veren siyasi birimlerin, kendi aralarında yaptıkları anlaşmasal düzenlemeye duydukları bağlılık*”¹³ olarak ifade etmektedir. Bu bağlılık veya inanca dayanarak, toplumsal bir

³ *Foederis* kavramını, federalizmin ilk düşünürü olarak kabul edilen Althusius’un, *pactum foederis* şeklinde kullandığı belirtilmektedir. Althusius bu kavramla federalizm düşüncesini açıklamakta kullanmış, çeşitli toplulukların bir arada yaşaması düşüncesini dile getirerek, kavramı toplumların bir arada yaşama konusunda anlaşmaya varmalarını, Tanrı ile insanoğlunun arasındaki anlaşmaya benzetmiştir. FOLLESDAL, Andreas, *Federalism*, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, EDWARD, N, (Ed.), Zalta, 2003, İnternet Kaynak: <http://ssrn.com/abstract=1704470>, Erişim Tarihi: 09-04-2011, Ayrıca bkz. ŞENOCAKLI, Şener, **Federalizm ve Kıbrıs Uyuşmazlığı**, Tutku Yayınları, Ankara, 2003, s. 6.

⁴ İlgili kavramlar hakkında açıklayıcı bilgi için bkz. ELAZAR, J. Daniel, *Federal Models of (Civil) Authority*, **Journal of Church & Studies**, N: 33, 1991, s. 231-252.

⁵ Terimin Almanca’da, federal anlamına gelen *föderal* ya da federalizm anlamına gelen *föderalismus* terimleriyle benzerliği görülmektedir. **Eurojargon**, Avrupa Birliği Resmi Web Sayfası, İnternet Kaynak: http://europa.eu/abc/eurojargon/index_de.htm, Erişim Tarihi: 02-09-2012.

⁶ RILEY, Patrick, *Martin Diamond's View of The Federalist*, **Publius**, Dimensions of the Democratic Republic: A Memorial to Martin Diamond, Vol. 8, No. 3, s. 74, 88-89.

⁷ Bu yönde, Amerikan tarihi belgeleri olan Federalist Yazılarda (*The Federalist*), foederal kavramının hem Konfederasyon maddeleri altında bulunan Amerikan Konfederasyonuna özgü hem de yeni anayasa ile önerilen uzun vadeli federal (foederal) sisteme özgü olarak kullanıldığı da ifade edilmektedir. Söz konusu dönemde, foederal teriminin, konfederasyon ve federal terimleriyle eş anlamlı olarak kullanıldığı belirtilmektedir. OSTROM, Vincent, *The Meaning of Federalism in The Federalist : A Critical Examination of the Diamond Theses*, **Publius**, Vol. 15, No. 1, 1985, s. 2.

⁸ ELAZAR, Daniel J., *Federal System of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, **Jerusalem Center for Political Affairs**, İnternet Kaynak: <http://jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, Erişim Tarihi: 13-02-2011.

⁹ ELAZAR, Daniel J., *Federal System of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*.

¹⁰ ELAZAR, Daniel J., **American Federalism: A View From the States**, Harper & Row Publishers, Third Edition, USA, 1984, s. 3.

¹¹ SMITH, Jennifer, **Federalism**, UBC Press, Canada, 2004, s. 22.

¹² SMITH, **Federalism**, s. 22.

¹³ GAGON, Alan, *The Political Uses of Federalism*, içinde, BURGESS, Michael, GAGON, Alan, **Comparative Federalism and Federation**, Harvester Wheatsheaf, London, 1993, s. 17, Bu ifadenin özellikle İspanya’da bir federal sistem olup olmadığı ile ilgili

sözleşme veya anlaşmayla bir araya gelen topluluklarda, federalizm¹⁴ düşüncesinin hakim olduğu kabul edilmektedir.¹⁵

Etimolojik olarak, federalizm kavramının, federasyonla aynı kökenlere (*foedus*, *fides* veya *foederis*) dayandırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla anlaşma kavramı, (*covenant*, *brit* veya *foederis* gibi) federalizme ilişkin görüşlerin de odağı haline gelmiştir.¹⁶ Bu noktadan hareketle aşağıda, federalizm ve federasyon kavramlarının, etimolojik kökenlerinden kaynaklandığı, farklı yazarlarca ileri sürülen ilgili kavramlar ele alınacaktır.

2. İlgili Kavramlar

Federasyon ve federalizmin kökenlerine ilişkin terimlerin anlamları, yaygın olarak anlaşma (*covenant*), pazarlık (*bargain*) ve çeşitlilik içinde birlik kavramlarıyla açıklanır.¹⁷ Söz konusu kavramlar, bir düşünce biçimi olan federalizm üzerinden, bir devlet biçimi olan federasyonu ortaya çıkarmıştır.¹⁸ Bu nedenle, federasyon olmayan herhangi bir sistemde federalizm düşüncesinin bulunabileceği, ancak federalizmle belirli derecede eşleşmeyen bir sistemin, federasyon olmayacağı ifade edilerek,¹⁹ her iki kavramın birbiriyle olan ilişkisi ortaya konulmaktadır.

Federalizm ve federasyonla ilgili olan kavramların, zamanla federal sistemin yapısına ilişkin temelleri oluşturmuşlardır. Bu yönde ilk olarak anlaşma kavramının ve daha sonra, pazarlık ile çeşitlilik içinde birlik kavramlarının, federasyonla olan ilişkileri ortaya konulacaktır.

a. Anlaşma (*Covenant*)

Teolojide ifade edilen bu kavramın kaynağı, İncil'de geçen Tanrı ile insanoğlu arasındaki kutsal anlaşmadır.²⁰ Teolojide söz edilen anlaşma kavramı, zamanla federal

tartışmalarda kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde, İspanya'da toplumsal anlamda özerk bölgelerin federal bir sistemin kurulması konusunda bağlılıklarının olmadıkları ifade edilerek, söz konusu tanıma vurgu yapılmıştır. GUIBERNAU, Montserrat, *Spain: A Federation in the Making*, içinde, SMITH, Graham, **Federalism: The Multicultural Challenge**, Longman, London-New York, 1995, s. 248.

¹⁴ Federalizm, ileride açıkça ifade edileceği üzere, birçok çalışmada federal ilke şeklinde de ifade edilmektedir. Çalışmamızda da, tercihimiz federalizm kavramının kullanılması yönündedir. Federalizmin, belirli oranda aldığı takı nedeniyle federal düşüncenin ya da federal ilkenin savunuculuğu anlamına da gelmektedir. Bazı tanım ve kullanımlar için bkz. WATTS, Ronald L, **Comparing Federal Systems in the 1990s**, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, Canada, 1996, s. 6. Federal ilke terimi ve tanımlaması için bkz. WHEARE, K.C, **Federal Government**, Oxford University Press, 1951; 2nd Edition Oxford. Federalizm teriminin kullanılması ile ilgili olarak bkz. BURGESS, **Comparative Federalism: Theory and Practice**, Routledge, USA-Canada, 2006.

¹⁵ RIEMER, Neal, *Covenant and the Federal Constitution*, **Publius**, Vol. 10, No. 4, Covenant, Polity, and Constitutionalism (Autumn, 1980). Burada ifade edilen ilişkinin sınırları, karşılıklı tanıma, söz verme, sözünde durma, yemin etme, başkalarına karşı taahhütlerde bulunma, işbirliği ve ortaklık kavramlarına dayandırılmaktadır. ARISOY, Alper, *Avrupa'da Federalizm Geleneği ve Avrupa Bütünleşmesinde Federalist Akımlar*, **Ege Akademik Bakış / Ege Academic Review**, Cilt: 10, Sayı: 4, Ekim 2010, s. 1196.

¹⁶ ELAZAR, **American Federalism**, s. 3.

¹⁷ SWENDEN, Wilfried, **Federalism and Regionalism in Western Europe: A Comparative and Thematic Analysis**, 2006, Palgrave Macmillan, USA, s. 8.

¹⁸ Günümüz modern federasyon sistemine sahip ülkeleri içeren bir liste için, Forum for Federations organizasyonunun verilerine bakılabilir. İnternet Kaynak: http://www.forumfed.org/en/federalism/by_country/index.php. Ayrıca bkz. FALLETI, Tulia G, CAMERON, Maxwell A, *Federalism and the Subnational Separation of Powers*, Table 2, **Publius**, Spring 2005, s. 260, GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi**, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2007, s.152.

¹⁹ Aktaran BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 47. Orijinal eser, KING, Preston, **Federalism and Federation**, Baltimore, Johns Hopkins University Press, Biddles Ltd, Great Britain, s. 76.

²⁰ ELAZAR, Daniel, J., **Exploring Federalism**, University of Alabama Press, USA, 1987, s. 29.

tecrübe ile birleşerek çeşitliliklerin birliğine olanak sağlayan siyasi bir fikir olarak somutlaşmıştır.²¹

Bu bağlamda federalizm düşüncesinin anlaşma yönü, “*bireylerin ya da grupların, ortak amaçlar doğrultusunda temel hak ve kimliklerinden vazgeçmeden, gönüllü olarak bir araya gelmeye razı oldukları bir tür taahhütname, ortaklık veya birleşmeyi*”²² ifade etmektedir.

Kavramın federasyonla olan bağı ortaya konulmadan önce, teolojide ifade edilen anlaşmanın, hukuksal anlaşma kavramıyla olan ilişkisi, biri laik, diğeri dini olmak üzere iki boyutla açıklanmaktadır. Anlaşmanın laik boyutu, krallık otoritesi altında yapılması ve hukuki geçerliliği olmasıdır. Dini boyutu ise, bu anlaşmanın Tanrı'nın güvencesi altında yapıldığının varsayılmasıdır. Bu nedenle, federasyonda anlaşmanın özünde, laik ve dini olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır.²³ Söz konusu değerlendirmeler federasyon yönetimlerinin, sistemin sürdürülmesine olan bağlılıklarını dinsel anlaşma ile açıklarken, federasyonun anayasal zeminde kurularak, hukuksal olarak korunmasını da, anlaşmanın laik boyutuyla açıklamaktadır.

Anlaşmanın teolojideki güçlü vurgusu, onun federalizm düşüncesinin dışında, federasyonların unsurlarının da kaynağı olarak gösterilmesine neden olmuştur. Bu doğrultuda, federasyon anayasalarında kabul edilen anayasanın üstünlüğü ilkesi²⁴ ile federal sistemlere özgü olan federal hukukun üstünlüğü ilkesi, “*ilahi hukukun, insan hukukuna üstünlüğü*”²⁵ anlayışının birer yansıması olarak kabul edilmektedir. Bu arada, anayasanın üstünlüğü ilkesinin kabulünün, anayasa yargısını da ortaya çıkardığı savunulmaktadır.²⁶

Bu yönde İncil'de geçen, Tanrı ile insanoğlu arasındaki anlaşmayı vurgulayan ifadelerin, federal teoride yer alan rıza, birleşme ve sözleşme kavramlarına işaret ettiği de ileri sürülmektedir.²⁷

Buna ek olarak, federasyon anayasalarının karakteristik özelliği olan yetki paylaşımı unsuru da, teolojide geçen anlaşmaya (Tanrı ile insanoğlu arasındaki) dayandırılmaktadır. Federasyon yönetimlerinin, anayasal yetki paylaşımı kataloglarında

²¹ ELAZAR, Daniel, J., *The Political Theory of Covenant: Biblical Origins and Modern Developments*, **Publius**, Vol. 10, No. 4, Autumn, 1980.

²² KINCAID, John, TARR, G. Alan, (Ed.), **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, içinde KINCAID, *Comparative Conclusion*, McGill-Queens University Press, Canada-USA, 2005, s. 410-412. Covenant kavramının, siyasi sistemlerin ortaya çıkışı konusunda farklı bir tartışma için Modern Dönem Öncesi Federasyon Teorileri kısmına bakınız.

²³ LUTZ, Donald S., *From Covenant to Constitution in American Political Thought*, **Publius**, Vol. 10, No. 4, 1980, s. 108.

²⁴ Üstün Hukuk doktrinine ilişkin değerlendirmeler için bkz. ÇAĞLAR, Bakır, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 25 vd.

²⁵ *Covenant* ya da *Sinai Covenant*, Allah'ın Kanunu (İncil) Anlaşması'dır. Buradaki Covenant-Anlaşma, Tanrı ile insanın güzel bir yaşamı sürmek için, Tanrının kurallarına uymak gerektiği ile ilgili yapmış oldukları bir sözleşmedir. Burada, anlaşmaya katılmak, zorlayıcı değil tamamen gönüllülük ilkesi çerçevesinde kabul edilir. Bu, gönüllülük, insanların anayasal düzene geçiş konusundaki özgür iradeleriyle free popular choice özdeşleştirilir. RIEMER, *Covenant and the Federal Constitution*, s. 137 vd.

²⁶ RIEMER, *Covenant and the Federal Constitution*, s. 137.

²⁷ İncil'de federalizmin İlahi Sözleşme Covenant Theology teorisi ile açıklandığını görmekteyiz. Bunu, ilk olarak öne süren yazar ELAZAR'dır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ELAZAR, Daniel J., *The Political Theory of Covenant: Biblical Origins and Modern Developments*, **Publius**, Vol. 10, No. 4, Covenant, Polity, and Constitutionalism, 1980, s. 3-30. Ayrıca, MCCOY, Charles S., *Federalism: The Lost Tradition?*, **Publius: The Journal of Federalism**, N: 31:2, 2001, s. 1-14, HEGG, Tim, *The Covenant of Grant and Abrahamic Covenant* **Regional Evangelical Theological Society**, 1989, s. 1-13.

belirtilen yetkilerinin sınırları, dinsel anlaşma buyruklarının yerine getirilmesindeki şekli sınırlamaların yansması olarak kabul görmektedir.²⁸

Dolayısıyla, anlaşmanın doğasında bulunan dinsel bağlayıcılık, federasyonda üstün ve bağlayıcı bir anayasayla hukuksal bir zemine yerleştirilmiştir. Aynı şekilde ELAZAR da, federasyon anayasalarında yönetimlerin karşılıklı iradeleriyle belirledikleri yetki ve sınırlamaların temelinde, anlaşma kavramının bulunduğunu öne sürmektedir.²⁹

Anlaşmanın, federalizm ideolojisine ve en önemlisi federasyonların kurumsal tasarımına doğuşuna kaynaklık ettiğinin önemle altı çizilmektedir. Kavram, toplulukların özgür irade ve seçimleriyle, federasyon anayasası çerçevesinde, birleşme yönündeki gönüllü tercihlerine vurgu yapmaktadır.³⁰

Genel olarak anayasacılığın temelinde yatan “anlaşma ya da sözleşme” düşüncesi, federasyonlarda daha özel bir önem de kazanmaktadır.³¹ Buna göre, devletler üç şekilde ortaya çıkar. Ortak bir atadan gelerek oluşan organik devletler, fethedilerek kurulan devletler ya da Amerikan Federalist Yazıları’nda (*The Federalist*)³² ifade edilen, “düşünce ve seçime” (*reflection and choice*)³³ dayanan devletlerdir. Bu bağlamda federal sistemlerin temelinde bulunan anlaşmanın, “düşünce ve seçime” dayalı olarak ortaya çıkan devletlerde var olduğu öne sürülmektedir.³⁴

Bunun yanı sıra anlaşma kavramındaki sözleşmesel ilişki, bileşik devlet topluluklarından bir diğeri olan konfederasyonlarla karıştırılmaması gerekir. Uluslararası bir anlaşmayla kurulan ve federal yönetimden daha zayıf bir merkezi bulunan konfederasyonlar, federal sistemden belirgin bir biçimde ayrılır. Federasyonda bulunan

²⁸ RIEMER, *Covenant and the Federal Constitution*, s. 140.

²⁹ ELAZAR, Daniel J, *Covenant & Polity in Biblical Israel: Biblical Foundations & Jewish Expressions The Covenant Tradition in Politics, Volume 1, Introduction* Jerusalem Center for Public Affairs, ELAZAR’ın söz konusu çalışmaları, **The Idea of Covenant** başlığı ile çalışmalarının önemli bir kısmının özetlendiği resmi web sitesi için bkz. <http://www.jcpa.org/dje/articles2/cov-althus.htm>, Erişim Tarihi: 17-07-2011.

³⁰ ELAZAR’ın bu değerlendirmesi Federalist Yazılarda ifade edilen, devletlerin düşünce ve seçime dayalı olarak ortaya çıkan örneklerine dayanarak yaptığı görülmektedir. ELAZAR, Daniel J, **Federalism and the Way to Peace**, Reflections Paper No:3, Institute of Intergovernmental Relations, Canada, 1994, s. 21.

³¹ KINCAID, TARR, **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, s. 410-412, ELAZAR’ın görüşleri için bkz. ELAZAR, **Federalism and the Way to Peace**, s. 15-20.

³² Federalist Yazılar (*The Federalist*) ABD Anayasası’nın onaylanmasını destekleyen Aleksander Hamilton (1, 6-9, 11-13, 15-17, 21-36, 59-61, ve 65-85), James Madison (10, 14, 18-20, 37-58, and 62-63), ve John Jay (2-5, ve 64) tarafından yazılan 85 makaleden oluşan bir yazı dizisidir. Yetmiş yedi tanesi Ekim 1787 - Ağustos 1787 yılları arasında The Independent Journal ve The New York Packet arasında yayımlanmıştır. 1788 yılında *The Federalist* ismiyle yayımlanmıştır. İnternet Kaynak: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp, Erişim Tarihi: 02-12-2011.

³³ *Reflection and Choice* kavramı, Amerikan federasyonun kurucuları olarak bilinen James Madison, Jhon Jay ve Alexander Hamilton’ın Publis takma adıyla yazdıkları Federalist Yazılarının ilkinde kullanılmaktadır. Federalist Yazılar’da kavram, şu şekilde kullanılmaktadır. *Anayasa’yı onaylanmaması halinde, bireylerden oluşan toplumların, iyi yönetimi kurma konusundaki aciz bir yansması ve seçim olarak görülecektir, ama doğrusu siyasi anayasalar için sonsuza kadar gidecek bağımlı kaza ve kuvvete dayalı olması değildir. Anayasanın reddi, sadece Amerika için değil, tüm insanlık için bir talihsizlik olur*. **Federalist Yazılar** (I:27), PEACOCK, Anthony A, **How to Read the Federalist Papers**, The Heritage Foundations, USA, 2010, s. 32-33.

³⁴ KINCAID ise, federal sistemin anlaşma doğasının, bu üç tür devlet oluşumunda bulunmadığını, aksine federal sistemin gönüllü bir birleşmeyi ifade ettiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla yazar, düşünce ve seçime dayalı siyasi sistemlerin oluşumunu, covenantal yani anlaşma yönünde ortaya çıkan gönüllü birlik düşüncesinden ayırmaktadır. ELAZAR ise, bu iki kavramı birbirleriyle özdeş bulmakta ve düşünce ve seçim kavramının içerisinde covenant yani anlaşma ile oluşan birlik fikrinin bulunduğuna işaret etmektedir. KINCAID, John, *Comparative Observations*, içinde, KINCAID, TARR, **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, s. 410-412. ELAZAR’ın görüşleri için bkz. ELAZAR, **Federalism and the Way to Peace**, s. 15-20.

anlaşma, temelde anayasaların toplumsal bir sözleşmeye dayanmasına ilişkindir.³⁵ Bu yönde, federasyonda anlaşma kavramının hem toplumsal bir zemini, hem de anayasal hukuki bir zemini bulunmaktadır. Sonuçta federasyonlar, konfederasyonlar ile üniter sistemler arasında bir devlet türü olarak kabul edilmekte ve federasyondaki katı anayasa prensibi, konfederasyondaki akitsel ilişkiden bağlayıcı bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, federasyonların doğuşunda ortaya çıkan anlaşma veya sözleşme ilkelerinin, bazı inançlarla, birtakım varsayım ve beklentileri içerdikleri ve bunların, yazılı anayasalarla bağlayıcı birer anlaşma haline getirildiği görülmektedir. Bu nedenle federasyon anayasaları birer “*doğum belgesi*”³⁶ olarak kabul edilmektedirler.

Teolojideki anlaşma düşüncesi, zamanla federalizm, anayasal düzen ve siyasi etkilerle farklı biçimde değerlendirilmiştir.³⁷ Bu doğrultuda, federasyonla ilgili anlaşmanın (*covenant*), pazarlık (*bargain*) kavramıyla açıklanması konusunda değerlendirmeler yapılacaktır.

b. Pazarlık (*Bargain*)

Federasyonun anlamları arasında yer alan anlaşma kavramı, siyasi yaklaşımların da etkisiyle, pazarlık (*bargain*) kavramı olarak ortaya çıkmıştır.³⁸ Özellikle federal sistemleri siyasi yaklaşımlarla ele alan görüşler, federasyonla ilgili olan anlaşma yerine, pazarlık kavramına odaklanmaktadır.³⁹

Kavramın sözlük anlamı, “*bir anlaşmaya varmak için yapılan müzakere veya tartışma*”⁴⁰ olarak ifade edilmektedir. Federasyonla ilgili bir kavram olan pazarlık ise, “*farklı yönetim düzenlerinde bulunan siyasi aktörlerin bir araya gelme (birlik oluşturma) yönündeki eylemlerinin bir ürünü*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴¹ Kavramla, federal sistemlerin ve federalizmin doğasında var olan anlaşmaya, ayrı bir anlam yüklendiği görülmektedir. Böylelikle siyasi yaklaşımların etkisiyle anlaşmanın yerini, siyasilerin belli değerler ve ilkeler üzerinde yaptıkları siyasi pazarlıklar almıştır.

Federasyonların kökeninden çıkarılan anlaşma anlamı, bazı görüşler tarafından, “*rasyonel siyasi bir pazarlık*”⁴² şeklinde ifade edilmektedir. Pazarlık kavramı ile federal düzende bir araya gelen toplulukların anlaşmalarına değil, bu anlaşma yönünde gerçekleştirdikleri müzakerelere odaklanılmaktadır.

³⁵ Aynı yönde bkz. ELAZAR, Daniel J, *The Political Theory of Covenant: Biblical Origins and Modern Developments*, **Publius**, Vol. 10, No. 4, 1980, s. 3 vd.

³⁶ BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 156.

³⁷ Bu sürece ilişkin olarak ayrıntılı bir çalışma için bkz. ROTHMAN, Rozann, *The Impact of Covenant and Contract Theories on Conceptions of the U.S. Constitution*, **Publius**, Vol. 10, No. 4, Covenant, Polity, and Constitutionalism, 1980, s. 149-163.

³⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ALLEN Anita L, *Social Contract Theory in American Case Law*, **Florida Law Review**, Vol.51, No.1, 1999, s. 3; ROTHMAN, *The Impact of Covenant and Contract Theories on Conceptions of the U.S. Constitution*, s. 151.

³⁹ RIKER, William, **Federalism: Origin, Operations, Significance**, Boston: Little, Brown and Co, 1964, s. 12,

⁴⁰ **Longman Dictionary of Contemporary English (4th Ed)**, Copyright Leejiaqi, Longman Company.

⁴¹ BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 78, 156.

⁴² FILIPPOV, Mikhail, *Riker and Federalism*, **Constitutional Political Economy**, 16, 93–111, 2005, s. 94 vd.

Bu yönde pazarlık teorisi, federalizmin özünü siyasi pazarlık olarak ele alır ve federal yapıyı şekillendirenin, siyasi partilerin yetki paylaşımı olduğuna dikkati çekmektedir. Üstelik, pazarlık kavramına odaklanan bu görüşler, federasyonla ilgili her şeyi bir arıza ya da kaza olarak değerlendirmektedirler.⁴³

Buna karşın ortak bir yaklaşım benimseyerek, federasyonları hem anlaşma hem de pazarlıkla ilişkisini ifade eden görüşlerde bulunmaktadır. Bu görüşlere göre federasyon, “*tarihin bir kazası değil, insan unsurunun, kasıtlı bilinçli ve amaçlı eylemlerinin bir ürünü*”⁴⁴ şeklinde kabul edilmektedir. Dolayısıyla federasyon, siyasi elitlerin pazarlıkları sonucu uzlaşmaları ve anlaşmaya varmaları gibi bir dizi etkileşimden kaynaklanan bir sonuç olarak kabul edilmektedir. Bu yolla, her iki kavramın federasyonla olan ilişkisi ortaya koyulmaktadır.

Federasyonun yönetimleri arasında yapılan pazarlık, belirli değerleri gerçekleştirmeye yöneliktir. Bunlar, aynı coğrafyada bulunan topluluklar için iki ayrı yönetim düzeninin bulunması; her yönetim düzeninin en azından belirli bir alanda diğerinden bağımsız karar alabilmesi; yönetimlerin kendi yetki alanları içerisinde özerkliklerini güvence altına almalarıdır.⁴⁵ Genel olarak pazarlık kavramı, siyasi elitlerin kendi yönetim düzenlerini güçlendiren kurum ve yetkiler için anlaşma yapmaya razı olmalarına dayanmaktadır.

Sonuç olarak, anlamları arasında sözleşme terimi de bulunan pazarlık ile anlaşma arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. Anlaşmayla daha çok uzlaşma ve federasyonun ortaya çıkmasındaki sonuca odaklanılırken, pazarlık ile bu sonucu ortaya çıkaran müzakerelere ve yönetimlerin hangi yetkiyi alıp, bunları nasıl ve ne zaman kullanacaklarına ilişkin sürece odaklanmaktadır.

Siyasi boyuttan farklı olarak, özerklik ve ortaklık unsurlarını bir araya getiren federasyonun, soyut bir düşünce veya yaşam biçimi olan federalizm nedeniyle, sosyolojik açıdan da ele alınan bir kavram olduğu görülmektedir.⁴⁶ Bu yönde, aşağıda federasyonların sosyolojik boyutuna odaklanan çeşitlilik içinde birlik kavramına değinilecektir.

c. Çeşitlilik İçinde Birlik (*Unity in Diversity*)

Federasyonu ortaya çıkaran federalizm fikrinin, çeşitlilik içinde birlik⁴⁷ olarak ifade edilmesi, onun ilgili kavramlardan biri olarak değerlendirilmesine olanak

⁴³ VOLDEN, Craig, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker*, **Publius: The Journal of Federalism**, N: 34:4, 2004, s. 102.

⁴⁴ ELAZAR ve KINCAID, federasyonun bu tarihsel oluşum süreçlerini, anlaşma (*covenant*) kavramına dayandırırken, RIKER, özellikle ABD federasyonuna ilişkin değerlendirmelerle, süreci rasyonel siyasi bir pazarlık sürecine benzetir. BURGESS ise, her iki yaklaşımdan hareketle *federasyonlar tarihin bir kazası olmadığına ve insan unsurunun, kasıtlı bilinçli ve amaçlı eylemlerinin bir ürünü, aynı zamanda siyasi elitlerin pazarlıkları, anlaşmaları ve uzlaşmaları gibi bir dizi etkileşimden kaynaklanan bir sonuç* olduğunu ifade etmektedir. BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 78, 156.

⁴⁵ RIKER, **Federalism: Origin, Operations, Significance**, s. 11 vd.

⁴⁶ SMITH, **Federalism**, s. 23.

⁴⁷ Çeşitlilik unsurunun, günümüz ulus-devlet anlayışını ortadan kaldırdığı, bu anlayışa meydan okuduğu ifade edilir. Çok kültürlülük ya da çok katmanlılık olarak da ifade edilen çeşitlilik kavramı, geçen yüzyılın ikinci yarısından bu yana güçlü bir entelektüel ve siyasi

sağlamaktadır. Çeşitlilik içinde birlik kavramıyla federasyonlar, özerk ve ortak yetkilerle donatılan toplulukların “yaşam biçimi” olarak algılanmaktadır.⁴⁸

Federasyonların ve onu meydana getiren federalizmin bir yaşam biçimi olarak algılanmasına, daha dar değerlendirmede bulunulmasını savunan yazarlar, “*bireylerin alt birimler (kurucu birimler) içerisinde belirli derecede özerkliklerini koruyarak ortak bir yönetim rejimini paylaştıkları siyasi sistemi*”⁴⁹ olarak kabul etmektedirler.

Ne var ki, federasyonların özünü siyasi sistem dışındaki sosyal faktörlere dayandıran görüşler, bunu çeşitlilik içinde birlik kavramı ile açıklamaktadırlar.⁵⁰ Bu doğrultuda çeşitlilik içinde birlik, federasyonun varoluş nedenini olarak kabul edilmektedir.⁵¹

Federasyondaki çeşitlilik içinde birlik kavramı, farklı toplulukların anayasal bir siyasi sistem içerisinde, toplumsal farklılıklarını koruyarak yaşamalarıdır. Çeşitlilik kavramının azınlık haklarını korumaya odaklanması, federal sistemlerin demokrasi ile bağdaştırılmasına olanak sağlamaktadır.⁵² Ayrıca, günümüzde çeşitlilik içinde birlik kavramının demokrasi kavramıyla özdeşleştirilmesinde en önemli gerekçe, federasyonların etnik çeşitlilik açısından bir çare olarak kabul edilmesidir.⁵³ Bu yönüyle de federalizm, “*çeşitlilik içinde birlik*” ve siyasi sistemler arasında arzu edilen bir yönetim ilkesi olarak kabul görmektedir.⁵⁴

Federalizm düşüncesinin çeşitlilikleri bir araya getirmeyi savunması, bir devlet biçimi olan federasyonlarda da, toplumsal alanın dikkate alınmasına neden olmuştur. Çeşitlilik içinde birlik kavramının federal sistemlerle ilgili bir kavram olmasının ilk sebebi, sosyal ve ekonomik alanlardaki toplumsal farklılıklar olduğu ifade edilmektedir.⁵⁵ Bu yönde, ilk federasyonların çeşitlilik kavramını “yersel” olarak uyguladıkları belirtilmektedir.⁵⁶ Buna karşın, soyut bir düşünce biçimi olarak federalizmin federal sistemlerden daha ilkel oluşumları, önceki çağlara

akım olarak tüm dünyada etkisini gösterdiği belirtilir. Siyasi alanda çeşitlilik unsurunun ortaya çıkmasına, Kanada, ABD ve Avustralya federasyonları gibi, geleneksel olarak göç çeken ve federe yönetimlerinin yanı sıra belirli sayılarda yerli azınlıkların da içinde bulunduğu ülkelerde, ortaya çıkmasının doğal olduğu ifade edilir. Kanımızca, söz konusu ülkelerin, göç sebebiyle çok zengin bir etnik, kültürel, dinsel ve dilsel çeşitlilik sergilemekte olduğu düşüncesi doğru olsa da, burada daha önceden varolan çeşitlilikler hem sistemin siyasi olarak bir federasyon olmasını gerekli kılmış, hem de özünde var olan çeşitliliği (günümüzde ne kadar başarılı oldukları tartışılabilir), koruma altına almıştır. Söz konusu ülkelerde, çeşitliliğin birer zenginlik olarak algılandığı ve çeşitliliğin yönetimi yoluyla, bu çeşitlilikten azami faydanın sağlanmasını amaçlandığı ifade edilmektedir. Ayrıntılı Bilgi için bkz. CANATAN, Kadir, *Avrupa Toplumlarında Çokkültürcülük: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, The Journal of International Social Research*, Vol.2/6, 2009, s. 80-81.

⁴⁸ ELAZAR, *Exploring Federalism*, s. 5.

⁴⁹ KING, *Federalism and Federation*, s. 20-23, SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, s. 6.

⁵⁰ LIVINGSTON, William S, *Note on the Nature of Federalism*, *Political Science Quarterly*, Vol. 67, No. 1, 1952, s. 85 vd; SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, s. 5vd.

⁵¹ LIVINGSTON, *Note on the Nature of Federalism*, s. 85-90; SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, s. 5-6.

⁵² FILIPPOV, Mikhail, ORDESHOOK, Peter C, SHVETSOVA, Olga, *Designing Federalism: A Theory of Self-Sustainable Federal Institutions*, Cambridge University Press, USA, 2004, s. 1-4.

⁵³ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için, ERK, Jan, SWENDEN, Wilfried, *New Directions in Federalism Studies*, Routledge, USA-Canada, 2010.

⁵⁴ SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, s. 5-6.

⁵⁵ Proudhon'un bu görüşünü aktaran ERK, bu görüşlerin federalizmin ekonomi politik yaklaşımlarla ele alınmasına neden olduğunu da dile getirmektedir. ERK, Jan, *Explaining Federalism: State, Society and Congruence In Austria, Belgium, Canada, Germany and Switzerland*, Routledge, 2008, USA-Canada, s. 4.

⁵⁶ ERK, *Explaining Federalism*, s. 4.

dayandırılmaktadır.⁵⁷ Örneğin, federal sistemden daha önce ortaya çıkan konfederasyonların doğasında da, çeşitlilikleri bir araya getiren federal ilkenin bulunduğu ifade edilmektedir.⁵⁸

Federalizm ilkesinin, ana dinamiklerden biri olan birlik ilkesinin, çoğunluk prensibi arasında bir yarışma olduğuna, çeşitlilik ilkesinin ise, azınlık haklarına vurgu yaptığı belirtilir.⁵⁹ Bu vurguyu Federalist Yazılarda James Madison, şu şekilde ifade etmektedir: “Geniş ve heterojen bir ulus-devlette, basit çoğunluk kuralının dizginlenmesi gerekmektedir. Bu yolla azınlıkların haklarını ezebilecek veya kimliklerini ortadan kaldırılabilecek çoğunluğun zorbalığına karşı önlem alınmış olacaktır.”⁶⁰ Bu bağlamda, federasyonlarda benimsenen yetki paylaşımı gibi anayasal mekanizmalarla, farklılıkların koruma altına alınması hedeflenmektedir.

Federasyon ve federalizm kavramları, aynı etimolojik kökenden gelmektedirler. Bunun doğal sonucu, her ikisinin ilgili olduğu kavramların da aynı olmasıdır. Ancak bir devlet biçimi olarak federasyon, bir düşünce biçimi olan federalizmden bu yönü bakımından ayrılmaktadır. Bu nedenle aşağıda her iki kavramın farklılıkları ortaya konulacaktır.

3. *Federalizm ve Federasyon Kavramları*

Federasyon ve federalizmle ilgili literatüre bakıldığında, birçok yazarın bu iki kavramın birbirinden ayrı olduğunu vurguladığı görülmektedir.⁶¹ Bununla birlikte bazı çalışmalarda bu iki kavram birbirinin yerine kullanılmaktadır.⁶² Bu nedenle, iki kavram arasındaki farklılığın açık bir biçimde ortaya konulması önemlidir.

Bu yöndeki ilk girişim, ELAZAR tarafından, federalizm kategorisi esas alınarak yapılmıştır.⁶³ Yazara göre federalizm kategorisi, içerisinde federasyon veya

⁵⁷ Bu konudaki görüşlere, federasyonların modern öncesi dönemleri ile ilgili kısımda değinilecektir. ŞENOCAKLI, **Federalizm ve Kıbrıs Uyuşmazlığı**, s. 6-7; SMITH, **Federalism**, s. 22,

⁵⁸ JOHNSTAD, *Co-operatives and Federations*, s. 49.

⁵⁹ KINCAID, TARR, **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, s. 410.

⁶⁰ James Madison’ın çoğunluğun tahakkümü olarak nitelendirilebileceğimiz tiranlığa karşı ciddi endişeleri bulunmakla beraber, bunları Federalist Yazılarda dile getirmektedir. Temel argümanı hizipçiliği (factionalism) engellemek olan Madison, azınlık hakları ve temsiliyet konularına vurgu yapmaktadır. Madison’ın söz konusu görüşleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GROFMAN, Bernard, WITTMAN, Donald, **The Federalist Papers and the New Institutionalism**, Agathon Press, First Publish, New York, 1989, s.11-31.

⁶¹ Her iki kavramın birbirinden ayrı olmasına ilişkin önemli görüşleri, Michael BURGESS, Alain GAGNON, Preston KING örnek olarak gösterilebilir.

⁶² Federalizm kavramını, federasyon kavramı yerine kullanan yazarlar arasında, özellikle William RIKER, Ramesh DIKSHIT, Ivo DUCHACEK ve Carl FRIEDRICH olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. RUBIN, Edward, FEELY, M. Malcolm, **Federalism: Political Identity and Tragic Compromise**, The University of Michigan Press, 2008, s. 22, 168.

⁶³ ELAZAR, federasyonu, federalizm kategorisi içerisinde değerlendirmekte ve federalizm kategorisi içerisinde çeşitli devlet türü ya da şeklini içerdiği, bunların federalizmle ilişkisini bir tür biyolojik benzetmeyle kullandığı görülmektedir. Federalizm kategorisinde, konfederasyon, birlikler, federasi (*federacy*), bu tür devlet sistemine örnek olarak Amerika’nın Porto Riko ve Kuzey Mariana Adalarıyla olan siyasi birliği örnek verilmektedir. Kategorinin diğer türleri, ilişkili devlet (*Associated statehood*), bu türe somut örnek, Amerika’nın Mikronezya Federal Devletleri ve Marshall Adalarıyla olan siyasi bağı gösterilmektedir. Ayrıca, ELAZAR federal benzeri devlet sistemlerini de kategori haline getirmektedir. Bunların ise, birlikler ya da birleşik modeller (*union*) olarak belirtmektedir. Bu modellere örnek olarak, Birleşik Krallık verilmektedir. Ligler (*league*), örneğin ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) Güneydoğu Asya Uluslar Birliği gibi, ülke üzerindeki birkaç devletin egemenliği ile yönetilen ülkeyi ifade eden *condominium*, örneğin Andorra Prensiğinin İspanya ve Fransa ile olan ilişkisi, ile anayasal bölgeselleşme türleri, örneğin İtalya ve son olarak anayasal özerk yönetim, örneğin Japonya olarak belirlemektedir. ELAZAR, Daniel, *International and Comparative Federalism*, **Political Science and Politics**, Vol. 26, No. 2 (Jun, 1993), s. 190-195.

konfederasyon gibi birden fazla siyasi örgütlenme biçimi barındıran bir tür siyasi örgütlenme kategorisidir.⁶⁴

Benzer bir girişim WATTS tarafından, “federal siyasi sistemler”⁶⁵ kategorisi çerçevesinde yapılmıştır. Yazar, federalizmi ve federasyonu “federal siyasi sistemler” kategorisi içinde ele almaktadır.⁶⁶ Yazara göre “federal siyasi sistemler”, özerklik ve ortaklık unsurlarının birleştirildiği siyasi bir örgütlenme kategorisidir.⁶⁷

İki yazarın konuya yaklaşımları arasındaki temel fark, ELAZAR’ın federalizmi belirli tür siyasi örgütlenmeleri ifade eden normatif bir kavram, WATTS’ın ise, tanımlayıcı bir kavram olarak ele almış olmasıdır. Ancak iki yazar, sonuç itibarıyla, federalizm ve federasyonun birbirinden farklı iki kavram oldukları konusunda hemfikirdirler. Federalizmin normatif açıdan ele alınması, federasyon dışındaki karma yapıli devlet türlerini de kapsayan daha geniş bir kavram olarak kabul edilmesine neden olmaktadır.⁶⁸

Federalizm ve federasyonu birbirinden ayırma çabaları, federalizm konusunda iki farklı yaklaşım bulunduğu şeklindeki iddiaları ön plana çıkarmıştır. Bu yaklaşımlardan birincisine göre, federalizm, “*vatandaş seçimlerini dengeli kılabilmek için belirli amaçları gerçekleştirmek üzere bir araya gelen özerk birimlerin, diğer bazı amaçları gerçekleştirmek için ortak yönetimi oluşturmalarıdır*”.⁶⁹ Bu yaklaşım, kökeni Federalist Yazılara dayanan, pragmatik anlayışı savunan tipik Amerikan federalizm yaklaşımı olarak kabul edilmektedir. İkinci yaklaşım ise, federalizmin felsefi boyutunu öne çıkaranların temsil ettiği, ideolojik temeli olan, ütöpik Avrupa federalizm yaklaşımıdır.⁷⁰ Bu yaklaşımda, federalizmin tarihsel bir fikir olduğu işaret edilmekte ve Avrupa’daki etkisi daha çok anayasal yetki paylaşımında ortaya çıkan ikincillik (*subsidiarity*) ilkesine dayandırılmaktadır.⁷¹

Bu farklı yaklaşımlar ışığında federalizm ve federasyon kavramlarının birbirinden ayrılması gerektiği açıktır. Federalizm, federasyonun aksine, normatif ve ideolojik bir

⁶⁴ VILLIERS, DE Bertus, (Ed.), **Federalism: Theory and Application**, Human Sciences Research Council Publishers, Pretoria, 1995, s. 7. Ayrıca ELAZAR’ın her ne kadar federalizm ve federalizm benzeri sistemleri federasyondan ayırda, özellikle daha eski çalışmalarda kavramları birbirlerinin yerine kullandığı görülmektedir. ELAZAR, **Exploring Federalism**, s. X-XIII, 5, 7-8.

⁶⁵ Federal siyasi sistemler, birlikler, anayasal yerinden yönetimler, federasyonlar, konfederasyonlar, federacy, associated states -, kondominyum, gibi, federalizm ilkesi çerçevesinde bir araya gelen devlet türlerini, tek bir sistem altında birleştiren bir kategoridir. WATTS, Ronald L, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, **Annual Reviews Political Science**, 1998, V. 1:117-37, s. 119-120

⁶⁶ WATTS, Ronald, *Comparative Federalism and Federation: Competing Traditions and Future Directions by Michael Burgess; Alain-G. Gagnon*, **Publius**, Federal Preemption, Vol. 23, No. 4, 1993, s. 154-155.

⁶⁷ Yazarın federal siyasi sistemler ve federasyona ilişkin tanımları için daha ileriki Tanım başlığına bakılabilir. WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, s. 117 vd.

⁶⁸ WATTS, federalizmi, çok katmanlı toplumlarda, ortak-paylaşılan kural aracılığıyla ortak yönetim, özerk kurallar aracılığıyla bölgesel özerk yönetim unsurlarının birleştirilmesini savunan normatif fakat tanımlayıcı olmayan bir kavram şeklinde açıklamaktadır. WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s**, s. 6.

⁶⁹ WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, s. 119-120. İlkeye ilişkin detaylı bilgi Yetki Paylaşımı bölümünde ifade edilecektir.

⁷⁰ Kaynağını Federalist Yazılara dayandıran, pragmatik yaklaşımın yazarları WHEARE ve DAVIS olarak ifade edilmekte, kaynağını Avrupa federasyonlarına dayandıran ve federalizmi ideolojik bir bakış açısıyla ele alan yaklaşımları da BURGESS ve GAGNON, ütöpik bir yaklaşımla ele alan yazarlara örnek olarak da, MARC ve ARON örnek verilmektedir. VILLIERS, **Evaluating Federal Systems**, s. 9.

⁷¹ WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, s. 119-120. İlke ile ilgili detay bilgi Yetki Paylaşımı bölümünde ifade edilecektir.

karaktere sahiptir ve belirli ölçüde özerk ve paylaşılan yetkilerle birleştirilmiş bir yaşam biçiminin savunulmasıdır.⁷²

Bu bağlamda KING, federalizmin bu kadar geniş bir kapsama sahip kılınmasını eleştirmekte ve bu tanımın benimsenmesi durumunda, siyasi, hatta günlük hayatın birçok özelliklerinin federal olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu nedenle, yukarıda ifade edilen federalizm yaklaşımı gibi, kavramın kurumsal boyutu ile ideolojik boyutu olduğuna ve bunların birbirlerinden ayrı tutulması gerektiğine işaret edilmektedir.⁷³

Ayrıca, literatürde, federalizmin siyaset bilimi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş baskın durumdadır. Federalizmi siyasi teorilere dayandıran bu yöndeki görüşler, federasyonun ayrı bir kavram olduğunun altını çizmektedir. KING, bu noktadan hareketle, federalizmi siyaset felsefesinin bir ürünü olarak ele almakta ve bir ideoloji olarak kabul etmektedir.⁷⁴ Benzer biçimde DUCHACEK, federalizmin; barış, anayasa, sosyalizm, demokrasi veya adalet gibi pozitif bir değeri, fakat herkes için farklı anlamları olan şeffaf bir kavram olduğunu belirtmektedir.⁷⁵

Aynı şekilde VERNEY, kavramları birbirlerinden ayırarak, federalizmi modern siyaset teorisi kavramlarından biri olarak kabul etmektedir. Yazara göre, federalizmin, siyaset teorisinde yer alan sosyalizm veya liberalizm gibi diğer kavramlarla ortak noktaları bulunmaktadır.⁷⁶ Bunlardan ilki, bu kavramların herkes için önemli olması, diğeri ise, herkes için farklı anlamlara gelmesidir. Bu yönüyle federalizm, genel olarak siyaset bilimi kavramları ile açıklanabilecek soyut düşünsel bir alana işaret ederken, federasyon, bu düşünsel alan temel alınarak kurulan somut bir devlet biçimini ifade etmektedir.⁷⁷

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere federalizm, normatif bir kavram olarak ele alınmakta ve liberalizm veya sosyalizm gibi bir düşünce biçimi, bir ideoloji olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık federasyon, Kanada ve AMERİKA gibi federasyonları, Fransa veya İngiltere gibi üniter sistemlerden ayırmak için kullanılan tanımlayıcı bir kavramdır.⁷⁸

⁷² ELAZAR, *Exploring Federalism* , s. 5.

⁷³ KING, *Federalism and Federation* , s. 20-23.

⁷⁴ Federalizmin ideolojik karakterine odaklanan yazar, federalizmin güçlü ideolojik karakteri nedeniyle demokrasi ve federalizm kavramlarının bağdaştırıldığını ifade etmektedir. Yazar aynı zamanda, ideolojik federalizm kavramının; merkeziyetçi, merkeziyetçi olmayan ve dengeleyici olmak üzere üç şeklinin bulunduğunu ileri sürmektedir. KING, *Federalism and Federation* , s. 20- 21.

⁷⁵ DUCHACEK eserinde, federalizm ve federasyon kavramlarına ilişkin tartışmaya değinmeden, her iki kavramı birbirlerinin yerine kullanan yazarlardan biridir. DUCHACEK, Ivo D, *Comparative Federalism: The Territorial Dimension of Politics* , London: Holt, Rinehart and Winston, 1970, s. 191. Aynı zamanda bkz. BURGESS, Michael, GAGNON, Alain G, *Federal Democracies* , 2010, USA and Canada, Routledge, s. 1.

⁷⁶ Bu kavramalar, liberalizm, conservatism, nationalism ve socialism yani Türkçe karşılıkları, liberalizm, muhafazakârlık, milliyetçilik ve sosyalizm kavramları belirtmektedir. VERNEY, Douglas V, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India* , *Publius*, Vol. 25, No. 2 (Spring, 1995), s. 83-84.

⁷⁷ VERNEY, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India* , s. 83-84, Bu tür çalışmalara örnek olarak bkz. RIKER, *Federalism: Origin, Operations, Significance* , VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* .

⁷⁸ VERNEY, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India* , s. 83-84.

Kavramın ideolojik boyutunu ön plana çıkaran SMITH de, federalizmin, farklı bağımsız siyasi toplulukların, çeşitliliklerini koruyarak, gevşek ya da sıkı bağlarla bir araya gelmelerini savunan bir ideoloji olduğuna değinmektedir. Yazar, bu noktadan hareketle, federalizm ideolojisini barındıran federasyonun ise, bir devlet türü olduğunun altını çizmektedir.⁷⁹

Nitekim, federalizmin, federasyonun yerine kullanılmasını eleştiren diğer yazarlar da, federalizmin sosyalizm ya da liberalizm gibi devletle ilgili olmadığını,⁸⁰ buna karşın “*federasyonun devlete ilişkin özel bir kurumsal ilişki türünü ifade eden, tanımlayıcı bir kavram olduğunu*” ifade etmektedirler.⁸¹

KING, “...*federasyon olmadan federalizm olabilir ama federalizm çeşitleriyle belirli derecede eşleşmeyen bir federasyon olmaz*”⁸² değerlendirmesi ile iki noktaya vurgu yapmaktadır. Bu noktalardan birincisi, iki kavramın birbirinden farklı olduklarıdır. İkinci nokta, federasyonların her durumda federalizm düşüncesi ile eşleşeceğini, aksi halde federasyondan söz etmenin mümkün olmayacağıdır. Bununla birlikte federasyondaki çeşitlilik nitel değil nicel de olabilir. Bu bağlamda nitel çeşitlilik, toplulukların dilsel, dinsel, kültürel farklılıkları üzerinden ortaya çıkarken, nicel çeşitlilik, birbirine benzer özelliklere sahip çok sayıda topluluğun federasyonu kurmasıyla ortaya çıkabilir. Nitel çeşitliliğin bulunduğu federasyonlar doğal olarak federalizm ideolojisine daha yakındırlar. Nicel çeşitliliğin bulunduğu federasyonlarda ise, dil, din ve kültür gibi nitel öğeler çerçevesinde birbirinden kesin çizgilerle ayrılmayan topluluklar söz konusudur ve bu tip federasyonlarda federalizm ideolojisinin belirgin bir etkisinden söz etmek o kadar kolay değildir.⁸³ Nitekim federasyonlar federalist düşüncenin etkisi altında olma oranları bakımından, asimetrik ve merkezîyetçi federasyonlar olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Bu noktadan hareketle, Kanada’nın asimetrik, Avusturya’nın ise merkezîyetçi bir federalizm anlayışı üzerinden tanımlanmasının sebebi budur.

Modern federasyonların oluşumdan federalizmin ideolojik boyutunun etkisi görülebilmektedir.⁸⁴ Federalizm düşüncesinin amacı, farklı kimlikleri koruyup, destekleyerek, çeşitlilikleri bir araya getirmek ve bu farklılıkları büyük siyasi birlikler

⁷⁹ SMITH çalışmasında, federasyonu ve federal siyasi sistemleri aynı anlamda kullanmaktadır. SMITH, **Federalism** , s. 23-24. WATTS ise, daha önce değindiğimiz üzere iki kavramı birbirinden ayırmakta federal siyasi sistemleri çok daha fazla devlet türünü içine alan, -devlet birlikleri, ligler, federasyon, federasyon benzeri gibi- geniş bir perspektif olarak değerlendirir. WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s** , s. 8-9, 121-122. Bu GÖZLER’in, karma yapılı devlet modellerini ifade eden, devlet türlerini, daha geniş bir perspektifte ele alan bir kategoriler olarak kabul edilebilir. GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi** , s. 130.

⁸⁰ VERNEY, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India* , s. 82.

⁸¹ KING, **Federalism and Federations** , s. 20-22.

⁸² Aktaran BURGESS, **Comparative Federalism** , s. 47. Orijinal eser, KING, **Federalism and Federation** , s. 76.

⁸³ Bu konuda genel olarak, fonksiyonel federalizm örneklerinin, federalizm ideolojisine daha fazla yakın olduklarını ve bu tür federal sistemlerde periferik dediğimiz federalizm türü görüldüğü ifade edilebilir. Fonksiyonel federalizmde çeşitlilikler toprak esasına değil toplulukların nitelikleri bakımından ayrılırlar. Bu tür bir sistemde toplulukların eşit derecede egemen olmaları, çeşitliliklerinin korunması bakımından son derece önemlidir. Bu doğrultuda, federalizm türleri hakkında ayrıntılı bilgi için ileride Yetki Paylaşımı kısmına bakılabilir.

⁸⁴ Ayrıca, federasyon ve federalizm gibi konfederasyon ya da konfederatif *confederacy* gibi kavramlar da aynı kaynaktan türeyerek, temelde anlamları itibarıyla, farklılıklarla birlik’te yaşamak ya da çeşitlilik içinde birliği işaret etmektedirler.

içerisinde yaşatmaktır. Bununla birlikte farklı olanların bir araya gelerek oluşturduğu her yapıyı federasyon olarak değerlendirmek mümkün değildir. Örneğin ELAZAR'ın, federalizm kategorisi içerisinde değerlendirdiği Birleşik Devlet'e (*Associated statehood*), örnek gösterilebilecek olan, Mikronezya Federal Devletleri ve Marshall Adaları siyasi yönden Amerika'ya bağlı olduklarından, bunların AMERİKA ile bir federasyon kurdukları iddia edilemez. Federal bir cumhuriyete bağlılığın veya tabi olmanın söz konusu olduğu durumlarda federasyondan söz etmek mümkün değildir. Çünkü federasyon, "*federal ve federe yönetimlerin anayasal anlamda birbirlerine bağımlı ya da tâbi olmadıkları bir sistem*" olarak tanımlanmaktadır.⁸⁵

Yukarıda yapılan açıklamalara karşın, iki kavramı birbirinin yerine kullanan yazarlar olduğunu da belirtmek gerekir.⁸⁶ Bu yazarlara göre federalizm ve federasyon aynı anlama gelen iki ayrı kavramdır.⁸⁷ Eğer bu görüş kabul edilirse, federalizm düşüncesi çerçevesinde, anlaşma temelinde ortaya çıkan modern dönem öncesi bazı birliklerin (örneğin Yunan devletlerinde ortaya çıkan birlikler, Alman ligleri veya İsviçre Konfederasyonu) federasyon olarak kabul edilmeleri gerekir. Oysa, bu birliklerin oluşturulmasında federalizm düşüncesinin etkili olduğu kabul edilebilse bile, oluşan birliklere federasyon demek mümkün değildir. Böyle bir anlayış, aynı zamanda, federasyonların kurucu unsuru olan anayasal yetki paylaşımının göz ardı edilmesine de neden olabilecektir.

Bu yönde federasyonlarda, sistemin federalizm düşüncesi konusunda istikrarını tespit etmek için toplumsal ve siyasi değerlendirmeler yapılmalıdır. Üstelik bu tespitin, siyasi ve toplumsal çözümleme gerektirmesi, belirli dönemlerde farklı sonuçların ortaya çıkmasına da neden olabilecektir. Buna örnek olarak, Amerikan federasyonunda, belirli dönemlerde var olan ikili federalizm (*dual federalism*) anlayışının, daha sonraları ortaklaşa federalizme (*cooperative federalism*) dönüşmesi gösterilebilir.⁸⁸ Aynı şekilde, federalizm unsurları bulunan bir siyasi topluluk da henüz federasyona dönüşmemiş olabilir.⁸⁹ Ne var ki, söz konusu devlet sistemi doğum belgesi olan anayasalar olmaksızın, en azından hukuken federasyon olarak tanımlanamaz.

Literatürde, federalizm ve federasyon kavramları arasındaki ayrımı netleştirmek yerine, bunlardan farklı kavramlar kullanmayı tercih eden yazarlara da rastlanmaktadır. Örneğin WHEARE, federalizm ve federasyon kavramları yerine, federal ilke ve federal

⁸⁵ WATTS, *Federalism, Federal Political Systems and Federations* , s. 121.

⁸⁶ Federalizm kavramını, federasyon kavramı yerine kullanan yazarlar arasında, özellikle William RIKER, Ramesh DIKSHIT, Ivo DUCHACEK ve Carl FRIEDRICH olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. RUBIN, FEELY, **Federalism: Political Identity and Tragic Compromise** , s. 22, 168.

⁸⁷ VILLIERS, **Evaluating Federal Systems** , s. 7, Ayrıca ELAZAR'ın her ne kadar federalizm ve federalizm benzeri sistemleri federasyondan ayırsa da, özellikle daha eski çalışmalarda kavramları birbirlerinin yerine kullandığı görülmektedir. ELAZAR, **Exploring Federalism** , s. 7-8.

⁸⁸ BLINDENBACHER, Raoul, Saunders, CHERYL, (Eds.), **Dialogues on Distribution of Powers and Responsibilities In Federal Countries** , içinde KATZ, Ellis, *The United States of America: A Federal Government of Limited Powers* , McGill-Queens University Press, Canada, 2005, s. 42.

⁸⁹ Buna örnek olarak, İspanya bölgesel devlet örneği verilebilir.

devlet kavramlarını kullanmıştır.⁹⁰ Federasyonu hukuksal yaklaşımlarla ele alan ilk teorisyenlerden biri olan WHEARE'in, federasyon yerine "federal devlet" kavramını kullanmasının nedeni, Amerikan modelini ideal bir federal sistem olarak belirlemesi ve federasyonları bu ideal üzerinden değerlendirmeye çalışmasıdır.

Bu ayrım çerçevesinde, federalizm, felsefi normatif bir kavramdır. Federasyon hukuki anlamıyla normatif bir kavram, siyasi anlamda ise olguyu tasvir eden yani, betimleyici bir kavram olarak da kullanılabilir. Buna karşılık tasvir edici ya da betimleyici anlamda federal sistemin savunulmasını, tanımlayıcı bir kavram olarak federasyon ise, belirli kurumsal ilişkilere sahip devlet biçimini ifade etmektedir.⁹¹ Sonuç olarak, her iki kavramın farklı yönleri ortaya konulmakla beraber, hem kavramsal alanda hem de terminolojik alanda ortaya çıkan karmaşaya, aşağıdaki başlık altında çözüm önerileri getirilmeye çalışacaktır.

4. Kavramsal Karmaşayı Aşma Önerisi

Federalizm ve federasyonun birbirinden ayrı iki olgu olduğu tespit edilmekle beraber, tek başına bu tespit, doktrindeki kavram karmaşasını ortadan kaldırmaya yetmemektedir.

Yukarıda bir düşünce biçimini ya da ideolojiyi ifade ettiğini belirttiğimiz federalizm kavramı, birçok çalışmada federasyon ya da federal devlet yerine kullanılmaktadır. Oysa, yukarıda da belirtildiği gibi, federalizm kavramı, belirli kurumsal ilişkilerle donatılmış devlet türünü açıklamak amacıyla kullanılmaya müsait değildir.⁹²

Federal sistem, "*federal yönetim ile federe yönetimlerin bir araya gelerek oluşturduğu devlet topluluğu*", federalizm ise "*devlet iktidarının federal devlet ile federe devletler arasında anayasayla güvence altına alınacak şekilde paylaştırılmasını öngören ilke*"⁹³ olarak tanımlanabilir.

Literatürde, "federal devlet" ifadesinin, federal sistem ya da federasyon yerine kullanıldığı da görülmektedir.⁹⁴ Ancak federal devlet, Amerika'da "*Federal Government*", Hindistan'da "*Union*", Avustralya ve Kanada'da "*Commonwealth*",

⁹⁰ BURGESS, WHEARE'in kavramların geniş alanlarına bakmak yerine, farklı kavramlar kullandığını ifade etmiştir. BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 27-29.

⁹¹ Örneğin KING, **Federalism and Federations**, s. 20-22, VILLIERS, **Evaluating Federal Systems**, s. 7. İlk etapta, terminolojiye yabancı olanlar için kavramlar aynı anlama gelseler de, içerik olarak farklılık arz ederler. Federalizm, federasyonu açıklamak için yeterli olmadığı gibi, federasyonların da federalizm ilkesi ile eşleşmemesi mümkün değildir. Nitekim literatürde, kavramların ayrılmalı yönündeki eğilim giderek kabul edilmiş, her iki kavramın federal sistemlere ilişkin farklı özellikleri içermekte olduğunun altı çizilmiştir. WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations* s. 119, WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s**. Bu konudaki tartışmalar için bkz. UYGUN, **Federal Devlet**, s. 1-7.

⁹² Federalizm ancak bir ideoloji olarak kabul edilmekle beraber, her federal sistemde bu ideolojinin ne derecede var olduğunu tespit etmek için hukuksal çözümlemenin ötesinde, siyasi, sosyal ve yargısal değerlendirmeler yapılması gerekmektedir. Örneğin bir federasyonda işbirliği federalizmine ilişkin olarak, federal ve federe yönetimler arasında etkileşimi zorunlu kılacak unsurlar anayasa ile kabul edilmiş olabilir. Ne var ki, bu mekanizmaların siyasi sistemde ne derece uygulanabildiği salt hukuksal çözümleme ile yeterli derecede tespit edilemeyebilir. Yine bir federasyonda zorlayıcı federalizmin tespit edilmesi salt hukuksal yaklaşımla mümkün olmayabilir ki bu tip bir tespit yapılması sistemin siyasi ve yargısal açılarından değerlendirilmesi gerekecektir.

⁹³ GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi**, s. 149.

⁹⁴ Örneğin DICEY, V. Albert, *Federal Government*, **Law Quarterly Review**, 1885, s. 80 vd, GILLET, H. Ransom, **The Federal Government; Officers and Their Duties**, Woolworth, Ainsworth & Company, USA, 1872.

Avusturya ve Almanya’da “*Bundes*” olarak belirtilen, federasyonun merkezi, yani federal (ulusal) yönetimini ifade eden bir kavramdır.⁹⁵ Ayrıca, bu kavramların Türkçeye çevrilmesiyle de, öğretilerde birtakım terminolojik karışıklıklar göze çarpmaktadır.⁹⁶

Bu durumda federal devlet kavramının kullanımı, ayrı bir soruna daha işaret etmektedir. Federal devlet, sadece federal yönetimi ifade etmek için kullanıldığında doğru bir kavramdır. Ancak bu kavram federasyonun tamamını ifade etmek için kullanılırsa uygun olmayacaktır.⁹⁷ Bu noktadan hareketle, federasyonun bütününe ifade etmek için ya federasyon kavramı ya da federal sistem kavramı tercih edilmelidir.⁹⁸

Ayrıca, federasyonlarda iki ayrı devlet düzeni varsa da, uluslararası hukuk açısından devlet tektir. Federasyonun federe yönetimleri uluslararası hukuk açısından birer devlet değildirler. Federasyonu uluslararası alanda temsil eden kural olarak federal devlettir.⁹⁹ Bu nedenle, federasyon çatısı altında birleşen federal ve federe yönetimler, uluslararası hukuk açısından tek olan devleti oluşturan birimlerdir.

Nitekim, bu konuda ortaya çıkabilecek bir karmaşayı önlemek için, federal devlet kavramı yerine federal yönetim kavramının kullanıldığı da görülmektedir.¹⁰⁰

Bütün bu tartışmaların dışında, federal sistemlerde, kendi yetki alanları bakımından bağımsız ve işbirliği içerisinde bulunan iki egemen “düzen” olduğuna dikkati çekilerek, bunların “federal düzey ya da federe düzey” olarak ifade edilmemesi konusunda da değerlendirmeler dikkati çekmektedir.¹⁰¹

Bu değerlendirmeleri yapan yazarlar, federasyonlarda yönetim düzenlerinin bir anayasa şemsiyesi altında örgütlendiklerinin altını çizmektedirler.¹⁰² Her iki yönetim de federasyon anayasası ile bağlıdır ve yönetimlerin meşruiyetleri anayasadan kaynaklanır. Federasyon yönetimlerinden biri olan federal yönetim, ulusal düzeyde yetkileri bulunan merkezi yönetimi ifade eder. Federe yönetimler ise, eyalet, *Länder*, ya

⁹⁵ Aynı yönde bir değerlendirme, VERNEY tarafından da yapılmaktadır. VERNEY, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India*, s. 82.

⁹⁶ Federasyonlara ilişkin terim problemleri için bkz. GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, s. 149-150.

⁹⁷ Terminolojik tartışmalar için bkz; BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 10-50, UYGUN, *Federal Devlet*, s. 5-6.

⁹⁸ Federal devletlerde federal yönetimin, ulusal (*national government*), birleşik devletler topluluğu (*commonwealth*), federal devlet, (federal *state*), merkezi devlet ya da yönetim (*central government*) gibi farklı kavramlarla tanımlandığını, federe yönetimlerin ise bölgesel, yersel, mülki (*territorial government*), eyaletler veya eyalet yönetimleri (*state governments*), ulus devlet ya da yönetimleri (*nations, provinces*), gibi farklı kavramlarla anılmaktadırlar. Bu aslında federal ülkelerin bölgesel, dil, etnik anlamda bölünmeleriyle ve aynı zamanda tarihsel ve sosyolojik geçmişleriyle alakalı bir farklılaşmadır. İngiliz Devletler Topluluğu (*Commonwealth*) geleneğinden gelen bir ülkede farklı tabirlerin, kullanılması bu nedenle doğaldır. Çalışmamızın daha kolay anlaşılabilmesi için bu kavram farklılığı federal devletlerin bir düzeyini oluşturan merkezi, ulusal devlete, federal yönetim, diğer düzeyi oluşturan eyalet, bölge yönetimlerine federe yönetimler kavramları kullanılarak, kavram birliği sağlanmaya çalışılacaktır.

⁹⁹ Üstelik bazı federasyonlarda sadece federal yönetimin değil federe yönetimlerin de uluslararası alanlarda başka devletlerle anlaşmalar yapabildiği görülmektedir.

¹⁰⁰ Örneğin, HAWKINS, Robert B, *Federal Principles for Government Reorganization*, *Publius*, Vol. 8, No. 2, Government Reorganization and the Federal System (Spring,1978), s. 133 vd, ESTERLING, Kevin M, *Does the Federal Government Learn from the States? Medicaid and the Limits of Expertise in the Intergovernmental Lobby*, *Publius: The Journal of Federalism*, Volume: 39, Number 1, 2008, s. 1-21.

¹⁰¹ NORMAN, Wayne, *Negotiating Nationalism Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 77.

¹⁰² Gözler, federasyonu, merkezi devlet (federal devlet) ile bölgesel devletlerin (federe devletlerin) bir araya gelerek oluşturdukları bir topluluk şeklinde ifade eder. Federasyon düzeylerini ise, merkezi devlet ve bölgesel devletler şeklinde açıklayarak, merkezi devlete federal devlet, bölgesel devletlere de federe devletler denildiğini ve federal devlette federe devletlerin de birer devlet olduğunu, kendilerine has millet, ülke ve egemenlik unsurları bulunduğu ifade eder. GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, s. 142 vd.

da kanton isimleriyle anılan, kendi alanlarında özerk olan ve ilk elden düzenleme yapabilme yönünde belirli yetkileri bulunan kurucu birimlerdir. Federasyonu, diğer devlet türlerinden ayıran en önemli unsur, federasyon yönetimlerinin anayasa ile belirlenmiş bir yetki paylaşımı çerçevesinde bir araya gelmeleridir. Federasyonlardaki anayasal yetki paylaşımı dikey (*vertical*) kuvvetler ayrılığını da işaret etmektedir. Federasyonda, dikey olarak ayrılmış kuvvetler, aynı zamanda yatay olarak devlet organları arasında da ayrı ayrı bölünebilmektedir. Yani federasyonlarda kuvvetler hem yatay hem de dikey olarak bölünürler.¹⁰³

Federasyondaki yönetimler için düzey veya tabaka ifadelerinin kullanılması da, sistem içerisinde yönetimler arasında bir hiyerarşi olduğu sanısını yaratabilir. Bu anlamda, alan, düzen ya da yönetim ifadelerinin kullanılmasının daha doğru olduğu düşünülebilir.

Ayrıca, burada yönetim kelimesiyle kast edilen, idari düzeyde bir yönetim değil, İngilizcedeki “*government*”¹⁰⁴ kelimesinin karşılığıdır. Bu sözcük Türkçeye “devlet” olarak çevrilmektedir. Ancak bu durumda da, yukarıda sözü edilen karmaşanın ortaya çıkması söz konusu olabilir. Bu nedenle, bu tezde, “federal devlet” yerine “federal yönetim” kavramı kullanılacaktır. Benzer biçimde federasyonun kurucu birimlerini ifade etmek üzere de, federe devlet, alt-birim (*sub-unit*), bölgesel yönetim veya eyalet kavramları yerine, genel olarak “federe yönetim” kavramı tercih edilecektir.

Şimdiye kadar yapılan açıklamalarda da görüldüğü üzere, federasyonlara ilişkin çalışmalarda, terminolojik açıdan bir takım sorunlar görülmektedir. Bu karmaşa aslında, federasyonun ve federalizmin, temelde anayasal, siyasi ya da toplumsal yaklaşımlarla ilişkili kavramlar olmasıyla da ilgilidir.¹⁰⁵ Federalizm ve federasyonun birbirinden ayrı kavramlar olması, bir devlet biçimi olan federasyonla, bir düşünce biçimi olan federalizme ilişkin tarihsel kaynakların da ayrı olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, bir sonraki kısımda, öncelikle federalizme ilişkin genel bir tarihsel bilgi verilerek, federasyonların ilk örneği olan Amerikan federasyonunun gelişimi hakkında bilgiler verilecektir.

B. TARİHİ GELİŞİM

Genel olarak, federalizmin geçirdiği tarihsel evrimin, üç döneme ayrıldığı görülmektedir.¹⁰⁶ Birinci dönem, İncil’de sözü edilen İsrail Kabileler Birliği’yle başlar.

¹⁰³ Yatay ve dikey bölünmeler ile ilgili bilgi için bkz. KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, İmge Kitapevi, 4. Baskı, 2007, s. 171-176.

¹⁰⁴ Basitçe devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olan, otoritesi yasaya ve güç kullanma yeteneğine dayanan (hükümet kurumları ile kamu görevlilerinden oluşan) bir politik aygıt olarak ifade edilebilir. BİRKÖK, Cüneyt, *Ansiklopedik Sosyal Düşünce Sözlüğü* - Dictionary of Social Thought Turckce ve İngilizce (Turkish English).

¹⁰⁵ THORLAKSON, Lori, *Comparing Federal Institutions: Power and Representation in Six Federations*, *West European Politics*, Routledge Publishing, 2003, 26:2, s. 1-3.

¹⁰⁶ ELAZAR, *Exploring Federalism*, 1987, s. X-XIII, 5.

İlk federalizm deneyimi olarak kabul edilen Birlik, üç bin yıl önce Yahudiler tarafından kurulmuştur.¹⁰⁷

Federalizm düşüncesinin ikinci dönemi ise, İsviçre Konfederasyonu'yla başlar. Bu deneyimle, 700 yıl önce Orta Çağ Avrupası'nda özgürlüğün tesis edildiği ileri sürülmüştür. Üçüncü ve son dönem ise Amerikan federasyonunun kurulmasıyla başlamıştır.¹⁰⁸

ELAZAR, federalizm düşüncesinden federasyona geçişte, federal öncesi (*proto-federal*) ve federal sistemler şeklinde iki tarihsel gelişim listesinden söz edilebileceğini ileri sürmektedir. Listenin ilk kısmında, modern öncesi federal örnekler şeklinde ifade edebileceğimiz, federasyon öncesi federalizm tecrübeleri yer almaktadır.¹⁰⁹ Listede, ilk sırayı, 13. yüzyıl-M.Ö. 722. yıl arasında var olan İsrail Kabileler Birliği (*Union of Tribes*) almaktadır. İkinci sırada, ilki 16. yüzyıl-M.Ö. 338, ikincisi M.Ö. 281-146 yıllarında ortaya çıkan, Yunan Achaean League yer alır.¹¹⁰ Üçüncü sırada, 4. yüzyıl ile M.Ö. 189 yılları arasında Yunan Boeotian League'in, olduğunu, dördüncü Aetolian League¹¹¹, beşinci olarak, M.Ö 106- M.S. 117 yılları arasında hüküm süren Decapolis¹¹² olduğunu belirtmektedir. 800-1806 yıllarında hüküm süren Kutsal Roma İmparatorluğunun, İmparatorluk Ligi (*Imperial League*) olarak kabul edilerek, altıncı sırada yer aldığı görülmektedir. Federal tecrübelerin yedinci sırasında, 1167-1250 yılları arasında hüküm sürmüş Lombard League'in,¹¹³ sekizinci sırada ise, Hanseatic League olarak bilinen ve 1158-1669 yılları arasında hüküm süren, Alman Ligi bulunmaktadır.¹¹⁴

ELAZAR'ın listesinde dokuzuncu sırasında, 1291-1848 arasında istikrarlı bir şekilde hüküm sürmüş olan, İsviçre Konfederasyonu (*Swiss Confederation*) görülmektedir. Listenin daha sonraki onuncu ve on birinci sıralarında, günümüz İspanya'sının sık sık federasyon olduğu yönündeki değerlendirmede göz önüne

¹⁰⁷ Federalizmin ilk prototipi olarak kabul edilen İsrail Kabileler Birliğinin, ilk-federalizm anlamına gelen proto-federalizm şeklinde açıklandığı görülmektedir. GINSBURG, Tom, DIXON, Rosalind, (Ed.) **Comparative Constitutional Law** , Edward Elgar Publishing Limited, UK-USA, 2011, s. 1.

¹⁰⁸ Federalizm düşüncesine dayanarak ortaya çıkan birliklere örnek olarak, ayrıca, eski yunan birlikleri, JEtolian Konfederasyonu, Ortaçağ'da özgür şehirlerin oluşturduğu şehir konfederasyonları, daha modern zamanlarda Hanseatic League olarak bilinen Alman Konfederasyonu ve İsviçre Konfederasyonu olduğu ifade edilir. NORMAN, **Negotiating Nationalism** , s. 82.

¹⁰⁹ Federal tecrübelerle ilgili tarihsel deneyimlerle ilişkin önemli bir çalışma için bkz. DAVIS, S. Rufus, **The Federal Principle: A Journey Through Time In Quest of Meaning** , University of California Press, 1978.

¹¹⁰ Achaean League; Yunan şehir devletlerinin, Helenistik dönemde bir konfederasyon olmasını ifade etmektedir. Antik federal yapılanmalara ilişkin bilgi için bkz. FRANK, Tenney, **Representative Government in the Ancient Polities** , **The Classical Journal**, Vol. 14, No. 9, 1919, s. 544 vd. İnternet Kaynak: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/3396/Achaean-League>, Erişim Tarihi: 20-12-2011.

¹¹¹ Aetolian League; Aetolian Ligi, Yunanistan'ın orta Aetolia bölgesinde, antik Yunanistan merkezli kabile toplulukları ve kentlerinin konfederasyonu olarak bilinmektedir. Bu devlet ligi ile ilgili olarak, LARESEN, J. A. O, **The Assembly of the Aetolian League** , **Transactions and Proceedings of the American Philological Association**, Vol. 83 (1952), s. 9 vd. Ayrıca bkz. İnternet Kaynak: http://en.wikipedia.org/wiki/Aetolian_League.

¹¹² *Decapolis*; On Kentler , Yunanca: deka, on; polis, şehir Yahudi ve Suriye'de Roma İmparatorluğu'nun doğu sınırında on kent birleşerek bir grup olmuş, şehirler resmi bir lig veya siyasi birim halinde değilmiş fakat dili, kültürü, konumu ve siyasi durumu birlikte gruplandırılmıştır. Decapolis'in federal ilkeye göre örgütlenmiş bir devlet tecrübesi ile ilgili detaylı bir bilginin bulunmadığına ilişkin görüşler için bkz. PARKER, Thomas, **The Decapolis Reviewed** , **Journal of Biblical Literature**, Vol. 94, No. 3, 1975, s. 447.

¹¹³ Lombard League; Kuzey İtalya'da şehirler ligi olarak kabul edilen bir birleşim olarak ifade edilebilir. Bu konuda genel bir bilgi için bkz. İnternet Kaynak: http://tr.wikipedia.org/wiki/Lombard_Birliği, Erişim Tarihi: 20-12-2011.

¹¹⁴ Alman İmparatorluğunda geçirilen federal deneyimler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DAVIS, **The Federal Principle** , s. 35 vd.

alınarak, Aragon-Katalan İmparatorluğu (*Aragonese-Catalan Empire*) (1200-1350) ve Castile, Aragon ve Navarre (1469-1634) ile İspanya'nın ikili Monarşileri gelmektedir. Listenin on ikinci sırasında, 1567-1798 “*United Provinces of the Netherlands*” ile Hollanda Provinces konfederasyonu gelmektedir. Daha sonra, İspanya ve Kuzey Bölgelerinin de içinde bulunduğu çoğul monarşi olarak adlandırılan İspanya İmparatorluğu (*Imperial Spain*) (1479-1716), federal tecrübe örnekleri olarak kabul edilirler.

Listede, İspanya'da federalizmin tecrübe edildiği örneklerin ardından Amerika kıtasında yaşanan deneyimler yer almaktadır. Tahminen 1600-1760 yılları arasında, Kuzey Amerika'da ortaya çıkan Kabileler Konfederasyonunun (*Iroquois Confederacy-Confederation of Tribes*) sonucu olan Iroquois Konfederasyonu¹¹⁵ on dördüncü sıradadır. On beşinci sırada, Kuzey Amerika'da kurulan, koloniler&dominyonlar konfederasyonu olarak bilinen “*United Colonies of New England*” (1643-1691) bulunmakta, 18. yüzyılda Kuzey Amerika'da resmi olarak kurulan Kabileler Konfederasyonu olarak bilinen bir Kızılderili kabilesi olan Creek Konfederasyonu, listenin en sonunda yer almaktadır.¹¹⁶

Listenin sonunda yer alan Kuzey Amerika konfederasyon oluşumlarının, öncelikle Amerikan Konfederasyonuna, daha sonra da federasyonuna kaynaklık ettikleri düşünülebilir. Federalizm tecrübeleri olarak ifade edilecek bu örneklerin önemli bir kısmının, zamanla modern anlamda federasyona geçiş yaptıkları görülmektedir.¹¹⁷

Federal sistemin Mayflower Sözleşmesiyle (*Mayflower Compact*)¹¹⁸ Amerika kıtasındaki İngiliz Kolonilerine yayılması, İsviçre'den gerçekleşen İngiliz göçüyle, Plymouth kolonisini kuran Püriten seyyahların (*Pilgrims*) Amerika'ya gidişine dayanmaktadır. Püritenlerin, Massachusetts Bay kolonisini federalizm temelinde oluşturdukları, federalizmin etkisinin New England boyunca hızla yayıldığı belirtilir.¹¹⁹ İngiltere'de sivil hayatı, kiliseyi ve ticareti etkisi altına alan federalizm düşüncesi, sonunda İngiliz kolonilerine de ulaşmıştır.

Protestan mezhebine mensup olan Püritenler, 16. ve 17. yüzyıllardaki Protestan Reformunun da etkisiyle, büyük ölçüde İsviçre Konfederasyonundan göç eden din

¹¹⁵ Iroquois; yerli halk olarak çevrilmekte, Haudenosaunee veya Longhouse İnsanları olarak bilinmektedirler. Bu halkın, başlangıçta Hudson Nehri Vadisinde yaşadıkları ve Amerikan Kızılderili halkları olduğu ifade edilir.

¹¹⁶ Federal tecrübelerle ilişkin ayrıntılı bir liste için bkz. ELAZAR, Daniel J, **Constitutionalizing Globalization: The Postmodern Revival of Confederal Arrangements**, Rowman & Littlefield Publishers, 1998, USA, s. 43.

¹¹⁷ Listede günümüz Almanya, İsviçre ve Amerika'da federasyon kurulmadan önce var olan federal birleşmeler buna örnek olarak gösterilebilir.

¹¹⁸ Mayflower, 1620 yılında İngiltere'nin Plymouth limanından yerleşme amacıyla ABD'ye gelen Pilgrimleri taşıyan gemi olduğu belirtilmektedir. Bu geminin yolcuları bugünkü Amerika'nın çekirdeğini oluşturmuşlardır. Prütin veya Protestan olarak bilinen bu seyyahlar, İngiltere'den kendi din özgürlükleri adına ibadetlerini özgürce yerine getirebilecekleri yeni bir devlet kurma düşüncesiyle Amerika'da Massachusetts Bay'e geldikleri belirtilmektedir. Ayrıntılı Bilgi için bkz. İnternet Kaynak: <http://tr.wikipedia.org/wiki/Mayflower>, Erişim Tarihi: 20-12-2011. Ayrıca bkz. Mayflower, **Longman Dictionary of Contemporary English (4th Ed)**.

¹¹⁹ MCCOY, Charles S, BAKER, J. Wayne, **Fountainhead of Federalism: Heinrich Bullinger and the Covenantal Tradition**, s. 29.

adamlarıdır.¹²⁰ Bu nedenle federalizm düşüncesinin modern federasyonların kurulmasından önce de var olduğu ve ABD federasyonundan önce, İsviçre Konfederasyonu'nda geliştiği yönündeki iddia da, daha sağlam bir temele oturmaktadır.

17. yüzyılda başlayan İngiliz göçlerinin etkisiyle, 1607 yılında Virginia kolonisi kurulmuştur.¹²¹ İsviçre'de Kalvenist hareketlerin bir sonucu olarak, kiliseyi saflaştırma düşüncesiyle ortaya çıkan Protestanların, öncelikle İngiltere'ye giderek bu akımı yaymalarının ardından, 1620 yılında 102 Püritenle Amerika'da Massachusetts kolonisini kurdukları belirtilmektedir.¹²²

Coğrafi olarak geniş alanlara yayılan koloniler, önceleri İngiltere'ye olan uzaklıkları nedeniyle sürekli bir baskı altında bulunmamaktaydılar. İngiltere'nin soyluluk hiyerarşisinden uzak olan kolonicilerin, daha özgürlükçü bir düzen yaratma konusundaki kararlılıkları ve büyük ölçüde doğrudan demokrasi yöntemleri ile yönetilmeleri, onları küçük birer cumhuriyet haline dönüştürmüştür. Bu nedenle, İngiltere'nin bir örneği şeklinde yönetilen kolonilerin, Avrupa'ya oranla daha liberal oldukları kabul edilmektedir. Koloniler, zamanla güçlenerek, İngiltere'nin ağır vergiler koymasına neden olacak kadar gelişip, zenginleşmişlerdir.¹²³

Bu dönemde, İngiltere'nin zaman zaman müdahalelerine karşı gelen koloniler, fiili olarak bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir. Buna karşın İngiltere, Fransa ile Hint savaşları nedeniyle kolonilere vergi koyarak, ağır yükümlülükler yüklemiş, güçlenen koloniler ise, direnme kararı alarak, ortak savunma için bir ordu kurulmasına karar vermişlerdir.¹²⁴ Bu gelişmeler, 1776'da kabul edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'ne giden süreci hızlandırmıştır.¹²⁵

1777'de toplanan Kongre'de, 11 konfedere devletin kabulüyle, muhtemelen İsviçre örneğinden etkilenilerek, konfederasyona geçilmesine karar verilmiştir.¹²⁶

¹²⁰ ELAZAR, *The Political Theory of Covenant: Biblical Origins and Modern Developments*, s. 14.

¹²¹ Virginia kolonisi, Amerikan federasyonuna geçişte, federasyon anayasasının onaylanması konusunda, uzunca bir süre direnen kolonilerden biridir. Virginia kolonisi, resmi olarak da 1624 yılında koloni haline gelmiştir.

¹²² Bu kolonilerin ardından, New Hampshire, Maryland, Connecticut, Rhode Island, daha sonra Locke'un sosyal sözleşme kavramını dayandırdığı ifade edilen Carolina Anlaşmalarına konu olan, North Carolina, ve South Carolina kolonileri kurulmuştur. Daha sonra, Hollanda'nın egemenliğinde bulunan, New York, Delaware, New Jersey 1664'te alınmıştır. 1681'de Pennsylvania ve 1732'de Georgia kurulmuştur. Kolonilere ilişkin bilgi için bkz. EROĞUL, Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, İmaj Yayıncılık, Ankara, İkinci Baskı, 1997, s. 55.

¹²³ EROĞUL, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, s. 56-57.

¹²⁴ İngiltere'nin kolonilerini korumanın karşılığı olarak, vergi koyması (Stamp Act), kolonilere askeri müdahalede bulunmaya çalışması ve son olarak koloniler üzerinde kesin İngiliz hakimiyeti kuran, Intolerable Acts (Dayanılmaz Yasalar) olarak bilinen yasaları düzenlemesi ile kolonilerin direnme kararı almalarına neden olmuştur. DRAKE, D. Frederick, NELSON, R. Lynn, **States' Rights and American Federalism: A Documentary History**, Greenwood Press, 1999, s. 23 vd, EROĞUL, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, s. 56-57.

¹²⁵ Bildirge hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EROĞUL, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, s. 57. Bağımsızlık Bildirisinde federasyonun temel ilkesi olan çifte vatandaşlık kurumunun da oluşturulduğu görülmekte, Jefferson'ın bildirge ile ilgili hem konfedere yönetimlerin hem de ulusun hakları ifadesini kullanmasının, çifte vatandaşlık vurgusunu ortaya çıkarmış olduğu ileri sürülmektedir. DRAKE, NELSON, **States' Rights and American Federalism**, s. 31.

¹²⁶ Delaware 1777'de, Maryland 1781'de kabul etmişlerdir. EROĞUL, Maryland'ın en son konfederasyona alınmasının, kıyıda sıkışan devletlerin batıda yer alan topraklardan pay istemesinin büyük bir sorunu neden olduğu, bu anlamda Maryland'ın New York sömürge topraklarından vazgeçmesi durumunda konfederasyona katılmasına izin verildiğini belirtmektedir. EROĞUL, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, s. 58. Bu arada Delaware konfederasyona en son giren konfedere devletlerden biri olmasına karşın, federasyon anayasasını onaylayan ilk federe yönetim olmuştur. PELTASON, J.W., (Ed.) **Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı**, A.B.D. Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Bilgi Programları Bürosu, 2004, İnternet Kaynak: <http://usinfo.state.gov/>, Erişim Tarihi: 12-05-2010. Orjinali için bkz. PELTASON, J.W., (Ed.), **About America: The Constitution Of The United States Of America with Explanatory Notes**, The World Book Encyclopedia, 2004, s. 18.

Konfederasyonun tek ortak kurumu belirli yetkileri olan Kongre'dir. Bu "devletler dostluğu"nda, diğer devlet organları bakımından herhangi bir ortaklık söz konusu değildir. Bu arada konfedere devletlerin, kendi iç yönetimleri bakımından önemli demokratik kurumları oluşturup, seçim usulleri ile ilgili ilkeleri benimsedikleri, bu anlamda demokratik birer devlet oldukları görülmektedir.¹²⁷

Bu arada, Versay Anlaşması'yla kolonilerin bağımsızlığını kabul eden İngiltere, konfedere devletlerin güvenliğini tehdit etmeye devam etmiştir. Bu durumun, konfedere devletlerde, öncelikle ticari ve keyfi uygulamalar, yargının etkilenmesi, borç ilişkileri ve dış ticaret gibi alanlar bakımından kaygı yarattığı ileri sürülmektedir.¹²⁸ Bu kaygılar, 1777 yılında toplanan Kongre'de, bazı konfedere yönetim temsilcilerinin güçlü bir merkezi yönetimin kurulmasını savunmalarına neden olmuştur. Buna karşın, bazı temsilcilerin ise, konfedere yönetimlerin güçlü olması gerektiğini ifade ederek, güçlü bir merkezi yönetim fikrine karşı oldukları belirtilmektedir.¹²⁹

Söz konusu kaygılar nedeniyle, konfederasyonu kuran metindeki hükümlerin yeniden gözden geçirilmesine ve bir anayasanın hazırlanmasına ilişkin süreç hızlandırılmıştır. 1787'de Philadelphia'da toplanan Kurucu Meclis, Anayasa'yı, 3 oya karşı 39 oyla kabul etmiştir. Anayasa'nın ortaya çıkışı, güçlü bir merkezin gerekliliğini savunanlarla, eyaletlerin haklarını savunanlar arasında iki kutuplu bir çekişmeyi ortaya çıkarmıştır. Bu iki kutuplu çekişmenin, konfederasyondan federasyona geçiş sürecinden başlayarak günümüze kadar varlığını sürdüren iki baskın politik görüşü ortaya çıkardığı da söylenebilir.

Anti-federalist ve Federalist görüşleri, siyasi kutuplar olarak ifade etmemizin nedeni, Amerika'nın ilk siyasi partilerinin bu düşünceler çerçevesinde kurulmuş olmasıdır. Federalistler bugünkü Demokrat Parti'nin, Anti-federalistler ise bugünkü Cumhuriyetçi Parti'nin öncüleri olarak kabul görmektedirler.¹³⁰ Bu tarihsel gelişim, Avrupa federasyonlarının aksine, Amerika'daki Federalistlerin güçlü bir merkezin taraftarı, Anti-Federalistlerin ise, güçlü federe yönetim taraftarı olarak bilinmelerine neden olmuştur.¹³¹

Anti-federalistler ve Federalistler, düşüncelerini, gazeteler, broşürler ve Anayasa'nın onaylanması için toplanan konvansiyonlardaki tartışmalarla yaymaya

¹²⁷ İleriki sayfalarda, bazı konfedere devletlerin temel hak ve özgürlükler bakımından kendi charter'ları olarak ifade edilen anayasalarında, önemli ilkeleri benimsedikleri görülecektir. Özellikle temel hak ve özgürlükler gibi bildireleri, bu anayasa metinlerine dahil ettikleri görülmektedir. DRAKE, NELSON, *States' Rights and American Federalism*, s. 35 vd. EROĞUL, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, s. 58.

¹²⁸ EROĞUL, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, s. 58.

¹²⁹ DRAKE, NELSON, *States' Rights and American Federalism*, s. 35.

¹³⁰ GÖZTEPE, Ece, *Anayasa Yargısı ve Demokrasi*, *Toplum ve Bilim*, Sayı 123, 2012, s. 45.

¹³¹ TANSILL, Charles C., (Ed.), *Report of Proceedings in Congress; February 21, 1787*, Documents Illustrative of the Formation of the Union of the American States, Government Printing Office, House Document No. 398, 1927, İnternet Kaynak: Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, *The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy*, http://avalon.law.yale.edu/18th_century/const04.asp, Erişim Tarihi: 20-10-2011. Ayrıca bkz. EROĞUL, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, s. 59.

çalışmışlardır. Bu arada, Cumhuriyetçi Parti geleneğiyle özdeşleşen Amerikan muhafazakârlığının kaynağını, Anti-federalistlerin “federe yönetimlerin hakları”nın muhafaza edilmesi konusundaki hassasiyetine dayandırmak mümkündür. Sonuçta Federalist ve Anti-federalist görüşlerin temel ayrılığı, güçlü bir federal yönetimi savunanlarla, güçlü federe yönetimleri savunanlar arasındaki çekişmeden kaynaklanmaktadır.¹³²

Anayasanın onaylanması, New York ve Virginia gibi iki büyük eyalet başta olmak üzere bazı eyaletlerde, Anayasa’ya karşı güçlü ve örgütlü bir muhalefet oluşmasını engelleyememiştir. Anayasa’nın onaylanmasına karşı çıkan Anti-federalistlerin temel gerekçeleri, Anayasa’da bir haklar bildirgesinin bulunmaması, Başkan’ın gereğinden fazla bağımsız olması, Senato’nun çok fazla aristokrat olması ve Kongre’nin gereğinden fazla güce ve ulusal hükümetin de gereğinden fazla yetkiye sahip olması şeklinde ifade edilmektedir.¹³³

Buna karşın, Federalistlerin, Amerikan Konfederasyonunu, İlk Çağ ve Orta Çağ’da Avrupa devlet liglerinde görülen modern öncesi federalizm deneyimlerine benzettikleri ifade edilmektedir. Federalistler, bu devlet liglerinin yani modern dönem öncesi federalizm deneyimlerinin zayıflıklarını, konfederasyonun zayıflığıyla bağdaştırmışlardır. Federalistlerin bu zayıflıkları aşma amacı, Anayasa’ya sahip çıkarak, onaylanması için destek sağlamalarına neden olmuştur.¹³⁴

1789 yılında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Başkanı seçilmiş ve toplanan birinci Kongre göreve başlamış fakat Kuzey Carolina ve Rhode Island federe yönetimleri, özellikle Virginia Haklar Bildirgesi’nin yazarı ve Anti-federalistlerden biri olan George MASON’ın önderliğiyle, Anayasa’ya her bireyin temel özgürlüklerini güvence altına alan bir Haklar Bildirgesi eklenmediği sürece, bu metni onaylamayı ve yeni yönetime katılmayı reddetmişlerdir.¹³⁵

Bu dönemde, federe yönetimlerin haklar bildirgesi konusundaki ısrarları anlaşılabilir. Bunun nedeni, Bağımsızlık Savaşı döneminde çoğu eyalet

¹³² Muhafazakâr anlayış, özellikle İngiltere’nin Plymouth kentinden göç ederek Amerika’ya gelen İngiliz Protestanların (Pilgrim Fathers) kaynağında yatmaktadır. İngiliz siyasetçisi ve Avam Kamarasında milletvekilliği yapmış, aynı zamanda Protestan olan Edmund Burke, Fransız İhtilâli karşıtlığı ile Kuzey Amerika’ya göç ederek oluşturulmuş İngiliz kolonilerinin (bugünkü Massachusetts eyaleti) bağımsızlık hareketlerine destek vermiştir. Burke’ün, Fransız İhtilâline olan karşıtlığı, bu anlamda muhafazakârlık olarak kabul edilerek, kendisinin Anglo-Amerikan muhafazakârlığının babası olarak anılmasına neden olmuştur. Bu doğrultuda Amerikan muhafazakârlığının, konfederasyona devam edilmesi, daha güçlü bir merkezi olabilecek federasyona geçilmemesi konusundaki görüşleri içerisinde barındırmaktadır. FARMER, Brian R, **American Conservatism: History, Theory and Practice** , Cambridge Scholar Press, 2005, s. 35 vd, Ayrıca bkz. NELSON, O. Jeffrey, *Ten Books that Shaped America’s Conservative Renaissance* , **Intercollegiate Studies Institute**, s. 18.

¹³³ Anti federalistlerin başında, Elbridge Gerry (Daha sonraları, Demokratik-Cumhuriyetçi parti adayı olarak, 1813 yılında James Madison’ın başkanlığından, ABD Başkan Yardımcısı olmuştur) Patrick Henry (Amerikan Devriminin ve cumhuriyetçiliğin radikal bir ismi olarak kabul edilen Virginia Valisi), Richard Henry Lee (Amerika’da 1789-1792 yılları arasında Virginia Senatörü olarak, ABD Senatosunda görev almıştır) ve George Mason (1776 yılında Virginia Anayasası ve Virginia Hakları Bildirgesini hazırlamış, bu çalışmalarıyla, Thomas Jefferson gibi daha sonraları ABD Başkanı olan önemli kişileri etkilemiştir. Diğer federe yönetimler de bu belgeleri model olarak kullanılmışlardır.), PELTASON, **Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı** , s. 16.

¹³⁴ ELAZAR, **Constitutionalizing Globalization** , s. 70.

¹³⁵ Kendi yasama meclislerinde ya da doğrudan halkoylaması ile Anayasayı onaylayan federe yönetimler, George Washington’u , Amerika’nın ilk Başkanı olarak seçecek olan seçicileri (*electors*) belirlemişlerdir. YOO, John C, *Judicial Review and Federalism* , **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Fall 98, Vol. 22, Issue 1, 1998, s. 1-3.

anayasasının, insan haklarına ilişkin bildirgeler içermesidir. Bu konuda örnek olarak, ABD Anayasası'nı onaylayan ilk federe yönetimlerden biri olan 1776 tarihli Pennsylvania'nın anayasası gösterilebilir. 1776 tarihli Pennsylvania Anayasası'nın 2. kısmında, Pennsylvania “*Commonwealth veya eyalet (federe yönetim) için Devlet Organları ve Çerçevesi*” düzenlenmiştir.¹³⁶ Bu düzenleme de, Amerika'da federe yönetimlerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal düzenlemelerini, ABD Anayasası'ndan önce oluşturmuş olduklarını göstermektedir.¹³⁷ Geçiş dönemi olarak adlandırılabilir bu dönemde, eyaletlerin kendi hukuk düzenlerini kurma ve anayasal belgelerini oluşturma konusunda federasyondan önce davranmış olmaları dikkat çekicidir.¹³⁸

Bu süreçte, haklar bildirgesinin eklenmemesi durumunda, özellikle Virginia gibi ciddi muhalif görüşlerin bulunduğu federe yönetimlerin, Anayasa'nın onaylanmasını engelleyebilecekleri görülmüştür. Bu nedenle Federalistler, ABD Anayasası'na bir haklar bildirgesi eklemeye söz vermişler ve bu söz karşılığında anti-federalistlerin bulunduğu eyaletlerin Anayasayı onaylamaları ile federal sisteme geçiş gerçekleştirilmiştir. Bildirge, bir anayasa değişikliği teklifiyle federe yönetimlerin kabulüne sunulmuş, 1791'de on Ek Değişiklik ABD Anayasası'na Haklar Bildirgesi “*Bill of Rights*” olarak eklenmiştir.¹³⁹

Yeryüzünün ilk modern anayasası olarak kabul edilen ABD Anayasası'nın büyük ölçüde eyalet anayasalarından etkilendiğini söylemek mümkündür. Eyaletlerin, Amerikan Konfederasyonu döneminde, birer konfedere yönetim olarak anayasal belge niteliğinde olan “Charter”ları zaten bulunmaktaydı.¹⁴⁰ Dahası, bu hukuki metinler, yalnızca ABD Anayasası'nı değil, başka ülkelerin anayasalarını da etkilemiştir. Örneğin, 1789 Belçika Devrimi'ne bakıldığında, Belçika Demokratik Parti'sinin, ABD federe yönetimlerinin anayasalarını kendisine örnek aldığı görülmektedir.¹⁴¹

¹³⁶ Bildirge, *Commonwealth ya da Pennsylvania Eyalet Sakinleri Hakları Bildirgesi* şeklinde anayasanın ilk kısmında yer almaktadır. Bilgi için bkz. THORPE, F. Newton, (Ed.), *The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America*, **Constitution of Pennsylvania, September 28, 1776**, İnternet Kaynak: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/pa08.asp, Erişim Tarihi:02-10-2011.

¹³⁷ 1776 Pennsylvania Anayasası'nda, Anayasa'da devlet organlarının ayrılmış olduğu, yani kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği, eyaletin ya da commonwealth'in yürütme yetkilerinin bir Başkan'a verilmiş olduğu, tek yapılı bir meclis ile yüksek mahkemenin oluşumuna ilişkin düzenlemeleri içermektedir. 1776 Pennsylvania Anayasası'nın, ABD Anayasası'na göre daha ayrıntılı bir anayasa olduğu söylenebilir. Anayasa Metni için bkz. İnternet Kaynak: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/pa08.asp, Erişim Tarihi:02-10-2011.

¹³⁸ Bu konuda şüphesiz ki tek örnek Pennsylvania değil aynı zamanda 1776 Virginia, Delaware, Maryland, New Hampshire, New Jersey ve North Carolina Anayasaları ile 1777 Georgia, New York Vermont Anayasaları da verilebilir. Bu anayasalardan biri olan, Delaware Anayasası, özellikle haklar bildirgesine ilişkin anayasa değişikliklerinin yapılmayacağına ilişkin bir kayıt içermektedir. Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerinin yanı sıra, anayasanın diğer maddelerinde değişiklik yapılabilmesi için ciddi bir çoğunluğun sağlanması öngörülmektedir. 1776 Delaware Anayasası'nın Orijinal 30. maddesi için bkz. **The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy**, Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, İnternet Kaynak: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/de02.asp, Erişim Tarihi: 02-10-2011.

¹³⁹ Kongre'nin her iki meclisin üçte iki çoğunluğu tarafından ya da eyaletlerin üçte ikisinin yasama meclislerinin başvurusu üzerine anayasa değişikliği teklifi yapılabilme ve söz konusu eyaletlerin kabulüne sunulduğu belirtilir. PELTASON, **Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı**, s. 17. ABD'nin anayasal tarihi için bkz. THORPE, F. Newton, *The Constitutional History of the United States 1765-1895*, Vol. III, 1861-1895, USA, 1970.

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy**, Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, İnternet Kaynak: <http://avalon.law.yale.edu/subject/menus/17th.asp>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.

¹⁴¹ BLAUSTEIN, Albert, *ABD Anayasası: Amerika'nın En Önemli İhracatı*, içinde, **Demokrasi Konuları: Yeni Doğan**

ABD Anayasası ise, yalnızca diğer ülkelerdeki anayasacılık hareketlerini etkilemekle kalmamış, federasyon konusunda da başka ülkelere örnek teşkil etmiştir. Bu Anayasa'nın Latin Amerika'da federasyonların kurulmasını etkilediği bilinmektedir.¹⁴²

Modern federalizm konusundaki bilimsel tartışmalara, Amerikan federasyonunun temel belgeleri olarak kabul edilen Federalist Yazılar kaynaklık etmektedir. Bu yazılarda, "Birleşik Cumhuriyet" adı altında federalizm ve federasyon olgularını, Publius takma adıyla savunanlar; Alexander Hamilton, John Jay ve James Madison'dır. Amerikan federasyonunun kurucu babaları olarak kabul edilen, HAMILTON, JAY ve MADİSON, "federal devlet" kavramından daha fazla fayda sağlayabilmek adına, bunun gerçek, bilimsel ve felsefi bir akıma dönüşmesine katkı sağlamışlardır. Bu konudaki katkılarını ise 1787-1788 döneminde Amerika'nın konfederasyondan federasyona geçişinde, federal devletin nasıl bir yapıda olması gerektiğini açıkladıkları Federalist Yazılar (*The Federalist*) olarak bilinen değerlendirmelerle yapmışlardır. Federalist Yazılar'ın, günümüzde dahi federal devletin mantığını en iyi yansıtan metinler arasında yer aldığı doğru olsa da¹⁴³, bu yazılar aracılığıyla Federalist kesimin, federal sistemin bir bakıma propagandasını yaptıkları belirtilebilir. Federalist Yazılar, "federalizm ilkesini, inanç ilkesine bağlanan tarihin bir kazası olmaktan çıkarmış, anayasacılık ilkelerinin kalıcı bir ifadesi" olarak görülmektedirler.¹⁴⁴

Federalist Yazılar'da, federasyon anayasasının temelini, Konfederasyonla ilgili hukuki metinlerdekinin (*Articles of Confederation*) tersine, eyaletlerin ya da federe yönetimlerin rızalarına değil, orada yaşayan insanların rızalarına dayandığı belirtilmiştir.¹⁴⁵ Bu değerlendirme, federalist görüşlerin bir yansıması olarak kabul edilebilir. Nitekim güçlü bir yönetimi arzulayan bu görüşlerin önündeki engel, güçlü kurucu birimlerin ya da federe yönetimlerin bulunmasını savunan Anti-federalistlerdir. Konfederasyonda irade konfederatif yönetimler arasında bir anlaşma iken, federasyonda vatandaşlar arasında bir irade olduğu ön plana çıkarılmakta, böylelikle birliği oluşturan meşru otoritenin kaynağı, federe yönetimler değil insanlar olarak gösterilmektedir.

Federalist Yazılar'ın 9. sayısında Alexander Hamilton, konfederasyon ve üniter devlet sistemlerini, federasyonla karşılaştırarak açıklamıştır. Belgelerde, "gerçek" bir

Demokrasiler ve Anayasallaşma , A.B.D. Dışişleri Bakanlığı Elektronik Dergisi, C.9, S. 11, 2004, s. 9.

¹⁴² ABD Anayasası'nın, büyük ölçüde dünya üzerinde anayasalaşma geleneği başlattığını ve aynı zamanda federal ülke geleneğini de empoze etmiştir. ABD Anayasası'nın hemen ardından, tıpkı ulusal metinleri 1824'te yayınlanan Meksika ve Brezilya gibi, birer federasyon olan Venezüella, Şili ve Arjantin'in 1811 yılında, ilk anayasalarını oluşturdukları ve bu anayasaların oluşumunda, ABD Anayasası'ndan önce Philadelphia örneğini (1776 Pennsylvania Anayasası) ele alarak yaptıkları belirtilir. ABD Anayasası'nın aynı zamanda, Latin Amerika federalizminin gelişmesini etkilediği de belirtilmektedir. BLAUSTEIN, *ABD Anayasası: Amerika'nın En Önemli İhracatı* , s. 10.

¹⁴³ BURGESS, *Comparative Federalism* , s. 10, 69-72.

¹⁴⁴ ROSSITER'den aktaran BURGESS, *Comparative Federalism* , s. 10, 69-72.

¹⁴⁵ WARD, Ann, WARD, Lee, (Ed.), *The Ashgate Research Companion to Federalism* , Ashgate Publishing Limited, USA-Canada-New England, 2009, s. 180.

federal sistem vurgusu yapılarak, modern dönem öncesi tecrübelerin üzeri çizilmiştir. Federalist Yazılar'da, gerçek bir federal sistem, federe yönetimlerin ulusal meclislerde eşit temsil yetkisine ve kendi iç işlerinde açık ve özel denetim yetkilerine sahip olması ve merkezi hükümet üzerinde egemenlik ve üstünlüklerini koruyabilmeleri şeklinde ifade edilmiştir.¹⁴⁶

Federal sistemin kurucularından HAMILTON, federal sisteme karşı çıkanlara karşı, konfederasyonların hizipleşmeyi bastırma ve devletlerin iç huzurunu koruma ve dışa karşı kuvvet ile güvenliği artırmak için sağladığı yararın yeni bir fikir olmadığını a değinmiştir.¹⁴⁷

Söz konusu dönemde anayasacılık hareketlerinin hedefleri, iktidarın sınırlanması ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Burada sözü edilen anayasacılık, klasik anayasacılık prensibini ifade etmektedir ve 1776'da Amerika'da ve 1789 Fransız İhtilâl sonrasında ortaya çıkan toplumsal baskılara bir cevap niteliğindedir.¹⁴⁸ Nitekim, klasik anayasacılığın amacı, siyasi iktidarın sınırlanmasına ve bölünmesine yönelik siyasi ve hukuki yöntemlere odaklanmaktır.¹⁴⁹ Federalist Yazılar'da, iktidarın sınırlanması ve bölünmesi ilkeleri, çoğunluğun tahakkümüne karşı bir yöntem ve "iyi yönetim"e ulaşmak için bir gereklilik olarak görülmüştür.¹⁵⁰

Federalizm kavramının kaynağına ilişkin tarihsel araştırmalar, modern anlamda federal sistemlerin anayasayla ortaya çıktığı kanaatinden hareketle, Amerikan federasyonu üzerinde yoğunlaşmaktadır.¹⁵¹ Amerikan Devrimi'nin etkisiyle, federasyonun Kurucu Babaları (*founding fathers*), federal teoriler ile uygulamayı eş görülmemiş bir şekilde kaynaştırmışlardır.

Bu bağlamda federasyonun kurucularının ürettikleri, "*anayasal federasyon*" modelinin ortaya çıkmasında, iki etken rol oynamıştır. Bunlar; "*özerk yerel kolonistlerin, İngiliz imparatorluğu egemenliğinde uzun yıllara dayanan tecrübeleri*", ve "*bileşik bir cumhuriyet yönetimi altında siyasi iktidar paylaşımının -yetki paylaşımı- doğru bir düzenleme ve bölünmeyle yapılması üzerine Federalistler ve Anti-federalistler arasında yaşanan yoğun teorik tartışmalar*"dır.¹⁵²

Genel olarak Amerikan federasyonunun ortaya çıkmasında, tarihsel zorunluluklar nedeniyle merkezileşmenin gerekliliği ön plandadır. Buna karşın, güçlü federe

¹⁴⁶ Federalist Yazıların 9. Sayısı, Hamilton'ın konfederasyon ve birleşik devlet modeli üzerinde yaptığı tartışmaları ele almaktadır. Bu konuda detaylı açıklama için bkz. BALL, Terence, **The Federalist with Letters of Brutus**, Cambridge University Press, 2003, UK, s. 35-40; WARD, WARD, **The Ashgate Research Companion to Federalism**, içinde, TAYLOR, Quentin, *A System without a Precedent: The Federalism of the Federalist Papers*, s. 176.

¹⁴⁷ BALL, **The Federalist with Letters of Brutus**, s. 35.

¹⁴⁸ ERGÜL, Ozan, **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 72.

¹⁴⁹ TURHAN, Mehmet, **Anayasal Devlet**, Naturel Yayınevi, Ankara, 2003, s. 65-66.

¹⁵⁰ Amerika'nın konfederasyon tecrübesinden daha enerjik bir devlet sistemine duyulan ihtiyacı, federasyon sisteminin tercih edilmesinin bir nedenidir. Federalist Yazılarda, özellikle enerjik devlet vurgusuna, *devlet yetkililerinin en etkileyici güçleri gerektirmesi -çanta ve kılıç- ve bu yetkilere devletin en etkileyici derecede sınırsızca sahip olması* şeklinde açıklanır. EPSTEIN, David F, **The Political Theory of the Federalist**, The University of Chicago Press, 1986, Chicago/London, s. 35.

¹⁵¹ Modern dönem öncesi ve modern dönem federasyonu değerlendiren Ann ve Lee WARD, modern dönemi federasyonun üçüncü dönemi olarak belirlemektedir. WARD, WARD, **The Ashgate Research Companion to Federalism**, s. 5, 187-275.

¹⁵² WARD, WARD **The Ashgate Research Companion to Federalism**, s. 5.

yönetimlerin muhalifliği, anayasanın onaylanması ve federal sistem bakımından şekillenmesi adına önemli değişikliklerin yapılmasını sağlamıştır. Bu muhalif görüşlerin, çoğunluğun tahakkümüne karşı bir gelenek başlatılmasında ve egemenliğin yatay ve dikey anlamda bölünmesi konusunda önemli katkıları olduğu açıktır. Konfedere devlet konumundaki devletlerin önemli bir kısmının, gelişmiş, demokratik ve kurumsallaşmalarını tamamlamış olmaları da bunda önemli rol oynamıştır. Bunların, anayasal ya da anayasalı ilk federasyonun ortaya çıkışında önemli rolleri bulunduğu görülmektedir.

C. TEORİK ÇERÇEVE

Modern dönem öncesi ile modern dönem federasyon teorilerini birbirinden ayıran temel ölçüt anayasadır. Dolayısıyla modern dönemde federasyona ilişkin teorik çerçeve anayasadan hareketle geliştirilmelidir.

Modern dönemde federasyon anayasalarının ortaya çıkmasından önce federalizmden söz etmek mümkün olmakla birlikte modern anlamda federasyondan söz etmek mümkün değildir.¹⁵³ Bu nedenle modern dönemden önce farklı toplumların (çeşitliliklerin) bir arada yaşama deneyimleri çoğunlukla anlaşma ve inanç birliği temeline dayanır. Buradaki anlaşma, yavaş yavaş yerini toplumsal sözleşmeye ve modern federasyonların ortaya çıkmasıyla da anayasalara bırakmıştır.¹⁵⁴

Modern anlamda federasyonların ortaya çıkışıyla birlikte, federasyon kategorisi içinde yer alan ancak birbirinden farklı özelliklere sahip yapılar görülmeye başlanmış, bu durum literatürde çeşitli federasyon teorilerinin tartışılmaya başlanmasına yol açmıştır. UYGUN, federasyonlara ilişkin teorileri, federal devletin niteliğine, kökenine ve işleyişine ilişkin olanlar şeklinde üçe ayırmış ancak yeni teorilerin ortaya atılmaya devam ettiğini de vurgulamıştır. Yazar, bu alandaki teorik çeşitliliği, federal sistemin sürekli değişmesine ve yeni görünüm kazanmasına bağlamaktadır.¹⁵⁵

Teorik çerçevedeki karmaşayı gidermenin güçlüğüne ifade eden ELAZAR, federalizmin en kuvvetli yanının esnekliği olduğunu, fakat bu aşırı esnekliğin federalizmin teorik düzeyde tartışılmasını zorlaştırdığını söylemektedir. Yazar, bu esnekliğin teorik düzeyde belirsizliklere yol açacağına da dikkat çekmektedir.¹⁵⁶

Teorik çerçevenin sürekli değişen yapısını ve her geçen gün farklı teorilerin ortaya çıkmasını, federal sistemlerin federalizm düşüncesiyle olan ilişkisine bağlamak da mümkündür. Federasyonlarda, federalizmin algılanma biçimi, dönem dönem farklılık arz etmektedir.¹⁵⁷

¹⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SMITH, **Federalism**, s. 18, Ayrıca bkz. ŞENOCAKLI, **Federalizm ve Kıbrıs Uyuşmazlığı**, s. 6-7.

¹⁵⁴ İlgili konuda daha önceki başlıklara bkz. Federasyonla İlgili Kavramlar ve Anlaşma Kavramı.

¹⁵⁵ UYGUN, **Federal Devlet**, s. 7-72.

¹⁵⁶ ERK, Jan, *Review: Does Federalism Really Matter?*, **Comparative Politics**, Vol. 39, No. 1 (Oct, 2006), s. 105

¹⁵⁷ Federal sistem içerisinde, federalizm düşüncesinin ya da daha öznel olarak çeşitliliklerin farklı derecelerde özümsemediği görülmektedir. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, federasyon çalışmalarında ortaya çıkan federalizm çeşitlerinin daha anlamlı bir hale geldiği görülebilir. Örneğin ikili federalizm, işbirlikçi ya da zorlayıcı federalizm. Türler hakkında kısa bir bilgi için bkz. PAGANO,

KING, bu noktadan hareketle, federalizmin kurumsal ve ideolojik boyutlarını birbirinden ayırmak gerektiğine işaret etmektedir. Federalizm ideolojisi, kurumsal federalizm olarak adlandırılan devlet biçimlerinde (yani federasyonlarda) farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Kurumsal federalizmin, ideolojik olarak merkezîyetçi, dengeleyici ya da adem-i merkezîyetçi (merkezîyetçi olmayan) şekillerde ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir.¹⁵⁸

Bu çalışmada, KING'in devlet biçimi olarak ortaya çıkan kurumsal federalizm kategorisi "federasyon kategorisi" olarak ele alınmaktadır. Daha önce sözü edilen, her federasyonda federalizmin algılama biçiminin farklılık gösterdiği ile ilgili değerlendirme ise, KING'in dile getirdiği ideolojik federalizm boyutunu yansıtmaktadır. Bu bağlamda, federasyonların devinimi teorik alana yansıtmakta, bu değişimi veya esnekliği ortaya çıkaran ise federalizm düşüncesi olmaktadır.

Federasyonlara ilişkin benzer bir teorik çerçeve DAVIS tarafından oluşturulmuştur. DAVIS, federasyonlara ilişkin farklı eğilimleri kategorize ederken federalizmi bir derece meselesi olarak ele aldığını söylemektedir. Yazar, bu noktadan hareketle federalizmi, toplumun bir niteliği, bir işleyişi veya süreci ve paylaşımı olmak üzere üç farklı alanda ele almaktadır.¹⁵⁹ Yazarın geliştirdiği teorik çerçevede ortaya koymaya çalıştığı, federal sistemlerde federalizmin dereceleri olabileceği ve bunun da her federal sistemde farklı şekillerde ortaya çıkabileceğidir.

Bu bağlamda, federasyonlarda federalizmin derecelerini etkileyen faktörler genel olarak, hukuksal, siyasi, yargısal veya toplumsal olabilirler. Bu faktörler, çalışmanın teorik çerçevesinde ele alınacaktır. Bu doğrultuda teoriler, federasyonların oluşumuna ve işleyişine ilişkin iki ana çerçevede değerlendirilecektir. Federasyonların oluşumuna ilişkin teoriler, hukuksal, sosyal ve siyasi faktörler şeklinde ele alınacak olup, federasyonların işleyişlerine ilişkin faktörlerde, siyasi ve yargısal olmak üzere iki teoriyle ele alınacaktır.

Federasyonlarda ortaya çıkan yetki uyumsuzluklarının çözümünde yargının rolü bu çalışmanın en önemli konularından birini oluşturduğundan, yargısal teoriler bu açıdan ele alınacaktır. Federasyonun işleyişi üzerinde etkili olan siyasi ve yargısal faktörlerin bir federasyon içerisinde önemli değişikliklere neden oldukları ve federalizmin biçimini değiştirdikleri görülmektedir. Bu faktörler, bazı dönemlerde çeşitliliklerin, bazı dönemlerde ise birliğin korunması ve desteklenmesi yönünde işlev görmektedirler. Bu durumu, salt anayasal ya da hukuksal yaklaşımlarla açıklamak mümkün olmayacağından, siyasi ve yargısal teorilerin de dikkate alınması gereklidir.

Michael A, LEONARDI, Robert, (Ed.), *The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems*, Palgrave Macmillan, 2007, New York, s. 206.

¹⁵⁸ KING, *Federalism and Federations*, s. 21-25.

¹⁵⁹ Yazar aynı yönde, federalizmin demokrasi gibi bir derece meselesi olduğuna işaret etmektedir. DAVIS, *The Federal Principle*, s. 156-157.

Bu tespitten hareketle, federasyonun teorik çerçevesi ilk olarak federasyonların oluşumuna ilişkin hukuksal (anayasal) yaklaşımlar ışığında ele alınmalıdır. Modern federasyonların, modern dönem öncesi federalizm deneyimlerinden ayrılması bu yaklaşım sayesinde mümkün olmaktadır.

Daha sonraki başlıkta, federal sistemlerin işleyişine etki eden siyasi ve yargısal korunma teorileri ele alınarak, bunların federalizmin biçimine nasıl etki ettikleri ortaya konulacaktır.

1. Modern Dönem Öncesi Federasyon Teorileri

Modern dönem öncesi federasyon teorileri, federasyonun oluşumuna kaynaklık eden federalizme ya da modern dönem öncesi federalizm deneyimlerine odaklanmaktadır. Bu teoriler aracılığıyla, federalizmin anlaşma ilkesinden, federasyonun kurucu ilkesi olan anayasalara geçiş aşamaları da gözlemlenebilir. Teorilerin önemli bir kısmı, federasyonun anayasal tasarımını değil, federalizm ilkesini ve bu ilke çerçevesinde ortaya çıkan düşünceleri ortaya koymaktadır.

Bu yöndeki çalışmalarda, federalizmin tarihsel kökenlerinin ilk olarak teoloji çerçevesinde açıklandığı görülmekte¹⁶⁰ ve bu noktadan hareketle, federalizmin ve dolayısıyla federasyonun kökenleri “*federalizmin klasik ve Yahudi-Hıristiyan görüntüleri*”nde bulunmaktadır.¹⁶¹

Ortaçağda, kilise ve siyasi toplum arasındaki ilişkilerin karmaşık-birleşik doğası ve anlaşma (*covenant*) kavramının İncil’de sözü edilen¹⁶² anlaşmayla bağdaştırılması, federalizmin söz konusu dönemlerdeki varlığına ilişkin kesin deliller olarak gösterilmektedir.¹⁶³ Bu tartışmalar, federalizm düşüncesinin modern dönem öncesinde de var olduğunu ve modern dünyadaki federasyon olgusunun fikri temellerini oluşturduğunu göstermeye yönelmektedir.¹⁶⁴

Bu bağlamda, modern federasyonların ortaya çıkışından önceki federalizmin teorik çerçevesi iki dönem şeklinde anlaşılmalıdır. İlk dönemde, İncil’de sözü edilen anlaşmanın dinsel boyutu söz konudur. İkinci dönemde ise, dini anlaşmanın toplumsal ve siyasi alana aktarıldığı görülmektedir. İkinci dönem, dini anlaşmanın siyasi ve toplumsal alana geçmesinde katkısı bulunan düşünürler nedeniyle, *teolojik-siyasi federalistlerin*¹⁶⁵ ortaya çıktığı dönem olarak kabul edilmektedir.

¹⁶⁰ BURGESS, *Comparative Federalism* , s. 2-4, Örneğin, HEGG, Tim, *The Covenant of Grant and Abrahamic Covenant* **Regional Evangelical Theological Society**, 1989.

¹⁶¹ Söz konusu dönemde, Yunan Antik çağı, Ortaçağ ve Reformasyon dönemlerine ait örüntüleri ilişkin bilgilere odaklanılmaktadır. Bilgi için bkz. WARD Ann, WARD Lee, **The Ashgate Research Companion to Federalism** , s. 11-70.

¹⁶² ELAZAR, *The Political Theory of Covenant: Biblical Origins and Modern Developments* , s. 3-30. Ayrıca, MCCOY, *Federalism: The Lost Tradition?* , s. 1-14, HEGG, *The Covenant of Grant and Abrahamic Covenant* , s. 1-13.

¹⁶³ Teolojik kökeni itibarıyla federalizm kavramının, İncil’le olan bağlantısını ilke ifade eden modern federalizm konusunda önemli çalışmaları bulunan, İsrail asıllı Yahudi ELAZAR olmuştur. ELAZAR, **Exploring Federalism** , s. X-XIII, 5.

¹⁶⁴ WARD, WARD, **The Ashgate Research Companion to Federalism** , s.11-70.

¹⁶⁵ Bu düşünce doğrultusunda, aynı zamanda mevcut düşünürlerin, Phillipe-Duplessis Mornay, Johannes Althusius ve Samuel Rutherford olduğu da ifade edilmektedir. Bu düşünürlerin de, teolojik-siyasi federalist olarak kabul edildikleri görülmektedir. DE FREITAS, *Samuel Rutherford on Law and Covenant: The Impact Of Theologico-Political Federalism On Constitutional Theory* , s. 29, 35.

Burada, öncelikle, dinsel anlaşmanın farklı boyutları (*covenant* ve *feodus*) olduğuna ilişkin ve bu anlaşmanın siyasi alana aktarılması konusundaki fikirleri nedeniyle, “*federalizmin pınar başı*”¹⁶⁶ olarak kabul edilen HEINRICH BULLINGER’in görüşleri incelenecektir. Daha sonraki başlıkta ise, federalizm düşüncesini farklı toplulukların bir arada yaşamaları açısından siyasi alanda formüle eden ilk düşünür olan ALTHUSIUS’un federalizm teorisine değinilecektir.

a. Teolojik-Siyasi Federalizm/Heinrich BULLINGER

Dinsel ya da teolojik anlaşma düşüncesinden siyasi alanda ifade edilen anlaşma düşüncesine geçişte, özellikle din adamlarının toplumsal meselelere ilişkin değerlendirmeleri ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda, dinsel anlaşmanın sadece Tanrı ile insanoğlu arasındaki tek boyuttan ibaret olmadığı, aynı zamanda siyasi toplum bakımından da bağlayıcı olan ikinci bir boyutu olduğunu ifade eden İsviçreli Papaz Heinrich Bullinger’in¹⁶⁷ görüşleri önemlidir.

BULLINGER’in, federalizmin kaynağı olarak gösterilen 1534 tarihli Zürih Mektupları (*A Brief Exposition of the One and Eternal Testament or Covenant of God*) “*covenant*” ve “*feodus*” kavramlarının ele alındığı ilk belgelerdir.¹⁶⁸ Burada ifade edilen anlaşma düşüncesi, sosyal ve siyasi bakımdan bir zemin teşkil ettiği gibi, hukuksal açıdan da önem taşımaktadır.¹⁶⁹

Bu bağlamda, dinsel ya da teolojik anlaşmadan federalizmle ilgili anlaşmaya geçişte, BULLINGER gibi teolojik-siyasi federalistlerin geliştirdikleri “*ikili-anlaşma düzeni*” (*double-covenant*) ön plana çıkmaktadır. BULLINGER’in, dini anlaşmanın iki taraflı (*bilateral*), karşılıklı (*mutual*) ve koşullu (*conditional*) olmak üzere üç türü olduğunu belirtmesi, görüşlerinin federalizmin kaynağı olarak kabul edilmesine yol açmıştır. Çünkü bu yaklaşım, anlaşmanın tek taraflı dinsel bir anlaşma olarak algılanmasından, iki taraflı siyasi ve toplumsal bir anlaşma olarak algılanmaya başlanmasında bir kilometre taşıdır.¹⁷⁰

BULLINGER’in geliştirmiş olduğu ikili-anlaşma düzeni, ilk olarak Tanrı ile insanoğlu arasında, ikinci olarak ise, devlet ile devleti oluşturan insanlar arasında ikili

¹⁶⁶ BAKER, J. Wayne, *Heinrich Bullinger, the Covenant, and the Reformed Tradition in Retrospect*, **The Sixteenth Century Journal**, Vol. 29, No. 2, 1998, s. 359-376; Ayrıca bkz. BAKER, J. Wayne, *The Covenantal Basis for the Development of Swiss Political Federalism: 1291-1848*, **Publius**, Vol. 23, No. 2, Communal and Individual Liberty in Swiss Federalism, 1993, s. 19-41.

¹⁶⁷ Heinrich BULLINGER, 1504-1575 yıllarında yaşayan ve John Calvin ve Martin Luther kadar olmasa da, sonradan anlaşıldığı üzere Protestan Reformu’nun önemli isimlerinden biridir. İsviçreli bir reformcu ve Zürih Kilisesi’nin o dönem ki Protestan hareketlerinin kaynağı olarak görülen Grossmünster’in (Büyük Katedral) başkanıdır.

¹⁶⁸ Söz konusu belgelerde, anlaşma kavramının üç unsuru ön plana çıkarılmıştır. Bunlar, son bir istek ve miras, yeminle verilmiş bir söz ve bir anlaşma (*feodus*), şeklinde ifade edilmiş ve Bullinger’in asıl temel olarak aldığı unsurun anlaşma olduğu ifade edilmiştir. MCCOY, *Federalism: The Lost Tradition?*, s. 14; SAMSON, S. Alan, *Covenant Origins of the American Polity*, **Liberty University Faculty Publications and Presentations**, Paper 5, İnternet Kaynak: http://digitalcommons.liberty.edu/gov_fac_pubs/5, s. 28, Erişim Tarihi: 12-02-2012; MCCOY, *Federalism: The Lost Tradition?*, s. 14.

¹⁶⁹ DE FREITAS, Shaun A, *Samuel Rutherford on Law and Covenant: The Impact Of Theologico-Political Federalism On Constitutional Theory*, A thesis submitted in accordance with the requirements for the: Master of Law degree, in the Faculty of Law, **Department of Constitutional Law and Legal Philosophy, at the University of the Free State**, Supervisor: Prof. A. W. G. Raath, 2003, s. 18. İnternet Kaynak: <http://etd.uovs.ac.za/ETD-db/theses/available/etd-09212004-150822/restricted/DEFREITASSA.pdf>, Erişim Tarihi: 02/10/2011.

¹⁷⁰ ELAZAR, Daniel J, *The Political Theory of Covenant: Biblical Origins and Modern Developments*, **Publius**, Vol. 10, No. 4, Covenant, Polity, and Constitutionalism (Autumn, 1980), s. 16.

ve şartlı bir anlaşmaya ilişkindir. Dini anlaşmayı siyasi ve toplumsal alanları da kapsayacak şekilde genişleten düşünürün ikili-anlaşma düzeni görüşü, teolojik-siyasi federalizm kavramının da özünü oluşturmaktadır.¹⁷¹

Bu arada, on yedinci yüzyılın İskoç siyaset kuramcısı ve siyasi aktörü olan Samuel Rutherford'un,¹⁷² İncil'de geçen anlaşmanın siyasi alanda zirveye çıkmasına neden olduğu iddia edilmektedir. 1643 yılında, Rutherford rehberliğinde, İskoç, İngiliz ve İrlandalı reformculardan oluşan Westminster Meclisi tarafından üretilen, *Solemn League and Covenant* belgesi, teolojik ve siyasi federalizmin hukuki metinlere yansımaları açısından son derece önemlidir. Söz konusu anlaşmayla, Britanya'daki bütün halkların bir araya gelmelerine karar verilmiştir.¹⁷³ Bu anlaşma, teolojik siyasi federalizmin ilk reformcuları olarak addedilen, BULLINGER ve ALTHUSIUS'un fikirlerinin devamı olarak görülmektedir.

Federalizm düşüncesinin, Yunanistan'dan, Kudüs'ten, Roma'dan, feodalizmden ve İsviçre deneyiminden geçerek Amerikan Devrimi'ndeki olgunlaşmış haline ulaşan, uzun bir geleneğin meşru varisi olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁴

Bu arada, Orta Çağ'a damgasını vuran teoloji temelli evrensellik ilkesi¹⁷⁵ (*universalism*) yerini her yerel bölgeye siyasi bağımsızlık tanıyan partikülarizm ilkesine¹⁷⁶ (*particularism*) bırakmıştır.¹⁷⁷ Bu iki ilke yanında, evrensellik ilkesine tepki olarak ortaya çıkan diğer bir teoloji kavramı daha dikkat çekmektedir. Teklik veya merkezilik anlamına gelen *unitarianism* ilkesi, günümüzde merkezileşmeye yani üniter devlet modellerine vurgu yapan bir kavramdır.¹⁷⁸ Bu dönüşüm nedeniyle artık, bölgesel

¹⁷¹ DE FREITAS, *Samuel Rutherford on Law and Covenant* , s. 25.

¹⁷² Samuel Rutherford (1600-? 30 Mart 1661) İskoç Presbiteryen ilahiyatçı ve yazar olarak bilimkele beraber, Westminster Meclisinde yer alan İskoç Komisyon üyelerinden biriydi. Kiliseden atılan İskoç Presbiteryen papazı; Samuel Rutherford'tan Mektuplar isimli kısmen ibadete özgü yazıları bulunmaktadır. BARACH, John, *Theological and Philosophical Biography and Dictionary* .

¹⁷³ Anlaşmanın başı şu şekildedir. *Biz İskoçya, İngiltere ve İrlanda Krallıklarının her türlü Soyluları, Baronları, Şövalyeleri, Beyleri, Vatandaşları, Kentlileri, İncil'in Papazları ve Halkları ile belirlenen Solemn Ligi ve Covenant'a girmeye katılmaya karşılıklı olarak karar verdik...* , ELAZAR, *The Political Theory of Covenant: Biblical Origins and Modern Developments* , s. 21.

¹⁷⁴ MARC, *New and Old Federalism: Faithful to the Origins* , s. 129.

¹⁷⁵ **Universalism**; Hristiyan Teolojik biliminde, tüm insanlığın sonunda affedileceğine inanılan düşünce olarak tanımlanmaktadır. Evrensellik olarak günümüz teorilerine yansına bu anlayış, ilk olarak teolojik bilgilerde ortaya çıkmış ve hristiyan dinine özgü karşı görüşlerle de eleştirilmiştir. Örneğin unitarianism bu karşıt teorilerin bir tanesidir. SOANES, Catherine, STEVENSON, Angus, (Eds.), **Concise Oxford English Dictionary** , 11th Edition, Oxford University Press, 2003.

¹⁷⁶ **Particularism**, her siyasi grubun özellikle büyük grupların çıkarlarını dikkate almadan, bağımsız olması ve kendi çıkarları konusunda organize ve düzenleme hakkına sahip olması fikrine dayanan siyasi bir teoridir. Particularism, bir imparatorluk ya da federal sistemde var olan devletlerin özerk bırakılmasını, kendi çıkarlarını desteklemek için kendi kendilerini yönetmede serbest olmalarını ifade etmektedir. Bilgi için bkz. **Merriam-Webster Collegiate Dictionary** ; Ayrıca bkz. SOANES, STEVENSON, **Concise Oxford English Dictionary** .

¹⁷⁷ Federal-benzeri model olduğu ifade edilen AB ile evrensellik ilkesinin yeniden tartışılmaya başlandığı ileri sürülmektedir. Hueglin, bu projeyi hatalar komedisi olarak değerlendirmekte ve projenin üç şekilde tanımlanacağı ifade etmektedir. İlk siyasi alanın yeniden tanımlanması, re-articulation of political spaces , yeni anayasacılık, new constitutionalism , ve yeni yönetilebilir toplumu ifade eden new governmentality dir. Ayrıntılı Bilgi için bkz. HUEGLIN, Thomas, *Government, Governance, Governmentality: Understanding the EU as a Project of Universalism* içinde KOHLER-KOCH, Beate, EISING, Rainer, (Ed.) , **The Transformation of Governance in the European Union** , Routledge, 1999, London, s. 249-250; Ayrıca governmentality kavramı ilk kez, Fransız filozof Michel Foucault tarafından ortaya çıkmıştır. Kavram, devletlerin kendi politikalarını yerine getirebilmek adına en uygun ve en yönetilebilir vatanı üretmeye çalışması şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. LEMKE, Thomas, *Foucault, Governmentality, and Critique* , **Rethinking Marxism: A Journal of Economics**, Vol.14, No.3, 2002, s. 55.

¹⁷⁸ Modern köklerinin Protestan Reformu ile Kalvanist Prütenerlere dayanan Hristiyan öğretisi. Liberal, radikal ve akılcı düşünürlerce takip edilerek, bugünkü merkezi devlet ya da tek devlet anlamında kullanılmıştır. Encyclopædia Britannica, Inc, Aynı zamanda, evrensellik doktrinine karşı çıkan unitarianism'in etkisiyle, bazı kiliselerin bu inançlar çerçevesinde kurulduğu ifade edilmektedir. Unitarianism bugünkü modern anlamıyla merkezi tek yapılı devletin tanımlanmasında kullanılan ideolojik bir kavramdır. Bu kavramın, teolojik tanımlaması ise Teslis doktrinini yani Üçlü gerçek doktrini olarak bilinen, Tanrının, birleşmiş üç ayrı kişi (Baba, oğul İsa ve

yönetimlerde egemenlik unsurunun birincil savunma aracı haline geldiği ileri sürülmektedir.¹⁷⁹

Partikularizme ve *unitarianism*'e yani merkezîyetçiliğe duyulan tepkilerin federalizmi güçlendirdiği ifade edilmektedir. Özerk kurucu birimlerin merkezîyetçiliğe yönelik tepkileri, merkezi yönetimlerin temel hak ve hürriyetlere ve azınlık haklarına aykırı şekilde yetki alanlarını genişletmeleri halinde, sınırlandırıcı tedbirler alabilme talebiyle ortaya çıkmıştır. Partikularizme karşı tepki ise, sistemde ekonomik veya siyasi sıkıntılar olduğu durumlarda, menfaatlerin korunabilmesi için idarenin merkez tarafından sağlanmasını gündeme getirmiştir.¹⁸⁰

Federalizm düşüncesi sayesinde, egemen ulus devletlere on altıncı ve on yedinci yüzyıllarda duyulan inanç sarsılmaya başlamış, merkezîyetçiliğin yayılmasını sınırlamak için federal sistemlerin içerisinde yer alan yerel birimler "devlet" haline getirilmiş, uluslararası savaşları sona erdirmek içinse, Avrupalı krallıkların-hükümdarlıkların arasında barış ligleri oluşturulmuştur.

Bu görüşler, on altıncı yüzyıldaki Protestan Reformu'nun etkisiyle, ALTHUSIUS, Fransız Protestanları (*Huguenots*) ve İskoç Anlaşmacılar (*Scottish covenanters*)¹⁸¹ olarak bilinen, İngiliz ve Amerikan Püritenleri tarafından siyaset kuramı ve anayasal tasarım prensipleri ile yeniden geliştirilmiştir.¹⁸²

Bu dönemde kaleme alınan Zürih Mektupları'nın önemli sonucu, konfederatif birleşmeleri gündeme taşımasıdır. Mektuplar, siyasi federalizm anlayışlarının modern kurgusunu yaratmış, Zürih'in İsviçre Konfederasyonu'na katılmasını teşvik etmiştir.¹⁸³ Mektuplarda yer alan fikirlerin ilahi anlaşmaya dayanması ve bu görüşlerin Reform hareketleriyle İngiltere ve İskoçya'ya ulaşarak tüm kıtada etkili olması, teoloji ve siyaset felsefesiyle harmanlanan anlaşma kavramının, BULLINGER'in mirası olarak tarihe geçmesine yol açmıştır.¹⁸⁴

b. Sembiyotik Topluluklar/Johannes ALTHUSIUS

Federalizm düşüncesinin siyasi bir sistem içerisinde uygulanmasına ilişkin modern fikirlerin ilk teorik kaynağının Johannes ALTHUSIUS'un görüşleri olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁵ Literatürde federalizmin mimarı olarak adlandırılan ALTHUSIUS'un

Meryem) olarak düşünülmesine karşı çıkan bir teoridir. Bu teoride tanrının tek bir varlığı olduğuna inanılır. Teolojik ve günümüz teorik kullanımı teklik vurgusu bakımından önemlidir. SOANES, STEVENSON, **Concise Oxford English Dictionary** .

¹⁷⁹ Sezar'ın tahtan indirilerek eşitler arasında birinci (*primus inter pares*) olarak kabul edilmesi, bu döneme etki eden önemli bir faktör olarak kabul edilir. HUEGLIN, *Government, Governance, Governmentality* , s. 250.

¹⁸⁰ LÜTEM, *Cihanşümül Bir Federalizm'in Şartları ve Güçlükleri* , s. 309.

¹⁸¹ İskoç Anlaşmacılar olarak bilinen Scottish covenanters , İskoçya tarihinde önemli bir rol oynayan bir İskoç Presbiteryen hareketidir. Ayrıntılı Bilgi için bkz. İnternet Kaynak: <http://en.wikipedia.org/wiki/Covenanters>, Erişim Tarihi: 12/01/2012.

¹⁸² ELAZAR, *Althusius and Federalism as Grand Design* , s. 9.

¹⁸³ Mektupların ayrıca, anlaşma kavramının nominalist teolojisi, devlet birliklerinin konsey anlayışına da kaynaklık ettiği belirtilmektedir. MCCOY, Charles S, BAKER, J. Wayne, **Fountainhead of Federalism: Heinrich Bullinger and the Covenantal Tradition** , Westminster/John Knox Publishing, USA, 1991, s. 20-21.

¹⁸⁴ MCCOY, BAKER, **Fountainhead of Federalism: Heinrich Bullinger and the Covenantal Tradition** , s. 21.

¹⁸⁵ Carl J. Friedrich tarafından derlenen, Althusius'un, *Politica* eserinde bu düşüncenin temeli olduğu görülmektedir. Federalizm düşüncesinin Althusius'a atfedildiği önemli eserler için bkz. AĞAOĞULLARI, M. Ali, AKAL, B. Cemal, KÖKER, Levent, **Kral Devlet ve da Ölümlü Tanrı** , İmge Kitabevi, 1. Baskı, 1994, s. 59-79, ELAZAR, *Althusius and Federalism as Grand Design* , Ayrıca

modern federasyonlar konusundaki en önemli katkısı, “birkaç yönetimin karşılıklı savunma ve çıkarları için bir araya gelerek, daha büyük bir konfederal topluluğu oluşturmaları”na¹⁸⁶ ilişkin görüşleridir.

ALTHUSIUS tarafından, siyaset bilimi ve anayasa temelinde geliştirilen ve federalizmin teorik çerçevesine katkı koyan üç temel ilke vardır. Bunlardan birincisi federal ilkedir. Bu ilke, çoğul devlet anlayışını simgeleyerek, yerel-toplumsal kolektif aktörlerin¹⁸⁷ çoğunluğu tarafından oluşturulmuş, çok katmanlı bir yönetim sürecini ima eden çoğul yönetimlere (*pluralization of governance*) işaret eder.¹⁸⁸

İkinci ilke, çoğul kolektif aktörler arasında müşterek karar alma sürecini ifade eden, rıza şartıdır. (*consent requirement*) Bu ilkenin, federalizmi, Westminster tarzı parlamenter sistemlerin çoğunluk kuralından ayıran esas ölçü olduğu ileri sürülmektedir.¹⁸⁹

Federal sistemde rıza şartı, özerk kurucu yönetimlerin çıkarlarının diğer çoğunluklar tarafından geçersiz kılınamayacağı anlayışına dayanmaktadır. Bu bağlamda rıza şartı, federe yönetimlerin anayasanın değiştirilmesi sürecine katılmaları, yönetimler arası görüşme, uzlaşma, anlaşma ve mutabakat süreçlerinde, oybirliği ve karşılıklı veto usullerinin tanınması gibi bir çok alanda kendisini göstermektedir.¹⁹⁰ Bu doğrultuda ilkenin, modern federasyonlarda benimsenen iki meclislilik ya da federe yönetimlerin rızası olmaksızın anayasada değişiklik yapılamaması gibi kurucu unsurlara da işaret ettiği açıktır.

ALTHUSIUS’un federalizme ilişkin üçüncü ilkesi, sosyal dayanışmaya/birlikteliğe (*social solidarity*) normatif bağlılıktır.¹⁹¹ Sosyal dayanışma ya da birlik ilkesiyle, politika yapım sürecinde herkesçe kabul edilebilir adil ve eşit sonuçlara ulaşabilmenin yolu, uzun vadede toplumsal rızanın gösterilmesine bağlanır. İlkenin günümüz modern federasyon teorilerinde, genellikle mali federalizm ve bölgesel denkleştirme konularında gündeme geldiği görülmektedir.¹⁹² Mali federalizmde ortaya çıkan bölgesel denkleştirme ilkesi, özellikle federasyonun kurucu birimleri arasında oluşan mali boşlukların kapatılmasını ifade etmektedir. Böylelikle, toplumsal dayanışma

bu yönde ELAZAR’ın, *The Multi-faceted Covenant: The Biblical Approach to the Problem of Organizations, Constitutions, and Liberty as Reflected in the Thought of Johannes Althusius* çalışmasına da bakılabilir. **Jerusalem Center for Public Affairs Publications**, ELAZAR’ın söz konusu çalışmaları, **Federalism** başlığı ile çalışmaları için sırasıyla bkz. İnternet Kaynak: <http://www.jcpa.org/dje/articles2/althus-fed.htm>, <http://www.jcpa.org/dje/articles2/cov-althus.htm>, Erişim Tarihi: 02/10/2011.

¹⁸⁶ HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World Althusius on Community and Federalism*, Wilfrid Laurier University Press, 1999, Canada, s. 5.

¹⁸⁷ Örneğin kentler, bölgeler, aileleri, dernekler, küçük profesyonel meslek örgütleri. HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World Althusius on Community and Federalism*, s. 14.

¹⁸⁸ HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World Althusius on Community and Federalism*, s. 14.

¹⁸⁹ HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World Althusius on Community and Federalism*, s. 3.

¹⁹⁰ Althusius’un bu rıza şartını bütün için geçerli olacak olanın, herkes tarafından onaylanması şeklinde ifade ettiği belirtilmiştir. Bunun ortaçağ siyasi pratiği içerisinde gelişmiş bir ilke olduğu şüphesizdir, fakat, Althusius tarafından siyasi sürecin içerisinde formüle edilen rıza kavramı sadece varsayıma dayalıydı. HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World Althusius on Community and Federalism*, s. 3.

¹⁹¹ HUEGLIN, Thomas, *Federalism at the Crossroads: Old Meanings, New Significance*, *Canadian Journal of Political Science*, Vol: 36:2, June 2003, s. 278.

¹⁹² HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World Althusius on Community and Federalism*, s. 3.

ilkesine uygun olarak, farklı bölgelerde yaşayan tüm vatandaşların temel hizmetleri alabilmeleri garanti altına alınırken, daha varlıklı bölgelerde yaşayan vatandaşların alacağı hizmetlerle, diğer bölgelerde yaşayanların aldığı asgari düzeydeki hizmetler arasındaki fark da kapatılmaktadır.¹⁹³

Federasyonlarda ortaya çıkan katılma ve rıza unsurlarına vurgu yapan bu ilke, toplumsal yaklaşımlarla desteklendiğinden, federal sistemin ilk unsuru olarak kabul edilen, “*federal olarak yaşama arzusu ya da isteğine*”¹⁹⁴ de vurgu yapmaktadır.

ALTHUSIUS’un modern federal sistemlere yansıyan bu ilkelerini, sembiyotizm ve sembiyotik topluluklar üzerinden ifade ettiği görülmektedir.¹⁹⁵ Yazar’ın ifade ettiği sembiyotik topluluklarda, toplumsal yaşamın kurulması, yönetilmesi ve korunması, insanların bir araya getirilmelerine bağlıdır. Toplumda bulunan her bireyin, organik bir birliğe ait olması ve üyelerinin zamanla birlikte yaşayan sembiyotlara yani insan topluluklarına dönüşmesi söz konusudur.¹⁹⁶ ALTHUSIUS, siyaseti bir tür oydaşma (*consociation*) sanatı olarak kabul etmekte ve insanlar arasında sosyal ve sembiyotik bir yaşam kurmanın ve bu yaşamı korumanın ancak siyaset aracılığıyla sağlanabileceğini ileri sürmektedir.¹⁹⁷

Sembiyotik topluluklar arasında ortak bir yaşam (*communicatio*) kurulmakta ve bu ortak yaşam üç boyutu içermektedir. Bunlar; “*tüm topluluklara ait bazı ortak malların varlığı*”, “*işbölümü*” ve “*ortak yaşamın hukuksal yapısı ve sembiyotlar arasındaki ilişkilere ait kuralları*”dır. Burada modern federasyonlar bakımından ifade edilmesi gereken, ALTHUSIUS’un, hukuk birlikteliği içerisinde, her toplumun kendine özgü ilkelerinin (anayasalarının) bulunabileceği ve toplulukların bir tür anlaşma veya sözleşmeyle kurulacağı vurgusudur.¹⁹⁸

Diğer taraftan, her topluluğun kendine özgü kurallarının yanı sıra ortak yaşamın hukuksal birlikteliği ya da ortak alanlara özgü ilkeler, bir yandan çeşitliliği diğer yandan da birliği ortaya koymaya yöneliktir.

Bu bağlamda ALTHUSIUS’un siyasi teorisinin, “*otoritenin, bir bütün olarak milletin yetkisinde olduğu, bütün yönetimlerin sadece sahip olduğu yetkilerini kullandığı ve bütün hükümetlerin ortak ulusal anayasa ile sınırlı olduğu*” bir sisteme

¹⁹³ FROSINI, Tommaso E, *The Gamble of Fiscal Federalism in Italy* , Forum of Federations: Occasional Paper Series Number 7, 2010, s. 9.

¹⁹⁴ Bu yönde bazı çalışmalarda, federasyon olabilmenin ilk şartının, federal olarak yaşama arzusu olduğu ifade edilmektedir. ELAZAR, *Exploring Federalism* , s. 15 vd.

¹⁹⁵ HAMMOND, S. John, *Political Theory: An Encyclopedia of Contemporary and Classic Terms* , Greenwood Press, London, 2009, s. 18.

¹⁹⁶ AĞAOĞULLARI, AKAL, KÖKER, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı* , s. 62.

¹⁹⁷ Orjinal eser, ALTHUSIUS, Johannes, *Politica* , (Althusius 1981a, I, §1, § 6–7, § 31), Aktaran WARD, Ann, WARD, Lee, (Ed.), *The Ashgate Research Companion to Federalism* , içinde, KOCH, Bettina, *Johannes Althusius: Between Secular Federalism and the Religious State* , Ashgate Publishing Limited, USA, Canada, New England, 2009, s. 76.

¹⁹⁸ AĞAOĞULLARI, AKAL, KÖKER, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı* , s. 63.

dayandığı ileri sürülerek, teorik çerçevenin modern anlamda anayasaların oluşumuna işaret ettiği savunulmaktadır.¹⁹⁹

Ne var ki bu görüşe karşı çıkan yazarlar, ALTHUSIUS'un görüşlerini federal sistemin modern tanımıyla eşleştiren bu yorumlara katılmamakta, onun, modern bir federal sistemden çok, Orta Çağ anayasacılık anlayışını ifade ettiğini belirtmektedirler.²⁰⁰

Orta Çağ anayasacılık anlayışı, modern anayasa anlayışından ayrılmaktadır.²⁰¹ Bu değerlendirmeye göre, ALTHUSIUS'ta her yönetimin kendine özgü ilkelerinin bulunması, “*kimin ne yapmaya hakkı olduğuna*” ilişkin değildir. Burada ifade edilen, herkes için en adil sonucu sağlamak için, “*kimin ne ölçüde, neyi en iyi şekilde yapabileceğine*” ilişkin usuli ilkelerdir.²⁰²

ALTHUSIUS'un, her toplumun kendine özgü ilkelerinin bulunması konusundaki fikirleri anayasalara ilişkin bir vurgu olarak kabul edilse bile, görüşlerinin daha çok anlaşma (*covenantal*) ilkesine yönelik olduğu da düşünülebilir.²⁰³ Nitekim ALTHUSIUS, ortak bir yaşama ya da oydaşmaya yönelik yapıların, rızaya dayalı bir anlaşma (*pactum*) üzerinden kurulduğuna işaret etmektedir.²⁰⁴ Burada ifade edilen, günümüz modern konfederasyonlarındaki karşılıklı yazılı anlaşmalar değil, toplum tabanında sosyal bir taahhüt ya da uzlaşmayı gerektiren anlaşmadır. Söz konusu anlaşma, federasyonların temelinde ve sürdürülebilir doğasında var olması gereken, gönüllülük ve rıza prensiplerini de ifade ettiğinden, tutarlı kabul edilebilir. Oydaşmacı topluluklarda malın, hizmetin ve hukukun paylaşılmasına yaptığı vurgu dikkate alınır, ALTHUSIUS'un, hem özerk hem de ortak kuralın bileştirilmesi fikrine önemli katkıları olduğu açıktır.

Modern dönemden önceki federalizm deneyimlerinde, anlaşma düşüncesinden hareketle, sadece siyasi toplumun ahlaki temellerine değil, aynı zamanda federasyonlarda yer alan yetki paylaşımına ilişkin değerlendirmelerin de yapılmış olduğu görülmektedir. Aslında yetki paylaşımına ilişkin bu değerlendirmeler, modern federasyon temelinde değil, federal düşünce temelinde farklı toplulukların bir araya gelerek ortak bir hukuk birliği oluşturmalarına yöneliktir.

¹⁹⁹ Althusius siyasi sistemi ifadeleri içerisinde federal bir sistem anlayışını ilk olarak Gierke, ifade etmiştir. Gierke, Althusius'un halk egemenliği olarak da ifade edilmiş olan yoğunlaşmış egemenlik anlayışını federalizm fikrine ters olduğunu iddia etmiştir. Nihai olarak, devletin bu konsantre egemenliğinin, esas olarak bu sözleşme fikri ve toplumun kurumsal yapısı ile sınırlı kaldığını ileri sürmüştür. Althusius'un çalışmaları katı mulakiyetçi bir yaklaşımla ele aldığı ifade edilir. Bu konuda yapılmış ayrıntılı tartışmalar için bkz. BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 170-172.

²⁰⁰ ALTHUSIUS'un siyasi teorisinin temelde üç unsur içerdiği ileri sürülmektedir. Bunlar, kurumsal veya seçilmiş temsilciler aracılığıyla, egemenliğin paylaşılması ve kurumsal yapının anayasal istikrarının sağlanmasıdır. BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 172.

²⁰¹ Örneğin RILEY, ALTHUSIUS'un ortaçağ anayasacılık sistemini ifade ettiğini savunmaktadır. KOCH, *Johannes Althusius*, s. 75, 86; HUEGLIN, *Federalism at the Crossroads*, s. 288.

²⁰² HUEGLIN, *Federalism at the Crossroads*, s. 288.

²⁰³ AĞAOĞULLARI, AKAL, KÖKER, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, s. 63, Ayrıca bkz. HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World Althusius on Community and Federalism*, s. 4-5.

²⁰⁴ KOCH, *Johannes Althusius*, s. 85

Nitekim ALTHUSIUS'un, *kimin ne ölçüde neyi en iyi şekilde yapabileceğine* ilişkin anlaşmasal ilkesinin, federasyonların kurucu unsuru olan anayasal yetki paylaşımı esasına değil, günümüz Avrupa federalizminde etkisini gösteren ikincillik ya da yerellik (*subsidiarity*) ilkesine vurgu yaptığı görülmektedir. Bu nedenle ALTHUSIUS, Avrupa federasyonlarında ve AB hukukunda yer alan ikincillik ilkesinin de ilk teorisyenlerinden biri olarak kabul edilmektedir.²⁰⁵ Federal düşüncüyü, toplumsal ve siyasi alan bakımından bir araya getiren ALTHUSIUS, özellikle Avrupa federalizm geleneğinde federalizm fikrinin entelektüel kurucu babası olarak anılmaktadır.²⁰⁶

ALTHUSIUS'un, sembiyotik topluluklarda, hem her bir topluluğun kendine ait hukuk düzenlerine, hem de tüm topluluklar için geçerli bir hukuk birliğine sahip olduğunu dile getirmesi federal düzeninin anlatımı bakımından önemlidir. Diğer taraftan, egemenliğin hukukun üstünde bir güç ya da üstünlük sağlamadığı görüşüyle, BODIN'in egemenlik anlayışına karşı çıkması, çeşitli toplumların bir arada yaşamalarının ancak hukuk birliği ekseninde mümkün olacağını vurgulaması açısından anlamlıdır. Burada, modern federasyonun tasarımında değinilen, yetki paylaşımı, çeşitlilik içinde birlik, ikili hukuk düzeni ve daha spesifik olarak federe yönetimlerin kendi anayasalarına sahip olmaları gibi temel prensiplerin kaynağı görülmektedir.

Dolayısıyla, federalizmin modern anayasal federasyonla ortaya çıkışıyla birlikte on yedinci yüzyılın egemenlik anlayışında yaşanan dönüşüme de dikkat çekilmektedir. Üniter egemenliği baskın bir fikir olarak benimseyen Jean BODIN, HOBBS ve PUFENDORF gibi düşünürlerin, İngiliz parlamenter egemenlik doktrinine ve üniter devlet ile ilgili sorunlara yanıt bulabilmek için, federal teorinin gelenek karşıtı (*counter-tradition*) özelliğinden ilham aldıkları öne sürülmüştür.²⁰⁷ Bu doğrultuda, BODIN'in egemenlik fikirlerine karşı çıkan çoğulcu düşünür ALTHUSIUS'un, mutlak ve bölünmez egemenlik geleneğine karşı oluşturduğu karşıt-geleneğin, Avrupa'nın siyasi düşünce tarihini önemli ölçüde etkilediği belirtilmektedir.²⁰⁸

Modern federasyonların kaynağı olarak kabul edilen ALTHUSIUS'un federal teorisinin,²⁰⁹ Amerikan Federalist Yazıları'nda da tersten vurgulandığına dikkat çekilmektedir. Federalist Yazılar'da, açıkça belirtilmese de, ALTHUSIUS gibi, MONTESQUIEU'nun federal sistemlere ilişkin değerlendirmelerinin de göz önünde bulundurulduğu ifade edilmektedir. Federalist Yazılar'da ve Anayasa'da federe yönetimlerin üzerinde federal üstünlük ilkesinin benimsenmesi, MONTESQUIEU ve

²⁰⁵ Fakat, burada altı çizilmesi gereken nokta, ALTHUSIUS'un modern federal devlet anlayışını geliştirmemiş, hatta federal veya federasyon terimlerini dâhi kullanmamış olmasıdır. HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World Althusius on Community and Federalism* , s. 5.

²⁰⁶ BURGESS, Michael, GAGNON, Alan, *Federal Democracies* , Routledge, USA-Canada, 2010, s. 2.

²⁰⁷ WARD, WARD, *The Ashgate Research Companion to Federalism* , s.72-165.

²⁰⁸ ENDO, Ken, *Subsidiarity & its Enemies: To What Extent Is Sovereignty Contested in the Mixed Commonwealth of Europe?* , *Robert Schuman Centre for Advanced Studies: European Forum Series*, RSC No. 24, 2001, s. 13.

²⁰⁹ WARD, WARD, *The Ashgate Research Companion to Federalism* , s. 70-170.

ALTHUSIUS'un, federal bir sistemde güç dengesinin kurucu birimler lehine bozulması konusundaki ısrarlarının, birliği güçlendirme yönünde, ters bir şekilde ele alındığını göstermektedir.²¹⁰

Benzer biçimde, Federalist Yazılar'da yetki paylaşımının, sosyal toplulukların ve sınıfların dikey bölünmeleri için bir araç olarak kabul edildiği görülmektedir. Federalist argümanlar, ulusal ve yerel politika ihtiyaçlarını, hiyerarşik bir farklılaşmaya dayandırırken, MONTESQUIEU ve ALTHUSIUS, küçük kurucu birimlerin politikalarının hayata geçirilmesi bakımından, tamamen kendi başlarına kalmalarına odaklanmışlardır.²¹¹

Dolayısıyla, modern dönem öncesi teorik çerçevede ele alınan periferik federalizm yani federe yönetimlerin güçlü olduğu federal sistemler vurgusu, Federalist Yazılar'da, merkezîyetçi yani federal yönetimin güçlü kılınması vurgusuna dönüşmüştür. Bu sebeple Amerikan Federalistlerinin görüşlerinin, MONTESQUIEU ve ALTHUSIUS'un çerçevesini çizdikleri geleneksel federalizm anlayışını ortadan kaldırdığı öne sürülmektedir. Federalizmin eşit ortaklar arasında sosyal bir sözleşme olduğuna ilişkin fikirlerin yerini, federal hukukun üstünlüğü ilkesi almıştır. Ayrıca, Amerikan Federalistlerinin, geleneksel federalizm anlayışının tersine, federal sistemlerin aşırı ulusçu-merkezci yapılara, yetki paylaşımının bölgesel yönetimlerin farklı siyasi ihtiyaçlar yerine ulusal yetkilerle yönlendirilmesine; özerk yönetim taleplerine olan duyarsız sosyal topluluklara ve yetki paylaşımı usullerinin etkisizliğine neden olduğu ifade edilmektedir.²¹²

ALTHUSIUS'un oydaşma (*consocialism*) ilkesini karakterize etmesi, dar bir anlayışla da olsa federalizme vurgu yapmaktadır.²¹³ Sonuç olarak, 17. yüzyıl federalizminin, yerellik ilkesi²¹⁴, halk egemenliği²¹⁵ (*popular sovereignty*), oydaşma ve sözleşme ilkelerini siyasi ve sosyal açıdan ön plana çıkardığı söylenebilir.²¹⁶

ALTHUSIUS, federal düşüncesiyle, modern öncesi ve modern dönem arasında teorik bir köprü oluşturmuştur. Yukarıda ifade edilen laik federal teorinin yanı sıra, dini federal teorisinin, İncil'de geçen İbrani-Yahudi Kutsal Yazıtları ("*Hebrew Scriptures*")

²¹⁰ Burada, Alexander Hamilton'ın dokuzuncu Federalist Yazıda ifade ettiği, iyi yönetime ulaşma ve konfedere yönetimlerin zayıflıklarına vurgu yapılmaktadır. Hamilton, bu zayıflıkların aşılması adına ulusal yetkili olan yönetimin, üstün olması gerektiğine vurgu yaptığı ifade edilmektedir. HUEGLIN, *Federalism at the Crossroads*, s. 280; Bu konuda ayrıca bkz. RILEY, Patrick, *Martin Diamond's View of The Federalist*, **Publius: Dimensions of the Democratic Republic: A Memorial to Martin Diamond**, Vol. 8, No. 3, 1978, s. 86.

²¹¹ HUEGLIN, *Federalism at the Crossroads*, s. 277.

²¹² HUEGLIN, *Federalism at the Crossroads*, s. 276-277.

²¹³ RILEY, Patrick, *Three 17th Century German Theorists of Federalism: Althusius, Hugo and Leibniz*, **Publius**, Vol. 6, No. 3, *Americans and the Federal Principle: Some Reconsiderations*, s. 31.

²¹⁴ KOCH, Bettina, *Johannes Althusius*, s. 75.

²¹⁵ *Althusius'un egemenliğin devlete için olduğu vurgusunun dışında, devlet ya da bütüncül toplum olgusunun halka birleştirilmesiyle halk egemenliği kavramının ortaya çıkması en önemli modern demokrasi bulgularından olduğu ifade edilir. Bunun federalizm düşüncesine yansımaları, Althusius'un, halk kavramını bireylerden değil federasyonun tasarımında ortaya çıkan federe yönetimler ya da kurucu birimler gibi çeşitli alt topluluklardan oluşan bir bütünü ifade eder...devleti oluşturan sözleşmenin tarafları topluluklar yani eyaletler ve kentlerdir.* AĞAOĞULLARI, AKAL, KÖKER, **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, s. 76.

²¹⁶ HUEGLIN, Thomas, *Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?* **Publius**, *Federalism as Grand Design*, Vol. 9, No. 4, Autumn, 1979, s. 11.

ya da Eski Ahit'e ("Old Testament") ilişkin olduğu öne sürülmektedir.²¹⁷ ALTHUSIUS'un federal siyasi teorisinin, seküler olduğu gibi, dinsel bir yaklaşımla da vurgulandığı görülmektedir.²¹⁸

Federalizm ilkesinin, siyasi bir sistem olarak, öncelikle konfederasyon tecrübelerinde ve özellikle 1291 İsviçre Konfederasyonu'yla ortaya çıkan kantonların birleşmesi uygulamasında hayata geçtiğini kabul etmek gerekir. BULLINGER ve ALTHUSIUS gibi teolojik-siyasi federalistlerin anlaşmaya dayalı görüşlerinin, İsviçre ve Alman konfederasyonlarının ardından, Protestanların Amerika'nın kuzey kolonilerine göç etmesiyle birlikte Amerika kıtasına taşındığı ifade edilebilir.

Avrupa'da oluşan, anlaşma kavramıyla teolojiye sıkı sıkıya bağlı federalizm anlayışının, muhtemelen yerli Amerikalılar arasında bulunan göçmen yerleşimcilerin kabile konfederasyonları aracılığıyla güçlendiği ve böylelikle federal fikrin Amerika'ya uzandığı belirtilir.²¹⁹

Modern dönem öncesi federal denemeler, federalizm ve anlaşma düşüncelerine odaklanırlar.²²⁰ Dolayısıyla burada ele alınan devlet birleşimleri, modern anayasalarla ortaya çıkan devlet biçimlerine benzememektedir. Siyasi ve toplumsal bir ilke olarak federalizmin özünde bulunan esneklik ve dinamiklik özellikleri, bu düşüncenin anayasa tartışmalarında da belirleyici olmasını sağlamıştır.

2. Modern Dönem Federasyon Teorileri

Modern anlamda ilk anayasa örneği olan 1787 tarihli ABD Anayasası, federasyonların kurucu unsurlarının tespitinde önemli bir dönüm noktasını ifade eder. ABD Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, anayasa, federasyonun doğum belgesi olarak kabul edilmeye başlanmıştır.²²¹

Modern federasyonlara geçişte federalizm ilkesi, daha fazla konfederal birleşimlerde kendisini göstermiştir.²²² Zira ilke, modern dönem öncesi anlaşmaya dayalı devlet birleşimlerinden hareketle, bir bakıma modern anlamda anayasaların ve

²¹⁷ ELAZAR, Daniel J, *Althusius and Federalism as Grand Design* , Jerusalem Center for Public Affairs, 1990, İnternet Kaynak: <http://www.jcpa.org/dje/articles2/althus-fed.htm>, Erişim Tarihi: 15-02-2012.

²¹⁸ ELAZAR, *Althusius and Federalism as Grand Design* , s. 9-10.

²¹⁹ MCCOY, *Federalism: The Lost Tradition?* , s. 5-6.

²²⁰ Bu döneme özgü olarak, Jean Bodin, Thomas Hobbes'un egemenlik anlayışlarının yanısıra, oйдаşmacı federalizm consociational federalizm kavramının kaynağına da değinilmektedir. Oйдаşmacı federalizmi ilk kullanan yazar Althusius olduğu ifade edilmiştir. Bu bölümde ayrıca belli belirsiz bölgesel bir güç bölünmesinin var olduğu *Dutch Republic* (Modern Hollanda Krallığının 1581-1795 yılları arasında bu isimle anıldığı dönemler) odaklanılır. *Dutch Republic*, 1579'da, yedi Kuzey Hollanda kurucu birimlerinin birleşerek Utrecht Birliğini oluşturmaları ile 1581 yılında İspanya'dan bağımsızlığını ilan etmişlerdir. 1795'te ise Hollanda Cumhuriyeti, Fransız ordusunun işgali ve demokratik devrim etkisiyle çökmüştür. Alman İmparatorluğuna da, *German Holy Roman Empire* değinilmektedir. Ayrıca, Montesquieu'nun klasik çalışması olan Kanunların Ruhu eseri de incelenerek, David Hume'un, Idea of a Perfect Commonwealth eserindeki federal öneriyi incelenmiştir. Rousseau'nun sosyal sözleşmesinin, federal fikre yakınlığı ve Immanuel Kant'ın federasyonun sadece bağımsız devletlerin uluslararası barışı sağlamak için kurdukları elverişli bir araç olmadığı, federasyonun aynı zamanda iç özgürlükleri korumak için de etkili bir araç olduğu fikri tartışılmıştır. WARD, WARD, (Ed.), **The Ashgate Research Companion to Federalism** , s. 72-74.

²²¹ ELAZAR, Daniel J, *Federalism: An Overview* , içinde, VILLIERS, DE Bertus, (Ed.), **Federalism: Theory and Application** , Human Sciences Research Council Publishers, Pretoria, 1995, s.19. WARD, Ann, WARD, Lee, **The Ashgate Research Companion to Federalism** , s. 43.

²²² ELAZAR, *Constitutionalizing Globalization* , s. 39.

federal sistemlerin doğuşuna kaynaklık eden tarihsel bir gelişim göstermiştir.²²³ Nitekim konfederasyonların, devletçilikten federalizme geçişte bir aşama olarak değerlendirilerek, federalizmin bir türü olarak kabul edilmesi bunun bir göstergesi olarak düşünülebilir. Konfederasyonlardan modern federasyonlara geçiş aşaması ise, “*paradigmanın dönüşümü*”²²⁴ şeklinde adlandırılır. Bu bağlamda, konfederasyonun federal sistemden tek avantajlı noktası, merkeziyetçi birlik tehlikesinin olmamasıyken, federasyonların çok merkezli devletlerin anayasal ortaklığına ve paylaşımına dayalı bir tasarım olduğu ifade edilmektedir.²²⁵

Federalizm düşüncesinin “*siyasi sistem içerisinde devlet yetkilerinin anayasayla paylaşılması*”²²⁶ fikriyle, ilk modern federal sistemlerin anayasalarla kurulması örtüşmektedir. Modern anlamda anayasaların ortaya çıkışına kadar olan sürecin, anlaşma fikrine aşırı odaklanması ve anayasaların ortaya çıkmasıyla anlaşma fikrinin anayasal zeminde ele alınması, bu örtüşmenin gerekçesi olarak gösterilmektedir.²²⁷

Federasyona ilişkin modern dönem teorileri, federal sistemin oluşumu ve işleyişi çerçevesinde iki ana başlık altında incelenecektir. Her ne kadar çalışmanın konusu federasyonlarda yetki paylaşımından doğan uyuşmazlıklara ilişkin olsa da, federasyonların oluşumunda rol oynayan siyasi, toplumsal ve hukuksal dinamikler, yetki paylaşımını irdeleyebilmek bakımından önemlidir. Modern anlamda ilk federasyonlar anayasalarla kurulduğundan, bu alanda ortaya çıkan ilk teoriler anayasal ya da hukuksal yaklaşımlar esas alınarak oluşturulmuştur.

Bununla birlikte, federasyona ihtiyaç duyulmasının tarihsel, toplumsal ve siyasi sebeplerini tespit edebilmek için, federasyonların oluşumuna ilişkin diğer teorilerin de incelenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla federasyonun oluşumuna ilişkin teoriler incelenirken, anayasal ya da hukuksal yaklaşımlarla birlikte, siyasi ve sosyal yaklaşımların da dikkate alınması kaçınılmazdır.

Anayasal yetki paylaşımı federal sistemlerin kurucu unsuru olarak kabul edildiğinden, sistem içerisinde yetki paylaşımı modelinin korunması, doğal olarak incelenmesi gereken diğer bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, federasyonların işleyişine ilişkin teoriler, federal sistemin kurucu unsurlarının ve anayasal yetki paylaşımının korunması konusundaki yaklaşımlara odaklanmaktadır. Bu alandaki iki temel teori, siyasi korunma ve yargısal korunma teorileridir. Siyasi

²²³ Bu yönde ilk olarak teolojik anlaşma fikrinin, HOBBS ve LOCKE’un geliştirdiği toplumsal ya da sosyal sözleşme fikirleriyle olan ilişkisi ele alınmaktadır. WARD, Ann, WARD, Lee, **The Ashgate Research Companion to Federalism**, s. 42, 402.

²²⁴ Yazar, bu dönüşümü birazda devletlerin konfederatörleşmeler aracılığıyla kar amaçlı ekonomik çıkarlarını koruma yönünde ki girişimleriyle açıklamaktadır. ELAZAR, **Constitutionalizing Globalization**, s. 66.

²²⁵ Yazar aynı zamanda, federal gerçeğin ortaya çıkmasına kaynaklık eden ikincil ilkelerin, insan hakları ve güvenlik olduğunu ifade etmiştir. ELAZAR, **Constitutionalizing Globalization**, s. 41.

²²⁶ ELAZAR, **Constitutionalizing Globalization**, s. 39.

²²⁷ Bu dönemde federalizm fikrinin, Locke’un toplumsal sözleşme fikirleriyle büyük ölçüde harmanlandığı ileri sürülmekte, LOCKE’un Carolina kolonilerinin temel anayasalarına *Charter of the Carolinas* olan ilgisi sayesinde ortaya çıkan sosyal sözleşme fikirleri, anayasaların odağı haline gelmiştir. Locke ve ilk anayasal belgelerle ilgili görüşler hakkında bkz. ARMITAGE, David, *John Locke, Carolina, and the Two Treatises of Government*, **Political Theory**, Vol. 32, 2004, s. 607.

korunma teorisi, genelde federal yapının, özelde de kurucu birimlerin siyasi alanda korunmalarına ilişkindir.

Diğer yandan, federal sistemin ve anayasal yetki paylaşımının garantörü olan yargı organı, sistem içerisinde geçirilen dönüşüm ya da değişimin hakemi olarak etkili diğer bir faktördür. Bu nedenle yargısal yaklaşımlar, yargı organlarının yetki uyumsuzluklarının çözümünde üstlendikleri roller ile sistemin federalizm düşüncesine ve sistem içerisinde federalizmin derecesine yön vermeleri bakımından ayrıca incelenecektir.

a. Federasyonun Oluşumuna İlişkin Teoriler

On sekizinci yüzyılın sonlarına doğru yapılan, federal sistemin ortaya çıkışıyla ilgili çalışmalar, özellikle de Federalist Yazılar'daki değerlendirmeler dikkat çekicidir.²²⁸ Söz konusu değerlendirmelerden kaynaklanan teoriler, “federalizmin federalist teorisi” şeklinde adlandırılmaktadır.²²⁹

On dokuzuncu yüzyılda yapılan federal sistemlere ilişkin çalışmaların temel özelliği ise, Amerikan federasyonu ile federal olmayan İngiltere'nin ve Avrupa'da bulunan federal benzeri siyasi sistemlerin karşılaştırmasına ilişkin olmalarıdır.²³⁰ Bu incelemeler, daha fazla, mevcut konfederasyonlarla, İngiltere gibi üniter devlet modellerinin güçlü ve zayıf yanlarının Amerikan federasyonu ile karşılaştırılması şeklindedir.²³¹

Federasyonlara ilişkin karşılaştırmalı çalışmalarda, federasyonun kökenine ya da oluşumuna ilişkin teorilerin, işleyişine ya da fonksiyonuna ilişkin teorilerden ayırt edilmesinin gerekliliği vurgulanır.²³² Federasyonun modern anayasalarla ortaya çıktığı dönemlere ilişkin ilk teoriler, hukuksal ya da anayasal yaklaşımlara dayanmaktadır. Federasyonun oluşumuna ilişkin ortaya çıkan diğer önemli teoriler ise, siyasi ve sosyolojik yaklaşımlar temel alınarak oluşturulmuştur.²³³ Aşağıda bunlar ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

²²⁸ Özellikle Federalist Yazıların 18. 19. ve 20. sayılarının, Antik Yunan örneklerinden Alman ve Hollanda konfederasyonlarına kadar, tarihsel örneklerle işaret edildiği belirtilmektedir. BALL, Terence, (Ed.), **Hamilton, Madison, and Jay The Federalist with the Letters of Brutus**, Cambridge University Press, 2003, s. 79-93.

²²⁹ VILLIERS, **Federalism: Theory and Application**, içinde ELAZAR, *Federalism: An Overview*, s.24.

²³⁰ WATTS, Ronald L, *The Historical Development of Comparative Federal Studies*, Working Paper, **IIGR**, Queen's University, Kingston, 2007, s. 2-3.

²³¹ Bu yönde isimleri zikredilen yazarlar ve çalışmaları şu şekilde belirtilebilir. Alexis de Tocqueville, (*Democracy in America-1835*), John Stuart Mill, (*Considerations on Representative Government*, 1861), Edward Augustus Freeman, (*History of Federal Government from the Foundation of the Achaean League to the Disruption of the United States, 1863 ve A History of Federal Government in Greece, 1893*), James Bryce (*The American Commonwealth*, 1888 ve *Studies in History and Jurisprudence*, 1901), Ayrıntılı bilgi için bkz. BURGESS, **Comparative Federalism**, s.10-15, WATTS, *The Historical Development of Comparative Federal Studies*, s. 3-5.

²³² BURGESS, **Comparative Federalism**, s.98.

²³³ Bu yönde yapılan teorik değerlendirmelere örnek olarak bkz. UYGUN, **Federal Devlet**, s. 8 vd, KEFALE, Asnake, **Federalism and Ethnic Conflict in Ethiopia: A Comparative Study of the Somali and Benishangul-Gumuz Region** Leiden University Department of Political Science of the Leiden, Doctoral Thesis, 2009, s. 30, BURGESS, **Comparative Federalism**, s.10 vd.

i. Federasyona İlişkin Anayasal Teoriler

Federasyonun modern tasarımı üzerine geliştirilen yaklaşımlar, sistemin kilit unsuru olan anayasalara ilişkindir.²³⁴ Federasyonu hukuksal ya da anayasal yaklaşımlarla ele alan bu teoriler, anayasalara odaklanmaları nedeniyle “hukuksal ya da anayasal teoriler”²³⁵ olarak da adlandırılmaktadırlar. Bu teoriler federal sistemlere ilişkin ilk teorilerden olmaları nedeniyle, “klasik teoriler” olarak da anılmaktadırlar.²³⁶

Bu teorilerin odak noktası, federasyon anayasalarındaki yetki paylaşımı ve kurumlardır. Bu noktadan hareketle bu teoriler, “eski kurumsalçı” ya da “kurumsalçı”²³⁷ (*paleo-institutionalist*) teoriler olarak nitelendirilmektedirler.²³⁸ Bunun doğal sonucu, federasyona ilişkin hukuksal ya da anayasal teorilerin, “eski kurumsalçı”²³⁹ yaklaşımlara yöneltilen tüm eleştirilerden payını almasıdır.²⁴⁰ Bu teorilerin temel hedefi, federasyonu diğer devlet türlerinden ayıran ölçütleri ortaya koymaktır.

aa. Temel Prensipleri

Bu teorilere göre, federal ilke, eşit ve bağımsız genel ve bölgesel yönetimlerin bulunduğu ortak bir düzende bulunmaktadır.²⁴¹ Federal sistem, belirli konularda yetkili bir bağımsız makamla, geriye kalan konularda yetkili olan bağımsız bölgesel makamların birlikte oluşturduğu bir devlet düzenidir. Federasyonlarda, anayasal düzeyde federal ve federe yönetimler olmak üzere iki yönetim bulunmaktadır.²⁴² Her iki egemen yönetim düzeni, belirli alanlarda yetkilere sahiptirler. Bu bütün içerisinde her bir yönetim düzeninin, kendi alanındaki yetkilerini, diğer yönetim düzenine bağımlı olmadan kullanabilmesi esastır. Dolayısıyla, federal bir sistemde yetki alanları, her iki yönetim düzeninin birbirine tabi olmayacakları bir şekilde paylaşılacaklarıdır.

²³⁴ Söz konusu teorinin adlandırılmasında, literatürde farklı tercihler yapılsa da, çalışmada anayasal yaklaşımlar ya da federal sistemlerin anayasal teorileri şeklinde kullanılacaktır. Bunun nedeni, teorinin özellikle sistemin tanımlanmasında federasyon anayasalarından hareket etmesidir.

²³⁵ KEFALE, **Federalism and Ethnic Conflict in Ethiopia** , s. 30.

²³⁶ UYGUN, federasyonlara ilişkin teorileri tarihsel bir çerçevede değerlendirerek, federal devletin niteliğine, kökenine ve işleyişine ilişkin teoriler şeklinde belirlemektedir. UYGUN, **Federal Devlet** , s. 8 vd.

²³⁷ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. GÖNENÇ, Levent, *Siyaset Bilimi ve Anayasalar* , AÜSBF Dergisi, C. 54, Sayı 3, 1999.

²³⁸ GREER, Scott L.(Ed.), **Territory, Democracy and Justice Regionalism and Federalism in Western Democracies** , Palgrave Macmillan, 2006, New York, s. 10, WACHENDORFER-SCHMIDT, Ute, (Ed.), **Federalism and Political Performance** , 2000, Routledge, London, s. 3, KEFALE, **Federalism and Ethnic Conflict in Ethiopia** , s. 30.

²³⁹ Kurumsalçı veya eski kurumsalçı yaklaşımlar, devlet bilimi olarak tanımlanarak, hukuki ve tarihsel bakış açılarıyla siyasi kurumları, devleti ve anayasaları incelemektedirler. Bu yaklaşımın diğer bir özellikleri de yapısalcılık, betimleyici, tümevarımcı olmaları şeklinde ifade edilmiştir. Eski Kurumsalçı yaklaşım, 1920’li yıllarda giderek önemini kaybetmiş ve geriye ciddi oranda çalışmalar bırakılmasına kaynaklık etmiştir. Eski kurumsalçı yaklaşım, maddi varlığa sahip gerçek nesnelere analiz ederek, tarihsel ve yorumcu metot gibi biçimsel olmayan metotları kullanmışlardır. Çoğulculuk taraftarları, devleti monist bir yapıda ele alması 1950’li yıllarda siyaset biliminin bu yaklaşımı dışlamasıyla sonuçlanmıştır. Bu yaklaşımda, devletin ne ampirik ne de normatif niteliklerin kaynağı olarak yer almaması yaklaşıma karşı eleştirilerin yönelmesinin bir diğer nedenidir. Eski ve Yeni Kurumsalçı yaklaşımlarla ilgili olarak Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖNENÇ, Levent, *Siyaset Bilimi ve Anayasalar* , AÜSBF Dergisi, C. 54, Sayı 3, 1999. ERGÜL, **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi** , s.11-13.

²⁴⁰ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 3.

²⁴¹ WHEARE, **Federal Government** , s. 2, 11.

²⁴² Bazı federasyonlarda, belediyeler veya yerel yönetimlerin varlığıyla municipal government ayrıca üçüncü bir yönetim düzeyi - orders of government- olduğu ifade edilir. Örneğin Hindistan, Nijerya ve Güney Afrika. Bu yönetim düzenlerinin her biri kendi yetki alanları içerisinde vatandaşlar üzerinde doğrudan görevlerini yapabileceği yetkisine sahip olduğu –vergileendirme, para cezası, düzenleme- belirtilmektedir. Fakat bu düzeylerin, federasyonun yetkilerinin anayasadan alan federal ve federe yönetimler gibi özerk değillerdir. Bir çok durumda, bu yönetimler federal ya da federe yönetimlerin iradeleri doğrultusunda yetki kullanabilirler. KINCAID, TARR, (Ed.), **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries** , s. 410.

gerekmektedir. Federal ve federe yönetimler yetkilerini birbirleriyle koordineli biçimde kullanacaklardır.²⁴³

Bu teorilerin geliştirilmesine yönelik ilk çalışmalarda, genellikle federasyonu konfederasyonlardan ve üniter devletlerden ayıran unsurları belirleme çabaları ön plandadır. Bu unsurlar,

(i) bağımsız ve birbirleriyle koordinasyon içerisinde olan, eşit iki yönetim düzeninin,

(ii) yazılı ve katı bir anayasanın,²⁴⁴

(iii) her iki yönetim düzeninin ayrı ayrı norm koyma iradelerinin bulunduğu anayasayla belirlenmiş bağımsız yetki alanlarının ve

(iv) yetki uyuşmazlıklarının çözümüyle görevli bağımsız bir yargı organının varlığıdır.²⁴⁵

Hukuksal yaklaşım, genel olarak, federasyonu, ikili bir düzen ya da bir koordinasyon içerisinde mükemmel bir işleyişe sahip bir sistem olarak kabul eder.²⁴⁶ Bu sebeple hukuksal federasyon teorileri, bağımsız ve eşit federalizme dayanan ikili federalizm (*dual federalism*) anlayışını savunmaktadırlar.²⁴⁷ Uyumluluk ve eşitlik ya da eş zamanlılık gibi unsurların altı çizilerek, federe yönetimlerin kendi yetki alanlarında özerk olduğu ve federal yönetimle uyum içerisinde çalıştığı bir federasyon modeli benimsenmektedir.

Bu teorilerde federasyon, genel olarak, yetkilerin iki yönetim düzeni arasında paylaştırılmasıyla ortaya çıkan hukuksal bir yapı olarak kabul edilmektedir.²⁴⁸ Bu noktada, “*federalizm, anayasacılık (hukuksallık) demektir*”²⁴⁹ diyen DICEY’i anmak gerekir. Yazara göre, siyasi bir düzen olarak federalizmin temel karakteri, “*federe yönetim haklarının koruma altına almasıyla, ulusal birlik anlayışı ve gücünün uzlaştırılmasıdır.*”²⁵⁰

Anayasal teorilerin savunucuları, federal sistemin tanımlanmasında, genel olarak, ortaklık (ortak-kural, birlik ya da ulusallık) ve özerklik (özerk-kural, bağımsızlık ya da otonomi) kavramlarını birlikte kullanmayı tercih etmektedirler.²⁵¹ Nitekim federal sistemde, farklı yönetim düzenlerinin ortak bir anayasa şemsiyesi altında birleştikleri

²⁴³ WHEARE, *Federal Government* , s. 1-2, 35.

²⁴⁴ Teori, federasyonların anayasalara olan ayrılmazlığını önemle vurguladığından, anayasal yaklaşımlar olarak da adlandırılmaktadırlar. THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 2.

²⁴⁵ WHEARE, *Federal Government* , s. 10 vd.

²⁴⁶ UYGUN, *Federal Devlet* , s. 8.

²⁴⁷ BİRHANU, Gosaye, *Vertical Distribution of Powers in Ethiopia: A Comparative Study with Canada and Germany* , LLM Long Thesis, Supervisor: Prof. Dr. BLANKENAGEL, Alexander, Central European University, Hungary, S:30, 2009, s. 83. Ayrıca UYGUN, bu teorilerin dual ve coordinate federalism şeklinde adlandırıldığını ifade etmektedir. UYGUN, *Federal Devlet* , s. 8.

²⁴⁸ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 2.

²⁴⁹ DICEY, V. Albert, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* , (10th edition), 1959, Macmillan and Company Ltd, London, s.170.

²⁵⁰ DICEY, V. Albert, *Federal Government* , *Law Quarterly Review* , 10. Cilt, 1894, s. 82.

²⁵¹ ELAZAR, *Exploring Federalism* , s. 29 vd. DICEY, *Federal Government* , s. 82. WHEARE, *Federal Government* , s. 12 vd. ELAZAR, Daniel J, *Self-Rule and Shared-Rule* , *Jerusalem Center for Public Affairs*, İnternet Kaynak: <http://jcpa.org/dje/articles3/fs1.htm>, Erişim Tarihi: 10/2/2010.

bir tür ortaklık söz konusudur. Yönetim düzenlerinden biri olan ulusal ya da merkezi yönetim, belirli amaçları gerçekleştirmek üzere, ortak kurumlar aracılığıyla ortak kuralları (*shared-rule*) oluşturmaktadır. Diğer yönetim düzeni olan kurucu birimler ise, özerk amaçları için, kendi organları aracılığıyla, bölgesel veya yerel özerk kuralları (*self-rule*) oluşturmaktadırlar.²⁵² DICEY, ulusal birlik ile federe yönetimlerin bağımsızlığı kavramlarının birleştirildiği federal sistemlerde, egemenlik yetkilerinin ulusal (federal) ve kurucu (federe) yönetimler arasında ortak bir anayasayla paylaştırıldığını belirtmektedir.²⁵³

Sonuç itibarıyla, bağımsız ve meşru iki yönetim düzeni arasında yapılan anayasal yetki paylaşımı, federal sistemlere özgü tanımlayıcı unsurlardan biridir.²⁵⁴ Federal sistemde, her iki yönetim düzeninin, kurum, yetki ve sorumluluklarının anayasayla güvence altına alınması, sistemin “federal” olarak tanımlanması açısından yeterlidir.²⁵⁵ Dolayısıyla federal sistemin oluşumuna ilişkin asli koşul, her birinin kendi alanlarında bağımsız yasama ve yürütme yetkilerinin bulunduğu iki yönetim düzeninin varlığıdır.²⁵⁶ Teorilerin federal sistemler bakımından öne sürdüğü federalizm anlayışı, çeşitlilik ile birlik kavramlarını dengeleyen ikili federalizm anlayışıdır. İkili federalizm anlayışı, ikili egemenlik anlayışına dayanmaktadır.²⁵⁷

Bu teoriler, ikili egemenlik ve ikili federalizm anlayışını savunmak ve bunu anayasalar üzerinden gerçekleştirmekle, yetki paylaşımı modellerinden biri olan “sert-kesin yetki paylaşımı”na dayanmaktadırlar. Sert-kesin yetki paylaşımı, federasyon anayasasıyla, federal ve federe yönetimlerin yetkilerinin kesin bir şekilde ayrılmasıdır.

Bu yetki paylaşımı modelinde, anayasalarda, federal ve federe yönetimlerin norm koyma iradeleri bakımından herhangi bir işbirliği mekanizması yoktur. Dolayısıyla yönetim düzenleri, kendi alanlarında egemendirler. Yönetim düzenleri, kendilerine ait yetkileri kullanırken, diğer yönetimin iradesine ihtiyaç duymamakta, tamamen bağımsız davranmaktadırlar.²⁵⁸

Hukuksal yaklaşımlar, federasyonun yönetim düzenlerinin bağımsızlığını, birbirlerine tabi olmamalarıyla (*subordinate*) açıklamaktadırlar.²⁵⁹ Bunun nedeni, hukuksal teorilerin eşit iki yönetim anlayışına karşılık, daha önceki federal sisteme özgü değerlendirmelerde, “ulusallık” vurgusunun ön plana çıkarılmasıdır. Bu

²⁵² FILIPPOV, ORDESHOOK, SHVETSOVA, **Designing Federalism** , s. 10, PETERSON, Paul E, **The Price of Federalism: A Twentieth Century Fund Book** , The Brookings Institution Press, 1995, USA, s. 38.

²⁵³ DICEY, **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution** , s.139-140.

²⁵⁴ ELAZAR, bunu özerklik ilkesinin bir gereği olarak ifade eder. Aynı zamanda, anayasanın belirli bir anlaşma ya da uzlaşmayla oluşması fikrine dayanmaktadır. Burada öncelikle federasyon sistemlerinin covenant yani anlaşma unsuruna olan bağlılığını da ortaya koyduğu görülmektedir. ELAZAR, **Exploring Federalism** , s. 29-30.

²⁵⁵ ELAZAR, **Exploring Federalism** , s. 29-30.

²⁵⁶ MITRA, Subrata K, *The Nation, State and The Federal Process in India* , içinde, WACHENDORFER-SCHMIDT, **Federalism and Political Performance** , s. 41.

²⁵⁷ SKOUTARIS, Nikos, *From Dual to Cooperative Federalism* , **European Constitutional Law Review** , 7, T.M.C.Asser Press and Contributors, 2011, s. 325.

²⁵⁸ Kesin yetki paylaşımına ilişkin detaylı bilgilere, ilerleyen kısımlarda Yetki Paylaşımı Modelleri başlığından ulaşılabilir.

²⁵⁹ UYGUN, **Federal Devlet** , s. 9, WHEARE, **Federal Government** , s. 11, OSAGHAE, Eghosa E, *A Reassessment of Federalism as a Degree of Decentralization* , **Publius**, Vol. 20, No. 1 (Winter, 1990), s. 85.

değerlendirmeler, federal yönetimin ulusal yönetim olarak önemli yetkileri yerine getirmede daha fazla rol üstlenmesine yöneliktir. Söz konusu federasyonlara ilişkin değerlendirmelerde ulusallık vurgusu, merkezi yönetimin önemine işaret etmekte ve aynı zamanda İngiliz anayasacılığına ve üniter sisteme duyulan bağlılıktan ileri gelmektedir.²⁶⁰

Federal sistemlerde ulusallık kavramına yapılan vurgunun, özellikle İngiliz siyasi sistemi içinde derin kökleri bulunan bir düşünceye dayandığı ifade edilmiştir. Ulusallık vurgusunu federasyonlarda yetki paylaşımı çerçevesinde değerlendiren BRYCE, bir bütün olarak ulusu ilgilendiren yetkilerde, bu konudaki kaygılar ne olursa olsun, federal yönetimin, geriye kalan, ortak ilgi alanına girmeyen konularda ise, federe yönetimlerin yetkili olması gerektiğini dile getirmiştir.²⁶¹

Ulusallık vurgusu nedeniyle, uzunca bir süre, federasyonun zayıf bir devlet formu olduğu ve 1939'lu yıllar itibarıyla dahi modasının geçmiş bulunduğu iddia edilmiştir. Bu noktadan hareketle LASKI, fonksiyonları, hukuksallığı ve katılımıyla geleneksel şekliyle federasyonun, dev kapitalizmin evrimleştiği ekonomik ve siyasi yaşamın temposuna ayak uydurmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür.²⁶²

Anayasal yaklaşımın önemle vurguladığı bir diğer özellik, yönetim düzenlerinin eşit olması, kısaca federal sistemde bir yönetim düzeninin diğerine üstünlüğüne yol açan bir hiyerarşi bulunmamasıdır.²⁶³ Bu noktadan hareketle, federasyonlarda bulunan iki yönetim düzeninin ifade edilmesinde, hiyerarşik bir yapıya işaret eden kavramların kullanılmasından kaçınılmaktadır.²⁶⁴

Hukuksal ya da anayasal yaklaşıma göre, yönetim düzenlerinin belirli alanlarda doğrudan norm koyma iradelerinin bulunduğu anayasal yetki paylaşımı sistemin karakteristik özelliğidir. Anayasal yetki paylaşımının, her iki yönetim düzeni bakımından bağlayıcı olması gerekmektedir. Bu durumda, yetki paylaşımının yazılı bir anayasayla yapılması gerekmektedir.²⁶⁵ Anayasal yaklaşımla federasyonu ele alan

²⁶⁰ WATTS, *The Historical Development of Comparative Federal Studies*, s.3-4.

²⁶¹ Bu yönde öncelikle liberal entelektüel İngiliz geleneğine aşina olan MILL, FREEMAN, BRYCE ve DICEY gibi yazarların federal sistemlere olan katkısının İngiliz siyasi düşünce sistemiyle ele aldıkları belirtilmektedir. WATTS, *The Historical Development Of Comparative Federal Studies*, s.5, Ayrıca BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 14 vd.

²⁶² WATTS, *The Historical Development Of Comparative Federal Studies*, s.5. NORMAN, federal sistemlere ilişkin bu olumsuz değerlendirmelere, söz konusu yüzyılda siyaset tartışmalarında önemli yeri olan sosyalizme karşı kapitalizm şeklinde ekonomi politik tartışmaların neden olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca iki dünya savaşı arasında ve Büyük Buhran nedeniyle, ortaya çıkan bu fikirlerin, hem üniter hem de federal sistemlerde ulus-devlet anlayışının gelişmesine neden olduğuna dikkati çekmektedir. Bu nedenle söz konusu dönemde, genelde merkezileşmiş, teknokratik bürokrasilerin ilerici doğasına ancak güçlü bir ulusal yönetimin hizmet edeceğine ilişkin bir inancın geliştiğini ortaya koymaktadır. Yazara göre bu gelişmeler, hem ulusallık vurgusunu hem de merkezileşmenin önemini ortaya koymuştur. NORMAN, **Negotiating Nationalism**, s. 82.

²⁶³ erin merkezi hükümetlerin artan hakimiyeti

²⁶⁴ BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 30.

²⁶⁵ Örneğin, yönetim düzeyleri (*levels of government*) şeklinde belirtilmesinin, yönetimler arasında bir hiyerarşi anlamına geleceğidir. Bu anlamda hiyerarşik üstünlük bazı federasyonların özelliğinde olabileceği gibi bazılarında olmayacağı ifade edilmektedir. KINCAID, TARR, (Ed.), **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, içinde KINCAID, *Comparative Observations*, s. 410-411.

²⁶⁶ WACHENDORFER-SCHMIDT, **Federalism and Political Performance**, içinde, MITRA, *The Nation, State and the Federal Process in India*, s. 41.

teoriler, sistemin yazılı, katı ve üstün anayasalara duyduğu ihtiyacın altını önemle çizmektedirler.²⁶⁶

DICEY, federal sistemlerde anayasaların belirli özellikleri bulunması gerektiğinin altını çizmektedir. Bunlar, anayasanın üstünlüğü, sınırlı ve birbirleriyle koordineli çalışan devlet organları arasında yetkilerin dağılımı ve anayasanın tercümanı olarak hareket edebilecek yargı organının varlığıdır.²⁶⁷ DICEY, anayasanın üstünlüğü ilkesinin yanı sıra, yazılı ve katı anayasanın gerekliliğini de vurgulayarak, anayasanın kolayca değiştirilmemesi için özel usullerin belirlenmesi gerektiğine işaret etmektedir.²⁶⁸

Nitekim, federasyon anayasalarının yazılı olmasının tek başına yeterli olmadığı gibi, katı anayasa ilkesinin benimsemiş olması da tek başına yeterli değildir. Bunların yanı sıra, federasyon anayasalarının, bir tür federal katılaştırma unsuru olarak ifade edilebilecek başka bir unsuru daha barındırmaları gerekmektedir. Bu unsur, kurucu birimlerin ya da federe yönetimlerin iradesi olmaksızın anayasanın değiştirilememesi ilkesidir.²⁶⁹ Dolayısıyla, genel anlamda anayasaları katılaştırmada kullanılan diğer unsurların yanı sıra, federasyon anayasalarında, federe yönetimlerin iradesi olmaksızın değiştirilememe ilkesinin varlığı da gerekmektedir.²⁷⁰

Anayasal yetki paylaşımı ilkesini kurucu bir unsur olarak kabul eden teoride, yetki paylaşımının hangi şekilde yapılması gerektiği konusunda da farklı değerlendirmeler görülmektedir. DICEY, yetki paylaşımının, “*bütün ulusu ilgilendiren ortak konuların, bu konudaki kaygılar ne olursa olsun federal yönetime, ortak konulara girmeyen yetkilerin ise federe yönetimlere bırakılması*” biçiminde yapılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁷¹

Bir sistemin federasyon olarak tanımlanabilmesi için iki önkoşulun yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunlar, yerel, tarihsel ve irksal özellikleriyle birbirlerine çok yakın veya orada yaşayanların gözünde ortak uyrukluğa taşıyabilecek kapasiteye sahip ülkelerden oluşan bir bütünün varlığı ve birliği meydana getirecek vatandaşlar arasında, özel bir birlik duyarlılığının bulunmasıdır.²⁷² DICEY, federal sistemde bu duyarlılığı, “*birliğin istenmesi fakat tekliğin-bütünlüğün istenmemesi*”²⁷³ şeklinde açıklamaktadır.

²⁶⁶ ERHÜRMAN, Tufan, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği*, AÜHFD, N: 61 (1), 2012, s. 125; 129. Ayrıca bkz. DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 203 vd. LIJPHART, Arend, ÖZBUDUN, Ergun, ONULDURAN, Ersin, (Çev.), *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydışmacı Yönetim Örüntüleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.147-150.

²⁶⁷ FILIPPOV, ORDESHOOK, SHVETSOVA, *Designing Federalism*, s. 33.

²⁶⁸ DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 137 vd.

²⁶⁹ DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 203. Ayrıca bkz. GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa, Ekim 2011, s. 209. ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi*, s. 129.

²⁷⁰ Anayasaları katılaştırmada kullanılan yöntemler için, GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 58.

²⁷¹ DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s.139-140.

²⁷² DICEY, *Federal Government*, s. 81.

²⁷³ DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s.140.

Burada vurguyu hak eden kısım, üniter bir yapıyı değil, birlik içerisinde olmayı arzu eden bir toplumun varlığıdır.²⁷⁴

Yazarın ifade ettiği “birlik”i, Amerikan federasyonuna dayandırdığı görülmektedir. Burada birlik anlayışına yapılan vurgunun nedeni, ABD Anayasası’nın hiç bir yerinde federal ya da federasyon kavramının kullanılmaması, aksine federal sistemin birlik olarak tanımlanmasıdır.²⁷⁵ Bu yaklaşımın savunucuları, federal sistemi Amerikan örneği üzerinden tanımlamakta ve bu nedenle de sınırlı kalmakla eleştirilmektedirler.²⁷⁶

Bu teorinin, federal sistemlerin kurumlarına ilişkin önemli tespitlerinden biri de, federe yönetimlerin ikinci meclisler aracılığıyla temsil edilmesidir. Bu noktadan hareketle, ikinci meclislerde görev yapacak temsilcilerin, doğrudan seçimlerle belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin Amerikan federasyonunda, federe yönetimleri temsil eden Senato’nun, 1913 yılına kadar, doğrudan seçimler yerine, federe yönetimlerin yasama organları tarafından belirlenen kişilerden oluşması eleştirilmektedir. Bu bağlamda, 1913 yılına kadar Amerika’da federal bir sistem olduğu, ancak federal ilkenin tam olarak gerçekleştirilemediği ifade edilmektedir.²⁷⁷

İkinci meclislerin federe yönetimler tarafından doğrudan seçimlerle oluşturulmasının önemi, federal yönetimin merkezi yasalarının ikinci meclislerin onayını gerektirmesi, bu nedenle merkezi yönetimin yasa yapma kapasitesinin, federe yönetimlerin iradesiyle kısmen de olsa bağımlı olmasıdır. Bu durumda, merkezin federe yönetimlere bağımlı (*subordinate*) olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.²⁷⁸ Hukuksal ya da anayasal federasyon teorileri, her iki yönetim düzeninin bağımsızlığı düşüncesine dayandıklarından, bu tür bir uygulama bir tür bağımlılık olarak kabul edilmektedir. Sonuç olarak, 1913 yılına kadar Amerika’da ulusal yasama organının bir parçası olan Senato’nun federe yönetimlerin belirlediği kişilerden oluşması nedeniyle, merkezi yönetim bakımından bağımsızlık kriterinin tam olarak yerine getirilememiş olması eleştiri konusu olmuştur.²⁷⁹

Hukuksal teorinin önemle altını çizdiği bir diğer özellik, federal sistemde yönetim düzenlerinin bağımsız vergilendirme yetkisine sahip olmalarıdır.²⁸⁰ Bu doğrultuda WHEARE, federal ilkenin gerçekleşebilmesi için salt hukuksal normların yeterli

²⁷⁴ DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* , s.137.

²⁷⁵ Federal veya federasyon kavramlarının ABD Anayasası’nın herhangi bir yerinde yazmamasına, birlik kavramına olan atıflarda yer verilmektedir. ABD Anayasası’nda, federe yönetimlere yasaklanan yetkiler belirtilmekte ve Anayasanın sadece bu hükmünde konfederasyon kelimesi kullanılmaktadır. Söz konusu düzenlemede ise, federe yönetimlerin başka birliklerle bir araya gelerek bir konfederasyona katılmalarının mümkün olmayacağı hükme alınmıştır.ABD Anayasası 10. maddesi, federe yönetimlerin başka devletlerle uluslararası anlaşmalar yapamaz, başka devletler birlikleri ve konfederasyonlara katılamaz. Ayrıca aynı şekilde ABD Anayasası’nın 6. maddesinde de, sadece konfederasyon ifadesi yer almaktadır.

²⁷⁶ KEFALE, *Federalism and Ethnic Conflict in Ethiopia* , s. 30. BURGESS, Michael, GAGON, Alan, (Ed.), *Federal Democracies* , Routledge, USA-Canada, 2010, s. 3.

²⁷⁷ WHEARE, *Federal Government* , s. 21 vd.

²⁷⁸ WHEARE, *Federal Government* , s. 12 vd, SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe* , s. 8.

²⁷⁹ Bu yönde SWENDEN, *WHEARE’in federal devlet için kriter sadece federal ilkenin egemen olup olmadığı olabilir* şeklinde değerlendirmektedir. SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe* , s. 8.

²⁸⁰ MITRA, SUBRATA K, *The Nation, State and the Federal Process in India* , s. 41.

olmadığını, aynı zamanda, hem federal hem de federe yönetimlerin münhasır yetkilerini kullanabilmelerini sağlayan bağımsız mali kaynaklarının da bulunması gerektiğini vurgulamaktadır.²⁸¹

Anayasal yaklaşımla federal sistemi değerlendiren bu teori, uyuşmazlıkların ortaya çıkması halinde merkezi ve kurucu birimler arasında hakemlik yapabilecek, bağımsız bir yargı organının bulunmasını salık vermektedir.²⁸² Bu hakemlik görevi, ancak bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından yerine getirilebilir.²⁸³ Anayasal yetki paylaşımının dengede kalması, federal ve federe yönetimlerin de belirli bir dengede kalmalarını sağlayacağından, yargının üstlenmiş olduğu bu hakemlik ya da garantörlük yetkisi son derece önemlidir. Yargının hakemlik görevi, özellikle bağımsız ve eşit iki yönetim düzeninin birbirlerine tabi olmamalarını, birbirlerine bağımlı olmamalarını garanti altına almaktadır. Bu yolla, özerk olan özerk, ortak olan ise ortak alanda kalacaktır.

ab. Eleştiriler

Anayasal yaklaşımla federal sistemleri ele alan bu teori, kurumları incelemeye odaklanması nedeniyle, siyasi partilere veya siyasi olmayan süreçlere çok fazla önem vermemiştir.²⁸⁴ Buna karşın, siyaset bilimi teorilerinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan yeni yaklaşımlar, federal sistemlerin başka açılardan da ele alınması gerektiğini vurgulamışlardır.²⁸⁵

Siyaset bilimindeki gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkan yeni kurumsalcı teoriler, federal kurumların çok daha geniş bir tanımını yapma eğilimindedirler. Yeni kurumsalcı federasyon teorileri, daha önceki tanımlamaları eleştirmekte, davranışçıların, yapısalcıların ve rasyonel seçim kuramcılarının geliştirdikleri yöntemleri tamamıyla reddetmemektedirler.²⁸⁶

Bu noktadan hareketle, hukuksal teorinin önemli isimlerinden biri olarak kabul edilen WHEARE'in federal ilkeye ilişkin tanımı, eski dönemlere (1930'lu yılların öncesine) ve bu dönemin koşullarına odaklanması nedeniyle zayıf bir tanım olarak kabul edilmektedir.²⁸⁷ Eleştirilerin önemli bir kısmı, aşırı hukuki yaklaşımdan ve katı-

²⁸¹ WHEARE, **Federal Government** , s. 11-12, 26. Federal sistemi anayasal yaklaşımla ele alan teorisyenlerin başında, karakteristik olarak ifade edilen WHEARE'in, belirli bir ideolojinin savunuculuğunu yapmamak adına federasyon yerine federal devlet, federalizm yerine de federal ilke kavramlarını kullandığı görülmektedir. PINDER, John, *Wheare's Federal Government and Europe Today* , **Essays**, 1996, Number 3, s. 152. İnternet Kaynak:http://www.thefederalist.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=141&Itemid=10&lang=en, Erişim Tarihi: 02/10/2010.

²⁸² WACHENDORFER-SCHMIDT, **Federalism and Political Performance** , içinde, MITRA, *The Nation, State and the Federal Process in India* , s. 41.

²⁸³ KEFALE, **Federalism and Ethnic Conflict in Ethiopia** , s. 31.

²⁸⁴ ERK, Jan, SWENDEN, Wilfried, (Ed.), **New Directions in Federalism Studies** , 2010, Routledge, Canada, s. 6.

²⁸⁵ Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ERK, SWENDEN, (Ed.), **New Directions in Federalism Studies** , s. 5 vd.

²⁸⁶ Hatta Yeni kurumsalcılar teorilerin, rasyonel seçim teorisi yöntemlerini reddetmek yerine, bu teorinin analitik titizliğini kendi çalışmalarına dahil etme eğilimindedir. ERK, SWENDEN, (Ed.), **New Directions in Federalism Studies** , s. 6.

²⁸⁷ Federal ilke, genel ve bölgesel yönetimlerin, her biri kendi alanlarında bağımsız ve eşit olarak yetkilerin paylaşılmasına ilişkin yöntemi anlatmaktadır. WHEARE, **Federal Government** , s. 10.

sınırlı bir tanımlama yapılmasından kaynaklanmaktadır.²⁸⁸ WHEARE'in, federal ilkeyi, özellikle Amerikan deneyiminden hareketle tanımlaması, federal sistemler bakımından sınırlı bir yaklaşım olarak kabul edilmektedir.²⁸⁹ Federal ilkenin baskın biçimde uygulandığı federasyonların, ilkenin baskın olmadığı federasyonlara göre daha güçlü oldukları kabul edilmektedir. Bu yaklaşımı savunanlar, Amerika, İsviçre, Avustralya ve Kanada federasyonlarında federal ilkenin baskın olduğunu, buna karşın Almanya, Avusturya ve Hindistan federasyonlarında bu ilkenin baskın olmadığını ileri sürülmektedirler.²⁹⁰

Burada, Hindistan federasyonunda, en azından anayasal anlamda, önemli federalizm unsurlarının bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu noktadan hareketle, Hindistan'da federal ilkenin zayıflığına ilişkin tespit, öncelikle federasyonun asimetrik federalizm özelliğiyle bağdaşmamaktadır.²⁹¹ Asimetrik federalizm, siyasi bir topluluk içerisinde çeşitli kurucu birimlerin tamamının aynı biçimde ele alınmasını engellemektedir. Bu tür bir federalizm anlayışı içerisinde, bazı kurucu birimlerin ayrı ve özel bir statüde ele alınması gerekmektedir.²⁹²

Bu çerçevede, Hindistan'da federal ilkenin zayıflığı kabul edilecekse, aynı kategoriye Kanada federasyonunun da eklenmesi gerekmektedir. Zira asimetrik federalizm, Kanada federasyonunda da tipik bir özellik olarak görülmektedir.²⁹³ Bu bakımdan, teorinin savunduğu eşit ve bağımsız iki yönetim düzeni anlayışı, asimetrik federalizmle bağdaşmamaktadır. Kanada veya Hindistan'da, asimetrik yetki paylaşımı gereği, federe yönetimlerin kendi aralarında da eşit birer yönetim düzeni bulunmamaktadır. Nitekim hukuksal teorinin önemli isimlerinden DUCHACEK, asimetrik federal sistem örneklerinin, federal içi hegemonya ve infilaka yol açabileceğini ileri sürmektedir.²⁹⁴

Söz konusu federal sistemlerdeki asimetrik özellikler, çeşitlilikleri bir arada tutabilmeyi amaçlamaktadır. Bu anlamda, federe yönetimlerin kendi aralarında eşit olabilmeleri bakımından sakıncası olabileceği ileri sürülebilirse de, asimetrinin en önemli özelliği federalizm anlayışına uygun olmasıdır. Diğer federe yönetimlerle aralarında belirgin dil, din, ekonomik veya kültürel farklılıkları olan federe

²⁸⁸ BURGESS, *Comparative Federalism* , s. 3.

²⁸⁹ WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s* , s. 7-15.

²⁹⁰ WHEARE, *Federal Government* , s. 24 vd.

²⁹¹ Hindistan Anayasası'nda, Jammu ve Kashmir federe yönetimi ile kuzey-doğudaki egemen devletler bakımından bazı asimetrik özellikler kabul edilmektedir. Ne var ki, söz konusu asimetrik özellikler, Hindistan'ı bir arada tutma yeteneği bakımından merkezi bir öneme sahip değildir. Aynı zamanda asimetrik federalizm fikri etrafında Kanada ve İspanya'da gelişen siyaset felsefesi ile kültürel azınlıkların hakları için özel bir koruma gerektirmesi Hindistan'da özel olarak gelişmemiştir. Dolayısıyla, Hindistan federal sistemindeki asimetrik federalizm özelliği, tam anlamıyla federalizmin çeşitlilikleri koruma yönü amacına ulaşmasa da, asimetrik federalizm özelliğinin anayasal anlamda var olduğu belirtilebilir. TILLIN, Louise, *United in Diversity? Asymmetry in Indian Federalism* , *Publius: The Journal of Federalism*, Volume 37, Number 1, 2006, s. 62.

²⁹² LAFOREST, Guy, *The Historical and Legal Origins of Asymmetrical Federalism In Canada's Founding Debates: A Brief Interpretive Note* , Queen's University *IIGR, School of Policy Studies Asymmetry Series*, 2005, s.1.

²⁹³ LAFOREST, *The Historical and Legal Origins of Asymmetrical Federalism In Canada's Founding Debates: A Brief Interpretive Note* , s. 3.

²⁹⁴ DUCHACEK, *Comparative Federalism* , s. 277-278.

yönetimlerin ihtiyaçlarının da farklı olacağı açıktır. Bu nedenle, federal sistemde ayrılmaya yol açmadan istikrarın sağlanabilmesi, söz konusu farklılıklara bir takım ayrıcalıkların tanınmasını gerektirebilir. Nitekim, özellikle sosyolojik yaklaşımlara göre, bu tip durumlarda asimetrik federalizm, federasyonun önemli unsurlarından biridir.²⁹⁵

Federal bir sistemde, federal ilkenin ya da federalizmin oranının tespiti yapılırken, her yetki alanında benimsenen yerinden yönetim derecelerini (*decentralize*) veya yerellik (*subsidiarity*) unsurlarını da değerlendirmek gerekmektedir. Söz konusu unsurlar, sistemin çeşitlilik unsuruna olan vurgusunu ortaya koymaya yöneliktir. Teoride federal ilkenin zayıf olduğu ileri sürülen federasyonların, bazı alanlarda, diğer federal sistemlere göre daha yerinden yönetimci oldukları görülmektedir. Örneğin hukuksal yaklaşım, federal sistemlerde yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yargı organının varlığını kurucu bir unsur olarak ele almaktadır. Bu unsurun oluşumunda, örneğin Alman federasyonunda, Amerikan ya da Avustralya federasyonlarına oranla daha yerinden yönetimci bir sistemin tercih edildiği görülmektedir.²⁹⁶ Dolayısıyla, federal ilkenin zayıf olduğu sistemler belirlenirken, sınırlı bir alanın ölçüt olarak kabul edilmemesi gerekir. Nitekim, federasyonu hukuksal yaklaşımla ele alan teoriler, ölçütlerinin sınırlı olmasından hareketle eleştirilmektedirler.²⁹⁷

Hukuksal yaklaşımların bu sınırlılığı, coğrafi temelli federasyonlar dışındaki federasyon türlerinde de ortaya çıkmaktadır.²⁹⁸ Hukuksal yaklaşımlar, coğrafi temelli federasyonlara odaklanmaktadır.²⁹⁹ Başta WHEARE ve DUCHACEK olmak üzere, hukuksal temelli yaklaşımlardan hareket eden teorisyenler, federasyonun kurucu birimlerini yalnızca bölgesel bazda tanımlamışlardır.³⁰⁰ Oysa böyle bir yaklaşım, Bosna veya Belçika gibi fonksiyonel federalizm örneklerini kaçınılmaz olarak dışlamaktadır. Dolayısıyla hukuksal yaklaşımlar bu açıdan da sınırlıdır ve tüm federasyonları açıklamak bakımından yetersizdir.

“*Federasyon evrensel bir tedavi*” olarak kabul edilemese de,³⁰¹ özellikle günümüzün çok katmanlı, etnik ve kültürel farklılıkları olan toplulukları bakımından, çeşitliliklerin bir arada yaşayabilmelerinin en demokratik yolu olarak kabul

²⁹⁵ TARLTON, Charles D, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, **The Journal of Politics**, Vol. 27, No. 4, 1965, s. 869.

²⁹⁶ Almanya’da yetki uyuşmazlıklarını çözmekle görevli Alman Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısı federal yönetim, diğer yarısı ise, federe yönetimlerce seçilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Yüksek Mahkemelerin örgütlenmesi başlığına bakılabilir.

²⁹⁷ WACHENDORFER-SCHMIDT, **Federalism and Political Performance**, s. 3.

²⁹⁸ UYGUN, yersellik ögesini, federasyonun temel unsuru olarak kabul eden yazarları, Duchacek, Livingston ve Friedrich olduğunu belirtmektedir. UYGUN, **Federal Devlet**, s. 207.

²⁹⁹ WHEARE, **Federal Government**, s. 12 vd. DUCHACEK, **Comparative Federalism**, s. 185. DUCHACEK, Ivo D, *Consoational Cradle of Federalism*, **Publius**, Vol. 15, No. 2, Federalism and Consoationalism: A Symposium, Spring 1985, s. 40-42,

³⁰⁰ WHEARE, **Federal Government**, s. 11 vd, SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 8.

³⁰¹ BURGESS’a göre bu bağlamda federasyon, *insan doğasındaki her türlü uyuşmazlığı çözebilecek bir sistemi bulunmadığı gibi, tersine sadece bazı çatışmalara belirli zamanlarda ve belirli koşullarla uygulanabilir* bir sistemdir ve bu yüzden, federasyonların, göreceli, şarta ve koşullara bağlı bir sistem olduğuna katılmak gerekmektedir. Genellikle federal sistemlerin, çözümü olmadan temel alınan bir yol ya da yöntem sağladığı da ileri sürülmektedir. BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 3-7.

görmektedir.³⁰² Federal sistemin, çok katmanlı toplumlar bakımından azınlık haklarının daha çok korunabileceği bir demokratik ortam yaratması kuvvetli bir ihtimaldir fakat burada, yalnızca hukuksal yaklaşımdan hareketle federasyonun nasıl oluştuğuna değil, aynı zamanda nasıl işlediğine de bakmak gerekir.

Diğer taraftan federal sistemlerde, yönetim düzenleri arasında paylaşılan yasama yetkilerinin kapsamının ve derecelerinin farklılık göstermesi de hukuksal yaklaşımların eksikliğini göstermektedir. Nitekim hukuksal yaklaşımla ortaya atılan ikili federalizm anlayışı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan kesin yetki paylaşımları, her federal sistemde karakteristik unsurlar değildir. Yetki paylaşımı kataloglarında her iki yönetim düzeninin işbirliğini gerekli kılan mekanizmalar, teorinin ikili federalizm anlayışıyla uyuşmamaktadır. Yetkilerin aynı zamanda yatay olarak da paylaşıldığı sistemlerde, özellikle yönetim düzenlerinin işbirliği içerisinde olmaları amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, egemenliğin paylaşıldığı bir sistem olarak ifade edilen işbirliği federalizmi, (*co-operative federalism*) anayasal yaklaşımda ileri sürülen ikili federalizmin (*dual federalism*) kapsamı dışında kalmaktadır.³⁰³ İşbirliği federalizmini benimseyen federal sistemlerde, ortaklaşa yetki alanlarının işbirliği mekanizmalarını gerektirdiği görülmektedir. Hukuksal yaklaşımda ise, ortaklaşa yetki alanları açık yetki paylaşımı bakımından bir engel teşkil etmektedir.³⁰⁴

Bu tür esnek yetki paylaşımı modelleri, yasama yetkilerinin eşit ve bağımsız iki yönetim düzeni arasında kesin bir şekilde paylaştırıldığı sistemlerle bağdaşmamaktadır.³⁰⁵ Bunun başlıca sebebi, bu modellerde, iki yönetim düzeni arasında işbirliği yapılması sağlanarak, yetki paylaşımındaki kesinliğin, yasama ve yürütme yetkilerinin paylaşılmasıyla aşındırılmasıdır.

Federasyona ilişkin hukuksal ve anayasal teorilerde baz alınan ikili federalizm anlayışı Amerikan federasyonun ilk tasarımına kadar olan sürece odaklanmaktadır.³⁰⁶ Oysa daha sonraki yıllarda federalizm anlayışı değişmiş, işbirliğine dayalı, zorlayıcı veya düzenleyici federalizme dönüşmüştür.³⁰⁷ Bu dönüşümle birlikte, federasyonların işleyişinde, münhasır yetkiler bakımından dahi işbirliğinin gündeme geldiği

³⁰² LIJPHART, *Çağdaş Demokrasiler* , s. 41.

³⁰³ İşbirliği federalizminde, yetki kataloglarında ağırlıklı olarak hem ortaklaşa yetkiler listesinin hem de yasama-yürütme yetkilerinin paylaşıldığı görülmektedir. Burada, yasama yetkisini federal yönetime verilerek, söz konusu yasaların yürütülmesi konusunda federe yönetimlere verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için ileride esnek yetki paylaşımı modelleri konusuna bakılabilir. SKOUTARIS, *From Dual to Cooperative Federalism* , s. 325.

³⁰⁴ DUCHACEK, *Comparative Federalism* , s. 258, 269-272.

³⁰⁵ Yetki paylaşımı kataloglarında, bu tür ortaklaşa yetki listelerinin benimsenerek, iki yönetim düzeni arasında işbirliği mekanizmasını ön plana çıkaran modeller, esnek yetki paylaşımına örnek teşkil etmektedirler. WHEARE, *Federal Government* , s. 24-29, SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe* , s. 8.

³⁰⁶ Bu yönde SHAPIROV, Amerika'da ikili federalizm anlayışının kabaca 1890-1936 arasında var olduğunu ifade etmektedir. SCHAPIRO, Robert A, *Polyphonic Federalism: Toward the Protection of Fundamental Rights* , The University of Chicago Press, Chicago and London, 2009, s.33, 37.

³⁰⁷ SCHAPIRO, *Polyphonic Federalism: Toward the Protection of Fundamental Rights* , s.33, 37.

görülmüştür ki bu durumu hukuksal ve anayasal yaklaşımlarla açıklamak mümkün değildir.³⁰⁸

Kısacası, hukuksal ve anayasal yaklaşımlarda ifade edilen ikili egemenlik anlayışı, iç içe giren hukuk düzenlerini ve sistemin doğası gereği ortaya çıkan uyuşmazlıkları açıklamak bakımından sınırlı kalmaktadır.³⁰⁹ Hukuksal ve anayasal teoriler, sistemin “ideal” versiyonunu tanımlamaya odaklanarak, federasyonları diğer devlet türlerinden ayıran özellikleri ortaya koymak açısından önemli bir işlev görmüşlerdir. Ancak bu yaklaşımların, federasyonun işleyişini açıklamak bakımından yeterli argümanları ortaya koyamadıkları açıktır.³¹⁰

Federasyonu hukuksal yaklaşımla ele alan çalışmalar, üst üste geçen, çakışan hukukların varlığından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm aracı olarak kabul edilen federal hukukun üstünlüğü ilkesinden ziyade, federasyonu kuran anayasanın üstünlüğü ilkesinin altını çizmektedirler. Bunun en önemli sebebi, federal sistemin anayasa temelinde tanımlanması ve hukuksal yaklaşımın ortaklaşa yetkiler listelerini sakıncalı bulmasıdır.³¹¹

Hukuksal yaklaşımla federasyonu ele alan teorilerin federasyonları sadece kurumsal ve hukuki açılardan ele alması eleştirilse de, bu teorilerin federal sistemlerin anayasalarla bağını açıklamak açısından son derece önemli bir işlev gördüğü unutulmamalıdır.³¹² Bu sayede, diğer devlet türlerinin ve karma yapıli devlet topluluk ve birliklerinin federal sistemlerden ayrılması sağlanmıştır. Bu bakımdan, teoride federasyon anayasalarına yapılan vurgunun, federal sistemin ilkelerini ortaya koyması bakımından önemli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Hukuksal ya da anayasal teorinin zayıf yönü, federasyonların işleyişini açıklamak konusunda yetersiz kalmasıdır. Bu teori, yetki paylaşımının anayasal boyutuna yoğunlaşması nedeniyle, sistemin gerçek işleyişini etkileyen diğer önemli özellikleri görmezden gelmiştir.³¹³

Federasyonlarla ilgili çalışmalarda hemfikir olunan noktalardan biri, her yerde uygulanabilir tek bir federasyon örneğinin bulunmamasıdır. Federasyonların çeşitliliğini ve bu çeşitliğin artmakta olduğunu işaret eden yazarlar, bu çeşitliliğin, “sosyal ve ekonomik yapılarında, federe yönetimlerin sayılarında ve asimetrik veya simetrik yapılanma derecelerinde, anayasal statülerinde ve kaynaklarında, yasama, yürütme ve gider sorumluluklarının dağıtılmasında, vergi gücünün ve kaynaklarının

³⁰⁸ Bu tür uygulamalar, düzenleyici ya da zorlayıcı federalizm türü olarak değerlendirilmektedir. MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J, (Ed.), **Federal Nation: Perspectives on American Federalism** , Palgrave Macmillan, USA, 2008, s. 13.

³⁰⁹ KEFALE, **Federalism and Ethnic Conflict in Ethiopia** , s. 31.

³¹⁰ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 2.

³¹¹ DICEY, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution** , s. 140.

³¹² WHERAE’in federal devlet ilkesini, Amerikan federasyonu üzerinden tanımlaması ve aşırı yasal ve kurumsal yaklaşımının, daha sonra siyasi sistemlere ilişkin literatürün daha nicel ve kavramsal çalışmalara doğru kaydığı ve federalizm ile federasyon kavramlarının da bu dönüşümden etkilendiği ifade edilmektedir. BURGESS, **Comparative Federalism** , s. 27-28.

³¹³ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 2.

dağıtılmasında, federal yönetim kurumlarının karakterleri ve federal politikaya bölgesel yönetimlerin katkı derecelerinde, birbirine bağlı yönetimler arasında ortaya çıkan çatışmaları çözme ve işbirliği sağlama yöntemlerinde, yasal veya yasal olmayan adaptasyon ve değişiklik işlemlerinde³¹⁴ ortaya çıkabildiğini belirtmektedirler.

Yalnızca çeşitliliğe ve bu çeşitliliğin ortaya çıktığı kurum veya aktörlere bakıldığında dahi, federasyonlara ilişkin çalışmaların salt kurumlar çerçevesinde ya da kurumsalcı bir yaklaşımla analiz edilemeyeceği görülmektedir. Kurumsalcı bir yöntem, çalışmayı normatif düzenlemelere ilişkin bir analizle sınırlandırır. Böyle bir yaklaşım, federal yönetim kurumlarının karakterlerini ve federal politikaya bölgesel yönetimlerin katkı derecelerini, birbirine bağlı yönetimler arasında ortaya çıkan çatışmaları çözme ve işbirliği sağlama yöntemlerini, hukuksal veya hukuksal olmayan adaptasyon ve değişiklik işlemlerinde ne gibi tercihlerin ortaya çıktığını tespit etmekte yetersiz ve hatta cevapsız kalabilecektir. Özellikle yüksek mahkemelerin hakemlik rolüne ve federasyonlarda federalizmi yorumlama biçimlerine ilişkin bir çalışmada, kurumların zaman zaman hukuksal yetkilerini de aşarak yaptıkları değerlendirmeleri yalnızca kurumsalcı yaklaşımla açıklamak, mümkün olmayacaktır.³¹⁵

ii. Federasyona İlişkin Sosyolojik Teoriler

Bu teorileri savunanlar, federal sistemin, etkin işbirliği içerisinde belirli bir ortaklık için taahhütte bulunan bireylerin ve kurumların, kendi bütünlüklerini koruma altına aldıkları, siyasi ve aynı zamanda sosyal davranışların özel bir biçimi olduğunu ileri sürmektedirler.³¹⁶

Federal sistemlere ilişkin sosyolojik teoriler, federasyonların oluşumunu, hukuksal değil, toplumsal bir yaklaşımla ele almaktadırlar. Bu teorileri savunanlar, kendilerinden önceki çalışmaları, “*federasyon anayasası çalışmaları*” olarak kabul etmektedirler.³¹⁷

aa. Temel Prensipler

Sosyal bilimlerde ortaya çıkan davranışçı tutumların etkisiyle, federasyonlarda yaşanan sorunların sadece hukuki boyutu olmadığı, bu tür devletlerde, ekonomik, sosyal, siyasi ve kültürel sorunlar da yaşandığı tespit edilerek, hukuksal ve anayasal yaklaşımların bu sorunları açıklamadaki yetersizliği ortaya konulmuştur.³¹⁸

Sosyolojik yaklaşımlar, federal sistemi, kuvvetlerin sadece yatay olarak değil, dikey olarak da ayrıldığı, çeşitlilik arz eden siyasi bir sistem olarak kabul etmektedirler. Bu sistem içerisinde, kültürel ya da etnik grupların ve/veya sosyo-ekonomik birimlerin kendi sınırlı yönetim yapıları içerisinde yaşayabilmelerini sağlamak için yetki paylaşımı

³¹⁴ UYGUN, *Federal Devlet*, s. 18.

³¹⁵ Çalışmada kavram birliği açısından Yüksek Mahkeme ya da Anayasa Mahkemeleri ifadeleri yerine, federal sistemde yetki uyumsuzluklarının çözümünde yetkili olan bu nihai yargı organlarını, yüksek mahkemeler şeklinde belirtilecektir. Burada sadece Almanya ve Avusturya Anayasa Mahkemelerine ilişkin konularda, ayrıca anayasa mahkemesi ifadesi kullanılacaktır.

³¹⁶ ELAZAR, *Federalism: An Overview*, s. 2.

³¹⁷ LIVINGSTON, William S, *A Note on the Nature of Federalism*, *Political Science Quarterly*, Vol. 67, No. 1, 1952, s. 82.

³¹⁸ LIVINGSTON, *A Note on the Nature of Federalism*, s. 84.

usulleri öngörülmiştir.³¹⁹ Dolayısıyla federasyonlarda, sosyolojik çeşitliliğin hukuksal alana yansımaları sağlanmaktadır.

Sosyolojik yaklaşımlar, “*federalizmin özünün, kurumsal ya da anayasal yapı içerisinde değil, toplumun kendisinde olduğunu*” ileri sürmektedirler.³²⁰ Sosyolojik teorinin genel özelliklerinden biri, federal sistemi, yetkilerin paylaşıldığı bir sistem olarak değil, bir süreç olarak kabul etmesidir.³²¹ Federal sistemin oluşumunu anlamak için, öncelikle toplumu öğrenmek gerekmektedir.³²² Teoride bu amaçla geliştirilen önemli kavramlarından biri “federal toplum”dur.³²³ Teorinin başlıca inceleme alanı, sosyal çeşitlilik ile federalizm arasındaki ilişkilerin analiz edilmesidir.³²⁴

Federal teorilerin sosyolojik boyutunu ön plana çıkaran PROUDHON’a göre, güçlü siyasi boyutun yanı sıra federal teori, sosyal boyutun da dahil edildiği geniş bir perspektiften ele alınmalıdır.³²⁵ PROUDHON, federal sistemin sosyal ve ekonomik çeşitliliğe neden olmadığını, tam tersine, bu çeşitliliklerin federal siyasi kurumların oluşumunun sebebi olduğunu ileri sürmektedir.³²⁶

Teoriye göre, federal sistemlerin gerçek formunu, ülkenin politik gerçekliği ve sosyal çeşitliliği oluşturmaktadır.³²⁷ Federal sisteme ilişkin hukuksal açıklamalar, sistemin gerçek işleyişini tanımlayabilmek ve kurumsal ilişkilerin birbirleriyle olan ilişkilerini tespit edebilmek bakımından yeterli olmayabilir. Nitekim, anayasalarında federasyon olduğu belirlenen birçok devletin, işleyiş bakımından üniter devletlerden ayırt edilmesi kolay değildir. O nedenledir ki, bazı federasyonlar oldukça ademi-i merkeziyetçi (*noncentralize*) iken, bazıları oldukça merkeziyetçidir.³²⁸

Sosyolojik yaklaşımın önemli savunucularından biri olan LIVINGSTON, federasyonlara ilişkin teorilerin, resmi kurumlar yerine, toplumsal faktörlere odaklanmaları gerektiğini ileri sürmektedir.³²⁹ Yazar, bu düşünceden hareketle, hukuksal ve anayasal teorilerin karşısına “federal toplum” kavramını koymaktadır.

319 GERVEN, Walter Van, *Federalism in the US and Europe*, Vienna Online Journal on International Constitutional Law, www.icl-journal.com, Vol. 1, Number: 1/2007, s. 3.

320 LIVINGSTON, A Note on the Nature of Federalism, s. 84-85.

321 AUCLAIR, Céline, *Federalism: Its Principles, Flexibility and Limitations*, Forum of Federations, 2nd International Conference on Decentralization, Manila, Philippines, July 25, 2002, İnternet Kaynak: <http://www.forumfed.org/libdocs/IntConfDecent02/128-ICD20702-int-auclair.pdf>, Erişim Tarihi: 10-01-2011.

322 SMITH, *Federalism*, s. 25.

323 FILIPPOV, ORDESHOOK, SHVETSOVA, *Designing Federalism*, s. 9.

324 Bu bağlamda örneğin, federe yönetimler arasındaki sosyo-ekonomik farklılıklar, federal sistemin işleyişini etkilediği kabul edilir. ERK, *Explaining Federalism*, s. 4.

325 ELAZAR, *Federalism: An Overview*, s.2, PROUDHON, federalleşmiş bir toplumun vizyonu bakımından şu ilkeleri ifade etmektedir. Bunlar; temel düzeyde, 1) özerklik; ikinci düzeyde, 2) Rekabetçi işbirliği; üçüncü düzeyde, 3) yerellik; ve son olarak önceki düzeyleri tamamlayan ve aynı zamanda onları aşan (4) katılım ilkesidir. Bu ilkelerin federalleşmiş bir ekonomide var olacağı, buna bağlı olarak ortaya çıkarılan federal sosyalizm kavramının da merkeziyetçilik yerinde, yerinden yöneticiliği daha fazla desteklediği ileri sürülmektedir. MARC, Alexandre, *New and Old Federalism: Faithful to the Origins*, Publius, Vol. 9, No. 4, Federalism as Grand Design (Autumn, 1979), s. 118, 125.

326 Proudhon’un bu görüşlerinin, özellikle federalizmi ekonomi politik yaklaşımla ele alan yazarlarca ele alındığı ifade edilmektedir. Federalizmi ekonomi politik yaklaşımla ele alan bu teorisyenlerin, temelde federal sistemin değişik düzenlerinin, farklı endüstriyel çıkarlarının bulunduğu ve bu farklı endüstriyel çıkarların federalizmin işleyişini şekillendirdiğini (merkeziyeleştirdiği veya periferikleştirdiği) ileri sürmektedirler. ERK, *Explaining Federalism*, s. 4, 96.

327 AUCLAIR, *Federalism: Its Principles, Flexibility and Limitations*.

328 AUCLAIR, *Federalism: Its Principles, Flexibility and Limitations*.

329 ERK, *Explaining Federalism*, s. 4.

Yazara göre, federalizm temel doğası, hukuksal ve anayasal terminolojinin gölgeleri içinde aranamaz; bu doğayı kavrayabilmek için, kültürel, politik, sosyal, ekonomik unsurlar gibi, federalizmin dış formlarına bakmak gerekir.³³⁰

Federasyona ilişkin sosyolojik yaklaşımları savunanlar, federasyonların tarihin bir kazası olduğuna ilişkin görüşlere katılmamaktadırlar. Onlara göre federasyonlar, federal sistemler ve federal anayasalar, siyasi organizasyon problemlerine çözüm olarak ortaya çıkmışlardır. Bu bağlamda federasyon, bir takım uyarılara çözüm olarak ortaya çıkmış bilinçli bir araçtır.³³¹ Dolayısıyla sosyolojik yaklaşımları savunanlar, ileride değinilecek olan federasyona ilişkin siyasi yaklaşımların federasyonun bir pazarlık süreci olduğuna ilişkin değerlendirmelerini de kabul etmemektedirler. Sosyolojik yaklaşımlara göre federal sistemler, toplumsal çeşitliliğin sonucu, bir tür gereklilik ve bilinçli bir tercihtir.

Federalizmin kökeninin toplumun kendi içerisinde bulunduğu görüşü, federal yönetimi, “*toplumun federal niteliklerini açıkça ifade eden ve koruyan bir araç*”³³² olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla, bu görüşe göre, federal ilke federasyon ve onun hukuksal çerçevesi oluşturulmadan önce vardır ve federal sistem, toplumun federal niteliklerini korumak amacıyla üretilmiştir. Teoride “federal”, vatandaşlar ya da gruplar arasındaki ilişkileri tanımlayan, tarafların bütünleşmesini ve özerkliklerinin karşılıklı olarak korunmasını ifade eden bir kavramdır.³³³

Federal toplum, bölgesel çeşitlilikleri bünyesinde barındıran bir toplumdur.³³⁴ Sosyolojik yaklaşımda, federal sistemin kurulmasının nedeni, federal bir toplumun varlığıdır.³³⁵ Örneğin İsviçre ve Kanada’da federalizm, farklı etnik toplulukların özerklikleri ile birlikleri arasında aracılık edebilecek bir yapı oluşturmak için ortaya çıkmıştır.³³⁶

Sosyolojik teoride, din, coğrafya ve ekonomi gibi faktörlerin, bölgelerdeki etno-dilsel farklılıkları pekiştirdiği, fakat toplumda temel olan unsurun etno-dilsel desenler olduğu belirtilmektedir.³³⁷

Sosyolojik teorinin LIVINGSTON dışındaki savunucuları, federal toplum kavramı yerine, “federal ulus” kavramını kullanmaktadırlar. Bu yaklaşıma göre, bireyler ve

³³⁰ LIVINGSTON, *A Note on the Nature of Federalism* , s. 83-84.

³³¹ LIVINGSTON, William S, *A Note on the Nature of Federalism* , s. 83.

³³² GREER, Scott L, **Territory, Democracy and Justice Regionalism and Federalism in Western Democracies** içinde, BANTING, Keith G, *Social Citizenship and Federalism: Is a Federal Welfare State a Contradiction in Terms?* , s. 44. THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 3, LIVINGSTON, *A Note on the Nature of Federalism* , s. 84.

³³³ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 3.

³³⁴ LIVINGSTON, *A Note on the Nature of Federalism* , s. 84 vd.

³³⁵ ERK, Jan, *Review: Does Federalism Really Matter?* , **Comparative Politics**, Published by: Ph.D. Program in Political Science of the City University of New York, Vol. 39, No. 1 (Oct, 2006), s. 111.

³³⁶ LIVINGSTON, *A Note on the Nature of Federalism* , s. 59.

³³⁷ STEIN, Michael B, *Federal Political Systems and Federal Societies* , **World Politics**, Volume 20, Issue 04, July 1968, s. 723.

kimlikler arasında farklılıklar bulunan ve bu farklılıkların bölge bazlı uyuşmazlıklar çıkmasına yol açtığı durumlarda federal bir ulusun varlığı söz konusudur.³³⁸

Sosyolojik yaklaşımları savunanlar, federal sistemlerin simetrik ve asimetrik yapılanmalarına ayrı bir önem vermektedirler. Özellikle asimetrik federal sistemlerde bölgesel çeşitliliğin ön planda olduğu düşünülürse, sosyolojik yaklaşımın bu tip federasyonlara özel bir önem atfetmesi anlaşılabilir. TARLTON, asimetrik bir federal sistemde, siyasi kurumların tabanlarının, gerçek sosyal federalizme karşılık geldiğini belirtmektedir. Simetrik federalizmde ise, federal sınır çizgilerinin temel sosyal yapıdan bağımsız olarak çizildiği bir siyasi düzen söz konusudur.³³⁹ Bu tanımdan hareketle geliştirilen sosyal federalizm kavramı, ekonomik, etnik ve dinsel farklılıkların siyasi sınırlarla uyum gösterdiği toplumları ifade etmektedir.³⁴⁰ Yapısal federalizm ise, toplumun oluşumuna ve özelliklerine bakılmaksızın tasarlanmış bir federal kurumsal yapıyı tanımlamaktadır.³⁴¹

ab. Eleştiriler

Sosyolojik teorilere yöneltilen ilk eleştiri, “federal toplum” kavramıyla ilgilidir. Sosyolojik teori, federal toplumların bölgesel çeşitlilik arz ettiğini belirtmişse de, söz konusu çeşitliliğin neleri kapsadığı ve bir toplumun federal olmasının ya da olmamasının ne anlama geldiği konusunda yeterince açıklayıcı değildir.³⁴² Bu eleştiriye karşılayabilmek için STEIN, “federal toplum” kavramı, yersel olarak belirli bir bölgede yaşan toplulukların, dil, din, etnik köken, ya da tarihsel gelenekleri bakımından açıkça ayırt edilebilen farklılıkları bulunmasıdır.³⁴³ Bu tür toplumlarda, “*din, coğrafya ve iktisat gibi faktörlerin, yersel etno-dinsel farklılıkları güçlendirdiği, ancak etno-linguistik desenlerin, toplumun temelini*”³⁴⁴ oluşturmaktadır.

Bununla birlikte bu tanım da eleştirilmiş ve kavramın hem çok-dilli (*multi-lingual*) hem de çok-etnili (*poly-ethnic*) toplumlar için kullanılması halinde daha yararlı olacağı ileri sürülmüştür.³⁴⁵

Sosyolojik teoriler, federal sistemlerin oluşumunu ve işleyişini açıklamak konusunda önemli katkılar yapmışlar ve hukuksal ve anayasal teorilerin görmezden geldiği “çeşitlilik” unsurunu ön plana çıkarmışlardır. Bu nedenle bu teoriler, toplumsal çeşitlilik boyutunun göz ardı edilmesine ve federasyonun kaynağı olan federalizm ilkesinin ortadan kaldırılmasına bir tepki olarak kabul edilmektedirler.

³³⁸ ERK, **Explaining Federalism**, s. 5 vd.

³³⁹ Yazar simetrik federal sistemleri, bir bütün olarak tüm federe yönetimler düzeyinde sistem içerisindeki ilişkilerin müştereklik ve uyumluluk derecelerinin yoğun olması bakımından değerlendirmektedir. TARLTON, Charles D. *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, **The Journal of Politics**, Vol. 27, No. 4 (Nov, 1965), s. 861,869.

³⁴⁰ BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 42.

³⁴¹ ERK, **Explaining Federalism**, s. 5 vd.

³⁴² STEIN, Michael B., *Review: Federal Political Systems and Federal Societies*, **World Politics**, Vol. 20, No. 4, 1968, s. 728 vd. ERK, **Explaining Federalism**, s. 5.

³⁴³ STEIN, *Review: Federal Political Systems and Federal Societies*, s. 730 vd. ERK, **Explaining Federalism**, s. 4.

³⁴⁴ ERK, **Explaining Federalism**, s. 5.

³⁴⁵ KEFALE, **Federalism and Ethnic Conflict in Ethiopia**, s. 32.

İdeolojik bir kavram olarak federalizmin en önemli kalıplarının söz konusu teoriyle ele alındığı görülmektedir. Federal olma, kültürel bir mesele, sosyolojik bir olgudur. Hukuken federal olarak tanımlanmayan bir sistemde de federal bir toplum var olabilir. Sosyolojik yaklaşım, “federal” kavramını, bir toplumsal örgütlenme modelini ve siyasal kültürün bir türünü ifade etmek için kullanmaktadır.

THORLAKSON, bu yaklaşımda federal teriminin; “*genellikle bir devlette vatandaşlar ya da grupların karşılıklı olarak özerkliğini ve bütünlüğünü koruduğu ilişkilerin bir tarzını*”³⁴⁶ ifade etmek için geniş anlamda kullanıldığını belirtmektedir. Sosyolojik yaklaşım, federasyonu en geniş tanımı ile ele almaktadır çünkü sosyolojik federalizm yaklaşımı, sadece siyasi ya da devletsel ilişkileri ele almamakta, toplumda var olan her türlü ilişkiyi vurgulamaktadır. Sosyolojik yaklaşımlar, ayrıca, otantik-asıl federasyonların federal siyasi bir kültüre sahip oldukları ve bunun da, federal bir toplumu gerektirdiği varsayımına dayanmaktadırlar.³⁴⁷

Sosyolojik yaklaşımda, federalizmin yeniden yüzeye çıkmasının özellikle toplumsal bir boyutunun olduğu ve günümüz haklar öğretisi bakımından önemle üzerinde durulan azınlık haklarının korunması anlamında tekrar canlandığı belirtilir. Federalizmde, basit bir çoğunluk ya da azınlık bulunmamakta, çoğunluklar belirli grup yığınlarından meydana gelmektedir. Bu nedenle, azınlık haklarının doğal sonucu olarak kabul edilen federalizm, yalnızca yapay basit çoğunluklar yaratmak yerine azınlıkların kendi kendilerini koruma olanağını yaratmakla kalmaz, aynı zamanda onları bir araya gelmeye de zorlar.³⁴⁸

Federalizmin en geniş anlamda ele alınmasının bir sonucu da, teorinin analitik değerinin sınırlanmasıdır.³⁴⁹ Federalizm, basit bir şekilde, özerkliğin ve paylaşılan ortak bir kuralın bileşeni olarak görülürse, İskandinav ülkelerinin çoğunun federal olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim, öğretilerde sosyolojik teoriden etkilenen bir çok yazar, mevcut sistemlerin çoğunu federal sistem olarak nitelermektedir.³⁵⁰ Bu durumda, İspanya, İtalya ve 1993 yılından önceki Belçika örnekleri birer federal sistem olarak değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Ancak, federasyonun sınırlarını belirsiz hale getiren böyle bir yaklaşımdan uzak durmak için, hukuksal yaklaşımın sistemin tanımlanması bakımından zorunlu bir teori olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Sosyolojik yaklaşım, aynı zamanda, federasyonu siyasi ve ideolojik yaklaşımlarla ele alan katı yapısalcı yaklaşımları da eleştirmektedirler. Bu noktada sosyolojik yaklaşım, siyasi ve hukuksal yaklaşımları dengelemeye çalışan bir ara formül gibi işlev

³⁴⁶ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 4.

³⁴⁷ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 4-5.

³⁴⁸ ELAZAR, *Exploring Federalism* , s. 2-5.

³⁴⁹ Bu geniş tanımlamanın doğal sonucu, hukuksal olarak federal sistem şeklinde tanımlanmayan sistemlerinde, federasyon olarak kabul edilmesidir. THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 3.

³⁵⁰ Bazı ifadeler için bkz. SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe* , s. 5-6.

görmektedir. Bu yaklaşım, federasyonların, toplumsal çeşitliğin bir gereği olarak kabul edilmesine ve hukuksal olarak federasyon olarak tanımlanmamasına karşın federal ilkeler üzerine bina edilen sistemlerin federasyon olarak kabul edilmesine yol açmaktadır.

Hukuksal yaklaşım, anayasal yetki paylaşımını federasyonun kurucu unsuru olarak ön plana çıkarırken, sosyolojik yaklaşım, federal sistemleri toplumsal çeşitlilik üzerinden açıklamaktadır. Bu bağlamda, örneğin 1993 yılından önceki Belçika, sosyolojik yaklaşım çerçevesinde federal bir sistem olarak değerlendirilebilirken, hukuksal anlamda bir federasyon değildir. Çünkü bu dönemde, bu ülkede bir “federal toplum” bulunmasına karşın federasyonu kuran bir anayasa yoktur. Bu örnek, hem kurumsalcı ya da yeni kurumsalcı yaklaşımların tek başına yeterli olamayacağını, hem de federasyon ve federalizm kavramlarının farklı anlamlara geldiğini bir kez daha göstermektedir. Bu teorik karmaşanın giderilmesini hedefleyen kimi yazarların, hukuksal (*de jure*) ve fiili (*de facto*) kavramlarını kullanmayı yeğledikleri görülmektedir. Böylelikle, federasyon teorilerine girilmeden, federal oluşumların değerlendirilmesi sağlanmaktadır.³⁵¹

Kanımızca sosyolojik yaklaşımın en önemli katkısı, toplumsal çeşitlilik unsurunu merkeze almasıyla, hukuksal yaklaşımın federal sistemlerin sadece coğrafi temelde olabileceği yönündeki görüşlerinin yarattığı sıkıntının aşılmasına yardımcı olmasıdır.³⁵² Federal sistemlerin çeşitlilik unsuru, özellikle günümüz topluluk esasına dayanan federasyon biçimlerinde, daha belirgindir. Dolayısıyla, coğrafi temele dayanmayan federal sistemlerde, toplumsal anlamda çeşitlilik, coğrafi temele dayanan federal sistemlerdekine oranla daha belirgin bir özelliktir.

iii. Federasyona İlişkin Siyasi Teoriler

Federal sistemlerin oluşumunu ve işleyişini siyasi ve ideolojik yaklaşımla ele alan siyasi teoriler, federalizmle ilgili önemli kavramlardan biri olan pazarlık kavramını ortaya atmışlardır. Bu teorilere göre, federalizmin temel özelliği, yetki paylaşımının siyasi ilkeleridir. Siyasi teorilerin, anayasal ve sosyolojik yaklaşımların bazı unsurlarını birleştirdiği de ileri sürülmektedir.³⁵³

aa. Temel Prensipler

Siyasi yaklaşımlar, federal sistemlerin hukuksal boyutuna ve konularına odaklanmak yerine, sistemi daha geniş bir biçimde, siyasi ölçekte ele almaktadırlar. Federasyona ilişkin siyasi teorilerin önde gelen savunucularından biri olan RIKER, federasyonu, “*devlet faaliyetlerinin, bölgesel yönetimlerle bir merkezi yönetim*

³⁵¹ ERK, **Explaining Federalism**, s. 9. SMITH, Jennifer, *Definitions, Typologies and Catalogues: Ronald Watts On Federalism*, **The Federal Idea: A Conference in Honour of Ronald L. Watts**, Conference Paper, Institute of Intergovernmental Relations Queen's University, Kingston, 2007, s. 4.

³⁵² UYGUN, **Federal Devlet**, s. 32.

³⁵³ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions*, s. 3.

arasında, her yönetim türünün bazı faaliyetler hakkında kesin kararlar verebileceği biçimde bölündüğü bir siyasi örgütlenme” biçimi olarak tanımlar.³⁵⁴

Görüldüğü gibi, siyasi yaklaşım savunucuları federal sistemi tanımlarken, diğer teorilerde olduğu gibi anayasa odaklı egemenlik ya da anayasal egemenlik (*constitutional-based sovereignty*)³⁵⁵ üzerinde yoğunlaşmazlar.

RIKER, tanımında, “her yönetim türünün bazı faaliyetler hakkında kesin kararlar” verebilmesine işaret etmektedir. Bu yaklaşımı savunanlar, tanımdaki bu unsurdan hareketle, federal sistemleri, periferik federasyonlar ve merkezi yanı güçlü federasyonlar olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Federal sistemin periferik bir federasyon olarak değerlendirilebilmesi için, federal yönetimlerin, sadece bir kategoride eylem gerçekleştirebilecek yetkilerinin bulunması gerekmektedir.³⁵⁶ Buna karşın, merkezîyetçi yanı, yani federal yönetimi güçlü olan bir federasyonda ise, federal yönetim kontrollü bir eylem kategorisi içerisinde, nerdeyse tüm yetkileri kullanabilmektedir.³⁵⁷

Siyasi yaklaşıma göre, federal sistemlerde bazı topluluk veya bireylerin federalizm ilkesinden, diğerlerinin ise, tam bir birleşme ya da tam bir ayrılmadan çıkar sağlamaları söz konusudur. Bu farklı çıkarları dikkate alan siyasi yaklaşım taraftarları, federalizmin, siyasi bir olgu olduğu sonucuna varmaktadırlar. Bu anlamda federalizm, farklı çıkarlara sahip bireyler arasında, devletin örgütlenmesi ve kurumsal tasarımına yönelik siyasi bir çatışmanın sonucunda ortaya çıkan siyasi bir olgudur.³⁵⁸

Siyasi yaklaşımı savunanlar, federal sistemlerin bir zorunluluk veya hukuksal rasyonel bir seçim değil, siyasi-ideolojik bir tercih olduğunu belirtmektedirler. Bu anlamda federasyon, anlaşma veya rızaya değil, siyasilerin bir dizi pazarlığına dayanmaktadır. Bu pazarlıkların konusu, sistemin asgari ya da siyasi koşullarının belirlenmesidir.³⁵⁹

Bu noktadan hareketle siyasi yaklaşım, federasyon fikrini siyasi tecrübelerin bir ürünü olarak kabul etmektedir. RIKER’in, literatürde sıklıkla atıf yapılan, federal sistemlerin “*tarihin bir kazası*” olduğu yönündeki ifadesinin dayanağı da bu kabuldür.³⁶⁰

³⁵⁴ LIJPHART, **Çağdaş Demokrasiler** , s. 148. Ayrıca RIKER’in aynı tanımının farklı bir çevirisi için bkz. LIJPHART, Arend, AYAS, Güneş, BULSUN, Umut Utku, (Çev.), **Demokrasi Motifleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları** , Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006, s. 183. RIKER’in orijinal tanımı için bkz. VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* , s. 91.

³⁵⁵ VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* , s. 91.

³⁵⁶ VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* , s. 91.

³⁵⁷ Burada federal yönetim kontrollü bir eylem kategorisi içerisinde nerdeyse tüm yetkileri kullanabilmektedir. VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* , s. 91.

³⁵⁸ FILIPPOV, *Riker and Federalism* , s. 97.

³⁵⁹ VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* , s. 90.

³⁶⁰ BURGESS, **Comparative Federalism** , s. 77.

Federal sistemlerin oluşumuna ilişkin siyasi yaklaşımlar, federasyonun yapısı ve işleyişine dair gerçekçi bir görünüm üretme potansiyeline sahiptirler.³⁶¹ Federal sistemlere ilişkin siyasi yaklaşımlar, temel olarak, egemenliğin konumuna, özerkliğin korunmasına ve orijinal federal anlaşmanın doğuşuna ve evrimine yoğunlaşmaktadırlar.³⁶² Siyasi yaklaşım, federasyonun ortaya çıkışını ve işleyişini salt hukuksal yaklaşımlarla açıklama çabasını yetersiz bulmaktadır. Dolayısıyla hukuksal ya da anayasal yaklaşımların tersine, federasyonun hukuksal kurumlarına ikincil derecede referans verilmektedir.³⁶³

Teorisyenler, sadece federal sistemi oluşturan siyasi mekanizmaları değil, bu sistemin işleyişine etki eden mekanizmaları da incelemektedirler. Bu amaçla, öncelikle federal kurumların iç siyasi dinamikleri tahlil edilmelidir. Söz konusu dinamikleri anlamak için sadece federalizm kurumları değil, bunların yerleşmiş olduğu siyasi sistem de incelenmelidir.³⁶⁴

Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak, federalizmin ideolojik ve felsefi temelleri incelenirken, demokrasi, özgürlük ve siyasi partiler gibi siyaset biliminin diğer geniş konuları arasındaki bağlantı da ortaya çıkarılmaktadır.³⁶⁵ Yaklaşım, siyaset biliminin önemli konularına odaklandığından, federal sistemlere ilişkin devletsel yaklaşım olarak da bilinmektedir.³⁶⁶

Teoriye göre, federasyonun siyasi kurumlarının uyumu için, federal yönetimin üstünlüğünün desteklenmesi ve federal düzeyde faaliyet gösteren siyasetçilerin, federe yönetimlerin belirli bir derece de olsa siyasi özerkliklerini korumaya yönelik özendirici teşvikler sunmaları gerekmektedir. Söz konusu teşvikler, siyasi rekabet mantığıyla beraber hareket eden seçim gibi yöntemlere dayanmaktadırlar. Federe yönetimlerin federal kurumlarda görev yapacak olanların belirlenmesi sürecine katılmalarının sağlanması, söz konusu özendirici teşviklerden biri olarak gösterilmektedir.

Siyasi yaklaşıma göre, federasyonun sürdürülebilmesi için, bu tür siyasi teşviklerin bulunması gereklidir.³⁶⁷ RIKER'in teorisinde, federalizmin ortaya çıkması ve işleyişi, siyasetçilere sunulan bu teşvikler ve bu teşviklerin etkilediği faktörlerle bağlantılıdır.³⁶⁸

³⁶¹ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* s. 7

³⁶² KEFALE, *Federalism and Ethnic Conflict in Ethiopia* , s. 33.

³⁶³ Siyasi ya da ideolojik teori, hukuksal ve siyasi kurumlar üzerine yapılan siyasi sistemlere ilişkin çalışmaların, metodolojik bir kayma ile siyasi davranışlara ilişkin kantitatif analizlere yoğunlaşmasıyla ortaya çıkmıştır. WATTS, *Historical Development of Comparative Federal Studies* , s. 8.

³⁶⁴ ERK, Jan, *Review: Does Federalism Really Matter?* , *Comparative Politics*, Vol. 39, No. 1, 2006, s. 107.

³⁶⁵ ELAZAR, *Exploring Federalism* , s. 25. BURGESS, *Comparative Federalism* , s. 40.

³⁶⁶ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions* , s. 3.

³⁶⁷ FILIPPOV, *Riker and Federalism* , s.101.

³⁶⁸ Riker'in federalizm değerlendirmesi metodolojik bireycilik ilkesine dayandığı belirtilmektedir. Yaklaşım, Sosyal kurumları ve sosyal değişikliklerin nasıl oluştuğunu ve nasıl ortaya çıktıklarını göstermek için bireylerin hareketlerini ve etkileşimlerini incelemektedir. Methodological Individualism ya da Psychologism olarak adlandırılan düşünce biçimi, Emile Durkheim, Karl Marx'ın kişilerin özelliklerini dikkate alınmaması geleneği ile çalışan makro-yapısalcıların bir reddi olarak kabul edilmektedir. bkz. BİRKÖK, Cüneyt, *Sosyal Düşünce Sözlüğü* .

Teoriye göre, federasyonlarda denge, önde gelen siyasi partiler arasındaki etkileşim süreçlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkar.³⁶⁹

Federalizm, aynı anda hem federe yönetimlerin özerkliğinin, hem de merkezi yönetimlerin askeri ve diplomatik yetkilerinin güvence altına alınmasına yönelik bir pazarlığın sonucunda ortaya çıkmaktadır.³⁷⁰ Dolayısıyla siyasi teori, federal sistemlerin oluşumunu, anlaşmaya ya da modern anlamda anayasalara değil, pazarlık kavramına dayandırmaktadır. BURGESS, siyasi yaklaşımın pazarlık teorisini, federasyonun doğasında bulunan anlaşmanın (*covenant*) alternatif bir yorumu olarak kabul etmektedir.³⁷¹

Siyasi yaklaşım, federal teorinin temelinde politikacılar arasında yapılan kurumsal bir pazarlık bulunduğunu belirtmektedirler. Federal sistemi oluşturan pazarlığa duyulan ihtiyaç, siyasi işleyiş içerisinde buldukları pozisyonlara göre politikacıların, federal anayasanın çekirdek hükümleri üzerinde farklı fikirlere sahip olmalarından kaynaklanmaktadır. Politikacılar, özellikle federasyonun merkezileşme derecesi üzerinde birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Bu durumda devreye pazarlıklar girmekte ve federasyonun kuruluşunda söz konusu pazarlıkların etkisi ortaya çıkmaktadır.³⁷² Bu noktadan hareketle RIKER, örneğin Amerikan federasyonunun kuruluşunda, güney ve kuzey eyaletlerinin pazarlıklarının etkisi olduğunu belirtmektedir. Yazar, bu süreçte, federalizmin avantajının, güneyli beyazların yararına olduğu sonucuna varmaktadır.³⁷³

Genel olarak söz konusu pazarlıklar, bölgesel yönetimlerle merkezi yönetim liderleri arasında gerçekleştirilmektedir. RIKER, siyasetçilerin federasyonun kuruluşunda etkili olan pazarlıklarının, ya kendilerinin teklifi ya da bu pazarlık imkânının kendilerine sunulması üzerine başladığını işaret etmektedir.³⁷⁴ Siyasetçilerin pazarlık yapmayı kabul etmelerinin, birlik uğruna birtakım bağımsızlıklardan vazgeçmeleri anlamına gelse bile, belirli sebepleri bulunmaktadır. Pazarlık teklifinin kabul edilmesine yol açan sebepler, askeri-diplomatik tehdit veya çıkarların varlığı, dış bir tehditten korunma veya federasyonun potansiyel saldırı gücüne katılma arzusudur.³⁷⁵

Bu noktadan hareketle, federal sistemlerin oluşumunda pazarlıkların ortaya çıkması, *büyüme/genişleme* ve *askeri* olmak üzere iki koşulun varlığına dayandırılır.³⁷⁶

³⁶⁹ RIKER, **Federalism: Origin, Operations, Significance** , s. 50-51.

³⁷⁰ RIKER, William H, *Six Books in Search of a Subject or Does Federalism Exist and Does It Matter?* , **Comparative Politics**, Vol. 2, No. 1 (Oct, 1969), s. 137.

³⁷¹ BURGESS, **Comparative Federalism** , s. 152.

³⁷² FILIPPOV, *Riker and Federalism* , s. 97.

³⁷³ VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* , s. 106.

³⁷⁴ RIKER, **Federalism: Origin, Operations, Significance** , s. 12.

³⁷⁵ RIKER, **Federalism: Origin, Operation, Significance** , s. 13-14. Ayrıca, BURGESS, **Comparative Federalism** , s. 77, WARD, **The Ashgate Research Companion to Federalism** , s. 386.

³⁷⁶ RIKER, **Federalism: Origin, Operations, Significance** , s. 13, Ayrıca VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* , s. 91-92.

Pazarlık teklifinde bulunan siyasetçiler, bunu, barışçıl yollarla yerel alanların/toprakların genişletilmesi arzusu nedeniyle yapabilmektedirler. Siyasi teori, federal sistemlerin geniş toprakların tek bir yönetim altında tutulabilmesi bakımından gerekli olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle teorinin savunucuları, federal sistemleri, imparatorlukların başlıca alternatifi olarak kabul etmektedirler.³⁷⁷

Daha geniş ölçekte pazarlık, dışarıdan gelen askeri-diplomatik bir tehlikenin varlığı dolayısıyla ya da askeri-diplomatik saldırılara hazır olma amacıyla da yapılabilir. Merkezi yönetim liderleri, askeri bir tehdidi savuşturmak (veya büyüme-genişleme) isteğiyle, bölgesel yönetim liderleriyle pazarlık yapmaktadırlar. Bölgesel yönetimler de, aynı şekilde, dış tehditleri savuşturmak ve daha geniş alanlarda söz sahibi olabilmek amacıyla pazarlık sürecine dahil olmaktadır. Siyasi yaklaşıma göre, merkezi yönetimler, denetimleri altındaki toprakları genişletme eğilimindeyken, bölgesel yönetimler de dış tehditleri uzaklaştırma amacındadırlar.³⁷⁸

Siyasiler arasındaki pazarlıkların, federasyonun doğasında bulunduğu, dahası sistemin sürdürülebilirliği açısından da gerekli olduğuna işaret edilmektedir.³⁷⁹ Bu arada, federal sistemin işleyişinde de etkisi devam eden pazarlığın, federal kurumları değiştirme eğilimi olduğu ileri sürülmektedir. Federasyona ilişkin siyasi teorileri savunanlara göre, federalizmin gelişiminde dikkate alınması gereken iki nokta vardır. Bunlar, “*merkeziyetçilerin, ulusal düzeyde tam bir kontrole sahip olmayı istemeleri*” ve “*federe yönetim politikacılarının (provincial partisans) federe yönetimler düzeyinde tam bir kontrole sahip olmayı istemeleri*”dir.³⁸⁰

Pazarlıklar sonucunda ortaya üç farklı olasılık çıkabilir. Bunlardan birincisi, federal sistemin toprak bütünlüğünü sağlamanın tek yolu olarak kabul edilen merkeziyetçi federalizmdir.³⁸¹

İkinci olasılık, bölgesel yönetim liderlerinin, yetkilerin merkeze doğru yayılmasına karşı koymalarıdır. Özellikle merkezi ele geçirme olasılığı bulunmayan bir azınlık grubunu temsil eden bölgesel yönetim liderlerinin merkezileşmeye karşı koyması kuvvetle muhtemeldir.³⁸²

Üçüncü olasılık ise, tam bir politik birleşme olmadığı sürece, merkeziyetçi federal sistemlerin genişlemesi koşuluyla, federal düzenlemelerin uzun vadede

³⁷⁷ UYGUN, **Federal Devlet** , s. 34.

³⁷⁸ RIKER, **Federalism: Origin, Operations, Significance** , s. 11 vd. FILIPPOV, *Riker and Federalism* , s.100 vd. UYGUN, **Federal Devlet** , s. 34.

³⁷⁹ OSTROM, Vincent, *Can Federalism Make a Difference?* , **Publius**, Vol. 3, No. 2, The Federal Polity (Autumn, 1973), s. 201.

³⁸⁰ WARD, WARD, **The Ashgate Research Companion to Federalism** , s. 417.

³⁸¹ FILIPPOV, *Riker and Federalism* , s. 90 vd.

³⁸² Normalde, yerel politikacıların merkezin zayıflamasını kabul etmeyecekleri çünkü bu durumda merkez üzerinde çok fazla federe yönetimin baskısının olacağı ifade edilir. Ortaya çıkan olağanüstü durumlar için, siyasetçilerin yeterince güçlü bir federal hükümet oluşturmak için sistemi zorlayacakları (zorlayıcı ya da Riker’in ifade ettiği askeri tehdit) FILIPPOV, *Riker and Federalism* , s. 101.

sürdürülemezdir.³⁸³ Bu olasılığın gerçekleşmesi durumunda merkezîyetçi federal düzenlemeler geçici siyasi bir fenomene dönüşecektir.³⁸⁴

RIKER'in, federal sistemin iyi yönetime engel olduğu düşüncesi, özellikle federal sistemlerin merkezîyetçi türleri çerçevesinde açıklanabilir. Teoriye göre, federal sistemin sürdürülebilir olması, ancak merkezîyetçi federalizmin söz konusu olması durumunda mümkündür. Yaklaşım, sadece merkezîyetçi federal sistemlerin hayatta kalma olasılığı bulunduğu işaret etmektedir. Burada, federal sistemden beklenen ikili federalizm ya da dengeli bir federasyon anlayışı kabul edilmemektedir.

Merkezîyetçi federalizmin sürdürülebilir olması için ise, federal düzeyde faaliyet gösteren politikacıların, bir yandan federe yönetimler üzerinde siyasi üstünlük kurması, diğer yandan da, federe yönetimlerin özerkliklerini korumak bakımından duyarlı olması gerekir.³⁸⁵

Siyasi yaklaşıma göre, merkezîyetçi bir federal sistemde, ekonomik, sosyal ve politik entegrasyonun hâkimi olan federal yönetim, tam bir bütünleşmeyi tercih edecektir. Bu noktadan hareketle, merkezîyetçilikten hareketle federal sistemlerin, eninde sonunda üniter devlet biçimine dönüşeceği ileri sürülmektedir.³⁸⁶ Bundan dolayı, federasyonun demokratik olmadığı gibi, iyi yönetime de engel olduğu belirtilmiştir. VOLDEN, federal yönetimin iyi icraatlarıyla ön plana çıktığı bir federasyonda, federalizmin bu tür eylemleri sınırlayacağını, federal yönetimin tam tersi icraatlar yapması hâlinde de, federe yönetimlerin buna engel olacaklarını belirtmektedir. Yine de yazar, federal yönetimin kötü icraatlar yapması durumunda, federal sistemlerin yararlı bir kısıtlama sağlayacağını teslim etmektedir.³⁸⁷

Siyasi yaklaşıma göre, federasyonların gitgide merkezileşmesinin nedeni federasyon anayasalarıdır. RIKER, federal sistemlere ilişkin tüm koşulların, sadece bir anayasa kâğıdına yazılmakla garanti altına alınamayacağını ileri sürer. Bunun yerine, kilit konularda bulunan politikacıların, gerçek teşvik ve güçleri esas alınmalıdır. Federal sistemlerde anayasal yapı değil, siyasi ve ekonomik kültür önemlidir.³⁸⁸

RIKER, federal sistemin olumsuz sonuçlar doğurmasını önleyici etkisi olan iki dengeleyici unsurdan söz etmektedir. Bunlardan birincisi, merkezi yönetimin vergi ve savunma gibi konularda daha geniş alanlarda yetkilendirilmesidir ki buna merkezileşme unsuru adı verilmektedir. İkinci unsur ise, sistemin üniter bir devlete dönüşmesinin

³⁸³ FILIPPOV, *Riker and Federalism* , s.101.

³⁸⁴ FILIPPOV, *Riker and Federalism* , s. 90 vd.

³⁸⁵ RIKER, **Federalism: Origin, Operations, Significance** , s. 12. FILIPPOV, *Riker and Federalism* , s. 95.

³⁸⁶ VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* , s. 90.

³⁸⁷ VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker* , s. 106.

³⁸⁸ STEPAN, Alfred, *Toward a New Comparative Analysis of Democracy and Federalism: Demos Constraining and Demos Enabling Federations* , All Souls College, Oxford University, **Federalism, Democracy, and Public Policy Conference**, Centro de Investigación y Docencia Económicas, Mexico, 1999, s. 24.

engellenmesidir ki bu unsura da, federe yönetimlerin garanti altına alınması unsuru adı verilmektedir.³⁸⁹

Siyasi yaklaşımı savunanlara göre, federal bir sistemde periferik, yani federe yönetimlerin güçlü olduğu bir federalizm anlayışının varlığı, sistemi sonunda ayrılmaya götürecektir. Buna karşılık, merkeziyetçi, yani federal yönetimin güçlü olduğu federalizmde ise, sistem kaçınılmaz olarak üniter bir devlet biçimine dönüşecektir.³⁹⁰

ab. Eleştiriler

Federal sistemlerin oluşumunu, federal bir anlaşmaya (*covenant*) dayandıran görüşlere karşılık, siyasi teori, federal sistemlerin ortaya çıkışını siyasi elitler arasında yapılan bir dizi pazarlığa (*bargain*) dayandırmıştır. Bununla birlikte, federal sistemlerin ortaya çıkışında bu görüşlerden herhangi birinin tek başına yeterince açıklayıcı olamayacağını ileri sürenler, federal sistemlerin ortaya çıkışının, “*tarihin bir kazası değil, bir dizi pazarlığın, insanların bilinçli ve amaçlı hareketlerinin ürünü*”³⁹¹ olduğunu ileri sürerek siyasi yaklaşım taraftarlarını eleştirmişlerdir.

Siyasi yaklaşımın askeri konuların ve büyüme arzusunun etkisine ilişkin görüşleri de ayrı bir eleştiri konusudur. Bir devletin ortaya çıkışının yalnızca bu iki koşulla açıklanması mümkün değildir. Bu argüman, son derece indirgemeci bir yaklaşımın ürünüdür. Kaldı ki, bu noktadan hareketle federasyonlar ve federal olmayan sistemler arasında kesin ayrımlar yapmak da mümkün değildir.³⁹²

Ayrıca, kurumsal pazarlık teorisi, federal sistemin oluşumunda, rasyonel politikacılar arasında yapılan pazarlıklar sonucunda, ya federal yönetimin ya da federe yönetimlerin baskın olacakları bir sistem kurulacağı neticesine vardığı ve herhangi bir “dengeli” kurumsal çözüm ihtimalini saf dışı bıraktığı için de eleştirilmektedir.³⁹³

FILIPPOV, bunlara ek olarak, siyasi yaklaşımın merkezi yanı güçlü federasyonlar lehindeki argümanlarını eleştirmekte ve bu tür bir federal sistemde, federe yönetimlerin merkezin insafına kalacağına işaret etmektedir. Normalde federe yönetimlerin temsilcisi olan rasyonel politikacılar, dışarıdan gelen bir askeri tehdit gibi güçlü bir baskıya maruz kalmadıkları sürece, federal yönetimin egemenliğini veya üstünlüğünü sağlayacak anayasal mekanizmaları doğal olarak kabul etmeyeceklerdir.³⁹⁴

Bu arada teori olgusal anlamda da desteksizdir. Savunma ihtiyacı dikkate alınarak oluşturulmamış federal sistem örnekleri teoriyi yanlışlamaktadır. Örneğin federal

³⁸⁹ VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker*, s. 96.

³⁹⁰ RIKER, *Federalism: Origin, Operations, Significance*, s. 49.

³⁹¹ RIKER, *Federalism, Origin, Operations, Significance*, s. 13, Ayrıca VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker*, s. 91-92, FILIPPOV, *Riker and Federalism*, s. 95. Ayrıca karşıt görüş için bkz. BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 77.

³⁹² BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 97.

³⁹³ FILIPPOV, *Riker and Federalism*, s.95.

³⁹⁴ FILIPPOV, *Riker and Federalism*, s.101.

sistemlerin en eski örneklerinden biri olan Avustralya, bu konuda tartışmalar olsa da, savunma ihtiyacı temelinde örgütlenmiş bir federasyon değildir.³⁹⁵ Üstelik bu federasyonda, federal hukukun üstünlüğü prensibi de anayasayla kabul edilmiştir.³⁹⁶ Dolayısıyla federasyonların oluşmasının ve federasyonlarda merkezin güçlendirilmesinin savunma ihtiyacına bağlanması, en azından Avustralya örneği açısından doğru değildir.

Ayrıca, bu noktada merkeziyetçilikle federal hukukun üstünlüğü prensibinin eşleştirilmesi de doğru değildir. Örneğin aşırı merkeziyetçi bir federasyon olarak kabul edilen Avusturya'nın anayasasında federal hukukun üstünlüğü ilkesi kabul edilmemiştir. Bu ülkenin hukuk sisteminde, federal ve federe hukuk düzenleri birbirlerine eşit olarak kabul edilmektedir.

Federasyona ilişkin siyasi teorileri savunanların en fazla eleştirilen görüşü, federal sistemler içerisinde yalnızca merkeziyetçi olanların güçlü olduğu yönündeki iddidir. güçlü olduğuna ilişkin olandır.³⁹⁷

Federasyonu siyasi yaklaşımla ele alan RIKER de, hukuksal yaklaşımları savunan teorisyenler gibi, çoğunlukla Amerikan federasyonuna yoğunlaşmıştır. Bu nedenle ortaya attığı argümanların bir çoğu, günümüzün fonksiyonel ya da topluluk esasına dayanan federasyonlarını açıklayamamaktadır. RIKER'e göre, etnik ve bölgesel çatışmalar söz konusu değilse, ulusal bütünleşme süreci doğal olarak yerel özerkliğin önemini aşındıracaktır. Bunun sonucunda da federal yönetim, kendini, federalizmi tamamen sonlandıracak bir pozisyonda bulacaktır.³⁹⁸ Dolayısıyla bu yaklaşımın doğal sonucu, federal sistemlerin eninde sonunda ortadan kalkacağıdır. Dahası, RIKER'e göre, federal bir sistemin başarılı olabilmesi için, sistemin uygulandığı ülkede etnik ve bölgesel çatışmaların bulunmaması gerekmektedir. Yazar, bu noktadan hareketle, bu tür çatışmaların yaşandığı ülkeler için yapılan federasyon önerilerini reddetmektedir.

İlk bakışta, RIKER'in dikkati çektiği, siyasi yapının sistemi etkilemesine ilişkin görüşler önemlidir. Ne var ki, yerelliği desteklemek için kurulmuş bir mekanizmanın, üzerine kurulduğu fikri bertaraf etmesi kabul edilemez bir durumdur. RIKER tarafından ifade edilen, federal sistemlerin çeşitliliği desteklemesinin yerel özerklikleri aşındıracağı görüşü fazlasıyla iddialı görünmektedir. Bunun tersini kanıtlayabilmek için Kanada federasyonu örnek gösterilebilir. Kanada, federasyonun oluşturulduğu ilk dönemlerde oldukça merkeziyetçi bir tasarım benimsemesine karşın, 1982 Anayasası'yla tamamıyla farklılaşmıştır. Bunun şüphesiz en önemli boyutu, yerel özerkliklerin aşındırılmayacak kadar güçlü olmasıdır. Bu nedenle kurulan yapıda,

³⁹⁵ UYGUN, *Federal Devlet*, s. 34.

³⁹⁶ Avustralya Anayasası'nın 109. maddesi.

³⁹⁷ RIKER, *Federalism: Origin, Operations, Significance*, s. 50-51.

³⁹⁸ FILIPPOV, *Riker and Federalism*, s.104.

toprak bütünlüğünün korunması veya dağılmanın önlemesi için son derece zayıf bir merkezi yapılanma söz konusudur. Quebec federe yönetiminin farklılığı sayesinde Kanada’da asimetrik bir federal yapı ortaya çıkmış, bu yapı, federasyonun bugün merkezileşmemiş federal sistemler arasında sayılmasına neden olmuştur.³⁹⁹

Ayrıca siyasi yaklaşımın merkezileşmeye ilişkin değerlendirmeleri, federe yönetimler üzerinde baskın ve egemen olan bir federal yönetimin varlığına işaret etmektedir. Söz konusu durum, federal sistem içerisinde zamanla bölünmeleri ya da ayrılıkçı talepleri gündeme getirebilir. Federasyonlarda, birkaç istisna dışında ayrılma hakkı olmasa da, bu durum, ayrılıkçı hareketleri gündeme getirebilecek niteliktedir.⁴⁰⁰

Siyasi yaklaşımın savunucusu olan RIKER, buna ek olarak, federasyonun kuruluşunda federe yönetimleri güçlü bir yapı oluşturulsa da, federasyonun federe yönetimlerin baskın olduğu bir anlayışla sürdürülmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.⁴⁰¹ Oysa, başlangıçta merkezi yanı, yani federal yönetimi güçlü olup da daha sonra kanatları güçlü bir federasyona dönüşmüş örneklerin varlığı bilinmektedir.⁴⁰² Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi Kanada bu konuda örnek gösterilebilir. Buna ek olarak, komünizm sonrası üç federasyon örneğinde (SSCB, Çekoslovakya, Yugoslavya) merkezi yanı son derece güçlü yapılardan, hızla, kanatları güçlü yapılara geçilmiştir. Buna ek olarak son derece merkeziyetçi bir federasyon olan Sovyetler Birliği’nin başarısızlığı da, RIKER’in tezlerinin olgularla doğrulanmamış olduğunun bir göstergesidir.⁴⁰³

Siyasi teoriye yöneltilen eleştirilerden bir diğeri, federal sistemin iyi yönetime ulaşmanın önünde bir engel olduğu yönündeki görüşle ilgilidir. RIKER’e göre, federal sistem, demokrasinin inşasına yardımcı olan bir araç olarak görülmemelidir. Oysa yazar, daha sonraki çalışmalarında bu görüşünü değiştirmiş ve federal sistemi çoğunluğun tiranlığına karşı bir korunma mekanizması olarak kabul etmiştir.⁴⁰⁴

Bazı yazarlar, RIKER’in görüşlerinin biraz da Amerikan muhafazakârlığına yakın olmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedirler. RIKER, Amerika’nın yeniden yapılanma sürecinde (*New Deal*), bu süreci destekleyenlerin, federalizmi ortadan kaldırmak için uygun bir pozisyon aramaya giriştiklerini belirtmiştir. RIKER, bu noktada temel haklara vurgu yaparak, devletin müdahalelerine karşı temel hakların

³⁹⁹ KINCAID, TARR, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, s. 410.

⁴⁰⁰ Örneğin en son Kuzey Amerika ayrılıkçı örgütlerinin özellikle 2006 ve 2007 yıllarında, Vermont, Teksas, Alaska ve Hawaii federe yönetimlerinde ortaya çıktığı ifade edilir. Özellikle Kanada’nın Quebec federe yönetimine sınırı bulunan Vermont federe yönetiminin bu konuda, ABD federasyonunun kurulduğu tarihten beri sık sık talepleri olduğu ifade edilmektedir. VERSLUIS, Arthur, *Secession and American Federalism*, *Modern Age*, Summer 2007, s. 308-309.

⁴⁰¹ RIKER, *Federalism: Origin, Operations, Significance*, s. 86.

⁴⁰² FILIPPOV, *Riker and Federalism*, s. 103.

⁴⁰³ FILIPPOV, *Riker and Federalism*, s.101, 103-104.

⁴⁰⁴ MCLEAN, Iain, *William H. Riker and the invention of Heresthetic(s)*, *Public Choice Society Annual Meeting*, 2001, s. 10.

korunması bakımından, federalizmin sınırlandırılmasının ve kuvvetler ayrılığının haklı talepler olduğuna dikkat çekmektedir.⁴⁰⁵

Sonuç itibarıyla, RIKER'le özdeşleşen siyasi yaklaşımın, özellikle yeni kurumsalcı çalışmaların alanını genişlettiğini söylemek mümkündür.⁴⁰⁶ Buna karşılık STEPAN, özellikle RIKER'in değerlendirmelerini eleştirmiş ve onun teorisini güçsüz bir ejderhaya benzetmiştir.⁴⁰⁷

b. Federasyonun İşleyişine İlişkin Teoriler

Federal sistemlerin işleyişine, özellikle de koruma mekanizmalarına ilişkin teoriler, sistemin dengede kalabilmesini, bir bakıma giderek merkezleşmenin engellenmesini açıklamak amacıyla ortaya atılmışlardır.

Yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasının doğal sebebi, yönetim düzenlerinin birbirlerinin yetki alanlarına müdahale etmesidir. Anayasanın üstünlüğü prensibinin ve yetki uyuşmazlıklarında hakemlik görevi üstlenen yüksek mahkemelerin varlığı, bu müdahalelerin engellenmesi açısından önemlidir.

Federasyonun korunabilmesi için, bir yönetim düzeninin, diğer yönetim düzenine tabi olmaması (*subordinate*) gerekmektedir. Böyle bir tabiyet ilişkisinin ortaya çıkmasının engellenmesi amacıyla, siyasi ve yargısal korunma teorileri devreye sokulmuştur. Ancak federal sistemlerin işleyişini açıklamaya yönelik başka teoriler de vardır.⁴⁰⁸ Bu çalışmada, esas itibarıyla, federal ve federe yönetimler arasında yaşanan yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yüksek mahkemelerin üstlendikleri rol incelenmektedir. Dolayısıyla, odaklanılacak teoriler, bu role ilişkin olanlardır.

Federal bir sistemde yüksek mahkemelerin denge sağlama rolleri göz önüne alındığında, sistemin işleyişine ilişkin iki ana teorinin ortaya çıktığı görülmektedir. Bunlar, siyasi korunma (*political safeguard of federalism*) ve yargısal korunma (*judicial safeguard of federalism*) teorileridir.

i. Siyasal Koruma Teorisi

Federal sistemlerin işleyişine ilişkin olarak yapılan değerlendirmeler, sistemlerin merkezleşme eğilimleri bakımından ele alınmaktadır. Bu eğilimlerin ölçülmesinde, genel olarak mali özerklik dereceleri dışında, siyasi ve yargısal mekanizmalar ele alınmaktadır. Bu yönde VAUBLE, federal sistemlerin merkezleşmeye karşı korunması, daha doğru bir ifadeyle sistemin federal ve federe yönetimler arasında dengede kalmasını, yüksek mahkemelerin örgütlenmesi ve yapısıyla, federe yönetimlerin temsil edildikleri ikinci meclisler üzerinden değerlendirmektedir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ WARD, WARD, *The Ashgate Research Companion to Federalism*, s. 416.

⁴⁰⁶ ERK, Jan, SWENDEN, Wilfried, (Ed.), *New Directions in Federalism Studies*, 2010, Routledge, USA and Canada, s. 5-6.

⁴⁰⁷ STEPAN, *Arguing Comparative Politics*, s. 327.

⁴⁰⁸ UYGUN, *Federal Devlet*, s. 54 vd.

⁴⁰⁹ Yazar merkezleşme derecelerinin tespitinde, federal vergiler ve mali federalizm üzerinden de tespitler yapmaktadır. VAUBEL, Roland, *Constitutional Safeguards Against Centralization in Federal States: An International Cross-Section Analysis*, *Constitutional Political Economy*, Kluwer Academic Publishers, 7,1996, s. 79

Siyasi korunma teorisinin temel hedefi, federe yönetimlerin egemenliklerinin ve haklarının koruma altına alınmasıdır. Bu teoriyi savunanlar, federal sistemi tasarlayanların, federe yönetimleri sistemin içerisinde koruduklarına işaret etmişlerdir. Bu tasarılar, federe yönetimlerin federal organlara bağımlı hâle gelmesini önlemeye yöneliktir. Bu bağlamda, federe yönetimlerin siyasi mekanizma içerisinde sahip oldukları yetkiler önemlidir. Bunlar arasında, federe yönetimlerin federal yasama ve yürütme organlarının seçimi ve kompozisyonu konusunda sahip oldukları yetkiler öne çıkmaktadır. Bu yetkiler sayesinde, federal yönetim organlarının (yasama ve yürütme organlarının) oluşumu, federe yönetim düzenlerini ortadan kaldırmamaktadır.⁴¹⁰ Bu arada, iki meclis sistemi ve federe yönetimlerin seçim konusundaki yetkileri, federal siyasi organların federe yönetimleri hakimiyet altına alamamalarını garantilemektedir.⁴¹¹

Siyasi korunma teorisinin ilk temsilcilerinden WECHSLER, federe yönetimlerin yetkilerinin ve özerkliklerinin, sistem içerisinde, siyasi sürecin garantisi altında olduğunu işaret etmektedir.⁴¹²

Buna karşın, siyasi korunma teorisi taraftarlarının, yargının federal sistemlerdeki rolüne son derece eleştirel yaklaştıkları görülmektedir. Teorisyenler, yetki alanları genişleyen federal yasamaya karşı federe yönetimlerin yargısal korunmaya ihtiyaç duymadıklarını, zira federal yönetimin oluşum ve işleyişinde önemli roller üstelenen bu yönetimlerin, kendi haklarını korumak için yeterli hukuki ve siyasi araçlara sahip olduklarını ileri sürmektedirler.⁴¹³

Bu arada, siyasi korunma teorisi taraftarları, federe yönetimlerin yetki alanlarına federal yönetim tarafından sık sık müdahale edildiği ve federe yönetimlerin yetkilerinin federal yönetim tarafından ihlal edildiği yönündeki görüşlere de karşı çıkmaktadırlar. Bunun nedeni, federe yönetimlerin bu tür müdahalelere karşı siyasi süreç içerisinde bir takım seçeneklerinin bulunmasıdır. Federe yönetimler, federal politikayı etkileyebilir, geliştirebilir ve hatta yürütebilirler. Bu anlamda, çeşitli siyasi seçeneklere sahiptirler ve bu seçenekleri kullanarak kendilerini koruyabilirler.⁴¹⁴

Federe yönetimler, veto yetkileri ve federal organların seçimlerine katılma gibi önemli politik araçlarla, kendi çıkarlarına zararlı politikaları yumuşatarak yavaşlatabilir

⁴¹⁰ MADISON, James, *Federalist No. 39: The Conformity of The Plan To Republican Principles*, **The Federalists**, İnternet Kaynak: <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed39.htm>, Erişim Tarihi: 20-09-2010.

⁴¹¹ YOO, John C, *Judicial Safeguards of Federalism*, **Southern California Law Review**, Vol. 70, 1996- 1997, s. 1404.

⁴¹² WECHSLER, federal sistemin merkezleşmesine ilişkin endişeleri, ABD bakımından şu şekilde ifade etmektedir. Federal sistemin giderek merkezleşmesini sağlayacak olan ulusal ruhun, sadece Başkan ve lider olarak temsil ettiği siyasi parti ideolojisine hakim olacak, ulusallık olgusu tüm federal sisteme yayılmayacak, federal yasama organı federe yönetimlerin seçimleriyle oluşacağından, burada her zaman yerel ruhun bulunacağını iddia etmektedir. WECHSLER, Herbert, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, **Columbia Law Review**, Vol. 54, No. 4, 1954, s. 543,559.

⁴¹³ WECHSLER, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, s. 543-560

⁴¹⁴ DEVINS, Neal, *The Judicial Safeguards of Federalism*, **Northwestern University Law Review**, 2004, Vol. 99, No. 1, s. 132.

ve hatta durdurabilirler.⁴¹⁵ Bu noktadan hareketle, federe yönetimlerin, federal yönetimler tarafından yetkileri zapt edilmiş “zavallı yönetimler”⁴¹⁶ olmadıkları belirtilmektedir.⁴¹⁷

Siyasi korunma yaklaşımına göre, federe yönetimlerin korunabilmesi için, yasama organında eşitlik ilkesi temelinde temsil edilmeleri gerekmektedir.⁴¹⁸ Bu noktadan hareketle, federe yönetimlere bu olanağın tanınmadığı federal sistemlerin siyasi korunma altında olmadığı söylenebilir.

Siyasal koruma teorisine göre, federasyon anayasaları federal sistemi kurarken, onu dengeleyecek unsurları da belirtmektedir. Dolayısıyla teori, yüksek mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yoluyla sistemi dengelemeye çalışmasını yargının müdahalesi olarak kabul etmektedir. Teoriye göre, sistemin özdenetimi içeren bir yapı çerçevesinde tasarlanması nedeniyle, yargının hakemliğine ihtiyaç duyulmamaktadır.⁴¹⁹ Ne var ki federal sistemi tasarlayanlar, sistemin korunmasına ilişkin en eski ve geleneksel koruma mekanizmasını, yargı organını da sistem içerisine yerleştirmişlerdir. Siyasi korunma teorisi, yargının bu koruma işlevine ve geleneksel rolüne karşılık olarak ortaya çıkmıştır.⁴²⁰

Bu teoriyi savunanlara göre, yüksek mahkemeler federal sistemlerde ciddi bir karmaşa yaratmaktadırlar. Bunun yanı sıra, mahkemelerin federal yönetimlerin yetkilerine sınırlama getirmesi de anlaşılabilir bulunmaktadır. Özellikle yüksek mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yoluyla yetki paylaşımı kataloglarını yeniden yorumlamaları, anayasada yer alan yetki paylaşımı kataloğunun yanı sıra, yüksek mahkemelerin kendi yetki paylaşımı kataloglarının da ortaya çıkmasına neden olmaktadır.⁴²¹ Yargı organlarının yorumları çerçevesinde ortaya çıkan yetki paylaşımı katalogları sonucunda ise literatürde, “yargıç yapımı federalizm” (*judge-made federalism*) diye bir kavramdan söz edilir olmuştur.⁴²² Nitekim TUSHNET, mahkemelerin belirlediği yetki alanlarının sınırlarıyla, anayasal yetki paylaşımının sınırlarının örtüşmediğine dikkat çekmektedir.⁴²³

Siyasi korunma teorisi taraftarları, bu görüşlerinin doğal sonucu olarak, mahkemelerin yetki uyuşmazlıklarına ilişkin konularda, yargının kendi kendini

⁴¹⁵ DEVINS, *The Judicial Safeguards of Federalism*, s. 132.

⁴¹⁶ RIKER, **Federalism, Origin, Operations, Significance**, s. 35.

⁴¹⁷ DINAN, John, *Strengthening the Political Safeguards of Federalism: The Fate of Recent Federalism Legislation in the U.S. Congress*, **Publius: The Journal of Federalism**, V.34, N.3, (Summer 2004), s. 55-58.

⁴¹⁸ WECHSLER, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, s. 546.

⁴¹⁹ TUSHNET, Mark, **Taking the Constitution Away from the Courts**, Princeton University Press, USA, 1999, s. 100.

⁴²⁰ Bu yönde, literatürde farklı teoriler olduğu da görülmekle beraber, çalışmamızla doğrudan alakalı olarak sistemin işleyişinde iki ana teori olarak yargısal ve siyasi koruma teorileri baskındır.

BEDNAR, Jenna, **The Robust Federation**, Cambridge University Press, USA, 2009, s. 95 vd.

⁴²¹ BEDNAR, Jenna, ESKRIDGE, JR. William N, *Steadying The Court's Unsteady Path : A Theory Of Judicial Enforcement of Federalism*, **Southern California Law Review**, Vol. 68, 1995, s.1447.

⁴²² GAMPER, Anna, *Judge Made Federalism? The Role of the Constitutional Court in Austria*, The International Association of Centers for Federal Studies (IACFS), 2005, s. 7 vd.

⁴²³ BEDNAR, ESKRIDGE, *Steadying The Court's Unsteady Path : A Theory Of Judicial Enforcement of Federalism*, s.1453.

sınırlaması (*judicial self-restraint*) yönünde kararlar vermeleri gerektiğini savunmaktadırlar.⁴²⁴ Bunun sebebi, yetki paylaşımı açısından, hem bir bütün olarak ulusun, hem de federe yönetimlerin çıkarlarını korumak için siyasi organların ve mekanizmaların yapılandırılmış olduğunu düşünmeleridir.⁴²⁵

Federe yönetimlerin kendi çıkarlarını korumaları mümkündür çünkü federal yasaları yapan yasama organı iki meclislidir.⁴²⁶

Bununla birlikte, siyasi korunma teorisinin zaman zaman yüksek mahkeme kararlarıyla da desteklendiği görülmektedir. Yüksek mahkemelerin bazı kararlarında, federe yönetimlerin yetki ve özerkliklerini korumanın en iyi yolunun siyasi süreç olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu noktadan hareketle, federal ve federe yönetimler arasındaki sınırları belirleme görevinin yargıya değil, siyasi faktörlere bırakılması gerektiği de kararlara yansımıştır. Dolayısıyla siyasal koruma teorisi, sadece teorisyenlerce değil, bazı yargı kararlarıyla da desteklenmektedir.

Bu yönde en karakteristik örnek, ABD Yüksek Mahkemesi'nin, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* kararıdır. Kararda, siyasi sürecin federe yönetimler üzerine aşırı yüklemeye getirecek yasaların yürürlüğe girmesini engelleyecek nitelikte olduğu hükme bağlanmış ve federal yönetimin yetkileri üzerindeki sınırlamanın mahkeme tarafından sağlanamayacağı, bunun siyasi süreç içerisinde federe yönetimlerin kendileri tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁴²⁷ Üstelik Mahkeme, bu kararıyla, daha önce verdiği 1976 tarihli *National League of Cities v. Usery* kararıyla oluşturduğu içtihadı değiştirmiştir. *National League of Cities v. Usery* kararında Yüksek Mahkeme, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin, federe yönetimlerin geleneksel yetki alanlarına müdahale edebilecek kadar genişletilemeyeceğine hükmetmiştir.

Siyasi korunma teorisi, federe yönetimlerin özerkliğini korumak için, anayasalardaki yetki paylaşımı kataloğundan faydalanmaktadır. Federasyon anayasalarında, özellikle federal yönetim için sayılarak sınırlanan münhasır yetkilerin,

⁴²⁴ Yargının kendi kendini sınırlaması (*judicial self-restraint*) doktrini, 1958 tarihli *Trop v. Dulles* kararında Yargıç FRANKFURTER tarafından ifade edilmiştir. KOOPMANS, Tim, **Courts and Political Institutions: A Comparative View**, Cambridge University Press, New York, 2003, s. 52. Kararda Yargıç FRANKFURTER, „önümüzdeki uyumsuzluğa konu olan yasa, Kongre'nin Anayasayla kendisine tanınan yasama yetkisinin ve yasa tasarılarını onaylayarak yürürlüğe koyan Başkan'ın, mevzuatın yasalasma sürecindeki anayasal yetkilerinin bir sonucudur. Bunu sürdürmek için, halkın iradesine karşı doğrudan sorumluluğu bulunan ve Anayasası uyarınca mevzuatı belirlemek için güçlendirilen devletin iki organının eylemlerine saygı duyulması gerekmektedir. Uygulamada mahkemenin anayasa işlevi, sadece kendi kararlarıyla sınırlı olduğundan, mahkemenin böyle bir mevzuatı geçersiz kılmak için sahip olduğu muazzam güç son derece sınırlı bir şekilde uygulanmalıdır. *Trop v. Dulles* 356 U.S. 86, 1958, Supreme Court of the United States, WARREN, C.J., Judgment of the Court, İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0356_0086_ZO.html, Erişim Tarihi: 10-12-2010.

⁴²⁵ PUSHAW, Robert Jr. J, *Bridging the Enforcement Gap in Constitutional Law: A Critique of the Supreme Court's Theory That Self-Restraint Promotes Federalism*, **William and Mary Law Review**, Volume 46, Issue 4, Article 6, 2005, s. 1289,1340.

⁴²⁶ Siyasal koruma teorisini destekleyen Liberal yargıçlar, karşı oylarıyla çoğunluk kararına katılmamışlardır. Liberal Yargıçlardan biri olarak tanımlanan BRENNAN, federal yasaları oluşturan Kongre'nin, federe yönetimler tarafından seçilen hem Senato hem de Temsilciler Meclisinden oluştuğunu ifade etmektedir. **Supreme Court of The United States**, *National League of Cities v. Usery* 426 U.S. 833 1976, Yargıç BRENNAN, J, Karşı Görüşü. İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0426_0833_ZD.html, Erişim Tarihi: 10-12-2010.

⁴²⁷ *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985), Page 469 U. S. 553, İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/469/528/case.html>. Erişim Tarihi: 20-09-2010.

doğrudan ya da kendiliğinden uygulanabilir (*self-enforcing*) hükümler olduğu, bu nedenle federal yönetimin bu sınırlı alandan dışarıya çıkamayacağı ileri sürülmektedir.⁴²⁸

TUSHNET, federal sistemin mimarlarının, federe ve federal yönetimler arası yetkilerin dengede kalmasını, anayasaların “teşvik uyumlu” (*Incentive-Compatibility*) ya da doğrudan uygulanabilir (*self-enforcement*) yapısıyla sağladığını belirtmektedir. Bu doğrultuda, anayasa yargısının meşruiyetini, federal ve federe yönetimlerarası uyumsuzluklar bakımından tartışan TUSHNET, anayasaların doğrudan uygulanabilir sistemi korumak için yeterli görmektedir. Yazar, aynı zamanda, federe yönetimlerin anayasaların hazırlanmasında ve federal yönetimin oluşumunda sağladıkları katkının federal sistemi koruduğunu ileri sürmektedir.⁴²⁹ Bu açıdan bakıldığında, anayasalarda kendiliğinden uygulanabilir hükümlere ek olarak bir de yargısal korumanın getirilmesinin sistemi olumsuz etkileyeceği ileri sürülmektedir.⁴³⁰

Siyasi korunma teorisinin savunular, federal sistemin tasarımına sıkça vurgu yapmaktadırlar. Özellikle ABD federasyonunun ilk tasarımında, federal yönetimin yetki alanlarını genişletmesinin mümkün olmayacağı çünkü Senato üyelerinin belirlenmesinde federe yönetim yasama organlarının yetkili olduğu görülmektedir.⁴³¹ Federalist Yazılar’da (45. ve 46. makale) MADISON, federe yönetim yasama organlarının, kendileriyle ilgili siyasi, sosyal, kültürel konulara duyarlı olan ve federe yönetimlere sadık kişileri Senato’ya seçeceklerini belirtmiştir. Bu nedenle senatörler, kendi yönetimlerinin çıkarları için çalışacak, federal yönetimin müdahale girişimlerine direneceklerdir.⁴³² Ancak, 1913 yılında ABD Anayasası’nda yapılan 17. değişiklikle, Senato seçimlerinde yetki, federe yönetimlerin yasama meclislerinden alınmış, federe yönetimlerin halklarına verilmiş ve bu görüşlerin dayanak noktası ortadan kalkmıştır.⁴³³ Buna karşın WECHSLER, seçim yöntemi değişse de, siyasi korunmanın hâlâ

⁴²⁸ Modern federal sistemlerin tarihsel belgelerinde, federal yasama ve yürütme organlarının federe yönetimlerinin özerkliklerine saygı göstermeleri gerektiği belirtilmektedir. Federalist Yazılarda Madison bu görüşünü, Kongre üyelerinin federe yönetimlerin özerk yetkilerine saygı göstermeleri gerektiği ifadesiyle belirtmektedir. TUSHNET, **Taking the Constitution Away from the Courts**, s.99.

⁴²⁹ BEDNAR, ESKRIDGE, *Steadying The Court's Unsteady Path : A Theory Of Judicial Enforcement of Federalism*, s.1453.

⁴³⁰ Yazar bu argümanını, mahkemelerin yaptıkları hatalara bağlamakta, anayasaların federe yönetimlerin özerkliklerine yeteri kadar koruma sağladığını ileri sürmektedir. Bu yönde özellikle birinci meclis üyelerinin federasyon anayasalarında yer alan yetkilerine ilişkin siyasi teşviklerin, federe yönetimlere özerklik sağlamak için yeterli olduğu ileri sürülmektedir. TUSHNET, Mark, **Taking the Constitution Away from the Courts**, s.99.

⁴³¹ Madison, seçmen, meclis üyeleri ve başkanların çıkarıcı eylemlerinin, anayasal değerlerle ile tutarlı iyi bir kamu politikası üreteceğini ifade etmiştir. Özellikle çoğunluğun iradesinin, hizipleşmelerin azınlıkların haklarını ihlal etmeyeceğini çünkü, anayasayı bunu engellemek üzere tasarladıklarını ifade etmiştir. Anayasanın bu tasarımında, öncelikle büyük bir ülke olmalarını, temsilcilerin büyük şehirlerden seçilmesi gerektiğini çünkü, adayların kendilerini büyük kitlelere kabul ettirebilmeleri için daha çok çaba göstereceklerini ve daha nitelikli olacaklarını belirtmektedir. Bir adayın nasıl büyük kitlelere kendisini tanıttığı sorununa ise Madison, adayın zaten bir kamu yetkilisi olması gerektiği ve bu nedenle büyük kitlelerce tanınabileceğini belirtmiştir. Bu yöntemle adayın daha önce kamu yetkilisi olarak performansının kendi çıkarına hizmet edip etmeyeceği yönünde bir değerlendirme olabileceğini ifade etmiştir. Bu yöntemle, kamu çıkarı odağı daha baskın olan bir kamu yetkilisinin temsilci olarak seçilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Böylelikle, kendi çıkarına hizmet edeceği yönündeki endişelerin ortadan kalkacağına inanılmaktadır. Madison, yönetimlerin kendi çıkarlarına göre hareket etmeyeceklerini çünkü ABD Anayasası’nın buna izin vermeyen bir yöntemle dayandığı fikrini, kuvvetler ayrılığı ve fren-dengeler sistemlerini kurarak da sağladıklarını ifade etmiştir. TUSHNET, **Taking the Constitution Away from the Courts**, s.100-101.

⁴³² GOLDMAN, Lawrence, **Alexander HAMILTON, James MADISON, and John JAY The Federalist Papers Edited with an Introduction and Notes**, Oxford University Press, USA, 2008, *Federalist 45* s. 228-233, *Federalist 46* s. 233-239.

⁴³³ PELTASON, (Ed.), *Amerika Hakkında: Açıklamalı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası*, s. 85.

sağlandığını ve tüm bunlara rağmen, federe yönetimlerin, eğitimin içeriğini belirleme, şehir ve eyaletlerin imar kontrol ve buna dayanarak konut ve sanayinin genel dağılımı gibi alanlarda hâlâ yetkileri bulunduğunu ileri sürmektedir.⁴³⁴

Siyasi korunma teorisinin birçok varyasyonu vardır. Federal sistemin korunmasında siyasi sürece odaklanan teorinin, örneğin usuli koruma teorisi gibi farklı varyasyonları görülmektedir. Bu teori, temelde, yasaların yapılış usullerine odaklanmakta ve federe yönetimlerin ortak kuralın yaratılması sürecine katılmalarının siyasi korunmayı sağladığını ileri sürmektedir.⁴³⁵

ii. *Yargısal Koruma Teorisi*

Federasyonda yargı organı, anayasal yetki paylaşımının güvencesidir; yetki uyuşmazlıkların çözümünde, hakem olarak kabul edilmektedir.⁴³⁶ Yargısal korunma teorisi, mahkemelerin söz konusu hakemlik yetkisinin federasyonlar bakımından hayati önemi olduğuna işaret etmektedir. Teori, yargıyı, federal yapının korunması bakımından en güvenilir mekanizma olarak kabul etmekte ve sistemin odak noktası olarak görmektedir.⁴³⁷

Yargısal korunma teorisine göre, siyasi sürecin federe yönetimleri koruması bir yana, federe yönetimlerin siyasi süreçten korunmaları gerekmektedir. Federe yönetimlerin ve temel hak ve özgürlüklerin korunması için, anayasa yargısına ve yüksek mahkemelerin denetim ve koruma işlevine ihtiyaç vardır.⁴³⁸ Bu nedenle, teoriyi savunanlar, federal sistemi korumak amacıyla, anayasaya uygunluk denetimine ve yüksek mahkemelerin garantörlük işlevlerine odaklanmaktadır.

Federasyonlarda anayasa yargısının rolü, yasama ve yürütme organları aracılığıyla yönetime yansıyan çoğunluk iradesini sınırlamaktır.⁴³⁹ Anayasaya uygunluk denetiminde, federal ve federe yönetimlerin yaptıkları yasaların anayasaya aykırı olup olmadığına karar verilerek, yönetimlerarası denge sağlanmaktadır. Yetki uyuşmazlıklarının çözümünde ise mahkemeler, yönetim düzenlerinden herhangi birinin, anayasada belirtilen yetki paylaşımını ihlal edip etmediklerini karara bağlamaktadırlar. Bu yolla federal sistem dengelenerek, dikey kuvvetler ayrılığının korunması sağlanmaktadır.

Yetki uyuşmazlıklarına yargının müdahale etmesini destekleyen yargısal korunma teorisi, yönetimlerarası anlaşmazlıklarda yargının objektif davranacağını savunmaktadır. Siyasi süreçler, federalizmi değil, somut siyasi öncelikleri dikkate

⁴³⁴ WECHSLER, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, s. 546-547.

⁴³⁵ CLARK, Bradford R, *The Procedural Safeguards of Federalism*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 83:4, 2008, s. 1682 vd.

⁴³⁶ LIJPHART, *Patterns of Democracy in 36 Countries*, s. 186-187. ADENEY, Katharine, *Federalism and Ethnic Conflict Regulation In India and Pakistan*, Palgrave Macmillan, USA, 2007, s. 36.

⁴³⁷ BEDNAR, *The Robust Federation*, s. 119. SAWER Geoffrey, *Modern Federalism*, London, 1969, s. 155.

⁴³⁸ YOO, *Judicial Safeguards of Federalism*, s. 1311-1406.

⁴³⁹ QUIRK, William, Randall BRIDWELL, *Judicial Dictatorship*, Transaction Publishers, USA, 2011, s. xi.

almaktadır. Bu nedenle federal sistemin siyasi koruması, güvenilmez, kusurlu ve tek bir koruma alanı olarak düşünülmemelidir.⁴⁴⁰

Bu noktadan hareket edildiğinde, mahkemelerin, geleneksel olarak yargısal korunmayı ön plana çıkaracakları düşünülebilir. Ne var ki zaman zaman mahkemelerin tam ters yönde kararlar verebildikleri de görülmektedir.⁴⁴¹ ABD, Avustralya ve Hindistan yüksek mahkemelerinin, bazı kararlarıyla, siyasi korunma teorisini destekledikleri görülmektedir. Böyle bir yaklaşım, federal sistemlerde mahkemelerin geleneksel ya da tarihsel olarak kabul edilen yargısal koruma işlevinin, bizatihi yargı organınca reddedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim, yargısal korunma teorisi taraftarları, federal yönetimi bu denli yücelten mahkemelerin kendi işlevlerini unutmasını eleştirmektedirler.⁴⁴² Yargıçların bu tutumları, yargısal inkâr (*judicial self-denial*) olarak değerlendirilmektedir.⁴⁴³

Buna karşın, yargısal korunma teorisinin federal sistemlerde yetki paylaşımı için gerekli olduğunu vurgulayan ve anayasa yargısı denetimini ön plana çıkaran yüksek mahkeme kararları da vardır. Örneğin 1958 yılında Yargıç HAND, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin, sistemin (federal sistem) “*çöküşünü önlemek için gerekli bir fonksiyon*” olduğuna dikkat çekmiştir. HAND’e göre, federalizmin istikrarı ancak anayasa yargısı denetimiyle sağlanabilir.⁴⁴⁴

Federasyonlarda anayasa yargısının, federal ve federe yönetimler arasındaki yetkileri dengelemesi ve yetki aşımalarını (*ultravires*) engellemesi beklenmektedir. Yargı organı, anayasadaki yetki paylaşımı kataloğunu yorumlamakta, çoğu durumda da yetki paylaşımlarını yeniden yapılandırmaktadır; hatta siyasi iktidarların anayasal araçlarla zorlama girişimleri, mahkemelerce savunma mekanizmaları geliştirilmesine neden olabilmektedir.⁴⁴⁵ Bu anlamda mahkemeler, federe yönetimleri, federal yönetimin can sıkıcı müdahalelerinden korumaktadırlar.⁴⁴⁶

Yargısal korunma teorisi, federal sistemlerdeki yüksek mahkemelerin bu işlevlerini sistemi ayakta tutan temel unsur olarak kabul etmektedir. Teoriye göre, federal sistemlerde anayasa yargısı iki amaca hizmet etmektedir. İlki, federe yönetimlerin egemenliklerinin garantörü olmak; ikincisi ise, federe yönetimlerin ve

⁴⁴⁰ BEDNAR, *The Robust Federation*, s. 118- 119.

⁴⁴¹ Bu konuda en önemli eleştiriyi, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* kararıyla ABD Yüksek Mahkemesi almaktadır. Bu kararda, anayasaya uygunluk denetiminin, açıkça anayasadan kaynaklanmadığı gibi federal ve federe yönetimler arası uyumsuzlukların çözümünde de federal yargı organının yetkili olması anlamının çıkarılmayacağı ileri sürülmüştür. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* 469 U.S. 528 (1985), Page 469 U. S. 553.

⁴⁴² YOO, *Judicial Safeguards of Federalism*, s. 1312.

⁴⁴³ MORSE, Oliver, *Judicial Self Denial and Judicial Activism the Personality of the Original Jurisdiction of the Federal District Courts*, *Cleveland-Marshall Law Review*, 1954, s 102 vd.

⁴⁴⁴ RICHARDS, David A. J, *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, 1986, USA, s. 8 vd. WECHSLER, Herbert, *The Courts and the Constitution*, *Columbia Law Review*, Vol. 65, No. 6, 1965, s.1002.

⁴⁴⁵ Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin, anayasada, anayasa değişiklik usulünün değiştirilmesi suretiyle federal sistemin yapısının bozulacağına ilişkin kararı, anayasa değişikliklerinin iptaliyle sonuçlanmıştır. Yine Yeni Düzen döneminde mahkemenin sürekli olarak federal yönetimin yasalarını iptal etmesi, en sonunda kendisinin de içinde bulunduğu bir yapılanma tehdidiyle karşı kaşıya kalmasına neden olmuştur.

⁴⁴⁶ YOO, *Judicial Safeguards of Federalism*, s. 1313.

bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmektir.⁴⁴⁷ Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, yüksek mahkemeler, yetki paylaşımını, sadece federal yönetimlere karşı değil, yetki alanlarını genişletmeye çalışan federe yönetimlere karşı da korumaktadırlar.⁴⁴⁸ Bu durum, federal sistemde mahkemelerin tarafsızlığının bir başka sonucudur. Bu nedenle, federal sistemlerde hakemlik işlevi üstelenen mahkemeler, federasyonun bağımsız yargı organlarıdır ve ne federal yönetime, ne de federe yönetimlere bağlıdırlar. Ancak bu kurumsal bağımsızlığın kararların tarafsızlığıyla da desteklenmesi gerekir. Federal sistemlerde, yüksek mahkemelerin, istikrarlı bir şekilde, birlik, çeşitlilik, merkezi ya da kanatları güçlü bir federal yapı lehine karar vermemeleri beklenir. Anayasal güvenceli yetki paylaşımının koruyucusu olarak mahkemeler, sistemin denge unsurudurlar. Bunların, anayasa çerçevesinde, çeşitlilik içinde birliği, yani federal ve federe yönetimler arasındaki dengeyi korumaları gerekir.

D. FEDERAL SİSTEMİN TANIMLANMASI SORUNU VE KURUCU UNSURLARI

Federal sistemlerin tanımı, karakteristik özellikleri ve asli koşulları konusunda literatürde farklı değerlendirmeler bulunmaktadır.⁴⁴⁹ Daha önce tartışılan, anayasal, siyasi ve sosyal teorilerin her biri, federal sistemi farklı yönleri ile tanımlamaktadırlar. Bu değerlendirmelere, federalizmin (federal ilke) zaman zaman federasyon (federal sistem) kavramı yerine kullanılması da eklendiğinde, federasyon için tek tip bir tanım yapabilmek daha da zorlaşmaktadır.⁴⁵⁰ Bu tür bir zorlamadan uzaklaşmak adına, literatürde federal sistemler için benimsenmiş unsurların ortaya konulması daha anlamlı sonuçların elde edilmesini sağlayabilir.

Federal sistemleri farklı açılardan ele alan teorilerin her birinin kendine özgü federasyon tanımlamaları, sistemin tanımlayıcı unsurlarının tespitinde önemli birer başlangıç noktasıdır. Tanımlayıcı unsurların belirlenmesi, federal sistemlerin sınıflandırılmasını da kolaylaştıracaktır.

Literatürde, federalizm ve federal sistemler konusunda üzerinde hemfikir olunan tek nokta, herkesçe kabul edilmiş bir tanımın ve teorik çerçevenin bulunmamasıdır.⁴⁵¹ Bu noktadan hareketle, bu konuda yapılacak her tanımın, yüzeysel ve sınırlı kalma eleştirisiyle karşı karşıya kalacağını belirtmek gerekir.⁴⁵² Bununla birlikte, bu

⁴⁴⁷ YOO, *Judicial Safeguards of Federalism*, s. 1313.

⁴⁴⁸ YOO, *Judicial Safeguards of Federalism*, s. 1373.

⁴⁴⁹ Federasyon kavramı yerine federasyon kavramını kullanan ERK ve SWENDEN'in şu değerlendirmeyi yapmaktadırlar. *Yeni başlayanlar için, ne federalizm tam anlamı ne de nasıl işlevselleştirilmiş olduğuna ilişkin bir görüş birliğine varılamamıştır*. ERK, SWENDEN, (Eds.), *New Directions in Federalism Studies*, s. 1.

⁴⁵⁰ MENON, Anand, SCHAIN, Martin, *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, Oxford University Press, USA, 2006, s. 15.

⁴⁵¹ İki kavramın farklılığına önemle vurgu yapan öncelikle, Preston KING, Ronald WATTS ve Micheal BURGESS'tir. Bu konuda federalizmi belirli bir fikir, federasyonu ise bu fikirlerden etkilenen siyasi bir sistem olarak kabul edilmektedir. WARD, WARD, *The Ashgate Research Companion to Federalism*, s. 31.

⁴⁵² Örneğin sosyolojik yaklaşım taraftarları, hukuksal yaklaşımın tanımlarını eleştirmekte, siyasi yaklaşım teorisyenleri ise sosyolojik ve hukuksal yaklaşımın tanımlarını eleştirmektedir. LIVINGSTON, *Note on the Nature of Federalism*, s. 81.

çalışmanın konusu federasyonlarda yetki uyuşmazlıkları olduğuna göre, işe bir federasyon tanımı yaparak başlamak kaçınılmaz bir gerekliliktir.

1. GENEL OLARAK FEDERAL SİSTEMİN TANIMLANMASI SORUNU

Federal sistemlere ilişkin farklı tanımların önemli bir kısmı, federal sistemin oluşumuna ilişkin teorilerle birlikte ele alınmaktadır. Bu bağlamda dar anlamda federal sistem, siyasi sistemlerin bütünsel bir düzeyde sürekliliklerinin sağlandığı, siyasi bir entegrasyon ya da birleştirmedir. Buna karşın geniş anlamda federal sistem ise, ortak ilişkileri belirli şekilde geliştiren siyasi bir hareket tarzıdır.⁴⁵³

Burada, öncelikle, geniş anlamda federal sistem tanımlamalarının, federalizm tanımlarıyla sıklıkla iç içe geçtiğini belirtmek gerekir. Federalizm, belirli derecedeki özerkliğin ve ortak kuralların bir arada bulunduğu bir yaşam biçimidir.⁴⁵⁴

Normatif bir kavram olarak federalizm, bölgesel özerk yönetim ve ortak yönetim unsurlarının birleştirildiği çok katmanlı yönetim anlayışını savunan bir düşünce biçimidir.⁴⁵⁵ Bir ideoloji olarak federalizm, çeşitlilik içinde birlik (*unity in diversity*) anlayışını savunarak, azınlıkların çoğunluklar içinde kaybolmasını önlemeye yönelir. Bu düşünce biçimi, bir devlet biçimi olarak federal sistemlerin ortaya çıkmasında önemli bir rol oynamıştır. Böylelikle, çağdaş demokrasiler içerisinde kendilerine yer bulan federal sistemler, federasyonu “*cazip bir yönetim biçimi*” hâline getirmişlerdir.⁴⁵⁶ Bu bağlamda federal sistem, ideal demokrasi olarak nitelendirilen oydaşmacı demokrasinin önemli bir unsurudur.⁴⁵⁷ Bir yaşam veya düşünce biçimi olarak federalizm, bir siyasi örgütlenme biçimi olan federal sistemlerin ortaya çıkmasına olanak sağlamıştır.⁴⁵⁸

Federal sistemin kurumsal yapısından hareket eden ilk tanım, federal birliğin, siyasi yaratıcılığın ortaya çıkardığı en yapay ve en mükemmel ürün olduğunu ifade eden FREEMAN tarafından yapılmıştır. Yazara göre federal sistem, bir bütün içerisinde belirli bir ölçüde bağımsızlığa sahip küçük devletlerle, büyük bir devletin oluşturduğu bir çeşit birliktir. Söz konusu devletlerin, demokrasi, aristokrasi veya monarşiyle yönetilebilecekleri, iki farklı siyasi egemenin birleşerek oluşturdukları

⁴⁵³ MORELLI, Umberto, CASTALDI, Roberto, *Perspectives on Federalism: Why a new journal?*, **Perspectives on Federalism**, Vol. 1, Single Issue, 2009, s. 2. PELTASON'un tanımları için bkz. ŞENOCAKLI, **Federalizm ve Kıbrıs Uyuşmazlığı**, s. 7-10.

⁴⁵⁴ SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 6.

⁴⁵⁵ Yazar federalizm kavramının tanılamayıcı bir kavram olmadığına dikkati çekmektedir. Federalizmin özü hem birliği hem de merkezileşmemeyi aynı zaman daimi kılmasıdır. WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s**, s. 6.

⁴⁵⁶ Buna AB'de dahil edilmektedir. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 6.

⁴⁵⁷ Oydaşmacı demokrasi modeli; Westminster modeli olarak adlandırılan çoğunluğun hakimiyeti modeline karşıt olarak ileri sürülmüştür. Bunun nedeni özellikle ikili ve ya daha fazla yapıda olan bölünmüş toplumlarda, nüfusun ayrıntı etnik, kültürel, sosyolojik özellikler arz ettiği bir yapı içinde çoğunluğun hakimiyetinin aranmasının anti-demokratik olacağı fikridir. Bu tür türdeş olmayan heterojen çoğulcu toplumlarda, Oydaşmacı modelin daha uygun olacağını vurgulayan LIJPHART, bu demokrasi türünü çatışmadan çok oydaşmayı vurgulayan, dışlayıcı değil kapsayıcı olan ve dar bir çoğunluk yerine, yönetici çoğunluğun kapsamını genişletmeye çalışan rejim olduğunu belirtmiştir. LIJPHART, **Çağdaş Demokrasiler**, s. 9, 25-26.

⁴⁵⁸ Burada WATTS'ın sadece federal sistemin değil, federal siyasi sistemlerin tümünde bu düşüncenin bulunduğunu belirtmektedir. Federal siyasi ya da siyasi sistemler, içinde federasyonu da barındıran yetkilerin paylaşıldığı sistemlerin daha geniş bir perspektiften ele alındığı dikey yetki paylaşımı örneklerini içermektedir. WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s**, s. 8.

federasyonda, ayrı ayrı yasama, yürütme ve yargı organlarına sahip devletlerin oluşturduğu bir tür mekanizma bulunduğu ifade edilmektedir.⁴⁵⁹

Hukuksal teorilerde ise federal sistem, merkezi bir yönetimle bağımsız kurucu birimlerin ortak bir anayasa temelinde bir araya gelerek oluşturdukları hukuki bir düzenleme şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁶⁰

Federal sistemlere ilişkin tanımlardan söz ederken, klasik kuvvetler ayrılığı prensibinin yani kuvvetlerin yatay olarak ayrıldığı sistemlerin (kuvvetlerin kendi içinde ayrı organlar eliyle yürütülmesi) yanı sıra, kuvvetlerin dikey olarak ayrıldığı sistemlerin varlığından da söz etmek gerekir. Dikey (düşey) kuvvetler ayrılığı, aynı yönetim içerisindeki üç kuvvetten birinin veya her birinin çoğul olarak farklı düzeylerde ortaya çıkmasıdır. Bu tip kuvvetler ayrılığı federal sisteme özgüdür.⁴⁶¹ Federasyonlarda anayasayla yönetimler arası yetki paylaşımı kuvvetler ayrılığının bir türü olarak kabul edilmektedir. Yatay kuvvetler ayrılığında olduğu gibi dikey kuvvetler ayrılığında da hedeflenen, iktidarın belirli bir yönetim veya organda yoğunlaşmasının engellenmesidir.⁴⁶²

Federasyonun ortaya çıkışı, sosyal, siyasi ya da coğrafi etkenler gibi farklı gerekliliklerin bir neticesi olabilir. Bazı siyasi sistemlerde federasyon, çeşitlilikler nedeniyle zorunlu olarak tercih edilebileceği gibi, bazı sistemlerde de tamamıyla gönüllü bir tercih olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁶³ Coğrafi esasa göre şekillenmiş federasyonlarda federe yönetimler, kendilerine ait yetkilerini kendi toprakları ve vatandaşları üzerinde kullanmaktadırlar. Federe yönetimlerin ülkelerinin toplamı ise, federasyon ülkesini oluşturmaktadır. Federe yönetimlerin yetkileri, federal yönetimin yetkileri gibi federasyon anayasasıyla belirlenmekte ve bu anayasa, hiç bir yönetim düzeninin tek taraflı iradesiyle değiştirilememektedir.⁴⁶⁴

Federal yönetim düzeni, belirli yetki alanlarında yasa yapma ve yasaların yürütülmesi konusunda yetkili kılınmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, federasyonun ortak kuralını belirleme ve bu ortak kuralların yürütülmesinde önemli rol oynamaktadır. Geriye kalan alanlarda ise, kurucu birimlerin kendi sınırları içerisinde geçerli olmak koşuluyla yasa yapma ve yürütme konusunda özerk yetkileri bulunmaktadır.⁴⁶⁵ Federal yönetimin yasaları bir bütün olarak federasyonun tüm vatandaşları için, federe

⁴⁵⁹ Federalizmin tarihçisi olarak nitelendirilen FREEMAN, söz konusu değerlendirmelerini, 1863 yılında *History of Federal Government* adlı eseriyle yapmıştır. BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 13-14.

⁴⁶⁰ CROSS, Frank B. *The Folly of Federalism*, **Cardozo Law Review**, 2002-2003, Vol. 24:1, s. 3-8, SCHWARZENBERGER, G. **Power Politics**, Londra. 1941, s. 404'den aktaran, LÜTEM, İlhan, *Cihanşümül Bir Federalizm'in Şartları ve Güçlükleri*, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1951, Cilt: Sayı: s. 310.

⁴⁶¹ KABOĞLU, Ö. İbrahim, *Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı*, **T.C. Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Dergisi Yayınları**, Cilt. 15, 1998, s. 190.

⁴⁶² ERGÜL, **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, s. 75.

⁴⁶³ ANDERSON, George, **Federalism: An Introduction**, Forum of Federations, Oxford University Press, Canada, 2008, s. 7.

⁴⁶⁴ ERHÜRMAN, **100 Soruda Kıbrıs'ta Federasyon**, s. 90-91.

⁴⁶⁵ Burada federasyonun katılma ilkesini ifade etmek gerekir. Federasyonun temel ilkelerinden biri olan katılma ilkesi, federe yönetimlerin sistem içerisinde ve en önemlisi karar alma süreçlerine katılımı ifade edilmektedir. Ayrıca yasama ve yürütme yetkilerinin, yatay anlamda ayrılması da bu genel uygulamaların bir alternatifi olarak kabul edilmelidir.

yönetimlerin yasaları ise, kendi sınırları içinde yaşayan vatandaşlar için geçerli olacaktır.⁴⁶⁶

Federal sistemlerin farklı özelliklerinin bulunması, sistemin farklı gerekliliklerden de kaynaklanabilir. Bu yönde, federal sistemlerin devlet bütünlüğünü korumak için zorunlu bir kurumsal yapı olarak algılandığı sistemler, “birlikte-tutma federasyonlar” (*holding-together federations*) olarak adlandırılmaktadır. Rusya, Bosna-Hersek, Hindistan ve Belçika bu tür federasyonlara örnektirler. Bu tür federasyonlarda bölgesel olarak kümelenmiş azınlıkların, huzursuzluk veya ayrılma tehditlerini hafifletmek için yetki paylaşımı esasını benimsenmiştir. Literatürde, ayrılma yoluyla bir araya gelen federal sistemler şeklinde ifade edilen bu yapıda, genellikle üniter devlet biçiminden federasyona dönüşüm söz konusudur.⁴⁶⁷ Burada, 1924’te Rusya’nın Sovyetler Birliği’ne dönüşmesi ve 1993’te Belçika’nın üniter bir devlet modelinden, federal bir devlet biçimine dönüşmesi örnek olarak gösterilmektedir.⁴⁶⁸

Buna karşılık, “bir araya gelen federasyonların” (*coming-together federations*) örnekleri ise, ABD, Kanada, İsviçre ve Avustralya’dır.⁴⁶⁹ Literatürde bu tür federal sistemlere birleşme yoluyla bir araya gelen federasyonlar adı da verilmektedir.⁴⁷⁰

Federasyonların kurumsal yapısına dönük tanımlamalar, genel ve bölgesel düzeylerin, her birinin aynı alan içerisinde koordineli ve bağımsız olarak yetkileri paylaşmalarını ön plana çıkarmaktadırlar.⁴⁷¹ Buna göre federasyon, farklı devlet düzenlerinin yetki paylaşımı yoluyla bir araya gelerek oluşturdukları bir devlet biçimidir. Bu devlet biçiminin özünde ise, federal ve federe yönetimler arasında yetkilerin ve sorumlulukların paylaşılması suretiyle yürütülen ortak bir devlet süreci söz konusudur.⁴⁷²

Federal sistemin işleyişinde kurucu özerk birimler, ortak bir yönetim sistemini paylaşmaktadırlar. Bu devlet biçiminde federe yönetimler ile federal yönetim birbirleriyle uyum içerisinde dirler.⁴⁷³ Bu yolla, her bir kurucu birimin, kendi sınırları içerisinde üstün olduğu bir devlet biçimi yaratılmaktadır. Federe yönetimler, anayasal yetki paylaşımı gereği, bazı alanlarda ilk elden düzenleme yapma yetkisine sahiptirler.

⁴⁶⁶ SMITH, **Federalism** , s. 12.

⁴⁶⁷ Ayrılma yoluyla kurulan federasyonlar için bkz. GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları** , s. 211.

⁴⁶⁸ GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi** , s. 176.

⁴⁶⁹ Bu tür federasyonlar ise genellikle, merkezi sınırlama, kurucu birimlerin üzerine geçen ya da onları geçersiz kılabilen çoğunlukların önlenmesi adına ortaya çıkmışlardır. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe** , s. 1.

⁴⁷⁰ Birleşme yoluyla kurulan federasyonlar için bkz. GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları** , s. 211.

⁴⁷¹ WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s** , s. 6-7.

⁴⁷² MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J, **The Federal Nation: Perspectives on American Federalism** , Palgrave Macmillan, USA, 2008, s. 8.

⁴⁷³ Federal devletlerde federal yönetimin, ulusal (national government), birleşik devletler topluluğu (commonwealth), federal devlet, (federal state), merkezi devlet ya da yönetim (central government) gibi farklı kavramlarla tanımlandığını, federe yönetimlerin ise bölgesel, yersel, mülki (territorial government), eyaletler veya eyalet yönetimleri (state governments), ulus devlet ya da yönetimleri (nations, provinces), gibi farklı kavramlarla anılmaktadırlar. Bu aslında federal ülkelerin bölgesel, dil, etnik anlamda bölünmeleriyle ve aynı zamanda tarihsel ve sosyolojik geçmişleriyle alakalı bir farklılaşmadır. İngiliz Devletler Topluluğu (Commonwealth) geleneğinden gelen bir ülkede farklı tabirlerin, etnik anlamda bölünmenin yaşandığı federal ülkelerde farklı kavramların kullanılması bu nedenle doğaldır. Çalışmamızın daha kolay anlaşılabilmesi için bu kavram farklılığı federal devletlerin bir düzeyini oluşturan merkezi, ulusal devlete, federal yönetime, federal düzeyi oluşturan eyalet, bölge yönetimlerine federe yönetimler kavramları kullanılarak kavram birliği sağlanmaya çalışılacaktır.

Federal sistemde söz konusu yetkiler federasyon anayasasıyla güvence altına alındığından, tek taraflı olarak değiştirilemezler. Bir devlet biçimi olarak federasyon, yapısal özellikleri gereği, üniter devletle, konfederasyonlar arasında yer almaktadır. Nitekim, söz konusu yapıya vurgu yapan tanımlamalarda, devlet yetkilerinin, her ikisi de asli yetkilerle donatılmış olan federal ve federe kurucu birimler arasında anayasayla paylaşıldığı bir bütünün, federasyon olarak tanımlanması söz konusudur.⁴⁷⁴

Güçlü bir genel yönetimle, güçlü kurucu yönetimlerin birleştirildiği federasyonlarda, *“her yönetim düzeninin, halk tarafından kendisine anayasayla devredilen yetkileri bulunmaktadır. Her yönetim düzeninde bulunan devlet organları, o yönetim düzeninin vatandaşları tarafından doğrudan seçilir. Ayrıca yönetim düzenleri, yasama, yürütme ve vergi yetkilerini, vatandaşları üzerinde doğrudan kullanabilmektedirler.”*⁴⁷⁵

GÖZLER, federasyonları, birden fazla devlet düzeyinin bir araya gelerek, kendi özerk alanları içerisinde devlet yetkilerini paylaşmak suretiyle sürdürdükleri sistem olarak tanımlamaktadır. Buna göre, federal ve federe yönetimler, ayrı tüzel kişilikleri olan, özerk yapılarıdır. Federasyonların, kurumsal yapıları gereği, birden fazla hukuk düzenleri bulunmaktadır. Federal hukuk düzeni, her federe yönetime uygulanmaktadır. Bu arada, ulusal yönetimi ilgilendiren her konu (para basımı, vergi, uluslararası antlaşma yapmak) bu hukuk düzeninde uygulanma alanı bulur. Federe hukuk düzeni ise, sadece ilgili federe yönetimin kendi coğrafi sınırları içerisinde uygulanan hukuk düzenini ifade eder. Burada, federal yönetimin organlarının (yasama, yürütme ve yargı) yanı sıra, her federe yönetimin kendi yasama, yürütme ve yargı organları bulunmaktadır. Bu şekilde meydana gelen bir sistemde, hukuk ve yetkiler alanında birtakım uyumsuzlukların ortaya çıkması ve iki hukuk düzeninin üst üste geçmesi dolayısıyla çakışmalar yaşanması kuvvetle muhtemeldir.⁴⁷⁶

WATTS, bir devlet biçimi olarak federasyonu, öncelikle “federal siyasi sistem” kategorisi içerisinde tanımlamaktadır. Yazar, bu noktadan hareketle federal siyasi sistemleri, ortak kurumlar aracılığıyla ortak kuralın, kurucu birimler aracılığıyla da özerk kuralın belirlendiği, iki veya daha fazla yönetim düzeninin birleşmesinden meydana gelen siyasi sistemler şeklinde tanımlamaktadır.⁴⁷⁷ Bu tanımda yer alan “özerk kural”dan, özerk bölgesel yönetimlerin belirli alanlarda verdikleri kararlar

⁴⁷⁴ ŞENOCAKLI, **Federalizm ve Kıbrıs Uyuşmazlığı** , s. 9. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, söz konusu tanımda dikkati çeken, kurucu birimlerin yani federe yönetimlerin, alt-yönetimsel birimler şeklinde ifade edilmesidir. Söz konusu tanımlar, federe yönetimlerin özerkliği bakımından, onların federasyonun kurucu unsurları olduklarını göz ardı etmektedir. Bir diğer ifade edilmesi gereken husus, alt ifadesinin, federasyonda yönetimler arasında hiyerarşik bir ilişki olduğu izlenimini uyandırmasıdır.

⁴⁷⁵ WATTS, Ronald, *Comparative Conclusion: A Fundamental Feature of Federations* , **Forum of Federations, International Association Centers for Federal Studies Publications**, 2006, s. 1; WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s** , s. 6-8.

⁴⁷⁶ GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi** , s. 82.

⁴⁷⁷ WATTS’ın tanımlarına ilişkin bilgi için bkz. WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s** , s. 7-10, Ayrıca bkz. SMITH, *Definitions, Typologies and Catalogues: Ronald WATTS on Federalism* , s. 6-15.

anlaşılmalıdır. Ortak ya da paylaşılan kural ise, federal yönetimin özerk bölgesel yönetimlerin de belirli derecelerde katılmasıyla ürettiği kararlardır.⁴⁷⁸

WATTS'a göre federal sistem, federal yönetim ile federe yönetimlerin anayasal düzeyde birbirilerine tabi (*subordinate*) olmadıkları sistemdir. Yazara göre, federasyonu diğer federal siyasi sistemlerden ayıran unsur, anayasanın varlığıdır.⁴⁷⁹

Federal sistemin işlevsel özellikleri üzerinden yapılan tanımlamalarda ise, federal sistem, farklı yönetimlerin, federal ve federe yönetimler arasında (merkez-ulus ile alt ulus-eyalet veya bölge) yetki ve sorumlulukları bölerek, ortaklaşa sürdürdükleri devlet süreci olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸⁰

Siyasi yaklaşımın öncüsü RIKER, federal sistemi, devlet faaliyetlerinin merkezi devlet ile bölgesel devletler arasında, her devlet düzeninin belirli alanlarda nihai karar alma yetkisine sahip olabileceği şekilde bölündüğü siyasi bir organizasyon olarak tanımlamaktadır.⁴⁸¹

Özellikle günümüzde, federal sistemin, işlevsel boyutu dikkate alınarak tanımlandığı görülmektedir. Örneğin AUER, federal sistemi, “*vatandaşlar üzerinde aynı anda görev yapan özerk; üst üste bulunan, çatışan (superposition) ve ortak kurallardan oluşan iki farklı düzeyinin bir araya geldiği devlet biçimlerinin özel bir kombinasyonu*”⁴⁸² şeklinde tanımlamaktadır. Görüldüğü gibi bu tanımda, hukuksal teorilerdekinden farklı olarak, ne yönetim düzenlerinin eşitliğine, ne de uyum içerisinde çalışmalarına karşın birbirlerine bağımlı olmamalarına vurgu yapılmaktadır. Tanımda, federal sistemin daha gerçekçi bir incelemesi yapılmakta, sistemin işleyişine ilişkin özellikler ön plana çıkarılmaktadır. Özellikle federasyonların çatışma ya da üst üste geçen kurallar bakımından değerlendirilmesi, günümüz federal sistemlerin işleyişleri bakımından göz ardı edilemeyecek karakteristik bir olgunun dikkate alındığını gösterir. Federal sistemlerde yönetim düzenlerinin varlıklarını bir arada ve üst üste sürdürdüklerini vurgulayan tanımlamalar, bu sistemlerde yönetim düzenlerinin birbirleriyle olan ilişkilerini ortaya koymaya yöneliktir.⁴⁸³ TEZİÇ de, benzer biçimde, aynı devlet yapısı içerisinde federal ve birden fazla federe yönetimin bir arada ve üst üste varlıklarını sürdürmelerleriyle ortaya çıkan devlet biçimini federasyon olarak tanımlayarak, söz konusu iki tip yönetim düzeninin hiçbirinin egemen olmadığını ve her bir yönetimin iktidarının, diğer yönetimin varlığıyla sınırlı olduğunu belirtmektedir.⁴⁸⁴

⁴⁷⁸ ERK, SWENDEN, (Ed.), *New Directions in Federalism Studies*, s. 2.

⁴⁷⁹ Bununla birlikte literatürde yaygın olarak kullanılan, WATTS'ın federal sistemi belirlemek için tespit ettiği unsurları belirtmek gerekmektedir. Söz konusu unsurlar federal sistemin tanımlayıcı unsurları olarak bir sonraki konuda aktarılacaktır.

⁴⁸⁰ MORGAN, DAVIES, *The Federal Nation: Perspectives on American Federalism*, s. 8

⁴⁸¹ RIKER, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, s. 13.

⁴⁸² AUER, Andreas, *The Constitutional Scheme of Federalism*, *Journal of European Public Policy*, V. 12:3, June 2005, s. 419.

⁴⁸³ Federasyonların bir listesi için bkz. FALLETI, Tullia G, CAMERON, Maxwell A, *Federalism and the Subnational Separation of Powers*, Table 2, *Publius*, Spring 2005, s. 260. GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, UYGUN, *Federal Devlet*.

⁴⁸⁴ TEZİÇ, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 10. Bası, 2005, s. 126.

Diğer yandan federal sistemin işlevinin sosyolojik değerlendirmelerle ifade edildiği görülmektedir. HOWARD federasyonun amacını, “bir yandan çeşitliliği korumaya çalışırken, öte yandan ulusal bütünlüğü sağlamak”⁴⁸⁵ biçiminde açıklamaktadır. Yazar, söz konusu iki unsurun bir arada yaşayabilmesinin koşulunu ise, federasyonlarda “gönüllü olarak bir birlik sağlamak için kurulan” siyasi bir yönetimin varlığına bağlamaktadır. Burada, kendi kimliklerini koruyan farklı siyasi topluluklar, birimler ya da yönetim düzenleri, anayasal yetki paylaşımı yoluyla, gönüllü bir ulus-devlet (*nation-state*) örgütlenmesiyle bir araya gelmektedirler.⁴⁸⁶

Çeşitlilik ve birliğin aynı anda yaşayabilmesi, sadece federasyonun oluşumunda değil, devamında da bulunması gereken bir unsurdur. Her ne kadar sistemin bazen çeşitliliklere bazen de birliğe yaklaşması mümkün ise de, bu unsurun sistem içerisindeki devamlılığının sağlanması gerekmektedir. KINCAID’e göre, federal bir sistemin oluşumunda federe yönetimlerin belirli bir kısmında veya hepsinde hoşnutsuzluk olsa dahi, federasyonun istikrarı bakımından gönüllülük prensibinin bulunması gereklidir.⁴⁸⁷

Kuvvetlerin belirli derecelerde dikey olarak ayrıldığı her siyasi sistemin ve devlet topluluğunun özünde federalizm düşüncesinin bulunduğu kabul edilmektedir.⁴⁸⁸ Bu bağlamda, temeli kuvvetlerin dikey ayrılığına dayanan federal sistemlerle federalizmin bağdaştırılması kaçınılmazdır.⁴⁸⁹ Söz konusu görüş, federasyonların fiili (*de facto*) ya da hukuki (*de jure*) oluşumlarına ilişkin değerlendirmelerin de altını çizmektedir. Federal sistemin hukuken tanımlanabildiği siyasi sistemler *de jure* federal sistem, buna karşın, federal sistemin hukuken tanımlanamadığı fakat toplumsal ve siyasi alanlarda önemli derecede yerinden yönetimci veya adem-i merkeziyetçi (*decentralize*) mekanizmaların bulunduğu sistemler ise, *de facto* federal sistem olarak

⁴⁸⁵ ŞENOCAKLI, *Federalizm ve Kıbrıs Uyuşmazlığı*, s. 10

⁴⁸⁶ Burada ifadesi geçen gönüllülük, federasyonun temel ilkesi olarak ifade edilmekle beraber, federasyonla ilgili kavramlardan biri olan anlaşma veya uzlaşmayı (*covenant*) da vurgulamaktadır. KINCAID, TARR, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, s. 421.

⁴⁸⁷ KINCAID federal sistemlerin, Hobbes’un devletin varlığına ve egemenlik anlayışına ilişkin teorilere veya baskıcı güçlerin olumlu teşviklerine bağlı olarak kurulsalar dâhi, gönüllülüğün devamlı olarak sürmesi gerektiğine işaret etmektedir. Yazar, federal yönetimlerin çeşitli güçlerinin zaman içinde daha az birlik ya da daha fazla birlik oluşturmak veya daha az veya daha fazla merkezileşme konularında dinamik bir eğilim içinde olacaklarını belirtmiştir. KINCAID, TARR, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, s. 421.

⁴⁸⁸ WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 6.

⁴⁸⁹ Bu yönde devlet topluluklarından biri olarak kabul edilen konfederasyonlarında, federal ilkeyi barındırdığı belirtilmektedir. Son dönemlerde tekrar canlanan konfederasyonların, özellikle devletler birliği yönünü vurgulamaya dönük en önemli örneği olan Avrupa Birliği (AB) gibi uluslarüstü örgütlenmelerin etkisinden kaynaklandığı ifade edilir. ELAZAR, Amerika’nın konfederasyon sistemi olarak yaşadığı başarısız dönemin, bu sistemin yürütülemeyeceğine neden olduğu fakat, Avrupa Birliği’nin aslında bir konfederasyon canlanması olduğuna işaret etmektedir. ELAZAR, AB’nin hukuken olmasa bile, anlaşmalar aracılığıyla oluşmuş entegrasyon olması bakımından pratikte konfederasyon olduğunu savunur. AB’nin bir federasyon örneği olduğuna ilişkin görüşler mevcutsa da, AB’nin yapısı hakkında, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu kurucularının, Paris Anlaşmasında federasyon terimi yerine uluslarüstü terimini kullandıkları görülmektedir. Bu nedenle, kurucuların, federasyon çağrışımında siyasi olarak kaçındıkları kabul edilmektedir. WARD, WARD, *The Ashgate Research Companion to Federalism*, s. 368. AB’nin federasyon olduğuna ilişkin görüşler için bkz. WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*. WATTS, Ronald L., *The Contemporary Relevance of the Federal Idea*, *Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, 1995, s. 111. MENON, SCHAIN *Comparative Federalism* içinde, KELEMEN, Daniel R., *Federalism and Democratization: The United States and European Union in Comparative Perspective*, 2006, s. 238.

tanımlanmaktadır.⁴⁹⁰ *De jure* federal sistemlere Kanada veya Avustralya gibi federal sistemler örnek gösterilebilirken, *de facto*, yani fiili federal sistemlere ise, çok zayıf bir derecede de olsa, dünyanın en hızlı büyüyen ekonomilerinden biri olan Çin örnek gösterilmektedir.⁴⁹¹

Nihayetinde federasyon, çeşitlilikleri kapsama biçimi, federalizm anlayışına olan uzaklığı ya da yakınlığıyla değerlendirilebilir. Çeşitlilikleri kapsayıcılık, bazı federasyonlarda zorunlu olarak ortaya çıkmaktadır. Zira söz konusu federasyonlarda, federe yönetimler sadece niceliksel anlamda çeşitlilik özelliği göstermez, aynı zamanda nitelikleri bakımından da çeşitlidirler. Böyle bir federal sistemde, tasarımından başlanarak, hukuken ve siyaseten tüm kurumların ve aktörlerinin söz konusu çeşitlilik unsuru üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bu tür federasyonları, günümüzde, fonksiyonel federalizm türü içerisinde değerlendirmek mümkündür. Toplumsal ve dilsel özellikleri bakımından *de facto* federal bir sistem olduğu hâlde üniter bir devlet olan Belçika örneğini burada anımsamak gerekmektedir. Belçika'nın hukuki (*de jure*) federal bir sistem olarak tanımlanması ancak 1993 yılında mümkün olabilmıştır.⁴⁹²

Federasyonlar, federe yönetimlerinin sahip olduğu özellikler bakımından da birbirlerinden farklılaşabilmektedirler. Örneğin Kanada federasyonu ortak hukuk (*common law*) geleneğinden gelmektedir. Ne var ki federe yönetimlerden biri olan Quebec Kıta Avrupa'sı hukuk geleneğine dayanmaktadır.⁴⁹³ Bu tip örneklerde asimetrik federal ilişkiler kaçınılmaz olmaktadır. Asimetrik federalizmde, yetkilerin paylaşılmasında, federe yönetimlerin kendi aralarında veya federe yönetimlerle federal yönetim arasında farklı ağırlıklar söz konusu olmaktadır. Kanada'da, Quebec federe yönetimiyle Ottawa veya diğer beş federe yönetim ile 3 bölge yönetiminin sahip olduğu yetkiler birbirlerine eşit değildir. Dolayısıyla, asimetrik federalizm örneklerinde, belirli federe yönetimler diğer federe yönetimlerden daha fazla özerkliğe sahip olabilmektedirler. Asimetrik federalizmin ortaya çıkması, sosyo-ekonomik tercihlerden kaynaklanabildiği gibi, kültürel sebeplere de dayanmaktadır. Federal sistemlerde *de jure* asimetri örnekleri olarak, Kanada'da Quebec ve Nunavut, Almanya'da Bavyera, Hindistan'da Jammu ve Keşmir ile Punjab, Belçika'da ise Almanca konuşanlar

⁴⁹⁰ *De jure* federal sistemlerde önemli olan hukuksal egemenliktir. *De facto* federal sistemlerde ise egemenliğin fiili olarak bulunduğu ifade edilmektedir. Bu değerlendirmeleri özellikle belirli bir federal sistem içerisinde ortaya çıkabileceği ileri sürülmektedir. Örneğin ABD hukukun federe yönetimlerin egemenliği ya da hakları konusuna bir yanıt bulunamaması, kölelik sorunu gibi önemli bir krizi gündeme getirmiştir. Kölelik krizinin ardından gelen İç Savaş döneminin, federe yönetimler bakımından hem hukuki egemenliklerinin hem de federe yönetimlerin hakları bakımından fiili egemenliklerinin (*practical sovereignty*) bir denemesi olarak görülmektedir. BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 19-20.

⁴⁹¹ PARIKH, Sunita, WEINGAST, Barry R, *A Comparative Theory of Federalism: India*, *Virginia Law Review*, Vol. 83, 1997, s.1593.

⁴⁹² Bazı federasyonlarda çeşitlilik unsurunun, sadece niceliksel yani sayıca çeşitli fakat nitelik olarak birbirine benzeyen tek tip federe yönetimler görülmektedir. Niceliksel federe yönetimlerin bulunduğu federasyonlarda çeşitlilik unsuru, sadece sayısal olarak farklılıkları ifade eder. Bu tür federasyonlarda yapı gereği, çeşitlilik tam olarak içselleşmediğinden, federasyonların özünü oluşturan anayasal yetki paylaşımının, federasyonun tüm kurumlarıyla merkezi otoriteye doğru yayılması çabalarının kuvvetle muhtemel olduğu belirtilebilir. Dolayısıyla, burada karşımıza merkeziyetçi federasyonlar çıkmaktadırlar.

⁴⁹³ BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 186-188.

topluluğu gösterilmektedir.⁴⁹⁴ Bununla birlikte, *de facto* asimetri örnekleri de vardır. “*De facto* asimetri”, kendi aralarında veya bölge/bölgeler ile merkez arasında sosyo-ekonomik, politik, kültürel ve siyasi parti farklılıklarının bulunmasından kaynaklanan asimetrik ilişkilere işaret etmektedir. Bu arada, *de facto* asimetrik yapılanmalarla, *de jure* asimetrielerin desteklenmesi de sağlanabilir. Yerinden yöneticiliğin farklı derecelerde desteklendiği İspanya ve Birleşik Krallık, *de facto* asimetri örnekleri olarak kabul edilmektedir. Bu iki örnekte, Bask, Galiçya, Katalonya, İskoçya, Galler gibi bazı bölgelerde diğer bölgelere oranla daha fazla yasama ve/veya yürütme özerkliği bulunmakta, bu noktadan hareketle, hukuken federal bir sistemin bulunmadığı bu sistemlerde, en azından *de facto* asimetri özelliğinin bulunduğu belirtilmektedir.⁴⁹⁵

Federalizmin federal sistemi tanımlamada kullanılması, siyasi sistemler bakımından başka bir sorunu daha gündeme getirebilecektir. Federalizmin belirli bir derecede özerklik ve ortaklık unsurlarının bulunduğu bir yaşam biçimi olarak kabul edilmesi, geniş bir tanımlama olarak kabul edilebilir.⁴⁹⁶ Bu tanımın federasyonları tanımlamada kullanılması halinde, günümüz tartışmalı karma siyasi sistemlerinin (AB, İspanya, İtalya veya Birleşik Krallık gibi) de federal olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁴⁹⁷ Ne var ki, federasyon ve federalizm kavramlarını ayırmaya yönelik kesin sınırlar ortaya koyulduğunda, söz konusu federalizm tanımı, sadece federalizm düşüncesini açıklayabilecektir. Herhangi bir siyasi sistemde federalizmi tespit etmek için, öncelikle özerklik ve ortaklık unsurlarının bir araya getirilmesine odaklanılmalıdır. Böyle bir sistemde, bütünsel yapı içerisinde bulunan alt birimlerin, belirli derecelerde özerklikleri bulunduğu görülebilir. Dolayısıyla siyasi bir sistemde federalizmi tespit etmek için siyasi sistemin daha geniş bir perspektiften ele alınması gerekmektedir.⁴⁹⁸ Nitekim ELAZAR da, bu görüşü, “*federal ilkenin bulunduğu sistemde, ille de geleneksel anlamda federal bir sistem ya da modern anlamda bir federasyon bulunmayabilir*” ifadeleriyle desteklemektedir.⁴⁹⁹

AB'nin tartışmalı yapısı, özellikle konfederasyon ya da federasyon olup olmadığına ilişkin farklı fikirlerle ortaya çıkmaktadır.⁵⁰⁰ AB'nin federasyon olup olmadığına ilişkin tartışma, federal sistemlerin kurucu unsuru olan anayasaya

⁴⁹⁴ BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 218, 221.

⁴⁹⁵ SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, s. 62-63. Nitekim Bölgesel devlete örnek olarak gösterilen İspanya'da, hukuken 1996 anayasa değişikliklerinden önce sistemin asimetrik özellikleri bulunmaktayken, bugün *de facto* asimetri örneği olduğu ileri sürülmektedir. Bask, Galiçya, Katalonya, Euzkadi asimetrik yetkileri bulunduğu ileri sürülmektedir. BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 221.

⁴⁹⁶ ELAZAR, *Exploring Federalism*, s. 15 vd.

⁴⁹⁷ BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 2-4. WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 7-10.

⁴⁹⁸ Bu konuda detaylı değerlendirmeler, ELAZAR ve WATTS tarafından gerçekleştirilmiştir. WATTS federal siyasi sistemler kategorisindeki her bir modelin, federalizm düşüncesinden kaynaklandığına işaret etmektedir. Ona göre bu kategori içerisinde; birlikler, anayasal yerinden yönetimler, federasyonlar, konfederasyonlar, federacy, associated states -, kondominyum, gibi, federalizm ilkesi çerçevesinde bir araya gelen devlet türleri ya da devlet birlik ve toplulukları bulunmaktadır. WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, s. 119-120.

⁴⁹⁹ ELAZAR, *Exploring Federalism*, s. 11-12.

⁵⁰⁰ ELAZAR, Daniel, *International and Comparative Federalism*, *Political Science and Politics*, Vol. 26, No. 2 (Jun, 1993), s. 192. Ayrıca bkz. WATTS, *The Contemporary Relevance of the Federal Idea*, s. 116-117.

odaklanılmasını gerektirmektedir. BURGESS'in altını çizdiği üzere, federasyonların doğum belgesi⁵⁰¹ anayasalardır ve AB bünyesinde, henüz üzerinde uzlaşma sağlanmış bir anayasa bulunmadığından, bu örgüt birçok yönüyle federasyona benzese de, en iyi değerlendirmeye, konfederasyondan öte fakat federasyona henüz ulaşmamış⁵⁰² bir uluslarüstü birlik olarak kabul edilebilecektir.⁵⁰³

ERHÜRMAN, anayasaya yaptığı vurguyla, federasyonu, “uluslararası kişiliğe sahip bir federal devletle, uluslararası kişiliğe sahip olmayan birden çok federe devletin, devlet yetkilerini, federasyonun anayasasında belirlenen biçimde paylaştığı”⁵⁰⁴ bir devlet biçimi olarak tanımlamaktadır.

Literatürde sıkça değinilen WATTS'ın tanımından hareketle, federasyonun tanımı şu şekilde yapılabilir.⁵⁰⁵ Federasyon, her ikisinin de özerk kurucu iktidar olarak, halk tarafından kendilerine anayasayla devredilen yetkileri bulunan güçlü bir genel yönetimle güçlü kurucu birimlerin, ayrı ayrı yasama, yürütme ve yargı organlarıyla, vergilendirme yetkilerini, kendilerini seçen vatandaşları üzerinde doğrudan kullanabildikleri bileşik bir yönetim biçimidir.

Belirli bir siyasi sistemi tanımlayabilmek için, öncelikle hukuki varlık koşullarını tespit etmek gerekmektedir. Federal sistemler bakımından bu tespitin yapılabilmesi içinse, anayasal yaklaşımın başlangıç noktası olarak kabulü şarttır. Bu tespit yapıldıktan sonra, federasyonun işleyişine ilişkin değerlendirmeler yapılarak, federal sistemin türünü açıklamak adına diğer teorilerden faydalanılması gerekmektedir.

2. FEDERAL SİSTEMİN KURUCU UNSURLARI

a. Genel Olarak

Federal sistemlere özgü teorik ve tanımsal çerçevenin oldukça tartışmalı bir alana dönüşmüş olması, tanımlayıcı unsurların ortaya konulmasını gerektirmektedir.⁵⁰⁶ Nitekim federasyonu sınırlı bir tanımla betimlemektense, özelliklerinin ifade edilerek tasniflendirilmesi, öğretilerde sıkça başvurulan bir yöntemdir. Bunun nedeni, federal sistemlerin dinamik doğalarını açıklayabilen uzun dönemli bir tanımın yapılmamasıdır. Literatürde federasyonun farklı unsurlarla ele alındığı görülmektedir. Federal sistemi saptamak için sadece karmaşık ve en önemlisi sınırlı tanımlar yoluyla değil, tanımlayıcı unsurların ortaya konularak belirlenmesi, daha kesin bir yöntem olarak kabul edilir.

⁵⁰¹ BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 49.

⁵⁰² GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, s. 141-142.

⁵⁰³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. GEORGE, B. Crutchfield, FRANTZ, L. Paul, BIRMELE, Jutta, *The Dilemma of the European Union: Balancing the Power of the Supranational EU Entity against the Sovereignty of Its Independent Member Nations*, *Pace International Law Review*, Vol: 9-111, 1997.

⁵⁰⁴ ERHÜRMAN, *100 Soruda Kıbrıs'ta Federasyon*, s. 90.

⁵⁰⁵ WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 6-8.

⁵⁰⁶ MENON, SCHAIN, *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, s. 15 vd.

Bu yönde federasyonu tanımlamak için belirgin bir tanımın kullanılması, onu dar bir alanla kısıtlayabilecektir. Bu nedenle federal sistemin, temel özellikler çerçevesinde değerlendirilmesi tercih edilmektedir.⁵⁰⁷

Federasyonların farklı yaklaşımlarla ele alınması, sistemin özellikle üniter ve konfederasyon gibi diğer tür devlet sistemlerinden ayırmak amacıyla bazı temel ilkeler belirlemektedir. Günümüzde, devlet şekilleri (devlet birlikleri ya da toplulukları) bakımından bu ayırım öyle zorlaşmıştır ki, literatürde aynı sistemlerin farklı tasniflendirmelere konu olduğu görülmektedir.⁵⁰⁸ Literatürde dile getirilen bazı ilkeler öncelikli olarak federasyonu tanımlamaya ilişkin olmakla beraber, belirtilen bazı unsurların olmaması halinde, sistemin federasyon olmaktan çıkmadığı görülmektedir.

Bu doğrultuda örneğin federal sistemi, toplumsal yaklaşımla ele alan teorisyenlerin, bir sistemi federal olarak tanımlayabilmek için öncelikle “federal toplum” unsurunun varlığını aramaları ifade edilebilir. Bu teoriye göre, bir toplumda federal olarak birlikte yaşama arzu ve isteği, federal sistemler için öncelikli bir unsurdur.⁵⁰⁹ Genel olarak bu ilke, federalizm algısını kuvvetlendiren ve federasyonların aşırı derecede merkezileşmelerini engelleyebilecek bir kavram olarak kabul edilebilir. Sosyolojik yaklaşımla özdeşleşen bu unsur, federal sistemi oluşturduğu gibi federal olarak bir arada yaşama isteğini de pekiştirebilir.

Bununla birlikte söz konusu federal olarak yaşama arzusu, iki yönüyle önemlidir. Birincisi federal sistemin oluşumunda, kurucu birimlerin federal bir tercih yapma konusunda daha istekli olmaları, ikinci olarak da söz konusu unsurun sistemin merkezileşmesini engelleme potansiyeli olmasıdır. Ne var ki anayasal yaklaşımla federal olarak tanımlanamayan bir toplumun, salt federal olarak yaşama arzusunun bulunması, sistemi ancak *de facto* federal bir sistem olarak tanımlanmasına neden olabilecektir. Bu durumda federal toplum olarak karakterize edilen ya da belirli toplumsal katmanlarıyla federalizm ilkelerinin bulunduğu her sistemin, federasyon olarak kabulü gerekmektedir.

Tersi bir önermeyle, federal toplum unsurunun zayıf olduğu, daha homojen toplumsal yapının bulunduğu aşırı merkezîyetçi federasyonların, federal sistem olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Bu durumda anayasalarında federasyon olarak belirtilen sistemleri, başka tür devlet biçimleriyle açıklamak gerekecektir.⁵¹⁰ Bununla

⁵⁰⁷ ARISOY, *Avrupa'da Federalizm Geleneği ve Avrupa Bütünleşmesinde Federalist Akımlar*, s. 1196.

⁵⁰⁸ Melez sistemler, federacy veya uluslarüstü oluşumlar gibi federasyon olmayan fakat federal ilkeyi barındıran karma yapılı sistemlere, literatürde farklı adlandırmalar yapıldığı görülmektedir. Bu konuda ELAZAR ve WATTS'ın federalizm ve federal siyasi sistem kategorilerine bakmak gerekmektedir. ELAZAR, *Constitutionalizing Globalization*, s. 43. WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 7-10.

⁵⁰⁹ ELAZAR, *Exploring Federalism*, s. 15 vd.

⁵¹⁰ Bu sistemlere verilecek örneklerin başında Avusturya gelmektedir. Avusturya Anayasası'nın 2. maddesinin ilk fıkrası *Avusturya federal bir devlettir* demektir. Buna karşın federal sistemler içerisinde en merkezîyetçi federal sistem Avusturya olarak kabul edilerek, en fazla federal benzeri şekilde ifade edilmektedir. GAMPER, Anna, *On Loyalty and the (Federal) Constitution*, *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, Vol 4, 2/2010, s. 161

birlikte, salt anayasaların kendilerini federal olarak tanımlaması kurucu unsurlar arasında aranabilecek bir ölçüt değildir. Örneğin federal sistemin ilk modern örneği olan ABD Anayasası'nın hiç bir yerinde federal sisteme ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bu nedenle federal sistemin tanımlanmasında kullanılacak unsurların, öncelikle anayasal yaklaşımla ifade edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar, diğer yaklaşımlarında federal sistemin gerek oluşumunda gerekse işleyişinde önemli roller üstlendikleri kabul edilse de, sistemi oluşturan unsurların tespitinde başlangıç noktası, anayasal yaklaşımlardır.⁵¹¹

Bu durumda federasyonu federasyon yapan ilkelerin ortaya konularak, öğretilerde federasyonla eşleştirilen sistemlerin dışlanması adına ciddi anlamda ilkelerin belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikli olarak literatürde, federal sistemleri tanımlamak için kullanılan unsurlar ifade edilerek, federal sistemlerin kurucu unsurları bakımından bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

Bu yönde literatürde temel unsurlarını belirleyenlerden biri olarak DICEY, tam anlamda gelişmiş bir federalizmin özelliklerini şu şekilde sıralamaktadır. Federal bir sistemde, anayasanın üstünlüğü, farklı yetkilerin işbirliği ve sınırlı yetkilerle donatılmış organlar arasında yetki paylaşımı ve anayasanın yorumcusu işlevini üstlenen yargı organının varlığı unsurlarının bulunması gerekmektedir.⁵¹²

BURGESS, federasyon kavramının unsurlarını değerlendirerek federal sistemin, farklı yönetim düzenlerinin belirli ortak amaçları gerçekleştirebilmek için (ortak savunma, ekonomik menfaatler gibi) bir araya gelmiş siyasi bir düzen olduğuna işaret etmektedir. Federasyonda, birbirinden farklı özerk yönetimlerin her biri ayrı ayrı kurumlara sahiptirler. Federal sistemde söz konusu özerk yönetim düzenlerinin bir arada tutulabilmesi için, bir takım kurumlar, yapılar ve prosedürlerin bir araya getirilmesi söz konusudur.⁵¹³

Anayasacılık ve federalizm konusundaki tespitler, federasyonun bir takım tanımlayıcı özelliklerini ortaya çıkarmaktadır. Bu özellikler, her federasyonda değişiklik gösterebilir, fakat çoğu federasyonda ortak olan belirli ilkeler bulunmaktadır. Öncelikle özerk yönetim düzeninin bulunduğu bir sistem, federasyonun ortak bir özelliği olarak kabul edilmektedir. ERDOĞAN federal sistemin özelliklerini, federal yönetim düzeniyle bölgesel yani federe yönetim düzenleri arasında yapılmış anayasal yetki paylaşımı; federe yönetimlerin belirli derecede yasama ve yürütme yetkisine sahip olmaları ve mali açıdan bağımsız olmaları şeklinde ifade etmektedir. Böylelikle federe yönetim düzenlerinin yetkilerine müdahale edilmemesi sağlanacaktır.⁵¹⁴

⁵¹¹ SAGAR, Arun, *Constitutional Interpretation in Federations and its Impact on the Federal Balance*, **Perspectives on Federalism**, Vol. 3, Issue 1, 2011, s. E-3.

⁵¹² DICEY, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, s. 140.

⁵¹³ BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 2.

⁵¹⁴ ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasi Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2004, s. 29-31.

UYGUN federal sistemleri tanımlayan klasik teorinin unsurları, iktidarın anayasayla iki yönetim düzeni arasında bölünmesi, federasyonun yersel biçimleri, anayasaların yetki paylaşımını güvence altına alması bakımından üstün ve yazılı olmaları, anayasal yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yüksek mahkemelerin hakemlik yetkisinin bulunması, federe yönetimlerin ikinci meclislerde eşit temsil edilmesi ve bağımsız gelir kaynaklarının bulunması şeklinde ifade etmektedir.⁵¹⁵

Federasyonların, olmazsa olmaz bir takım kurallara bağlı olduğuna değinen GÖZLER bunları; yazılı ve katı anayasa, anayasanın değiştirilmesine federe devletlerin katılımı ve yetki uyamazlıklarının yargısal çözümünün bulunması şeklinde ifade etmektedir.⁵¹⁶

Bu unsurlara karşılık literatürde oldukça sık atıf verilen WATTS'ın federal sistemlere ilişkin unsurları; her yönetimin yetkilerinin kaynağının anayasa olması; yönetimlerin yetkilerini birbirlerinden almamaları; her yönetimin yasama ve yürütme organları aracılığıyla vatandaşlar üzerinde, vergilendirme yetkileri de dahil olmak üzere, doğrudan yetkili olması; her yönetim düzeni organlarının doğrudan kendi vatandaşları tarafından seçilmesidir.⁵¹⁷

Burada asli unsur yönetimlerin özerk olmalarıdır ki özerk federe yönetimler, yetkilerini birbirlerinden almadıkları gibi, federal yönetimden de almamaktadırlar. Federe yönetimlerin yetkilerinin kaynağı, federasyon anayasasında öngörülen yetki paylaşımı kataloglarıdır. Burada, yetkili oldukları alanlarda özerk yasama ve yürütme işlevleri yer almakta ve bu yetkiler anayasal güvence altına alınmaktadır.

Literatürde, federal sistemi tanımlamada kullanılan önemli unsurların, LIJPHART tarafından da belirlendiği görülmektedir. Bu unsurlar genel olarak, “*federal ve federe yönetimler arasında güvenceli yetki paylaşımı, iki meclislilik, ikinci mecliste nüfus açısından azınlıkta olan federe birimler lehine orantısız temsiliyet, federe birimlerin kendi anayasalarını tek taraflı olarak değiştirebilmelerine karşın federal anayasayı değiştirme sürecine katılma haklarının bulunması ve yerinden yönetim ilkesi*” şeklinde ifade edilebilir.⁵¹⁸

Bunun yanı sıra, federasyonların karakteristik özelliklerinden biri olarak merkezi olmama ya da yerinden yönetim ilkesinin, (*non-centralize* veya *decentralize*) ayrıca çözümlenmesi gereken bir alan olduğu görülmektedir.⁵¹⁹ LIJPHART'a göre, genel olarak güvenceli yetki paylaşımının temel amacı, yetkilerin belirli bir bölümünün federe yönetimlerce kullanılmasının garanti altına alınmasıdır.⁵²⁰ Bu yönde,

⁵¹⁵ UYGUN, federasyonlara ilişkin teorilerin ilk kısmında hukuksal yaklaşımları Klasik teoriler şeklinde belirlemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgiler için bkz. UYGUN, **Federal Devlet**, s. 10-25.

⁵¹⁶ GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, s. 200 vd.

⁵¹⁷ WATTS, Ronald L, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, s. 119.

⁵¹⁸ LIJPHART, **Çağdaş Demokrasiler**, s. 148, ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi*, s. 125.

⁵¹⁹ ELAZAR, **Exploring Federalism**, s. 168, 198.

⁵²⁰ LIJPHART, **Demokrasi Motifleri**, s.184.

federasyonlarda yetkilerin ve gücün merkezileşmemesi, gücün yerinden yönetim ilkesi çerçevesinde paylaşılması anlamına gelmektedir.

Anayasal yaklaşımın savunucularından biri olan DUCHACEK, federasyonun tespitinde on ölçüt bulunduğunu ifade etmiştir. Yazar bu ölçütler vasıtasıyla, federasyonun tanımlamalarına ve ilkelerine getirilen farklılıkları ortadan kaldırmaya çalışarak, diğer tür devlet sistemlerinden federasyonunun ayrılabilmesi için gerekli olan unsurları ortaya koymuştur.⁵²¹

Federasyonun on ölçütünden ilk dördü, federasyonu konfederasyondan ayırmaya yöneliktir. Bu ölçütlerden yola çıkarak bir devlet şekli olarak federasyonun tespit edilmesi sağlanmaktadır. Öncelikle, federal sistemleri konfederal sistemlerden ayırmak için kullanılan ilk ölçüt, ulus-devlet anlayışına uygun olarak merkezi otoritenin, diğer ülkelerle olan ilişkilerinde, diplomasi ve savunma alanlarında açıkça yetkili olup olmamasıdır.⁵²² Konfederasyonda, konfedere yönetimler uluslararası anlamda egemenliklerini sürdürdükleri için, bu ölçütle konfedere yapılanmalar ile federasyonlar arasındaki ilk ayırım ortaya konulmaktadır.⁵²³

Federasyonlarda, savaş ilanı, uluslararası anlaşmalar yapma ve yabancı devletlerle ticari ilişkiler gibi eylemler dahil olmak üzere, uluslararası düzeyde yetkiler federal yönetime aittir. Örneğin Alman AY.nın m. 59, federasyonun uluslararası temsil yetkisinin, Federal Cumhurbaşkanı olduğu düzenlenmektedir. Cumhurbaşkanı bu anlamda, yabancı devletlerle federasyon adına anlaşmaları akdetme yetkisine sahiptir. Yine Avusturya Anayasası'nın 10. maddesinin 2. fıkrasında, dış ilişkilerde yasama ve yürütme yetkilerinin federal yönetimde olduğu düzenlenmiştir.⁵²⁴

Federasyonun tespitinde kullanılan ikinci ölçüt, federe yönetimlerin ayrılma haklarının bulunup bulunmamasıdır. Burada, birliğin dağılmasına karşı bağımsızlığın olup olmadığına bakılmaktadır. Kural olarak, federal sistemlerde federe yönetimlerin ayrılma hakkı bulunmamakta, bu da, federal sistemleri konfederasyonlardan ayıran ikinci unsur olarak kabul edilmektedir.⁵²⁵ Teorik olarak, federe yönetimlerin ayrılma hakkı bulunmamasına rağmen, tarihte ayrılma hakkının talep edildiği federasyonlar olduğu görülmektedir. En istikrarlı federal sistemlerde dahi, zaman zaman ayrılma hakkına ilişkin sesler yükselmektedir.⁵²⁶ Federasyonu oluşturan federe

⁵²¹ DUCHACEK, *Comparative Federalism* , s. 208 vd.

⁵²² DUCHACEK, *Comparative Federalism* , s. 207.

⁵²³ GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi* , s. 145-146.

⁵²⁴ Maddede, *Eyaletlerin 16'ncı maddenin birinci fıkrasında öngörülen yetkilerine rağmen, diğer ülkeler nezdindeki siyasi ve iktisadi alanlarda temsil yetkileri dâhil dış ilişkiler; özellikle uluslararası anlaşmaların imzalanması; hudut çizgilerinin belirlenmesi; diğer ülkelerle mal ve canlı hayvan ticareti; gümrük* , konularının federal yönetimin yetkileri alanında olduğu düzenlenmektedir.

⁵²⁵ Temel olarak, federasyonda ayrılma hakkı hukuken federe yönetimlere tanınmamıştır. Konfederasyonda, konfedere birimlerin akdi bir bağılılığı söz konusu olduğundan, bu bağılılık ayrılma yoluyla ortadan kaldırılabilir. GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* , s. 194-195. Federe yönetimlerin ayrılma haklarına ilişkin tartışmalar için bkz. UYGUN, *Federal Devlet* , s. 240 vd.

⁵²⁶ Özellikle Amerika'da, 1798 Kentucky ve Virginia Resolutions olarak bilinen belgelerde, federe yönetimlerin ayrılma hakları savunulmuştur. Aynı şekilde federe yönetimlerin ayrılma hakkı 1861 yılında South Carolina federe yönetimiyle tekrar gündeme gelmiştir. Söz konusu tarihte, Başkan Lincoln'ün müdahalesiyle ayrılma hakkını talep eden federe yönetimlerle uzlaşma sağlanmıştır.

yönetimlerin, ayrılma haklarının olmadığı gibi, bazı federasyon anayasalarında federe yönetimlerin görevlerini yerine getirmeleri için federal yönetimin zorlama yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir.⁵²⁷

Federasyonlarda federe yönetimlerle federal yönetim arasındaki bağlar, konfederasyonlardaki gibi gevşek değildir. İdeal bir federal sistemde, ne federe yönetimler ne de federal yönetim tek taraflı olarak federe yönetimlerin sınırlarını değiştirmemelidirler. Bu nedenle federe yönetimlerin sınırları federasyon anayasalarında tanımlanmalıdır ve her iki yönetim düzeni egemenliklerini bu anayasadan almaktadırlar. Dolayısıyla her iki yönetim düzeni birbirlerinden üstün ya da birbirlerinin hakimiyetinde değildirler. Bu sınırları ve ideal federal yapıyı değiştirecek gerçek bir federal formül sistemin her iki yönetim düzeninin rızasına dayanmalıdır ve aynı zamanda kendi sınırlarında değişiklik yapılacak olan federe yönetimin onayı gerekmektedir.⁵²⁸

Bu yönde örneğin ABD Anayasası'nın hiçbir yerinde açıkça ayrılma hakkına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasına karşın, Anayasa'nın bunu ima ettiği ileri sürülmektedir.⁵²⁹ Bu yönde EROĞUL, federasyonların dayandığı "gönüllülük" esasına vurgu yaparak, özellikle Amerika'da 1861-1865 yılları arasında yaşanan İç Savaş'ta, federe yönetimlerin ayrılma haklarının bulunmadığının kanıtlandığını dile getirmektedir.⁵³⁰

Buna karşın bazı federasyonlarda, ayrılma hakkının tanındığı da görülmektedir. Günümüze kadar gelen süreçte Sovyet, Yugoslav, ve 1957 Birmanya Anayasalarında bu tür düzenlemeler olduğu görülmektedir.⁵³¹ Bu ölçütte de, konfederasyonda ayrılma hakları bulunan konfedere devletlerle, federasyonda ayrılma hakları bulunmayan federe yönetimler arasında bir ayırım yapılmaktadır.

FABBRINI, Sergio, (Ed.), **Democracy And Federalism In The European Union And The United States: Exploring Post-National Governance**, Routledge, USA- Canada, 2005, s. 87-88, 200.

⁵²⁷ Bu yönde örneğin, Almanya Anayasası'nın 37. maddesinde düzenlenen *Federal Zorlama* hükmü ifade edilebilir. Madde şu şekildedir. (1) *Eğer bir eyalet (federe yönetim) kendisine Anayasa veya diğer federal kanunlarla verilen federal yükümlülüklerini yerine getirmezse, federal hükümet, Senato'nun (Bundesrat)527 onayını alarak, o eyaletin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayacak tedbirleri alır.*(2) *Hükümet veya onun yetki verdiği birimler, bu zorlayıcı tedbirlerin yürütülmesi için bütün eyaletler ve onların birimleri üzerinde emir verme yetkisini haizdir.* Almanya Anayasası'nın İngilizce Metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.constitution.org/cons/germany.txt>, <http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000.html>, Erişim Tarihi: 02-03-2011. DOEHRING, **Genel Devlet Kuramı**, s. 85. ve 17. Alıntı.

⁵²⁸ Örneğin İsviçre Anayasası'nın 53. maddesinde yer alan Kantonların sayısı ve topraklarına ilişkin hükümlerin son derece federal ve demokratik bir süreç ortaya koymaktadır. NORMAN, Wayne, **Negotiating Nationalism**, s. 103. 1999 *İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası'nın* Türkçe metni için bkz. İnternet Kaynak: <https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/ısvicre.pdf>, Erişim Tarihi:02-09-2012.

⁵²⁹ Bu yönde örneğin ABD Anayasası'nın Başlangıç kısmında, *Biz, Birleşik Devletler Halkı, daha mükemmel bir Birlik yaratmak, adaleti sağlamak, ülke içinde huzuru güvence altına almak, ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı artırmak ve özgürlüğün nimetlerini kendimize ve gelecek kuşaklara sağlamak için bu Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nı takdir ve tesis ediyoruz* ifadelerinin, özellikle kalıcı ya da daha mükemmel bir birlik sağlama yönündeki ifadeler, açıkça olmasa da federe yönetimler ayrılmak hakkını ima ettiği ileri sürülmektedir. Yazar ima edilen ifadelerin, Konfederasyon Maddesinde ve Anayasası'nın Önsözünde kullanılan sonsuza kadar kalıcı birlik, daha mükemmel bir birlik (*perpetual union, more perfect union*) ifadelerinden çıkarılabileceğini belirtmektedir. DUCHACEK, **Comparative Federalism**, s. 218.

⁵³⁰ EROĞUL, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, s. 66.

⁵³¹ Sovyet Anayasası'nın 17, Yugoslav Anayasası'nın Temel İlkeler Birinci bölümü ve Burma Anayasası'nın 201 ve 202. maddelerinin, federe yönetimlerin ayrılma haklarını düzenlediği belirtilmektedir. DUCHACEK, **Comparative Federalism**, s. 218-219.

DUCHACEK, federal sistemlerin üçüncü ölçüğü merkezi otoritenin federasyonun tüm bireylerine bağımsız olarak ulaşabilmesi şeklinde belirlemektedir. Söz konusu ölçütte, merkezi otoritenin bağımsız yetkilerini kullanabilmesi için tüm vatandaşların onay vermiş olması gerekmektedir. Aynı zamanda bu ölçekte federal yönetimlerin bağımsız mali kaynaklarının bulunması gerektiği belirtilmektedir.⁵³² Burada önemli olan merkezin bağımsız yetki alanlarının olup olması ve bahsi geçen yetkilerin, merkezin kendi organları aracılığıyla kullanabilmesidir. Ölçekte, federal sistemlerin konfederasyonlardan ayrılması bakımından gözetilmesi gereken husus, konfederasyonlarda doğrudan uygulanabilir merkezi yönetim kararlarının bulunmamasıdır.⁵³³

Federal yönetimin siyasi alanlarda, kurucu birimlere yani federe yönetimlere bağımlı olması, sistemi ancak bir devletler birliği veya anlaşma ile bir araya gelmiş devletler (*alliances*) ya da konfederasyon olarak kabul edilmesini gerektirir.⁵³⁴ Federal yönetimlerin kurucu birimlerine bağımlı olması, konfederat bağımlılık şeklinde nitelendirilerek, bağımlılık ilişkisiyle federal sistemlerin iki meclislilik özelliğine dikkat çekilmektedir. Federe yönetimlerin, federal yasama organını belirlemede ve dolayısıyla federal yasama sürecine olan katkıları, ikinci meclislerin seçim yöntemleri bakımından değerlendirmektedir.⁵³⁵

Bu tür bağımlılığa örnek olarak, 1913 yılına kadar Amerika'da ikinci meclisin seçiminin, dolaylı olarak yapılarak, meclis üyelerinin federe yönetimlerin yasama organlarınınca belirlenmesi eleştirilmektedir. Bu nedenle 1913 yılında, halk tarafından doğrudan seçim usulünün benimsenmesine kadar Senato'nun kompozisyonunun, federe yönetim yasama organlarına bağımlı olduğu belirtilmektedir. Aynı zamanda yürütme organının başı olan Başkan'ın seçiminde, federe yönetimlerin kendi yasama meclisinin tayin edeceği şekilde, Senato ve Temsilciler Meclisi üyesi toplam sayısına eşit sayıda seçicileri (*electors*) belirlemesi, bu bağımlılığın önemli bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte Amerika'da federal yönetim yerine, federe yönetimlerin federal oy hakkının kullanılmasına yönelik nitelikleri belirlemeleri de, aynı bağımlılık eleştirisine yol açmaktadır.⁵³⁶

⁵³² DUCHACEK, *Comparative Federalism* , s. 222

⁵³³ Burada konfederasyonlarda tüm üye devletlerin delege olarak buldukları Diyet meclisi ifade edilmelidir. Bu mecliste üye devletlerin vatandaşları üzerinde doğrudan uygulanabilir kararlar alınmamaktadır. GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* , s. 195.

⁵³⁴ DUCHACEK, *Comparative Federalism* , s. 224.

⁵³⁵ Bu konuda tanımlayıcı ilkelerde ifade edilen, İki Meclislilik başlığına bakılabilir. DUCHACEK, *Comparative Federalism* , s. 226.

⁵³⁶ Başkanın seçiminde de söz konusudur. Anayasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrası, Başkan'ın dört yıllık bir görev süresi bulunduğu ve *..Her eyalet, kendi eyalet yasama meclisinin tayin edeceği şekilde, o eyaletin Kongre'ye gönderme hakkına sahip olduğu Senato ve Temsilciler Meclisi üyesi toplam sayısına eşit sayıda seçici (elector) tayin ederek Başkan'ın seçilme yöntemini belirlemektedir.* Anayasa'ya eklenen 12. değişiklik, seçiciler kurulunun başkan ve başkan yardımcısı olarak kimleri seçeceklerini, listelerde ayrı ayrı belirlememesi gerektiğini, 23. değişiklik ise 1961 yılında, District of Columbia'da yaşayan vatandaşlara Başkanlık seçiminde oy kullanabilecekleri fakat bu kişiler Kongre üyeleri için oy kullanamayacaklarını öngörmektedir. Daha önceden seçicilerin verdikleri oylarda en çok oyu alan başkan olarak seçilmekteydi. Ancak 1800 yılındaki seçimde, Demokrat Parti olacak olan partiden Başkan aday olan Thomas Jefferson ve aynı partiden Başkan Yardımcısı aday olan Aaron Burr aynı sayıda oy almalarıyla, anayasadan hareketle başkanı seçme görevi Temsilciler Meclisine kalmaktadır. O dönemde oylardaki bu eşitlik, seçimlerin muhalefet partisi olan

Ne var ki günümüz federal sistemlerinde, bu tür bağımlılık ilişkisi devam etmektedir. Özellikle federe yönetimlerin federal yasama sürecine katılmalarını sağlayan ikinci meclislerin kompozisyonu son derece önemli olmakla birlikte, bunun bağımlılık ilişkisi bakımından eleştirilmemesi gerekmektedir. Sonuçta federal sistemlerde siyasi korumanın sağlanabilmesi için federe yönetimlerin ikinci meclislerdeki rolleri son derece hayati olabilmektedir.⁵³⁷

Bunun yanı sıra DUCHACEK bağımlılık ilişkisi bakımından, federasyonda federal yönetimin bulunduğu konumuna dikkati çekmektedir. Burada, federal yönetimin konum olarak bulunduğu yerin, belirli bir kurucu birimden ayrı mı yoksa, herhangi bir kurucu birimle birlikte mi tanımlandığı sorunsalını tartışılmaktadır. Federal başkent belirlenmesinde seçilen federe yönetimlerin büyüklüğü ve zenginliğinin önemli bir faktör olduğuna değinmekte, Uganda yönetiminin federasyon başarısızlığını da bu seçime bağlamaktadır. En büyük federe yönetim bölgesinin sembolik ve siyasi olarak federal başkent olarak belirlenmesinin, federe yönetimlerden birinin güçlenmesini ve federal yetkileri o birim içerisinde toplanmasının dayanılmaz olduğunun kanıtlandığı belirtilir. Federasyonda, federal yönetimin kurucu yönetimlerin siyasi ruh hallerine ve kaprislerine bağımlı olmasının, sistemi federasyondan çok bir tür devletler ligi ya da birliği haline çevireceğini ifade etmektedir.⁵³⁸

Bu duruma örnek olarak, Kanada'nın başkenti Ottawa'yı belirtmekte ve buranın Ontario federe yönetiminin bir yerel yönetimi-belediye (*municipality*) olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Bu durumda, federal yönetimin konumunun federal politikayı etkileyip etkilemediği sorunu gündeme gelmektedir. Diğer bazı federasyonlarda ise, Hindistan'da New Delhi, Amerika'da Washington D.C. gibi federal başkentlerin ayrı federal bölgelerde konumlandığına dikkat çekilmektedir.⁵³⁹

Üçüncü ölçekte, merkezin bağımsız mali kaynakların varlığı ve bunların yönetimine ilişkin tespitler de yapılabilir. Federal yönetimler anayasadan aldıkları yetkilerle, federal yasalarla doğrudan uygulanacak vergilerin konulması ve yürütülmesi konusunda bağımsızdırlar. Bu, federasyonlardaki egemenliğin dikey anlamda bölünmesi ve federe yönetim vatandaşlarının aynı zamanda federal yönetimin de birer vatandaşı olmalarına ilişkin, çifte vatandaşlık ilkesinin bir göstergesi olarak kabul

Federalist Partinin kontrolünde olan Temsilciler Meclisi'ne taşımıştır. Bu seçimin yapılması oldukça uzun sürmüş ve ardından Anayasaya 12. değişikliğin eklenmesi zaruret olarak görülmüştür. Bu arada, D.C veya Washington olarak bilinen federal yönetimin merkezi olan bu yer, bir federe yönetim değil özel bir federal bölge olarak kabul edilmektedir. Bu federal bölgenin Kongre ve Senato'da temsilcisi bulunmamaktadır. D.C Temsilciler Meclisinde, bulunan bir temsilci ile temsil edilir. Bu temsilcinin sadece ulsule ilişkin ve kongre komiteleri haricinde oy hakkı bulunmamaktadır. ABD Anayasası'nın ilgili hükümleri ve açıklamaları için bkz. PELTASON, J.W, (Ed.), *Amerika Hakkında: Açıklamalı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası*, Açıklamalar için *About America: The Constitution of the United States of America with Explanatory Notes* Adapted From **The World Book Encyclopedia**, World Book, Inc, **A.B.D. Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Bilgi Programları Bürosu Yayınları**, 2004, s. 62, 85. İnternet Kaynak: photos.state.gov/libraries/turkey/231771/.../abd-anayasasi.pdf. Erişim Tarihi: 02-10-2010.

⁵³⁷ Nitekim aynı bağımlılık ilişkisi Almanya, Avusturya, Kanada ve Hindistan'da devam etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için İki Meclislilik başlığına bakılabilir.

⁵³⁸ DUCHACEK, **Comparative Federalism**, s. 225-228, 224.

⁵³⁹ DUCHACEK, **Comparative Federalism**, s. 225-228.

edilebilir. Federal yönetimin mali konularında bağımsız olabilmesi önemlidir. Yetki paylaşımı kataloglarının, federal yönetimin savunma, uluslararası ilişkiler ve kamu refahı gibi yetkilerini kullanırken kendi mali kaynaklarını idare edebilmesi bakımından önem arz etmektedir.⁵⁴⁰ Dolayısıyla federal yönetimler, kendi yetki ve faaliyetlerini finanse edebilmek adına vergilendirme yetkisine sahiptirler. Bununla birlikte federe yönetimler de, ulusal düzeyde izin verilen kurumlar vergisi uygulamalarında bulunabilmektedirler.⁵⁴¹ Federasyonlarda önemli vergilendirme ve harcama yetkilerinin federal yönetimde bulunduğu görülmektedir.⁵⁴²

Federal ve federe yönetimlerin mali açıdan bağımsız olabilmeleri gerekmekte, federasyonlarda, konfederasyonlardan farklı olarak federal yönetimin bağımsız mali kaynaklara sahip olması önemlidir. Bu konu özellikle mali federalizm kapsamında değerlendirilmektedir. Federe yönetimlerin özerklik dereceleri ve federasyonlarda yerinde yönetim ilkesinin (*decentralization, non-centralization*) ölçülmesinde, mali bağımsızlık dereceleri hayati bir belirtkendir. Federe yönetimlerin bağımsız ya da özerk olabilmelerinin bir uzantısı da, mali açıdan belirli oranda bağımsız mali kaynaklara sahip olmalarıdır.⁵⁴³

Federasyonların tespitinde dördüncü ölçek, anayasaların değiştirilmesine ilişkin usullerdir. Federal sistemlerde anayasa değişiklik usulleri, federe yönetimlerin katılımı olmaksızın gerçekleşebiliyorsa, bu sistem bir federasyon olarak tanımlanamayacaktır. DUCHACEK, anayasa değişikliklerinde sadece federe yönetimlerin oybirliği gerekliyse, federal bir sistemden değil, konfederal bir yapı söz konusudur. Buna karşılık, anayasa değişikliği için sadece federal otoritenin gerekliliği söz konusuysa, burada da bir federal sistem değil, ancak üniter bir yapının olduğuna dikkat çekilmektedir.

Federalizmin tespitinde kullandığı beşinci ölçek, yetki paylaşımı hakkındadır. DUCHACEK'in federalizmin tespitinde kullandığı ilk dört ölçek, federasyonları konfederasyonlardan ayıran özellikler olarak tanımlanırken, beşinci ve devamındaki ölçeklerin federasyon ile üniter devlet biçimlerini ayırmada kullanılmaktadır.⁵⁴⁴

Federasyonların beşinci ölçeğinde, yersellik ya da ikincillik ilkesinin (*subordinate*) ön plana çıkarılarak, federe yönetimlerin bölgesel anlamda özerkliklerinin federal

⁵⁴⁰ DUCHACEK, **Comparative Federalism** , s. 222-223. Mali federalizm konusunda, federasyon türleri başlığı ve Federalizmin Ekonomik Boyutuna İlişkin Sorunlar (Mali Federalizm) kısma bakılabilir.

⁵⁴¹ Örnek federasyonlarda vergilendirme yetkilerine ilişkin yetki paylaşımı tablosuna bakılabilir.

⁵⁴² Örneğin Alman Anayasası'nın 105. maddesi vergilendirme konusunda, istisnalar var olmakla beraber yasama yetkisinin federal yönetimde olduğunu düzenlemektedir. ABD Anayasası'nın bölüm 1'de federal yönetimin yetkilerini sayarken önemli ölçüde vergilendirme ayrıcalıklarını federal yönetime vermektedir. Hindistan'da bu konuda farklı bir düzenleme vardır. Yetki paylaşımına ilişkin katalogta, Tarımsal gelir vergileri, Tarım arazisi bakımından Emlak vergisi, Arsa ve bina vergileri gibi önemli alanlarda federe yönetimlerin vergilendirme yetkileri benimsenmiştir. Anayasanın Federe Yönetimler Listesinin 43-63. maddeleri federe yönetimlerin vergilendirme yetkilerine yönelik düzenleme içermektedir. Hindistan Anayasası Yedinci Liste'si aynı konuda düzenlemeler içerir.

⁵⁴³ RODDEN, Jonathan A, **Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism** Cambridge University Press, 2006, s. 19.

⁵⁴⁴ DUCHACEK, **Comparative Federalism** , s. 233.

yönetim tarafından “ortadan kaldırılmayacak” (*indestructibility*) kalıcı yetkileri olup olmadığı tespiti yapılmaktadır. Üniter devletlerde yerel yönetimlerin özerklik dereceleri farklılık gösterebilir. Burada, üniter devletlerde yerel yönetimlerin merkezin kararıyla geçici ve tamamıyla ortadan kaldırılabilirleri, buna karşılık federe yönetimlerin merkezin tek taraflı iradesiyle ortadan kaldırılamayacakları belirtilmektedir.⁵⁴⁵ Burada federal sistemler bakımından önemli olan, federe yönetimlerin varlık ve egemenliklerinin ortadan kaldırılmasına yönelik tehditlerinden etkilenmeyecek güvenceli bir konumda bulunmalarınıdır. Bu da federal sistemin yazılı ve katı anayasayla oluşturularak, söz konusu güvencelerin ne kadar güçlü olduğuna bağlıdır.

Ortadan kaldırılamama ya da yok edilmezlik (*indestructibility*), federe yönetimlerin özerklik unsuruyla birlikte federasyonların beşinci ölçüğü olarak kabul edilmektedir. Federe yönetimler için yok edilemezlik, uzun bir yaşam olarak algılanır. Üniter devlet sistemlerinde, anayasal olarak yerel yönetimlerin belirli oranda özerklikleri ve yetkilerinin olması mümkündür. Bu özerklik ve yetki kendilerine merkez tarafından sağlandığı gibi yine merkez tarafından ortadan kaldırılabilirde. Ortadan kaldırmaya ilişkin uygulamalara, sık rastlanılacak bir durum olmadığı, bunun anayasal bir sınırlamadan değil sadece siyasi yöntemden kaynaklanabilir.

Üniter ve federal sistemlerin yok edilemez yerel birimlerinin varlığı ile ilgili değerlendirmelerin zorluğuna da değinmekte, üniter yapıları devletlerde garantili özerklik veya etkili yerel yönetimlerin varlığının söz konusu olabileceği gibi, federal sistemlerde de geçici siyasi birimlerin olabileceğine değinmektedir. Burada önemli olan yok edilmezlik tespitinin saptanmasında, dışarıdaki güçlerden ziyade siyasi bir birim içerisindeki güçlerin ifade edildiğine dikkati çekilir.⁵⁴⁶

DUCHACEK’in altıncı ölçüğü, federal sistemlerin yetki paylaşımı kataloglarında, karakteristik olarak bulunan artık yetkilere ilişkin ölçektir.⁵⁴⁷ Federal sistemlerde bazı yönetim düzenlerinin yetki alanları tek tek sayılarak açıkça belirtilir. Bunun dışında anayasada, geriye kalan yetkiler konusunda diğer yönetim düzeninin yetkili olacağı prensibi benimsenmektedir. Her federal sistemde bu tercihin farklı yönetim düzenleriyle ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin Kanada’da artık yetkiler alanı federal yönetime tevdi edilmişken, Avustralya’da federe yönetimlere bırakılmıştır. Anayasalarda, artık yetkiler prensibinin benimsenmesi, federal sistemin gerçek göstergesi olarak kabul edilmektedir.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 233-234.

⁵⁴⁶ Yıkılmazlık ya da bölünmezlik, bir siyasi birimin kendi içerisindeki kuvvetleri yerine dışarıdan gelen kuvvet ya da güçleri ifade etmektedir. DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 234.

⁵⁴⁷ Bu konuda detaylı bilgiler yetki paylaşımı başlığında aktarılacaktır. DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 244.

⁵⁴⁸ Bu yetkiler, federasyon anayasalarında sayılmış yetkilerden arta kalan (residual powers) yetkililerdir. Bu yetki konularının, sayılan yetkilerden farklı olarak daha önemsiz yetkiler olduğu anlamına gelmemektedir. Bir yetkinin artık yetki olması, sadece, anayasada açıkça sayılan yetkiler arasında yer almayan bir yetki olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte implied powers olarak bilinen zımni ya da artık yetkiler, artık yetkilerden farklıdır. Zira açıkça sayılan bir yetkinin de içinde saklı olan bir yetki bulunabilir. Burada şu ayrımı da yapmak gerekir. Salt artık yetkiler ya da artık yetkilere ilişkin düzenlemelerle federal sistemin varlığını özdeşleştirmek

Federal sistemlerin üniter sistemlerden ayrılmasına ilişkin olarak ifade edilen yedinci ölçek, eşit olmayan birimlerin eşit bir şekilde temsiliyetini öngören çift meclislerdir. Burada çift meclisliliğin federal sistemleri üniter devlet biçimlerinden ayırmaya yarayan bir ölçek olduğunu belirtmek doğru değildir. Nitekim basit devletlerin belirli bir kısmında da, çift meclisli yapılar görmek mümkündür. Zira federal sistemlerde çift meclislilik zorunlu bir unsurdur. Bu ölçekte önemli olan federe yönetimlerin temsil edildiği ikinci meclislerin birinci meclislerle eşit ya da eşite yakın bir derece yetki sahibi olabilmeleridir. Federal sistem örneklerinden ABD ve Avustralya'da eşit üye söz konusuken diğer federal örneklerde farklı uygulamalar bulunmaktadır.⁵⁴⁹ Aynı zamanda geçmişte Sovyet ve Yugoslavya gibi başarısız federal sistem örneklerinde, federe yönetimlerin ikinci meclislerde eşit sayıda üyeye temsil edildiğini belirtmek gerekir.⁵⁵⁰

Burada önemli olan, ikinci mecliste eşit ya da sayısal azınlıkta olan kurucu birimler lehine orantısız temsiliyetin sağlandığı iki meclislilik kriteridir.⁵⁵¹ Zira ABD ve Avustralya örnekleri dışında, Hindistan, Kanada ve Avusturya federal sistemlerinde ikinci meclisin kompozisyonunda farklı yöntemler belirlenmiştir.

Federal sistemlerin sekizinci ölçeği, ikili mahkeme sisteminin varlığıdır. Federal ve federe yönetimler, kendi yasama, yürütme ve yargı organlarına sahip olduklarından, federal sistemde özellikle yargı organının ikili bir yapılanmayla tanımlanması gerekmektedir. Burada Sovyetler Birliği örneği verilerek, federal ve federe yönetimler düzeninde kurulmuş ayrı birer yargı organı bulunmaması nedeniyle, federal bir sistem olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.⁵⁵² Ayrıca söz konusu unsurun, bölgesi devletlerle federasyonları ayırmada kullanıldığını da belirtmek gerekmektedir. Bölgesi devletlerde de yargı birliği öngörülmektedir. Bu nedenle federal sistemlerden söz konusu ölçek bakımından ayrılmaktadırlar.⁵⁵³ Ancak bunun tek başına bir kriter olmadığını da belirtmek gerekmektedir. Avusturya federal sisteminde de, federe yönetimlerin kendi yargı organları bulunmamaktadır. Burada federe yönetimler düzeyinde kurulmuş yargı organları bulunmaktadır fakat bu organlar federal

mümkün değildir. Bu durumda bölgesel devletlere örnek olarak kabul edilen İspanya'nın artık yetkilerine ilişkin hükümden hareketle federal bir sistem olarak kabulü gerekmektedir. Aynı şekilde AB'nin yetki paylaşımında artık yetkilere ilişkin düzenlemesi nedeniyle federasyon olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

⁵⁴⁹ Bu konuda ikimeclislilik başlığında ayrıntılı bilgiler bulunmaktadır.

⁵⁵⁰ DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 246.

⁵⁵¹ LIJPHART, *Çağdaş Demokrasiler*, s.147 vd.

⁵⁵² DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 249.

⁵⁵³ Bölgesi devletlerde, basit devlet modelinden farklı olarak siyasi özerklik unsurunun temel boyutunun Anayasayla belirli alanlarda bölgelere bırakılan yasama yetkilerine sahip olmalarıdır. Bu unsur federal sistemle büyük oranda benzetimle birlikte her iki devlet biçimi bakımından temel farklılıklar bulunmaktadır. Bölgesi devletlere örnek olarak gösterilen İtalya ve İspanya'da yargı birliği ilkesi geçerli olmakla birlikte, bölgelere yargı yetkisi tanınmamaktadır. ÇAVUŞOĞLU, Naz, *Bölgesi Devleti' de Egemenlik/Yetki Paylaşımı*, *E-Akademi*, S. 4, Haziran 2002, Parag. 15, İnternet Kaynak: (<http://www.e-akademi.org/makaleler/naz1.html>), Erişim Tarihi: 10-10-2011. Bununla birlikte GÖZLER üç unsurla bölgesi devletin üniter devletlere benzediğini belirtmektedir. Birinci olarak, özerk bölgelerin kendi anayasaları bulunmamaktadır bu anlamda kurucu iktidar unsurundan yoksundurlar. Bu doğrultuda bölgesel devletlerde tek bir ulusal devletin anayasası bulunur. İkinci olarak özerk bölgeler, ulusal devletin yasama organına devlet olarak değil halk olarak katılmakta ve ikinci meclislerde özerk bölgelerin değil, halkın temsili söz konusudur. Son olarak, özerk bölgelerin işlemleri ulusal devletin denetimine tâbidir. Bu denetim hem hukukilik, hem de yerindelik bakımındandır. GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 79. Bu üç nokta bakımından ise, bölgesel devletle federal sistemlerin birbirlerinden ayrıldığını da belirtmek gerekir.

mahkemelerinin dağıtılmış örnekleri şeklinde örgütlenmişlerdir. Bu nedenle Avusturya, simetrik, son derece merkezi ve güçlü bir üniter benzeri federasyondur.⁵⁵⁴

Federal sistemin tespitinde dokuzuncu ölçek, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yüksek mahkemelerin varlığıdır. Federasyon anayasalarında, anayasa yargısının tesisinde nihai karar organı olarak bulunacak yüksek mahkeme ya da anayasa mahkemelerinin varlığı federal sistemler bakımından zorunlu bir unsur olarak belirtilmektedir. Söz konusu unsur, sadece federal sistemlerde değil, üniter devlet biçimlerinde de bulunmakla birlikte, federal sistemde anayasanın üstünlüğü ilkesine olan bağlılığın, federal veya federe yönetim düzenlerine ait yasalarının anayasaya uygunluğunun denetlenmesiyle sağlanacağı belirtilmektedir.⁵⁵⁵ Bu durumda da anayasa yargısının geniş anlamda ele alınmasını gerektirmektedir. Bu ölçekte, anayasaya uygunluk denetimi aracılığıyla federal sistemi dengede tutan yargı organlarının tarafsızlığı önem kazanmaktadır. Seçimlerle halkın desteğini arkasına alan yasama organlarının işlemlerini geçersiz kılma konusunda, bazı yüksek mahkemeler daha aktif roller üstlenmekteyken, bazı mahkemeler ise bu konuda daha temkinli davranmaktadırlar.

Federal sistemin tespiti bakımından ileri sürülen son ölçek, yetki paylaşımlarının içeriğine ilişkin önemli bir ölçektir. DUCHACEK bu ölçeği açık yetki paylaşımı olarak ifade etmektedir.⁵⁵⁶ Bu ölçekte federal sistemin hem oluşumuna hem de işleyişine ilişkin önemli tespitlerin yapılabileceğini ifade etmek gerekir. Federal sistemlerde, yetki paylaşımı kataloglarının açıklığı, düzenli olup olmadığı ya da kesinliği, özellikle yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkması bakımından detaylı bir şekilde tespiti son derece önemlidir.

Federasyonları ve melez veya federal siyasi sistemler kategorilerini ayıran WATTS ise, federal sistemin unsurlarını şu şekilde belirlemektedir.

Federasyonun her iki yönetim düzeninin, vatandaşlar üzerinde doğrudan etki edebilmeleri; her yönetim düzeninin kendi özerk alanlarının olmasını garanti altına alacak şekilde yasama ve yürütme yetkileriyle, gelir kaynaklarının tahsisinin anayasayla yapılması; farklı bölgesel görüşlerin federal siyasi karar alma organlarında ya da federal politika-belirleyici kurumlarda temsil edilebilmeleri için düzenlemelerin bulunması, genellikle bunun ikinci meclisler aracılığıyla sağlanması; tek taraflı değiştirilemeyen ve değişmesi için kurucu birimlerin önemli oranda rızalarının gerektiği yazılı ve üstün bir anayasanın varlığı; yönetim düzenleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek için bir hakemin bulunması (mahkemelerin örgütlenmesi veya referandum şartının getirilmesi örnek olarak verilmiştir); paylaşılan yetkilerin veya kaçınılmaz olarak örtüşen yetkilerinin bulunduğu alanlarda, yönetimler arası işbirliğini kolaylaştırmak için belirli süreçlerin ve kurumların gerekliliğidir.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role of the Constitutional Court in Austria*, s. 5.

⁵⁵⁵ DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 255.

⁵⁵⁶ DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 258.

⁵⁵⁷ WATTS, Ronald, *Models of Federal Power Sharing* Blackwell Publishers, Number: 108 ISSJ 167/2001 Ó UNESCO, UK-USA, 2001, s. 28.

LIJPHART, federal bir sistem için olmazsa olmaz unsurları şu şekilde ifade etmektedir. Federasyonun birincil özelliği, federal ve federe yönetimler arasında güvenceli bir yetki paylaşımıdır. Bu doğrultuda ikincil özellikler, yazılı anayasa, ikinci mecliste eşit ya da sayısal azınlıkta olan kurucu birimler lehine orantısız temsiliyetin sağlandığı iki meclislilik, federe yönetimlerin kendi anayasalarını tek taraflı olarak değiştirebilmelerine karşın federal anayasayı değiştirme sürecine katılma haklarının bulunması ve yerinden yönetim ilkesi⁵⁵⁸ çerçevesinde örgütlenmiş yönetsel bir yapıdır.⁵⁵⁹

Federal sistemi tanımlamada farklı unsurların bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte bir sistemin federal olarak tanımlanabilmesi için, federasyonun temel özelliklerden bir veya birkaçının bulunmasının yeterli olacağı ileri sürülmektedir.⁵⁶⁰ Lakin bu değerlendirmenin, tam olarak doğru kabul edilmesi mümkün değildir. Federasyonun temel özellikleri denildiğinde, her federal sistemde değişmeyen, ortak ve olmazsa olmaz unsurlar akla gelmelidir. Bu unsurların, federal sisteme kuruculuk sağlayan unsurlar olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Burada dikkati çeken nokta, hangi özelliklerin varlığı halinde federasyonun tanımlanabileceği sorunudur.⁵⁶¹

Bu sorudan ya da sorunsalından hareketle, federal sistemlerin unsurları tespit edilmeye çalışılacaktır.⁵⁶² Her ne kadar, federasyonun oluşumuna ilişkin sosyolojik ya da siyasi teorilerin geçerliliği kabul edilse de, federal sistemlerin unsurlarının, hukuken tanımlanabilir olması gerekmektedir. Aksi halde, fiilen federal özellikler gösteren sistemleri de federal olarak kabul etmek gerekecektir.

Öncelikle, şimdiye kadar literatürün önemli genel olarak kabul edilen unsurları sayılmıştır. Bunları belirli bir sistematik halinde ele alındığında ilk unsurun, “yetki paylaşımı” olduğu görülmektedir. Federal sistemlerin ilk tasarımından bu yana karakteristik kurucu unsuru, anayasal yetki paylaşımıdır. Bu unsur, federal ilke çerçevesinde bir araya gelen karma ya da bileşik devlet sistemleri gibi üniter devlet sistemlerini, federal sistemlerden ayırmadaki ilk ölçüttür.⁵⁶³

Ayrıca anayasal yetki paylaşımı aracılığıyla, federasyonun iki yönetim düzeni arasında yasama ve yürütme yetkilerinin verilmesi söz konusudur. Federal sistemde,

⁵⁵⁸ Söz konusu ilkelere değerlendirilmesi bakımından bkz. ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlar da İstikrarlı Demokrasi* , s. 13-18.

⁵⁵⁹ Söz konusu, yerinden yönetim ilkesi ya da merkeziyetçi olmama ilkesi, federasyonda yetkilerin merkezde toplanmaması yani merkeziyetçi bir federasyon yapısının olmaması anlamına gelmektedir. ERHÜRMAN, bu ilkeyi Federe devletlerin yetkilerinin üniter devletlerdeki bölge yönetimlerinininkilere oranla fazla olması anlamına gelmesi şeklinde ifade edilen, yerinden yönetim ilkesi karşılatırılmaması gerektiğini, federasyon çalışmalarında decentralization ya da non-centralize federasyonlar şeklinde farklı farklı adlandırılmaktadır. LIJPHART, *Çağdaş Demokrasiler* , s.147-150. ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlar da İstikrarlı Demokrasi* , s. 125, 129. Ayrıca yerinden yönetim yani merkeziyetçi olmama ilkesinin için bkz. BURGESS, *Comparative Federalism* , s. 48 vd. WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s* , WATTS, Ronald L, *Federal Second Chambers Compared* , *Institute of Intergovernmental Relations School of Policy Studies* , Queen’s University, Working Paper 02, 2008, s. 9.

⁵⁶⁰ ARISOY, *Avrupa’da Federalizm Geleneği ve Avrupa Bütünleşmesinde Federalist Akımlar* , s. 1196-1197.

⁵⁶¹ Böylelikle Avrupa Birliği, İspanya, İtalya gibi ülkelere ilişkin federasyon göndermelerinin de çalışmamız bakımından dışlanması sağlanacaktır.

⁵⁶² Sorunsal, hangi ilkenin bulunmaması halinde federal sistemin varlığının ortadan kalmayacağıdır.

⁵⁶³ Öncelikle konfederasyonun kuruculuğu anayasa dışı bir belgeye, yani uluslararası sözleşmelere bağlandığına göre, ilk etapta anayasa koşulu bu sistemi dışlamaya yöneliktir.

yönetim düzenlerinin egemenliklerini korumaktadırlar. Bu egemenliğin bir sonucu olarak gerek sistemin oluşturucu belgesi olan federasyon anayasası, gerekse federe yönetimlerin kendi anayasalarını oluşturmaktadırlar. Bu doğrultuda, her iki yönetim düzeninin hem asli hem de tali kurucu iktidar özellikleri bulunmaktadır. Bu ilke federasyonun bölgesel devlet gibi, adem-i merkeziyetçi üniter devlet sistemleri ayrılması bakımından önemli bir özelliktir.

Hemen belirtmek gerekir ki, anayasal güvenceli yetki paylaşımı federasyonların merkezi olmayan yönetimlere oldukça geniş yetkiler tanıyan üniter devletler ile bölgesel devletlerden ayırma konusunda da önemli bir ölçüt olacaktır.⁵⁶⁴ Federasyonlarda federe yönetimlerin kuruculuk unsurlarının bulunması gerekir. Federe yönetimler, kendi anayasalarını yaparak tek taraflı olarak değiştirebilmektedirler. Bu anlamda hem asli hem de tali kuruculuk unsurlarını kendilerinde bulundurmaktadırlar. Ayrıca federasyonun anayasasının hazırlanması ve değiştirilmesinde de aynı kuruculuk güçleri devam etmektedir. Bu durumda federe yönetimlerin tali kuruculuk güçleri gereği, federasyon anayasasıyla belirlenen yetki paylaşımı, federal yönetim tarafından tek taraflı olarak değiştirilmeyecektir. Bu koşulların birlikte değerlendirilmesiyle, İspanya veya İrlanda gibi örnekleri elemek bakımından önemli olacaktır.⁵⁶⁵

Federal sistemlerde önemle vurgu yapılan unsurlardan biri de, federe yönetimlerin federasyon politikalarının, yani tüm ülke genelinde belirlenen ortak kurallara katılmaları gerekir. Bunun en önemli aracı ise, ikinci meclislerdir. Dolayısıyla ortak kuralın belirlenmesi bakımından federe yönetimlerin ikinci meclislerde temsiliyetinin sağlandığı, iki meclislilik esastır. Bununla birlikte yüksek mahkemeler, federal ve federe yönetimler arasındaki gerilimde, federasyonu dengede tutmaktadır. Mahkemenin en önemli işlevi, anayasaya uyulmasını sağlamakla yetki paylaşımı kataloglarının güvencesini oluşturmaktır. Burada önemli olan ise, yüksek mahkemelerin sistemin güvencesi olmalarıdır. Bu yönde anayasal güvenceli yetki paylaşımında, güvence unsuru hem anayasanın federe yönetimlerin tali kuruculuk güçleri olmaksızın değiştirilmemesi, (federal katılaştırma unsuru), yetki paylaşımının yazılı olması ve yüksek mahkemelerin sistemi garanti altına almasıyla sağlanabilir. Son olarak

⁵⁶⁴ LIPHART, üniter ve federal devlet sistemleri arasında yapmış olduğu yerinden yönetim seviyelerine ilişkin değerlendirmesinde, üniter devlet modelleri arasında Danimarka, Norveç, Finlandiya İsveç ve Japonya örneklerini vermektedir. Bu çalışmada, şüphesiz ki yerinden yönetim seviyelerinin en yüksek olduğu devlet sistemleri federasyonlar olarak görülmektedir. Ayrıca üniter modellerin daha düşük dereceler de olsa da yerinden yönetimi üniter devlet sistemlerinin bulunduğu kategoride, Fransa, İtalya, Birleşik Krallık, Costa Rica, Yeni Zelanda, Yunanistan, Portekiz, İzlanda, İngiltere ve İrlanda olduğu görülmektedir. Bunun dışında söz konusu çalışmada, federasyonların yerinden yönetimi yani yetkilerin merkezden kanatlara doğru anayasa ile dağıtıldığı modeller olmaları bakımından zaten doğal olarak yerinden yönetimi olduklarını ifade etmek gerekir. Federasyonların hemen altında bulunan ve tam olarak birer federasyon olarak tanımlanmayan (yarı federal) modellerde, federasyonlara yakın değerlerle İsrail, Hollanda, Papua Yeni Gine ve İspanya örneklerinin bulunduğu görülmektedir. LIPHART, Arend, **Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries**, New Haven and London, Yale University Press, 1999, s. 189.

⁵⁶⁵ Bununla birlikte, Belçika (1993) ve İspanya (1978) bu iki ülkede federal fikrin ya da federal ilkenin uygulanması bakımından yenilikçi yaklaşımlar benimsemiştir. Belçika, iki toplumlu düzenlemelerle ve İspanya ise, özerk topluluklarının inşasında asimetrik yaklaşım açısından yenilikçi olarak kabul edilmektedir. WATTS, **Comparative Federal Systems 1990s**, s. 12.

federasyonların kurucu ilkelerinden biri de, mali özerkliğe ilişkin olarak ele alından merkeziyetçi olmama ilkesidir.⁵⁶⁶

Yerinden yönetim ilkesinin, her çalışmada farklı unsurlarla detaylandırıldığı görülmektedir. Ne var ki kanımızca LIJPHART'ın bu unsuru belirtmek için alt unsur olarak ifade ettiği mali özerklik ilkesi, unsurun önemli boyutunu teşkil etmektedir. Bir kere, kuruculuk özelliğine sahip olan federal ve federe yönetimlerin, birbirlerinin tabi olmamaları, sadece yetkilerin kullanılması anlamında değil, mali anlamda da gerekmektedir. Bir devleti oluşturan unsurların başında, kendi toprakları üzerinde yaşayan halkı üzerinde egemenlik yetkilerinin kullanılabilmesidir. Egemenlik yetkisinin önemli bir boyutu, kurucu birimlerin devlet kamu otoritelerini vergilendirme işlemleri gibi mali bağımsızlık yetkilerini kullanabilmeleridir.⁵⁶⁷

Özellikle LIJPHART'ın sistematik unsurları baz alınarak, federal sistemin kurucu unsurlarının, federal ve federe yönetimler arasında *yazılı ve katı bir anayasayla yapılmış güvenceli yetki paylaşımı*; eşit ya da sayısal azınlıkta olan federe yönetimler lehine orantısız temsiliyetin sağlandığı *iki meclislilik*; federe yönetimlerin asli ve tali kurucu iktidar olarak, *federe yönetimlerin kendi anayasalarını tek taraflı olarak değiştirebilmeleri*; *federasyon anayasasının federe yönetimlerin iradeleri olmaksızın federasyon anayasasının değiştirilememesi* ve federe yönetimlerin mali özerkliklerini güvence altına alan, *yerinden yönetim ilkesi* şeklinde belirlenebilir.

b. Federal Sistemin Kurucu Unsurları

Federal sistemin istikrarının sağlanması bakımından gerekli olan bu unsurların ayrı bir önemi bulunmaktadır. Bu bağlamda federal sistemlerin özünü oluşturan yetki paylaşımı ilkesi, ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Özellikle yetki uyumsuzluklarının çözümü bakımından öncelikli olarak yetki paylaşımı unsurunun tartışılması gerekmektedir.

i. “Güvenceli” Anayasal Yetki Paylaşımı

Klasik egemenlik anlayışı, egemene verilen yetkilerin açıkça sayılması yoluyla pozitif bir tanımlama çabası geliştirmiş, böylelikle zaman içerisinde bir dönüşüm geçirmiştir.⁵⁶⁸ Federasyonlara ilişkin tüm tanım ve unsurlarda anlaşılacağı üzere, federal ve federe yönetimler arasında anayasayla yapılmış yetki paylaşımı, federal sistemin birincil özelliklerindedir.⁵⁶⁹ Bu yönde LIJPHART, federal sisteme ilişkin

⁵⁶⁶ Daha önce yerinden yönetim ilkesi olarak ifade edilen bu kavram, diğer tür devlet sistemleri bakımından yerinden yönetim uygulamaları ile karıştırılmaması bakımından merkeziyetçi olmama ilkesi şeklinde ifade edilecektir. Söz konusu ifadenin adem-i merkeziyetçilik şeklinde çevirileri de mümkündür. Ayrıntılı açıklama için bkz. LIJPHART, *Çağdaş Demokrasiler*, s. 152-153.

⁵⁶⁷ ÖNCEL, Muallâ, ÇAĞAN, Nami, KUMRULU, Ahmet, *Vergi Hukuku*, Cilt 1, Genel Kısım, 2. Basım, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 548, Ankara, 1985, s. 3-4.

⁵⁶⁸ GÖZTEPE, Ece, *Avrupa Birliği'nin Siyasi Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 52.

⁵⁶⁹ LIJPHART, Arend, *Non-majoritarian Democracy: A Comparison of Federal and Consociational Theories*, *Publius*, Vol. 15, Number 2, 1985, s. 5.

tanımların en karakteristik özelliğini, “*iktidarın federal yönetim ve federe yönetimler arasında güvenli bir şekilde bölünmesi*” şeklinde ortaya koymaktadır.⁵⁷⁰

Federal sistemlerde iki yönetim düzeninin eşitliği prensibinin, yetki paylaşımı unsuruyla desteklenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu paylaşım, her iki yönetim düzenin, kendi alanlarında bağımsız olabilecekleri biçimde paylaşılmasını gerekli kılmaktadır.⁵⁷¹ Yetki paylaşımının, anayasalar yerine yasalar ya da uluslararası anlaşmalarla düzenlenmesi, yönetim düzenlerinden herhangi birinin dilediği zaman yetki paylaşımına ilişkin ilkeleri değiştirebilmesine neden olabilir. Bu durumda, güvenceli yetki paylaşımı unsurunun sağlanmış olduğu kabul edilemeyecektir. Bu yönde federasyonda yetkiler, federe yönetimlerin katılımı ve iradesi olmaksızın değiştirilemeyecek üstün bir anayasa ile teminat altına alınmalıdır.⁵⁷² Bu nedenle modern anayasalarla, anayasaların üstünlüğü ilkesi ve federasyonların ortaya çıkışında örtüşme görülebilmektedir.

Tarihsel gelenekler açısından yetkilerin ve gücün merkezileştiği federal sistemlerde, bilinçli olarak önemli yetkiler federal yönetimlere verilmektedir. Ne var ki, federal yönetimlerin sistemin işleyişine asgari düzeyde katılması ve sınırlı sayıda yetkileri bulunmasına işaret edilerek, bunun federal sistem için en iyi yönetim şekli olacağı ileri sürülmektedir.⁵⁷³

Yetki paylaşımında, federal ve federe yönetimlere verilen yetkiler çok geniş ya da çok sınırlı olabilir. Ancak, yetki paylaşımının güvence altına alınabilmesi için LIJPHART, önemli derecedeki yetkilerin federe yönetimlere ait olmasını, genel bir prensip olması gerektiğine işaret etmektedir.⁵⁷⁴ Bu, gücün merkezleşmesini engellemek adına önemlidir.

Yetki paylaşımı kataloglarında önemli federal ilkeler söz konusu olduğunda, en iyi yönetimin kendi kendini yönetmeyi ifade eden özerk yönetim anlayışı olduğu ileri sürülmektedir. Bu düşünce genel olarak, esaslı bir federal yetkinin dahi federe yönetimlerde bulunmasına ilişkindir. Diğer bir deyişle, sürekli olarak yetkileri merkezde yani federal yönetimde toplamaya çalışmak, sadece federal sisteme aykırılık teşkil etmeyecek, aynı zamanda özerkliğin demokratik ilkelerine de aykırılık teşkil edecektir.

Bu yönde anayasal güvenceli yetki paylaşımını için, ilk olarak belirtilmesi gereken unsur, yazılı bir anayasanın varlığıdır.⁵⁷⁵ Yazılı anayasa da bir bakıma federasyonun

⁵⁷⁰ LIJPHART, *Demokrasi Motifleri* , s. 183

⁵⁷¹ WHEARE, *Federal Government* , s. 26.

⁵⁷² BURGESS, *Comparative Federalism* , s. 158, ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlar da İstikrarlı Demokrasi* , s. 126-127, WHEARE, *Federal Government* , s. 29.

⁵⁷³ AKHTAR, *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 15.

⁵⁷⁴ LIJPHART, , *Demokrasi Motifleri* , s. 184

⁵⁷⁵ LIJPHART, *Non-majoritarian Democracy: A Comparison of Federal and Consociational Theories* , s. 4-5. Aynı yönde daha güncel bir çalışma için bkz. ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlar da İstikrarlı Demokrasi* , s. 125 vd.

teminatıdır, çünkü bu belgeyle iki yönetim düzeninin yetki alanları belirlenecek ve bu alanların yazılı üstün bir belgeyle koruma altına alınması sağlanacaktır.⁵⁷⁶

Nitekim güvenceli yetki paylaşımının en önemli özeliğinin, yazılı anayasa olduğu konusunda fikir birliği bulunmaktadır.⁵⁷⁷ Kanımızca da, güvenceli yetki paylaşımının yazılı bir anayasa ile yapılmış olması federasyonlar bakımından tali bir unsur olmamalıdır. LIJPHART, federasyonun yetki paylaşımı ilkesinin yazılı bir anayasa ile güvence altına alınması koşulunu, “*temel federal ilkenin mantıksal sonucu*” şeklinde belirtmiş olsa da, bunu federasyonların ikincil ilkeleri arasında saymaktadır.⁵⁷⁸ ERHÜRMAN bu konuda, “*yetki paylaşımının yazılı olmayan anayasayla da güvenceli hale getirilebileceği teorik olarak düşünülebilse bile, özellikle çeşitlilik unsurunun yoğun olarak bulunduğu çok katmanlı toplumlarda bunun sürekli bir tartışma ve istikrarsızlık sebebi*” olabileceğini dile getirmektedir.⁵⁷⁹

Federasyonun birincil ilkesine ilişkin olarak, federasyon anayasalarının biçimi konusundaki unsurlara açıklık getirmek gerekmektedir. Öncelikle anayasayla yapılmış güvenceli yetki paylaşımı, yazılı anayasanın varlığını gerektirmektedir. Bu ilkenin, ikincil ya da ayrı bir unsur kategorisi olarak benimsenmesine gerek yoktur. Bunun nedeni, güvenceli yetki paylaşımı unsurunun içini dolduran bir unsur olması ve anayasanın üstünlüğü ilkesinin benimsenmiş olmasıdır. Bu unsurlar, anayasal güvenceyi desteklemektedir.

Ayrıca birincil unsurda, anayasa ve güvence kavramları olduğunda göre, esnek bir anayasal düzende söz konusu güvence unsurunun pek bir anlamı olamayacaktır. Bu nedenle güvence unsuru, katı anayasa prensibini de benimsemektedir. Federasyon anayasalarının katı olması, güvenceli yetki paylaşımı açısından ayrıca önemlidir. Federasyon anayasanın katılığı, yetkilerin bölüşülmesine ilişkin usullerin kolayca ya da tek taraflı değiştirilmesini engelleyebilecektir.

Federasyonlarda anayasaya katılık sağlamak, sadece nitelikli çoğunluk prensibi getirilmesi veya referandum koşulunun aranması anlamına gelmemektedir. Sonuçta, federasyon anayasalarında anayasayı katılaştırma yöntemlerinden bir ya da bir kaçının benimseyebilmektedirler. Bu katılaştırma usullerinin yanı sıra, “federal katılaştırma unsuru” olarak, federe yönetimlerin anayasayı değiştirme usulüne katılmalarının benimsenmesi gerekir. Aksi halde, federasyonun kurucu unsurlarından bir diğeri olan, anayasal güvenceli yetki paylaşımı esaslarının, bir anlam ifade etmemesi sonucu doğar. Federal yönetim, tek taraflı olarak anayasayı ve yetki paylaşımı kataloğunu

⁵⁷⁶ ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi* , s. 29-31.

⁵⁷⁷ WHEARE, *Federal Government* , s. 28. ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Topumlarda İstikrarlı Demokrasi* , s. 126.

⁵⁷⁸ LIJPHART, *Çağdaş Demokrasiler* , s. 148.

⁵⁷⁹ ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Topumlarda İstikrarlı Demokrasi* , s. 126, 66. Atıf.

değiştirebilir. Bu doğrultuda sistemin federal olarak devamlılığı ve istikrarı yazılı anayasalar gibi bu koşula da bağlanmaktadır.

Federasyonların, en temel karakteristik özelliklerin “*iktidarın, merkezi ve bölgesel yönetimler arasında güvenli bir şekilde bölünmesi*”⁵⁸⁰ şeklinde ifade edildiğine göre, bu bölünmenin güvenli bir şekilde yapıyor olmasının temel prensibi, yazılı ve katı bir anayasayı gerektirmektedir. Yazılı ve katı anayasa ilkeleri, birbirlerini tamamlayıcı niteliktedirler. Nitekim yazısız anayasaların esnek anayasalar olmaları nedeniyle, yazılı anayasası olmayan bir sistemde yetki paylaşımının neye göre ve nasıl yapılacağına tespiti zor olacaktır.⁵⁸¹ Üstelik, yazısız anayasa düzeyinde, federasyonun diğer kurucu ilkelerinin bir çoğu da anlamsız kalabilecektir. Bu tür bir anayasa şeklinin, “*güvence*” kavramını tam olarak karşılamayacağı açıktır.

Doktrinde, federasyonlarda yetki paylaşımının yazılı ve katı bir anayasa ile yapılmasının iki sonucu bulunduğu belirtilmektedir.⁵⁸² İlk olarak, federasyonun varlığının anayasaya dayanması, yani federal ve federe yönetimlerin devlet organlarının (yasama, yürütme ve yargı) yetkilerini, doğrudan doğruya anayasadan almaları,⁵⁸³ ikincisi ise, bağımsız ve tarafsız bir yargı organının anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli olmasıdır.⁵⁸⁴

Yazılı ve katı bir anayasa, belirli bir üstünlüğe ve bu üstünlüğü korumaya yarayan başka bir diğer güvenceye daha ihtiyaç duyar. Bu güvencede anayasa yargısı kurumun ortaya çıkmasına katkı koyan uyuşmazlıkların çözümünde nihai karar verici olan yüksek mahkemelerin varlığıdır.⁵⁸⁵

Federasyonlar, “*federe yönetimlerin haklarını koruma gücü ile ulusal birlik anlayışını uzlaştırmak için bir siyasi düzenek*”⁵⁸⁶ olarak tasarlanmıştır. Anayasa, devlet kurumlarının iktidar ilişkilerini düzenleyen, uyulması tüm devlet kurumları bakımından zorunlu olan üstün hukuk belgeleridir. Federasyonda devlet kurumlarının hem yatay hem de dikey biçimde örgütlenmiş olması, anayasal düzende çoklu iktidar merkezlerini ortaya çıkarmaktadır. Bu merkezlerin hepsinin birden anayasal düzene uymaları beklenmektedir.

Anayasalar, uyulması gereken kurumsal ilişkileri düzenleyen bir yönü bulunmakla beraber; dinamik, sürekli değişen bir sistemin gelişim ve değişim ihtiyacına cevap

⁵⁸⁰ LİJPHART, *Demokrasi Motifleri* , s. 183.

⁵⁸¹ Federasyon anayasalarının, federasyonun asli bir unsuru şeklinde değerlendiren yazarlar için bkz. SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe* , s. 10; WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s* , s. 7; ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi* , s. 126.

⁵⁸² ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi* , s. 126.

⁵⁸³ DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* , s. 144.

⁵⁸⁴ BURGESS, *Comparative Federalism* , s. 158; ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi* , s. 126.

⁵⁸⁵ Kimi federal sistemlerde anayasa mahkemesi olarak tanımlanan bu üstün yargı organı, kimi federal sistemlerde de yüksek mahkeme şeklinde adlandırılmaktadır. Çalışmada genel olarak aktarılan bilgiler bakımından, yüksek mahkemeler ifadesi kullanılacaktır.

⁵⁸⁶ DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* , s.131.

vermesi gereken birer yol haritasıdır.⁵⁸⁷ Anayasaların koruduğu ilkeler ve üstlendiği işlevler bakımından, kendisinin de korunması gerektirmektedir. Bu koruma işlevi ise, tarafsız ve bağımsız bir yargı organının varlığını gerektirmektedir. Bu nedenle, çoğunlukların hakimiyetini engelleyerek, anayasalara uyulmasını garanti altına alacak üstün bir yargı organının tanımlanması söz konusu olmuştur.

Federal sistemlerde yüksek mahkemelerin hakemlik görevi, federal sistemleri tanımlamada ayrı bir unsur olarak gösterilmektedir.⁵⁸⁸ Kanımızca bu unsur son derece önemli olmakla birlikte, anayasal “güvenceli” yetki paylaşımının güvence kısmının içini dolduran bir unsurdur. Dolayısıyla bu unsorda belirtilen, anayasal güvenceli yetki paylaşımının tek garantörü, hakemi ya da sigortası yüksek mahkemeler olarak kabul edilmelidir. Her anayasal düzende olduğu gibi kuvvetlerin dikey ya da yatay ayırımından doğan uyuşmazlıklar, anayasaların üstünlüğü prensibi gibi önemli gereklilikler, tarafsız, bağımsız ve nihai karar verici organ olarak yüksek mahkemelerin varlığını gerektirmiştir. Güvence unsurunu destekleyen bu koşul, birinci unsur kapsamında değerlendirilmelidir.

Federasyonların, diğer tür sistemler bakımından ayrılması bakımından, federasyonun kurucu koşulları ilk olarak “anayasa” vurgusuyla ifade edilmektedir. İlk olarak, anayasal güvenceli yetki paylaşımının bulunmaması, sistemin ancak bir devlet birliği veya meşruiyet belgesinin niteliğine yerel birimlere belirli derecelerde özerklik veren, federasyon dışında başka bir sistem olması anlamına gelmektedir. İkinci olarak, söz konusu anayasanın bazı güvencelerle teminat altına alınması yani “güvenceli” olması gerekir. Aksi halde sistem yine federal olarak tanımlanamayabilir. Bu vurgu, özellikle uluslararası örgütlerin arttığı ve bu örgütlere üye olan devletlerin belirli bir oranda egemenlik haklarının devretmeleri yönünde ortaya çıkan sistemler bakımından özel önem arz etmektedir.

Bu bakımdan federasyonların, Avrupa Birliği (AB) gibi uluslararası oluşumlardan da ayrılması sağlanmaktadır. Literatürde, AB’nin federal bir sistem olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır.⁵⁸⁹ AB’nin, federasyonlarda olduğu gibi çeşitlilik içerisinde birliği andırmakta ve AB ile üye ülkeler arasında federal dengeye benzetilmektedir.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ CANIKLIOĞLU DİKMEN, Meltem, *Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri*, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 22.

⁵⁸⁸ DICEY mahkemelerin federal sistemlerin karakteristik özelliklerinden biri olduğunu dile getirmektedir. Yazar federasyonlarda mutlaka tarafsız bir mahkemenin varlığına işaret ederek bunun önemli bir unsur olduğuna değinmektedir. Kimi yazarlar federasyonun etkili olması için mahkemelerin varlığını ve hakemlik yetkisini kabul ederken kimi yazarlar ise yüksek mahkemelerin hakemlik yetkisinin federasyonun olmazsa olmaz ilkelerinden biri olduğuna işaret etmektedir. DICEY, A.V, **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, s. 144. Bu yönde daha önce unsurlar kısmında ifade edilen WATTS ve DUCHACEK’in unsurları da örnek olarak belirtilebilir.

⁵⁸⁹ BURGESS, AB’nin dünya devlet modelleri içerisinde, yeni bir federal devlet olduğunu ifade etmiştir. Ayrıntılı Bilgi için bkz. BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 247. Ayrıca, BURGESS’in AB ve federasyon arasında kurduğu bağla ilgili olarak bkz. BURGESS, Michael, **Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000**, Routledge, London, 2000. Bu konuda, federasyon ve federalizm öğretisinin önemli yazarlarından biri olan ELAZAR’ı belirtmek gerekir. ELAZAR, 17. Yüzyılda geliştirilen ulus-devlet ideallerinin, günümüzde artık devletler içinde olmaktan çıkıp AB içerisinde devletler arası bir karaktere büründüğünü ifade etmektedir. ELAZAR, federal ilkeler devletlerin içerisinde çıkararak, devletler arası alana taşınmıştır ifadeleriyle AB’nin federasyon karakterine vurgu yapmıştır. Ayrıntılı Bilgi için bkz. ELAZAR, Daniel J, *From Statism to Federalism: A Paradigm*

Ancak yazılı ve katı anayasa unsuru, federasyonları oluşturan kurucu ilke olduğuna göre, AB'nin federasyon sistemleri arasında kabul etmek doğru değildir. Günümüz AB tartışmalarında daha orta yol, AB'nin ilerlemesinin uluslarüstü boyuttan, "yarı-anayasal boyuta" ve "federal benzeri" (*quasi-federalism*) bir konuma ulaştığı belirtilmektedir.⁵⁹¹ Bu konuda AB'nin federasyon olmayan bir federalizm olduğuna dikkati çekerek, bunun anlamını, "*kökünü, oluşumu ve sonraki evrimiyle, kurumsal çerçeve ve genişleyen politikası sonucu, AB'nin kendisini resmi bir federasyon haline dönüştürmeyen federal fikirler deposu*" olduğunu ifade etmektedir.⁵⁹²

Nitekim AB'de bir demokraside bulunması gereken ortak bir parti sistemi, medya, sivil toplum kuruluşları ve ortak kimlik unsurlarının bulunmadığı da ifade edilmektedir.⁵⁹³ Burada ifade edilen "*demokratik bir anayasal devlet ancak ulus devletler düzeyinde oluşturulabilir,..bir halka dayanmadan herhangi bir Avrupa Anayasası'nın temelini olamayacağı*" görüşüne katılmak gerekir.⁵⁹⁴ Nitekim, biçimsel anayasa yapıcılığının, bir asli kurucu iktidarı gerektirdiği ve demokratik anayasa yapım süreçlerinde bu iktidar, halk olduğuna göre AB bakımından bu kuruculuk unsuru sağlanamamıştır. Bu yönde, "*Avrupa kurucu iktidarına dayanmayan biçimsel bir anayasa, anayasa gibi gözüken bir anlaşma*" olabileceği ifade edilmektedir.⁵⁹⁵ Ayrıca ironi olarak AB'nin, istikrasız büyümesinden kaynaklanan sorunları çözmek için, federasyon benzeri sistemleri araştırdığı ifade edilmektedir.⁵⁹⁶ AB'nin, yazılı ve katı bir anayasaya sahip olmadıkça tam bir federasyon olduğunu söylemek, mevcut sistemler için öngörülen kurucu unsurları görmezden gelmek anlamına gelir.

Bu yönde federasyonun birincil ilkesi, *federal ve federe yönetimler arasında yazılı ve katı bir anayasayla yapılmış güvenceli bir yetki paylaşımıdır*. Bu bağlamda, yazılı ve katı anayasa prensipleriyle, yüksek mahkemelerin varlığına ilişkin unsurların birincil ilke kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasal yetki paylaşımı federal ve federe yönetimler arasında yasama ve yürütme yetki, sorumluluk ve mali durumlarının anayasayla paylaşılmasının tasarımı ve

Shift , Publius, Vol. 25, No. 2, 1995, s. 5-18

⁵⁹⁰ BAST, Jürgen, *The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution* , **German Law Journal**, Special Issue – Unity of the European Constitution, Vol. 06, No. 11, 2005, s. 1434

⁵⁹¹ SAUNDERS, Cheryl. *Constitutional Arrangements of Federal Systems* , **Publius**, Vol. 25, No. 2, 1995, s. 79.

⁵⁹² BURGESS, **Comparative Federalism** , s. 266.

⁵⁹³ AB'nin yetkilerinin önemli ölçüde artmasının ortaya bir demokrasi açığı çıkarması ve demokratik meşruiyet eksikliğinin giderilmesi bakımından, *şekilsel bir anayasanın kabulü gerekmiştir*. ARAN, Latif, *Avrupa Birliği'nde Anayasalaşma Kavramı ve Anayasal Antlaşma'nın Getirdiği Yenilikler* , **Europe's Log**, İnternet Kaynak: <http://europeslog.weebly.com/2/category/avrupa%20anayasal%20antlasmab29128fd55/1.html>, Erişim Tarihi:02-02-2012. Özellikle, AB liderleri tarafından 2004 yılında Brüksel'de kabul edilen Avrupa Anayasa taslağı, 2005 yılında yapılan referandumda, Fransa ve Hollanda'nın anayasaya Hayır demeleri, tüm üye ülkelerin anayasal bir çatı altında birleşme isteğine sahip olmadığını göstermiştir. BOZKURT, Enver, ÖZCAN, Mehmet, KÖKTAŞ, Arif, **Avrupa Birliği Hukuku** , 5. Baskı, Ankara, 2011, s. 49-51. Bu gösterge, kanımızca tek başına anayasaların oluşumu ve en önemlisi federasyonların oluşumu sürecinde rastlanılan anlaşma *covenant* ile de bağdaşmadığı da görülmektedir.

⁵⁹⁴ WEILER, J. H. H., *In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg* , içinde, WIND, Marlene, (Ed.) **European Constitutionalism Beyond the State** , Cambridge Univeristy Press, UK, 2003, s. 8.

⁵⁹⁵ ARAN, *Avrupa Birliği'nde Anayasalaşma Kavramı ve Anayasal Antlaşma'nın Getirdiği Yenilikler* .

⁵⁹⁶ SAUNDERS, *Constitutional Arrangements of Federal Systems* , s. 79.

bunun işletilmesinin sağlanması, bütün federasyon yapılarının temel özelliklerinin gerçekten belirleyici yönünü oluşturmaktadır.

ii. Federe Yönetimlerin Temsiliyeti: İki Meclislilik

Federasyonların önemli ilkelerinden biri temsiliyete ilişkin katılım ilkesidir.⁵⁹⁷ Federal ve federe yönetim düzenleri, birbirlerine yabancı olmayan, ortak bir hukuk düzeni içerisinde birbirlerine bağlı ve iç içe geçmiş yönetim düzenlerine işaret ettiği gibi, ortak hukuk düzeninde özerk bir çok hukuk düzeninin bulunduğu bir devlet biçimidir. Bu doğrultuda AUER federasyonun, en belirleyici özelliği üst üste gelen iki hukuksal düzenin arasındaki katılım olduğunu, bu katılımın ise, aşağıdan yukarıya ve yukarıdan aşağıya olmak üzere iki yönlü tanımak gerekmektedir.⁵⁹⁸

Bu bağlamda federe yönetimlerin sisteme katılımı, federal kurallar ve politikaların yasalaştırılmasına, uygulanması ve tanımlanması sürecine katılma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yönde federal sistemlere ilişkin bir çok çalışmada, katılımın sağlanması açısından öncelikle, federe yönetimlerin temsiliyetinin sağlandığı ikinci meclislerle sağlanması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁹⁹

Çift meclisli yapıların ortaya çıkmalarının önemli nedenlerinden biri de, siyasi iktidarın sınırlandırılmasıdır ki bununla da ulaşılmak istenen hedef temel hak ve özgürlüklerin korunması düşüncesidir.⁶⁰⁰ Federal sistemlerde çift meclislerin önemi, ulusal sürece federe yönetimlerin katılması ve temsiliyetlerinin sağlanmasıdır. Sonuçta federasyonun tümü üzerinde etkisi olabilecek düzenlemelere yani ortak kuralın yaratılmasına, kuruculuk özellikleri bulunan federe yönetimlerin katılması federal sistemin temel unsurudur.⁶⁰¹

Federe yönetimlerin ulusal yasama organına katılmalarının yanı sıra, yürütme organlarının belirlenmesine ya da yürütmeye ilişkin ulusal faaliyetlerin yürütülmesine de katılmaktadırlar. Devlet başkanlarının ya da Başbakanların seçimine doğrudan ya da dolaylı olarak katılabilen federe yönetimler, yürütme organının belirlenmesi bakımından genel anlamda önemli bir yere sahiptirler.⁶⁰²

⁵⁹⁷ BLINDENBACHER, Raoul, OSTIEN, Abigail, (Eds.), **A Global Dialogue On Federalism Booklet Series Volume I: Dialogues on Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, içinde, TARR, G. Alan, Comparative Reflections, McGill-Queen's University Press, Canada-UK, 2005, s. 46. Bu yönde federal sistemlerin diğer bir ilkesi özerklik olarak belirtilir. Bu iki ilkenin yanı sıra UYGUN ek olarak üçüncü bir ilkenin işbirliği ilkesi olduğu ifade edilmektedir. UYGUN, **Federal Devlet**, s. 24.

⁵⁹⁸ AUER, *The Constitutional Scheme of Federalism*, s. 422.

⁵⁹⁹ Bunun yanı sıra, federal bir düzenlemelerin yürürlüğe girmeden önce federe yönetimlere danışılması, yasaların teklifi, uluslararası anlaşmaların sonuçlandırılması, yüksek mahkemelere başvurma olanakları ve federe yönetimlerin sisteme katılma unsuruna ilişkin diğer alanlar olarak belirtilmektedir. AUER, *The Constitutional Scheme of Federalism*, s. 422.

⁶⁰⁰ Çift meclis sisteminin ortaya çıkışındaki diğer etmenler temsil kapsamının genişletilmesi düşüncesi ve tarihi, siyasi, sosyo-ekonomik nedenler olarak gösterilmiştir. URAN, **Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasi Tarihindeki Yeri**, s. 23-27.

⁶⁰¹ WATTS, **Comparing federal systems in the 1990s**, s. 7, URAN, **Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasi Tarihindeki Yeri**, s. 148-149, LJPHART, **Demokrasi Motifleri**, s. 197.

⁶⁰² TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 137-138. Günümüz federasyonlarında çift meclis sistemine sahip olmayan federasyonların sayısı oldukça azdır ve bir çoğu da nüfus bakımından hayli küçük ölçekli federasyonlardır. (Saint Kiss ve Nevis veya Comoros Adaları, Mikronezya gibi)

Çift meclis sistemlerinin özellikle azınlıkların temsiliyeti konusunda önemli rolü bulunmaktadır. Söz konusu çift meclislerin, etkili bir azınlık temsiliyeti sağlaması bakımından ikinci meclislerin birinci meclislerden farklı bir usulle belirlenmesi, bu doğrultuda her iki meclisin özdeş olmaması ve aynı zamanda ikinci meclislerin birinci meclisler kadar güçlü olması gerekmektedir.⁶⁰³

Nitekim federal sistemlerde birinci ve ikinci meclisler, farklı nitelikteki temsilin bir gereği olarak benimsenmektedirler. Farklı nitelikteki temsilin önemi ise, her iki meclisin seçim sistemlerine bakılmasını gerektirmektedir. ONAR, seçimlerin aynı tarih ve aynı sistemde yapılmasını, her iki mecliste bulunan iskemle dağılımlarının birbirine paralel olmamasına yol açabileceğine dikkati çekmektedir.⁶⁰⁴ Dolayısıyla, birbirine paralel olarak oluşan çift meclisler, federal sistemler bakımından farklı nitelikteki temsilin gerçekleştirilmesine katkı koymayacağı açıktır.

Bununla birlikte sistemin her iki yönetim düzeni arasında dengede kalması, meclislerin simetrik çift meclis yapısına sahip olmalarını gerektirmektedir. Bu yönde incelenen örnekler olarak, Kanada, ABD, Avustralya, Avusturya, Almanya ve Hindistan çift meclisli federasyonlardır. Federasyonlarda üniter devlet modellerinde olduğu gibi çift meclislerin simetrik, ılımlı-asimetrik veya aşırı-asimetrik bir yapıda olabileceği, bu yönde Amerika'nın simetrik çift meclis, Avustralya, Avusturya, Kanada, Almanya ve Hindistan'da ise yapı itibariyle ılımlı-asimetrik çift meclis bulunduğu ifade edilmektedir.⁶⁰⁵ Burada LIJPHART ise, Avusturya, Kanada ve Hindistan'da meclisler arasında asimetrik çift meclis yapısının bulunduğu, söz konusu alanlar bakımından eşit olmayan güç ilişkileri nedeniyle simetrik olmadığı çift meclislere, Avustralya ve Almanya'nın ise simetrik çift meclislere örnek olduklarını belirtmiştir.⁶⁰⁶ Hindistan parlamentosu diğer federasyonlarda olduğu gibi iki meclislidir. Devletler Konseyine (*Council of States-Rajya Sabha*)" federe yönetimlerin katılımı eşit değildir. Anayasası'nın, Dördüncü Ek'inde (*Fourth Schedule*) federe yönetimlere tahsis edilen üye sayısı oranı da her yönetim bakımından asimetrik farklılık arz etmektedir.⁶⁰⁷

İkinci meclisler yani federe yönetimlerinin bulunduğu üst meclislerde, genel olarak federe yönetimlerin katılım ilkesinin gerçekleştirilmesi bakımından eşit temsiliyetin sağlanması yönünde görüş birliği vardır.⁶⁰⁸ Federe yönetimlerin ikinci

⁶⁰³ LIJPHART, *Patterns of Democracy* , s. 39.

⁶⁰⁴ ONAR, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler* , AÜHF Yayınları, Ankara, 2003, s. 203.

⁶⁰⁵ URAN, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasi Tarihindeki Yeri* , s.149.

⁶⁰⁶ LIJPHART, *Demokrasi Motifleri* , s. 199-200.

⁶⁰⁷ Hindistan Anayasası 4. Ek'i, 30 farklı federe yönetimin ve bölgenin devletler konseyindeki üye dağılımına ilişkin bir liste bulundurmaktadır. bkz. İnternet Kaynak: Hindistan Anayasası'nın Orjinal İngilizce Metni için bkz. <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>, Erişim Tarihi: 02/10/2011. Hindistan Devletler Konseyi web sitesi **Rajya Sabha-Council of States**: http://rajyasabha.nic.in/rsnew/council_state/council_state.asp.

⁶⁰⁸ GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* , s. 202. KİNCAİD, John, SAUNDERS, Cheryl, LE ROY, Katherine, *Legislative, Executive, And Judicial Governance in Federal Countries* , içinde SAUNDERS, Cheryl, *Legislative, Executive, and*

meclislerde eşit olarak temsiliyetinin, federe yönetimlerin eşitliği ilkesinin bir gereği şeklinde ifade edilir.⁶⁰⁹ Bu doğrultuda URAN, güçlü bir federalizm için en iyi çözümün, farklı çoğunluklara dayanan, eşit yetkilere sahip simetrik çift meclis sistemi olduğunu ifade etmektedir.⁶¹⁰ İncelediğimiz federasyonlardan sadece ikisinin eşit sayıda senatörle temsiliyetinin sağlandığını belirtmek gerekir.

Bu konuda LIJPHART, federal meclislerde, küçük federe yönetimlerin aşkın temsiliyetini, demokratik “bir kişi bir oy” prensibine aykırı olduğunu ileri sürerek, bu bağlamda Almanya ve Hindistan federasyonlarının, Amerikan ve Avustralya federasyonlarından daha cazip olduklarını belirtmiştir. Genellikle federe yönetimlerin eşit temsiliyetinin, federe yönetimlerin küçük olduğu ve nispeten daha yerinden yönetimci olduğu federasyonlarda tavsiye edildiği belirtilmektedir. Her iki durumda da eşit temsiliyet, federe yönetimlerin nispeten homojen olmaları ve büyük federe yönetimlerin onların üzerinde kuracakları hakimiyeti engelleme potansiyelini arttırması bakımından tavsiye edilmektedir. Bununla birlikte yerinden yöneticiliğin derecesine ilişkin herhangi bir değerlendirme görülmediği gibi, ikinci meclislerin kompozisyonu ve seçilme yöntemlerine ilişkin hangi modelin (ABD, Kanada, Hindistan, Avustralya, Alman, İsviçre veya Avusturya) uygulanabilir olacağı konusunda da fikir birliği bulunmamaktadır.⁶¹¹

Federasyonlarda ilk meclisler, halk tarafından seçilen alt meclislerdir. Üst meclisler olarak tanımlanan ikinci meclislerin sınırlı oy temelinde belirlendiği ve birinci meclisler üzerinde muhafazakâr bir fren işlevi bulunmaktadır. LIJPHART, genel oy ilkesinin kabul edilmesiyle bu işlevin kullanılamaz hale geldiğini ileri sürmektedir.⁶¹² Bununla birlikte Almanya, Avusturya, Kanada her ne kadar karma olarak ifade edilse de Avustralya ve Hindistan gibi parlamenter sistemlerde çift meclisin, her iki meclisin güvenoyunu alan bir kabinenin oluşturulması bakımından güçlüğüne dikkat çekilmektedir. Bu yönde eşit ya da ya da önemli ölçüde eşit iki meclisin yetkiler ve farklı kompozisyonlar bakımından işe yarar bir düzenleme olmadığı ileri sürülmektedir. Nitekim LIJPHART bu duruma örnek olarak, 1975’te yaşanan Avustralya anayasal krizini aktarmaktadır. Söz konusu kriz, muhalefetin

Judicial Institutions: A Synthesis , McGill-Queens University Press, Canada, 2006, s. 353. Bunun yanı sıra karşı bir görüş olarak, Amerikan ve Avustralya federasyonlarında federe yönetimlerin kurucu birim haline yükseltmelerinde önemli sorunlar olduğu ve bu konuda federasyonların özellikle demokratik teori açısından başarısız olduğu belirtilmektedir. Bunun sebebinin ise, az sayıda federe yönetimlerin diğer devletlerle aynı statüde eşit temsil edildiğine işaret edilmektedir. HARRIS, *A New Constitution for Australia* , s. 132.

⁶⁰⁹ GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi* , s. 222.

⁶¹⁰ URAN, *Peri, Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasi Tarihindeki Yeri* , Yetkin, Ankara, 2008, s. 178.

⁶¹¹ LIJPHART, *Thinking about Democracy* , s. 84.

⁶¹² Yazar, iktidarın birden çok merkeze dağılımı olarak adlandırdığı yerinden yöneticilik ilkesinin tüm federasyonlarda bulunduğunu ifade etmiştir. Burada iki ülke bakımından ayırım yapan Yazar, merkezileşmiş federasyon örneği olarak Venezüella’yı verirken, Avustralya, Kanada, Almanya, İsviçre ve ABD ile 1993 yılından günümüze kadar olan dönemde Belçika’yı yerinden yönetimci merkezileşmemiş federasyonlar olarak tanımlamaktadır. Çalışmamızın diğer iki örneği olan Hindistan ve Avusturya ne diğer federasyonlar gibi tam anlamıyla merkezileşmemiş ne de Venezüella gibi tam olarak merkezileşmiş birer federasyondur. Bu iki federasyon iki kategori arasında kalan bir durumdadırlar. Bu yönleriyle her iki federasyon için federal benzeri ifadesi kullanılmaktadır. LIJPHART, *Demokrasi Motifleri* , s. 186.

kontrolündeki Senato'nun, Temsilciler Meclisi'nin katı desteğine sahip olmasına rağmen, kabineyi istifaya davet etmesi ve kabinenin istifasını zorlamak için bütçenin onaylanmasını reddetme girişimiyle sonuçlanmıştır.⁶¹³

URAN, ikinci meclislerin sahip olduğu yetkiler ile bu meclislerin demokratik meşrulukları arasında doğru orantılı bir ilişki bulunduğunu ifade ederek, ikinci meclislerin meşruluklarının üyelerin seçimle iş başına gelmeleriyle doğrudan ilişkili olduğunu belirtmektedir. Üyelerinin halk tarafından seçilmeden federe yönetim hükümetleri tarafından belirlenen ve birinci meclis karşısında oldukça önemli yetkilere sahip Alman Federal Konsey'i bu kuralın istisnası olduğunu ifade etmiştir.⁶¹⁴

Almanya'da Federal Senato (*Bundesrat*) Anayasa'nın 51. maddesine göre, federe yönetimlerin nüfusları oranında temsilci atamalarını öngörmektedir.⁶¹⁵ Çalışmada incelenen federal sistemlerden Almanya'nın ikinci meclisler bakımından önemli yetkilere sahip olduğunu ve ikinci meclisin oldukça güçlü olduğunu belirtmek gerekir.⁶¹⁶

Alman Federal Konsey'in kompozisyonunun, federasyonunun kuruluşunda en büyük çekince, hali hazırda bağımsız ve gelişmiş federe yönetimlerin, ortak bir sistem içerisine nasıl entegre edilecekleri problemi idi. Bu nedenle örneğin, ABD gibi federe yönetimleri temsil eden Senato'nun seçilmiş üyeleri yerine, federe yönetimleri temsil eden Federal Konsey'in üyelerinin özellikle savaştan sonra federe yönetimlerin kendilerini yeniden kurdukları için atamaları yönünde yapılmasına karar verilmiştir.⁶¹⁷ Aslında aynı sürecin eşit temsiliyetin öngörüldüğü, ABD ve Avustralya bakımından da geçeli olduğunu belirtmek gerekir.

Her ne kadar Almanya Federal Konseyi (*Bundesrat*), federe yönetimlerin hükümetleri tarafından resen atanan delegeler olarak doğrudan seçimle oluşmasa da birinci meclis olan Federal Meclis'in (*Bundestag*) kanun teklifleri üzerinde mutlak veto yetkisi bulunmaktadır.⁶¹⁸

Alman AY. m. 77, 78, 79. ve 81, meclisler arasında yasama fonksiyonuna ilişkin görevleri ve kilitleme durumlarına ilişkin düzenlemeleri içerir. Madde 77, yasama

⁶¹³ LİJPHART, *Thinking about Democracy* , s. 82.

⁶¹⁴ URAN, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasi Tarihindeki Yeri* , s. 177.

⁶¹⁵ Madde, ..Her eyaletin en azından üç, nüfusu iki milyondan fazla olan eyaletlerin dört, nüfusu altı milyondan fazla olanların beş, nüfusu yedi milyondan fazla olanların ise altı oyu vardır. (3) Her eyalet sahip olduğu oy sayısı kadar üye gönderebilir.. RUMPF, Christian, UZAR, Gökçe, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası* , Kasım 2010, *Alman Federal Meclisi Yayın Bölümü* , s. 61-62. İnternet Kaynak: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>. Erişim Tarihi:01-02-2011.

⁶¹⁶ RUMPF, UZAR, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası* , s. 42.

⁶¹⁷ *The Economist*, *Germany's Federal Constitution Untangling The System* , V.369, N.8349, November 8th-14th 2003, İnternet Kaynak: <http://www.economist.com/node/2193330>, Erişim Tarihi: 02-03-2012. Ayrıca CAN, İsmail, *Almanya'da Devletin Yapısı ve Vergi Sisteminin Anayasal Temelleri* , *T.C. Maliye Dergisi*, Sayı: 145, 2004, s. 9, İnternet Kaynak: http://212.174.133.188/calismalar/maliye_dergisi/maliyederigisi.asp?dergi_no=145, Erişim Tarihi:02-03-2011.

⁶¹⁸ Bu bağlamda Almanya'da ikinci meclisi olan Federal Konsey (*Bundesrat*), federe yönetim hükümetlerinin atayıp görevden alabildikleri üyelerinden oluşmaktadır. Bunun yanı sıra, Alman Anayasası'nın 77. maddesi, federal konseyin geciktirici veto yetkisini düzenlemektedir. TSEBELIS, George, *Veto Players and Institutional Analysis* , *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 13, No. 4, Blackwell Publishers, October 2000, s. 459.

süreci, arabuluculuk komisyonu ve Federal Konsey'in itirazını düzenlemektedir.⁶¹⁹ Anayasa'nın 78. m. göre, Federal Meclis tarafından kabul edilen bir yasa, Federal Konsey'in arabuluculuk komisyonu toplanmasını istememesi, belirtilen sürede itiraz etmemesi veya itirazını geri çekmesi ya da Federal Meclis tarafından itirazın reddi hallerinde kesinleşir.

Anayasa'nın 81. m.de, hükümetin güvenoyu alamaması ya da Federal Hükümetin yasa tasarılarını, Federal Meclis'in ısrarlı olarak reddetmesi halinde meclis feshedilemezse, ilgili yasanın kabulüne ilişkin durumlar düzenlenmiştir. Burada, yasama kilitlenmesine neden olan yasa tasarısı, Federal Hükümet ile Federal Meclis arasındaki tikanıklara işaret etmektedir. Anayasa'nın m. 81. f. 2, bu durumların çözümü için Federal Konsey'in onayını öngörmektedir.⁶²⁰

Federasyon örnekleri ikinci meclislerinin, federe yönetimlerin sayısı, üye seçimindeki yöntemler, üye sayıları ve genel anlamda birinci meclisler üzerindeki yetkilerine ilişkin temel bilgiler aşağıdaki tabloda verilmiştir.

Tablo 1: Federasyon Örneklerinde İkinci Meclislerin Yapısı

Ülkeler	Birim Sayıları	Kompozisyonu	Rolleri	Yetkileri
Avustralya Senato (<i>Senate</i>)	6 Federe ve 2 Bölge Yönetimleri ⁶²¹ 76 Üye	Üyeler, nispi temsil sistemi doğrudan seçilir.	Federe yönetimlerin eşit olarak temsiliyeti söz konusudur.	Mutlak veto, ikili fesih ve ortak oturum yetkileri de bulunmaktadır.
Hindistan Devletler Konseyi (<i>Rajya Sabha</i>)	28 Federe ve 6 Bölge Yönetimleri ⁶²² 250 Üye	Federe yönetimlerin yasama organı tarafından seçilen ağırlıklı temsil söz konusudur. (86 üye) Ayrıca 12 Temsilci, Devlet Başkanı tarafından Özel Temsilci olarak görevlendirilir.	Federe yönetimlerin ve bölgelelerin nüfusa değişik oranlarda temsiliyeti söz konusudur.	Veto yetkisi, Ortak/Müşterek oturum tarafından çözülebilir.
Avusturya Federal Konsey (<i>Bundesrat</i>)	9 Federe Yönetim ⁶²³ - 62 Üye	Federe yönetimlerin, yasama organlarınınca seçilir.	Federe yönetimlerin nüfusları oranında, ağırlıklı temsiliyetleri söz konusudur.	Erteleyici veto yetkisi bulunmakla beraber, alt meclis olan Federal Meclis (<i>Nationalrat</i>) basit çoğunlukla vetoyu geçersiz kılabilir.
Almanya Federal Konsey (<i>Bundesrat</i>)	16 Federe Yönetim ⁶²⁴ - 69 Üye	Konsey üyeleri, federe yönetim hükümetlerinin resmi delegeleri olarak atanırlar. ⁶²⁵	Federe yönetimlerin nüfusları oranında, ağırlıklı temsil ⁶²⁶ ; Federe	Federal yönetimin münhasır yetki alanları bakımından erteleyici veto yetkisi, bu

⁶¹⁹ Almanya Federal Konsey'in yetkileri bakımından önemli olan Anayasa'nın 77. maddesi için bkz. RUMPF, UZAR, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*, s. 61.

⁶²⁰ 81. maddenin 2. fıkrasına göre, *Yasama tıkanıklığı ilanına rağmen, Federal Meclis, yasa tasarısını yeniden ret veya Federal Hükümetçe kabul edilemez bir içerikle kabul ediyorsa, yasa Federal Konsey'in onayı üzere kabul edilmiş sayılır. Bu hüküm, tasarının Federal Meclise yeniden gönderilmesinden başlayarak dört hafta içinde kabul edilmemesi halinde de uygulanacağı hükümünü düzenlemiştir.* RUMPF, UZAR, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*, s. 67.

⁶²¹ Parlamenter monarşi olarak yönetilen Avustralya'daki altı federe yönetim; New South Wales (NSW), Queensland (Qld), Güney Avustralya (SA), Tazmania (Tas.), Victoria (Vic.) ve Batı Avustralya (WA). İki Bölge Yönetimi; Avustralya Başkent Bölgesi (ACT) ve Northern Territory (NT). İnternet Kaynak: <http://australia.gov.au/about-australia/our-government/state-and-territory-government>, Erişim Tarihi: 10-12-2010.

⁶²² Hindistan temelde parlamenter sistem olarak kabul edilmekle birlikte, bazı sapmalar olduğu belirtilebilir. Hindistan Anayasasının 80. maddesi, Başkanın atadığı 12 üye dışında, Rajya Sabha'da maksimum 250 üye olabileceğini düzenlemektedir. (Başkanın üyeleriyle 262 olabilir en fazla) Şu an bulunan üye sayısı 245'tir. Bunların 233 federe yönetim, 2 bölge yönetim temsilcileridir. Geriye kalan başkanın atadıklarıdır. Bunun yanı sıra ulusal başkent bölgesi Delhi ayrıca belirtilmektedir. Hindistan federe yönetimleri uzun bir liste oluşturmaktadır. Bilgi için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.indiaonline.in/About/State/index.html>, Erişim Tarihi: 10-12-2010. İkinci Meclis için bkz. İnternet Kaynak: http://rajyasabha.nic.in/rsnew/about_parliament/rajya_sabha_introduction.asp, Erişim Tarihi: 10-12-2010.

⁶²³ Parlamenter cumhuriyet olarak yönetilen Avusturya'da federe yönetimler (*Bundesland*); Burgenland, Kaernten, Niederoesterreich, Oberoesterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg ve Wien (Vienna).

⁶²⁴ Parlamenter cumhuriyet olan Almanya'da federe yönetimler, Baden-Wuerttemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein ve Thuringen. İnternet Kaynak: http://www.bundesrat.de/eln_330/nn_11006/EN/organisation-en/laender-en/laender-en-inhalt.html?_nn=true, Erişim Tarihi: 10-12-2010.

⁶²⁵ Konsey üyeleri, ağırlıklı olarak federe yönetimlerin hükümetlerinde yer alan bakanlardan oluşmaktadır.

			yönetimler, 3 ile 6 oy arasında değişen oy hakları bulunur. Üye sayıları, oy hakları ile orantılıdır.	veto federal meclisin çoğunluğunca geçersiz kılınabilir. Ortaklaşa yetki alanlarında ve federe yönetimleri etkileyebilecek herhangi bir federal yasa üzerinde, Federal Konsey'in mutlak veto yetkisi bulunmaktadır. Bu alanlarda ayrıca iki meclis arasında Arabuluculuk komiteleri öngörülmektedir.
ABD Senato (<i>Senate</i>)	50 Federe Yönetim ⁶²⁷ 100 Üye	Basit çoğunluk doğrudan seçim (1913'ten beri)	Federe Yönetimlerin eşit 2'şer Senatör ile temsiliyeti	Her iki meclis eşit yetkilere sahiptir. Mutlak Veto yetkisi + Arabuluculuk Komitesi
Kanada Senato (<i>Senate</i>)	10 Federe ve 3 Bölge Yönetimleri ⁶²⁸ 105 Üye	Federal hükümet tarafından görevlendirilen	4 bölgesel federe yönetim gruplandırılmıştır. Ayrıca 4 bölge için eşit temsili	Pratikte meşruiyeti zayıflatılan yasal mutlak veto yetkisi vardır.

Bununla birlikte, Almanya ikinci meclisinin güçlü yapısının, doğrudan seçimle belirlenmemesi veya mutlak veto yetkisine sahip olmasından kaynaklanmadığı, ikinci meclis üyelerinin federe yönetimlerin üye devletlerin yürütme organından, ekseriyetle de genellikle federe yönetimlerin bakanlar kurulu üyelerinden oluşmasına borçlu olduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle dünyanın en güçlü ikinci meclislerinden biri olarak tasavvur edilmektedir.⁶²⁹

Federal Konseyin onayını gerektiren yasalar⁶³⁰ ve Federal Konseyin onayını gerektirmeyen yasalar bakımından Anayasa'da ayırım yapılmaktadır. Her iki durumda da ortak karar alma süreci için bir arabuluculuk komisyonu kurulmasını isteyebilir veya itiraz edebilir. Federal Konsey'in onayını gerektiren yasalar, federe yönetimleri etkileyebilecek yasalardır. (Federal Meclisin yasalarının yüzde 60'ı) Bu durumda federe yönetimlerini temsil eden Federal Konsey'in çoğunluğu ile almış olduğu bir mutlak vetoyla sonuçlanması mümkün olduğunu ifade eder. Aynı şekilde, Federal Konseyin onayını gerektirmeyen yani federe yönetimleri etkilemeyecek yasaların (geriye kalan yüzde 40) Federal Konsey tarafından sadece geciktirici bir vetoyla ertelenmesi mümkün olduğunu belirtmektedir.⁶³¹

Federal Konsey'in Almanya'da ki güçlü yapısı, federasyonun merkezileşmemesinde yani federe yönetimi ya da RIKER'in ifadesiyle periferik

⁶²⁶ Örneğin federe yönetimlerin en büyüklerinden biri olan Bavaria 6 üyeyle temsil edilir ve Konsey'de 6 oy hakkı bulunmaktadır. En küçük federe yönetimlerden biri olan Saarlandes, 3 üyeyle temsil olunur.

⁶²⁷ Başkanlık sistemi bulunan Amerika'da günümüzde Demokrat Parti 53 üyeyle Senato'daki çoğunluğu almıştır. Bu dönemlerde özellikle yasaların engellenmesine ilişkin filibuster yönteminin kullanılması daha tehlikelidir. Filibuster uygulaması Senato'nun 5'te 3'nün oylamaya geçiş (*cloture*) kararıyla iptal edilebilir. Fakat Senato'nun 41 Cumhuriyetçi ve 53 Demokrat Senatörü bu çoğunluğu sağlayamayacaktır. İnternet Kaynak: <http://www.senate.gov/artandhistory/art/special/Desks/chambermap.cfm>, Erişim Tarihi:10-11-2012.

⁶²⁸Parlamentar monarşi olarak yönetilen Kanada'da, 10 Federe Yönetim; Alberta, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland ve Labrador, Nova Scotia, Ontario, Prince Edward Island, Quebec, Saskatchewan. 3 Bölge Yönetimi: Northwest Territories, Nunavut ve Yukon Territory İnternet Kaynak: <http://canada.gc.ca/othergov-autregouv/prov-eng.html>, Erişim Tarihi: 10-12-2010.

⁶²⁹ LIPPART, *Patterns of Democracy*, s. 209.

⁶³⁰ Örneğin Alman Anayasası'nın 106. maddesinde düzenlenen, vergilerin dağılımına ilişkin federal meclisce çıkarılmış bir yasa veya anayasanın 107. maddesine göre Vergi gelirlerinin dağıtımı – eyaletlerarası mali denkleştirme – ek tahsisler'e ilişkin yasalar ile Anayasanın 84. maddesinde düzenlenen federe yönetimlerin idari düzenlemeler ilişkin alanlarda, federe yönetimlerin belirlediği resmi makamlar ve idari usulün yapılandırılmasına ilişkin düzenlemelerin daha sonra, federal yasa düzenlemeleri ile değiştirilmesi halinde, federal konseyin onayı gerekir.

⁶³¹GUNLICKS, Arthur B., *The Länder and German Federalism*, Manchester University Press, Manchester-New York, 2003, s. 386.

olması bakımından önemli bir etken olmakla beraber, federasyon düzeylerinin birbirlerine çok fazla bağlı olmasının ve bu nedenle birbirlerini bloke etmelerine de neden olduğu ileri sürülmektedir.

Federal yasaların, Federal Konsey'den büyük bir oranda veto almasının sistemi tıkmasının yanı sıra, bu sonucun özellikle 1960'lı yıllarda ki mali değişiklikler ve aynı zamanda federal yönetimin kapsamlı yasama faaliyetleriyle donatılması ve federal yönetimin bu alanı genişleterek, yasama yetkilerini federe yönetimlere vermek yerine, bu yetkileri federal düzene almasıyla da alakalı olduğu belirtilmektedir.⁶³² Bu durum 2006 federalizm reformlarıyla biraz daha yumuşatılmıştır. Reformlarda hem çerçeve yasa prensibi, (Anayasa'nın 75. maddesi) hem de ortaklaşa yetkilere ilişkin belirli hükümler (Anayasa'nın 72. ve 74. maddeleri) kaldırılmış, böylelikle Konsey'in müdahale edeceği alanlar biraz daha azaltılmıştır.⁶³³ Federal sistemin modernizasyonu adına yapılan reformunun, Federal Konsey'in onayını gerektiren yasaların sayısını azalmasına rağmen, hala yasaların neredeyse yüzde ellisinin ikinci meclisin onayını gerektirdiği belirtilmektedir.⁶³⁴

SARTORİ, Almanya federasyonu bakımından yaptığı değerlendirmede, birinci meclisin yani Federal Meclisin, ikinci meclis olan Federal Konseyle iki açıdan farklı yetkisi bulunduğu işaret etmektedir. Bunlardan ilki, Federal Konsey'in Şansölye'nin seçiminde yetkili olmamasıdır ki bu konuda münhasır yetki Federal Meclise aittir. Bir diğeri ise federe yönetimlere ilişkin kanunlarda mutlak veto yetkisinin bulunmasıdır. SARTORİ, Almanya'nın federal çift meclis sisteminin parlamenter modele en iyi entegre edildiği model olarak kabul etmektedir.⁶³⁵

TSEBELIS, Almanya'da her iki meclisin uzlaşmalarını gerektiren yasalarla, kabul edilmesi için sadece Federal Meclis'in çoğunluğunun, bazı durumlarda ise üçte iki çoğunluğun gerekli olduğu yasaları ayrı ayrı değerlendirmektedir. Her iki durumda iki meclisin çoğunluklarının aynı ya da farklı olup olmamasına bağlı olarak değişik sonuçlar ortaya çıkabilecektir. TSEBELIS, her iki meclisin çoğunluğu, aynı parti ya da partilerin kontrolünde ise, yasaların iki türü bakımından herhangi bir fark olamayacağını dile getirmektedir. Her iki meclisin çoğunluklarının birbirlerinden farklı olduğu durumlarda, iki partiden oluşan koalisyon hükümeti muhalefet partisinin onayı için talepte bulunmak zorunda kalacaktır. Bu durumda Almanya'da veto makamlarını sayısı artacak ve onaylanması için Federal Konsey'in rızasının arandığı yasalarla,

⁶³² **The Economist**, *Germany's Federal Constitution Untangling The System*.

⁶³³ Bu konuda Federal Konsey'in veto yetkilerinin, ilgili anayasa değişiklikleriyle azaltıldığı iddia edilmektedir. BURKHART bu değişikliklerin federe yönetimlerin yasama faaliyetlerine ilişkin düzeylerini arttırmak ve etkili yönetim amacıyla yapıldığını ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BURKHART, Simone, *Reforming Federalism in Germany: Incremental Changes instead of the Big Deal*, **Publius: The Journal of Federalism**, Vol. 39, Number 2, s. 348, 360.

⁶³⁴ *The Passage Of Legislation in the Bundesrat*, The Parliament of the Federal Republic of Germany, Deutscher Bundestag, İnternet Kaynak: http://www.bundestag.de/htdocs_e/bundestag/function/legislation/legislat/14legrat.html, Erişim Tarihi: 02-12-2011.

⁶³⁵ SARTORİ, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s. 242.

Federal Konsey'in rızasının aranmadığı yasaların daha zor kabul edileceğine işaret etmektedir. Yazar, özellikle ilkinin kabul edilmesi, ikinci tür yasaların kabulünden daha zor bir hale geleceğinin altını çizmektedir.⁶³⁶

Amerika'da Temsilciler Meclisi ve Senato'nun yapı olarak simetrik çift meclislere örnek teşkil ettiği, bu meclislerin birbirlerine eşit veya sadece makul oranlarda eşitsizlik taşıyan anayasal yetkilere sahip oldukları belirtilerek, demokratik meşruiyete sahip yasama organları şeklinde kabul edilmektedir.

Amerika'da 1912 yılına kadar ikinci meclisin federe yönetimlerin meclisleri tarafından dolaylı olarak belirlendiği için, WHEARE, söz konusu dönemde Amerika'da gerçek bir federasyon olmadığını ileri sürer.⁶³⁷ Doğrudan seçimle belirlenen ikinci meclis üyeleri, Amerika'da 1913 yılından beri basit çoğunluk yöntemiyle uygulanmaktadır. ABD Anayasası'nın, 17. Değişikliği bu hükmü düzenleyerek, o yıla kadar uygulanan dolaylı seçim yönetimini değiştirmiştir.⁶³⁸

Amerika'da 1913 yılından beri basit çoğunluğa dayalı seçimlerle ikinci mecliste federe yönetimleri temsil edecek olan senatörler seçilerek, gerçek bir eşit temsil sağlanmaktadır. Senatonun uzlaşma komisyonları ve mutlak veto yetkisi bulunmaktadır. Amerikan yasama organlarının yetkiler anlamında eşitlik sağladığı görülmektedir.⁶³⁹

ABD Anayasası'nın ilk maddesinin ikinci bölümünde iki meclis sisteminin olduğu Amerika'da, meclislerden biri olan Temsilciler Meclisinin seçilmesi amacıyla yapılacak seçimin nitelikleri hakkında düzenleme içermektedir. Maddeye göre Temsilciler Meclisi "*her eyaletin halkı tarafından seçilecektir.*"⁶⁴⁰ 1929 yılında ABD Kongresi Temsilciler Meclisinin sayısı sabit sayıya bağlayarak 435 olacağını kararlaştırmıştır.⁶⁴¹

Anayasa'nın aynı maddesinin üçüncü bölümünde Senato'nun, her eyaletin nüfus sayısına bakmadan eşit sayıda ikişer senatörle temsil edileceği düzenlenmektedir. ABD Anayasası'na 1917 tarihinde eklenen 17. değişiklikle, Senatonun federe yönetimlerin halkı tarafından altı yıl için seçileceğini düzenlenmektedir.⁶⁴²

⁶³⁶ TSEBELIS, George, **Veto Players: How Political Institutions Work**, Forthcoming Princeton UP and Russell Sage Foundation, UCLA, 11/01/01, s. 123-124. Alman Anayasa Mahkemesi'nin, BVerfG NJW 2002, 2543 ; BVerfG NJW 2003, 339 ; BVerfG DÖV 2006, 165; BVerfGE 8, 274, 294 kararlarıyla, federe yönetimlerin veto yetkilerini oldukça geniş yorumlamıştır. Mahkeme'nin söz konusu kararlarıyla, yetkilerin karışıklık çıkarmasına katkıda bulunmuştur. HANSCHERL, Dirk, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States-The Redistribution of Legislative Powers as a Viable Means?*, **IACL Conference Paper**, Mannheim, 2006, s. 8.

⁶³⁷ WHEARE, **Federal Government**, s. 46.

⁶³⁸ WATTS, *Federal Second Chambers Compared*, s. 3-5.

⁶³⁹ GALLIGAN, Brian, WRIGHT, John S. F, *Australian Federalism: A Prospective Assessment*, **Publius: The Journal of Federalism**, V. 32, N. 2, Spring 2002, s. 158.

⁶⁴⁰ Madde de, *..her eyaletin halkı tarafından iki yılda bir seçilen üyelerden oluşacak ve her eyaletteki seçiciler kurulu, eyalet yasama organının en kalabalık meclisinin üyeleri için geçerli olan niteliklere sahip olacaklardır* hükmü düzenlenmektedir. PELTASON, **Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı**, s. 55.

⁶⁴¹ Madde, her eyalete verilen Temsilci sayısı, o eyaletin nüfusuna orantılı olacağını, halkın her on yılda bir sayılmasını ve her eyaletin en az bir Temsilciye sahip olacağını sağlamaktadır. 1929 yılında Kongre, toplam temsilci sayısını 435 olarak saptamıştır. PELTASON, **Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı**, s. 55.

⁶⁴² On yedinci değişikliğin devamında, *Her eyaletteki seçiciler, eyalet yasama kurullarının en kalabalık meclisinin seçicilerinde aranan niteliklere sahip olacaklardır. Bir eyaletin Senato'daki temsilcilerinde bir boşalma olması halinde, sözkonusu eyaletin yürütme*

Anayasa'da, Senato üyelerinin eşit üç gruba bölünerek, her iki yılda bir, üyelerin üçte birinin seçimi (m. 1 f. 3) öngörmektedir. Maddeye göre, birinci gruptaki senatörlerin yerleri ikinci yılın sona ermesi ile boşalacaktır, ikinci grubun yerleri dört yılın sonunda ve üçüncü grubun yerleri de altıncı yılın sonunda boşalacağını düzenlemektedir.

Amerika'da Senato, mutlak veto yetkisi ve arabuluculuk komiteleri bakımından, hem Temsilciler Meclisi yani birinci meclise yetkileri bakımından eşit olması hem de birinci meclis üzerinde, ikinci meclis olan Senatonun kullanabildiği yetkiler, onu iki meclisli sistemler arasında oldukça önemli bir konuma getirmektedir.⁶⁴³

Ayrıca ikinci mecliste federe yönetimlerin temsiliyetlerinin niteliği de, en az ikinci meclisin kompozisyonu açısından önemlidir. Bu yönde federe yönetimleri temsil eden ikinci meclislere örnek olarak Kanada'nın verilmesi gerekmektedir. Burada ikinci mecliste tüm senatörler 75 yaşına kadar, herhangi bir resmi danışma prosedürü olmaksızın, federal başbakan tarafından atanırlar.⁶⁴⁴ Senatörler federe yönetimlerin temsiliyetini sağlamak üzere atanmalarına rağmen, söz konusu atanma yöntemleri nedeniyle bölgesel temsiliyet yerine kendi parti politikaları çizgisinde oy kullanmaktadırlar.⁶⁴⁵

Bunun yanı sıra, Kanada Senato'sunun atanma yöntemine ve yetkilerine ilişkin yapılacak anayasa değişikliklerinde, her iki meclisinde feshi öngörülmektedir.⁶⁴⁶ Meclisin kompozisyonu bölgesel yani federe yönetimler bazında eşit temsiliyeti öngörmekte ve sadece normal yasama organının rolünü üstlenmektedir. Kanada Anayasası bu anlamda 1999 yılında bir takım değişiklikler geçirerek, hem üye sayısını arttırmıştır hem de senatonun oluşumunda farklılığa gitmiştir.⁶⁴⁷

WATTS, federasyonların ikinci meclislerinin seçimlerine, kompozisyon ve yetkilerine ilişkin değerlendirmesinde; 105 senatörden oluşan Kanada Senatosu, federal yönetim tarafından atanmakta, federe yönetimlerin bazı ayrımlar yapılmak suretiyle

makamı bu boşlukları doldurmak üzere seçim emrini verecektir: Ancak, o eyalet halkı, yasanın öngördüğü şekilde yapılacak seçimle boşlukları dolduruncaya kadar eyalet yasama meclisi, eyalet yürütme makamına bu yerlere geçici atamalar yapma yetkisini verebilir. Bu Değişiklik, Anayasa'nın bir parçası olarak, yasallaşmasından önce seçilmiş bir senato üyesinin seçimini veya görev süresini etkileyecek biçimde yorumlanmamalıdır hükmü düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra Federe yönetimlere yürütme organının başı olan Başkanın seçiminde aktif rol oynamaktadırlar. ABD Anayasası Orijinal Metni için bkz. English original text of the *Constitution of 1789 with Amendments I to XXVII Ratified 5-7-1992*, i 1789, HeinOnline (<http://heinonline.org>).

⁶⁴³ URAN, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasi Tarihindeki Yeri*, s. 67 vd.

⁶⁴⁴ Kanada 1876 Anayasası döneminde, ikinci meclisi resmi bir danışma olmaksızın federal yönetim hükümeti tarafından atanmaktaydı. Kanada'da Senato'nun kompozisyonu bakımından ileri sürülen, Meech Lake Accord proposal'a göre, senatörlerin federe yönetim hükümetlerinin gösterdikleri adaylar arasından seçilmesi dile getirilmiştir. WATTS, *Federal Second Chambers Compared*, s. 19.

⁶⁴⁵ WATTS, *Federal Second Chambers Compared*, s. 5-6.

⁶⁴⁶ Kanada Anayasası'nın 5. bölümünün 38. ve 42. maddeleri. Bu konuda bir istisna Anayasa'nın 47. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre Kanada Yüksek Mahkemesi'nin kompozisyonunda yapılacak herhangi bir anayasa değişikliği de her iki meclisin feshini gerektirmektedir. Kanada Anayasası için bkz., *The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11*, **Canada Legal Information Institute (CanLII)**, İnternet Kaynak: <http://canlii.ca/t/8q7l>, Erişim Tarihi:10-00-2011.

⁶⁴⁷ Kanada Anayasası'nın değişikliklere ilişkin notları için bkz. **Constitution Act, 1867**, **Department of Justice Canada**, İnternet Kaynak:<http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/FullText.html>, Erişim Tarihi:10-12-2010. Aynı zamanda, Kanada Senatosunun kompozisyonuna ilişkin *Meech Lake Accord Proposal* belirtmek gerekir. Teklif, federe yönetimlere ilişkin diğer önerilerin dışında, senatörlerin federe yönetimlerin gösterdikleri adaylar arasından federal hükümetçe seçilmesi önerisi içermesine rağmen reddedilmiştir. İnternet Kaynak: Center for Constitutional Studies, İnternet Adresi: <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/keywords/?id=39>, Erişim Tarihi:10-00-2011.

eşit temsile yakın olduğu ileri sürmektedir.⁶⁴⁸ Anayasası'nın, 21 ve 22. maddeleri, federe yönetimlerin gruplandırılması ve temsiliyetine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bu doğrultuda, Ontario ve Quebec, 24'er senatörle, Batı federe yönetimleri (*Western Provinces*) olan (Manitoba 6, British Columbia 6, Saskatchewan 6, ve Alberta 6); Maritime bölgesinde yer alan üç federe yönetim (*Maritime Provinces*) toplamda 24'er senatörle, Nova Scotia 10, New Brunswick 10, ve Prince Edward Island 4, ve Newfoundland için 6 üye bulunmaktadır. Bununla birlikte Kanada'da yer alan bölgelerin (*Yukon Territory, Northwest Territories ve Nunavut*) birer üyeyle, toplamda 3 senatörle temsili söz konusudur. Kanada'da ikinci meclisin kompozisyonuna ilişkin olarak bölgelerin eşit temsiliyeti sağlanmaktadır.⁶⁴⁹

Kanada'da ikinci meclisi, tam olarak eşit temsil ilkesini yansıtmadığı görülmektedir. Kanada, Quebec gibi ciddi özerklik ve ayrılma talepleri olan ya da Ottawa gibi federal yönetimin merkezi olarak kullanılan ya da Ontario gibi büyük federe yönetimlerin tek başlarına 24 Senatör ile temsil edilmekteyken, daha küçük federe yönetimlerin bir gruplama altında toplanarak 24'er Senatörle temsil edildiği görülmektedir.

Kanada federasyonunda Senato'nun yani federe yönetimleri temsil eden ikinci meclisin zayıf olduğuna dikkat çekilmektedir. Senato'nun seçilmişlerden oluşan Temsilciler Meclisinin yetkilerine neredeyse birlikte-eşit yetkileri olduğu ve bölgelere göre temsil sağladığı görülmektedir. Buna rağmen Senato'nun zayıflığı, federe yönetimlerin nüfus temsilcisi olma rolleri ve federal meclisin içinde hükümetlerin temel olarak Başbakan tarafından atanan senatörler olmaları şeklinde ifade edilmektedir.⁶⁵⁰ Aynı zamanda, Federal Meclis'in (*House of Commons*), Senato'nun onayı olmaksızın devlet gelirleri ve hibe fonlarına ilişkin düzenleme yapabileceği, yani ikinci meclisin yasama iradesinin kısıtlandığı alanlara dikkati çekilmektedir.⁶⁵¹

Kanada'da senatörlerin seçim yöntemlerinin değiştirilmesine yönelik olarak sık sık değişiklik teklifleri yapılırsa da (örneğin Alman Federal Konseyi veya ABD ve Avustralya Senato modelleri gibi) Kanada Senatosu'nun bugünkü şekliyle, federal ve federe yönetim hükümetleri arasındaki denge bakımından çok az bir rol oynadığı ifade edilmektedir.⁶⁵² WATTS'a göre, Kanada Senatosu'nun, federal hükümet tarafından

⁶⁴⁸ WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 86.

⁶⁴⁹ WATTS, *Federal Second Chambers Compared*, s. 3.

⁶⁵⁰ SIMEON, Richard, PAPILLON, Martin, *The Division of Powers In Canada: An Overview*, **Institute of Federalism University of Fribourg Files**, s. 4. İnternet Kaynak: www.federalism.ch/files/categories/IntensivkursII/Canadag2.pdf, Erişim Tarihi: 31-10-2011.

⁶⁵¹ İlgili hükümler, Kanada Anayasası'nın 53. maddesi ile Anayasa Değişikliklerine ilişkin 5. bölümünün 47. maddesinde Senato'nun feshini gerektirmeyen düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca Kanada Senato'sunun yapısında muhtelif yıllarda yapılan öneriler dikkat çekicidir. Bunlardan en önemlileri Meech Lake ve Charlottetown Anlaşmaları, Ontario ve Quebec'in karşı gelmeleriyle reddedilmiştir. Burada Anayasa'nın beşinci bölümünde yer alan 47. madde gereği, Meech Lake uzlaşmasının reddedildiği belirtilmektedir. HOGG, PETER W., *Formal Amendment Of The Constitution Of Canada Law And Contemporary Problems*, Vol. 55: No. 1, s. 260. TSO, Wendy, *The Canadian Senate: Past, Present and Future*, **University of Alberta Center for Constitutional Studies**, İnternet Kaynak: <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/issues/thecanadiansenatepastpresentandfuture.php>, Erişim Tarihi:17-07-2012.

⁶⁵² SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada*, s. 4.

seçilmesi ve hukuken sahip olduğu mutlak veto yetkisinin uygulamada meşruluğunun zayıflatılmasına neden olmaktadır.⁶⁵³

Avustralya’da ulusal yasaları yapan Federal Parlamento, iki meclisten oluşur: Temsilciler Meclisi (*House of Representatives*) ve Senato (*Senate*). Her iki meclisin üyeleri, Avustralya halkı tarafından doğrudan seçilerek belirlenmektedir. Buna karşılık Senato’da ise altı yıllık görev süresi öngörülmektedir.⁶⁵⁴

Avustralya ikinci meclisi olan Senato, nispi temsil seçim sistemiyle belirlemekte ve federe yönetimlerin eşit temsiliyetini öngörmektedir. Temsilciler Meclisi’nde her eyalete düşen sandalye sayısı, o eyaletin nüfusuna bağlıdır. Temsilciler Meclisi’ndeki üye sayısının senatör sayısının iki katı ya da “mümkün olduğu kadar” buna yakın olması gerekir.⁶⁵⁵ Aslında, her federe yönetimden altışar senatör seçilmesi öngörülmüyorken nüfusun artışıyla Senatör sayıları her bir federe yönetim için 12’ye çıkartılmıştır. Bununla birlikte Northern Territory ile Australian Capital Territory bölge yönetimlerinden ikişer senatör olmak üzere Senato’da toplam 76 senatör vardır.⁶⁵⁶

Senatonun mutlak veto yetkisi vardır fakat sonrasında ikili fesih ve birleştirilmiş oturum uygulamaları söz konusudur.⁶⁵⁷ Avustralya Anayasası’nın 57. maddesi uyarınca, yasa önerileri üzerinde her iki meclisin uzlaşmasını ve İki eşit yetkili meclisin bulunduğu bir sistem de, ortaya çıkabilecek tıkanıklıkları çözebilmek adına zorlayıcı prensipler belirlenmiştir. İkili fesih yönteminin belirlendiği maddede, meclislerin yasaların kabulü konusunda uzlaşamamaları halinde, Genel Vali’nin iki meclisin feshine de karar verebileceği düzenlenmiştir.⁶⁵⁸

Söz konusu düzenlemede, Temsilciler Meclisinin bir yasa önerisini kabul etmesi halinde, Senato’nun bu yasayı reddetmesi, yeterli desteği bulamayıp geçirememesi veya Temsilciler Meclisi’nde kabul olmayacak değişikliklerle kabul etmesi halinde, üç aylık bir aradan sonra Temsilciler Meclisi’nin ilgili yasaya ilişkin (yasa aynı veya bir sonraki ilk oturumda yasayı herhangi bir değişiklik olmadan veya teklif edilen öneri Senato’nun kabul etmeyeceği değişikliklerle kabul edilirse, Senato bir sonraki

⁶⁵³ WATTS, *Federal Second Chambers Compared*, s. 91.

⁶⁵⁴ Birinci meclis olan Temsilciler Meclisi’nin görev süresi üç yıldır. Temsilciler Meclisi seçimleri genelde ‘yarım-senato’ seçimleri ile aynı anda yapılır.

⁶⁵⁵ COCKBURN, Sir John Alexander, **Australian Federalism** Horace Marshall and Son, London, 1901, s. 85. Avustralya’da federal sistem hakkında bilgi için ayrıca bkz. *Australian Federalism*, İnternet Kaynak: <http://australianpolitics.com/constitution/federalism/>, Erişim Tarihi: 05-10-2010.

⁶⁵⁶ Anayasa 24. m.de düzenlenmektedir. Halihazırda Mecliste 150 üye vardır ve bunların herbiri belirli bir bölgede (seçim bölgesi (electorate)) yaşayan 80 000 civarında seçmeni temsil eder.

⁶⁵⁷ Senato’da temsiliyet açısından, boşlukların ortaya çıkması halinde, federe yönetim meclisinin onayı veya ilgili federe yönetimin önerisi üzerine Vali’nin onayla doldurulabilir. Aynı bir yöntem olarak, İkinci meclislerin üyelerinin seçilme yöntemleri konusunda örneğin İsviçre, bu yöntemin belirlenmesini kantonlara bırakmıştır. Karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. WATTS, Ronald L, *Federal Second Chambers Compared*, s. 3-5. WATTS ayrıca, ikinci meclisi belirlemede karma yöntemleri de belirlemektedir. Karma yöntemler yukarıda ifade ettiğimiz ikinci meclis üyelerinin seçimi konusunda birden fazla ya da farklı yöntemleri uygulayan sistemleri ifade etmektedir. Bunlara örnek olarak, Belçika, Malezya, Meksika ve Güney Afrika verilmektedir.

⁶⁵⁸ İkili Fesih, Avustralya Anayasası’nın 57. m.de düzenlenmiştir. İlgili madde bkz. **Commonwealth of Australia Constitution Act (The Constitution)**, *Commonwealth of Australia Constitution Act*, **Australian Legal Information Institute (AusLII)**, İnternet Kaynak: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/, Erişim Tarihi:02-10-2010; Ayrıca bkz. GALLIGAN, WRIGHT, *Australian Federalism*, s. 158.

oturumda bunu reddeder veya yeterli çoğunlukla kabul edilmesini sağlayamazsa) Genel Vali, Senato ve Temsilciler Meclisi aynı anda feshedebilir.

Avustralya’da, nispeten güçlü bir ikinci meclis söz konusudur, burada yasamanın kilitlendiği durumlarda ikili fesih (*double dissolution*) ve ortak oturum düzenlenmektedir. Avustralya Anayasası’nın 57. bölümü, seçimleri takiben Senatonun üç kez reddettiği yasa veya yasalar olması durumunda, söz konusu yasalar ikili fesih kapsamına alınacaklardır. Genel Vali, her iki meclisin ortak bir toplantıya katılarak, Ortak Oturum (*joint sitting*) yasa veya yasaları veya daha önce meclislerden biri tarafından teklif edilen değişiklikleri ya da herhangi yeni teklif edilmiş bir değişikliği gözden geçirmelerini isteyebilir. Eğer, söz konusu yasa ya da teklif Ortak Oturuma katılan üye sayısının salt çoğunluk ile kabul edilirse, her iki meclis tarafından ayrı ayrı onayladığı kabul edilir.⁶⁵⁹

Anayasa’da 1977 yılında 15. bölümde yapılan değişiklikle, Senato’da ki boş yerlerin belirli bir siyasi parti tarafından, kamuoyu tarafından tanınan partinin uygun bulunduğu adaylar arasından doldurulması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶⁰ Avustralya’da hükümetin Senato’da çoğunluğa sahip olması gerekmekte, kanun tekliflerinin onaylanması bakımından her iki meclis tarafından kabul edilmesi gerekir. Avustralya’nın her iki meclisi de kanun teklifinde bulunabilir fakat mali yasa önerilerinin, sadece Temsilciler Meclisi’nde verilebileceği öngörülmüştür.⁶⁶¹ Avustralya’da, her federe yönetimin kendi parlamentoları vardır ve Queensland Parlamentosu dışında, federe yönetimlerin hepsi çift meclislidir.⁶⁶²

Kanada federasyonunda olduğu gibi Hindistan federasyonunda da yer alan bazı bölge yönetimlerin temsiliyetine ilişkin, Anayasa’da ayrıca düzenlemeler bulunmaktadır. Hindistan’da ise, Anayasası’nın 81. maddesi Halk Meclisi (*Lok Sabha*) üyeliklerinin federe yönetimler arasında nüfus oranına bağlı olarak dağıtıldığı ve bu sayının bütün federe yönetimler için aynı olduğu düzenlenmiştir. Halk Meclisi 530 üyesi federe yönetimlerden, 13 tanesi bölge yönetimlerinden seçilmektedir. Bununla birlikte ikinci mecliste Devlet Başkanı tarafından seçilen, Anglo-Hint topluluğu arasından iki üye bulunmaktadır.

⁶⁵⁹Söz konusu yasa veya değişiklik teklifi kraliyet onayına sunulur. Avustralya’da, 1914, 1951, 1974, 1975, 1983 ve 1987 yıllarında ikili fesih söz konusu olmuş ve Anayasasının 57. bölümünde belirtilen Ortak Oturum ancak 1974’de yapılabilmektedir. GALLIGAN, WRIGHT, *Australian Federalism*, s. 158.

⁶⁶⁰ AKHTAR, *Distribution of Powers and Responsibilities*, içinde, WILLIAMS, John M, MACINTYRE, Clement, VAN, H. Marc, *Commonwealth of Australia*, s. 38.

⁶⁶¹ Konu hakkında bilgi için bkz. Australia Government System, *Parliament and Government*, İnternet Kaynak: http://www.aph.gov.au/About/Parliament/Work_of_the_Parliament/Forming_and_Governing_a_Nation/parl, Erişim Tarihi: 02-09-2010.

⁶⁶² Federe yönetimlerin meclislerinden birine *House of Assembly*, diğerine ise *Legislative Assembly* denilmektedir. Federe yönetimlerin başında, bir Başbakan (Premier) bulunmakta, Avustralya’nın iki ayrı bölge yönetimi olan Northern Territory ile Australian Capital Territory için farklı düzenlemeler söz konusudur. Bölge yönetimleri, tek meclislidir ve bölge hükümetinin lideri olan kişiye Baş Bakan (Chief Minister) denilmektedir. Avustralya federe ve bölge yönetimleri genellikle, tüketici işleri, sağlık, eğitim, ormancılık, toplu taşımacılık ve karayolları gibi alanlarda yetki sahibidirler. GALLIGAN, WRIGHT, *Australian Federalism*, s. 147 vd.

Hindistan'da ikinci meclisin, birinci meclis üzerindeki yetkileri sadece yasama faaliyetlerinin kilitlendiği durumlarda, ortak oturum yapılmasına ilişkindir. Bütçe ve Anayasa Değişiklikleri ile ilgili hallerde, ortak oturum yapılmamaktadır. Hindistan'da bütçe ile ilgili yasama tıkanıklıklarında, ikinci meclisin sadece kısa süreli bir geciktirici vetosu söz konusudur. Hindistan Devletler Konseyi (*Rajya Sabha*) Hindistan ikinci meclisinde, en fazla 250 üye bulunmaktadır. Senatörlerin sayısı, federe yönetimlerin ve birliklerin nüfuslarıyla orantılı olarak sayıları 31 ile 1'er temsilci arasında değişen bir oranda belirlenerek, federe yönetimlerin ve birliklerin yasama organlarınınca dolaylı olarak seçilir.⁶⁶³ Hindistan Anayasası'nın Birinci Ek'inde, (*First Schedule*), Anayasa'nın 1. ve 4. maddesi altında, Birliği oluşturan federe yönetim ve Bölgelerin bir listesini verir.⁶⁶⁴ Hindistan Senatosunda Bölgelerin temsiliyeti konusunda ciddi bir eksiklik görülmektedir.⁶⁶⁵

Ayrıca, Hindistan AY. m. 107. ve m. 108, her iki meclis arasındaki kilitlenme hallerini ve ortak oturumu düzenlemektedir. Maddelere göre, herhangi bir yasa üzerinde her iki meclis arasında anlaşmazlık olduğu durumda; yasanın bir mecliste kabul edilip diğerinde reddedilmesi veya yasa üzerinde bir meclis tarafından yapılan değişikliğin diğer meclisçe kabul edilmemesi veya yasanın meclise onaylanmak üzere gönderildiği tarihten itibaren 6 ay zarfında kabul edilmemesi durumlarında iki meclis arasında kilitlenme söz konusudur. Söz konusu kilitlenme durumlarında, Cumhurbaşkanı her iki meclisi Ortak Oturumla bir araya getirir. Söz konusu yasa, toplantıda hazır bulunan her iki meclis üyelerinin oylamaya katılanların çoğunluğunca oylanır. Anayasa değişiklikleri ve Bütçe yasaları için ortak oturum yapılmamaktadır.

Avusturya Anayasası'nın 24. maddesi uyarınca, yasama organları, Ulusal Meclis (*Nationalrat*) ve Federal Konsey (*Bundesrat*) olmak üzere iki meclislidir. Avusturya alt-birinci meclisi olan Ulusal Meclisi, AY. m. 26 kapsamında, nispi temsil sistemine göre doğrudan seçilmektedir.⁶⁶⁶ Avusturya üst-ikinci meclisi olan Federal Konsey

⁶⁶³ Anayasanın 80. maddesi senatörlerin seçimine ilişkin hükümleri düzenler. Hint Anayasası'nın 4. Ek Listesi (Fourth Schedule) uyarınca, günümüz Hindistan Senatosunda, 233 federe yönetim ve Delhi ve Puducherry Birliklerinin temsilcileri bulunmakta, ayrıca Cumhurbaşkanı tarafından atanan 12 üye bulunmaktadır. Hindistan federe yönetimleri ve birliklerinin, senatör sayılarına ilişkin bilgi için Ayrıca bkz. Rajya Sabha Orijinal Resmi Sitesi: <http://164.100.47.5/Newmembers/memberstatewise.aspx>, Erişim Tarihi:22/02/2012.

⁶⁶⁴ Bu listeye göre federe yönetimler, 1. Andhra Pradesh, 2. Assam, 3. Bihar, 4. Gujarat, 5. Kerala, 6. Madhya Pradesh, 7. Tamil Nadu, 8. Maharashtra, 9. Karnataka, 10. Orissa, 11. Punjab, 12. Rajasthan, 13. Uttar Pradesh, 14. West Bengal, 15. Jammu and Kashmir, 16. Nagaland, 17. Haryana, 18. Himachal Pradesh, 19. Manipur, 20. Tripura, 21. Meghalaya, 22. Sikkim, 23. Arunachal Pradesh, 24. Mizoram, 25. Goa, 26. Jharkhand, 27. Uttarnchal, 28. Chattisgarh, dir. Bölgeler ise, 1. Delhi, 2. Andaman and Nicobar Islands, 3. Laccadive, Minicoy and Amindivi Islands, 4. Dadra and Nagar Haveli, 5. Daman and Diu, 6. Pondicherry, 7. Chandigarh , dir.

⁶⁶⁵ Örneğin Fransızca konuşan Puducherry bölgesinin, mevcut bir temsilcisi senatoda bulunmamaktadır. Anayasanın 4. Ek Listesine Fourth Schedule göre, Senato'da Bölge yönetimlerinden, toplam dört üyenin temsilcisi bulunur. (Puducherry 1 ve Delhi 3). Ancak, şu anda bir Delhi Bölgesinin bir temsilcisi ve Puducherry Bölgesinin hiç bir temsilcisi bulunmamaktadır. Diğer Birlik, bölgeleri toprakları olan, Andaman ve Nicobar Islands, Laccadive, Minicoy ve Amindivi Islands, Dadra ve Nagar Haveli, Daman ve Diu, Chandigarh, Rajya Sabha'da temsil edilmemektedir.

⁶⁶⁶Avusturya Anayasası'nın 26. maddesi için bkz. *Austrian Constitution* , **International Constitutional Law Countries**, İnternet Kaynak:http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html, Erişim Tarihi: 02-20-2010. Ayrıca Ulusal Konsey'in seçim usullerine dair detaylı hükümlerin, Federal Kanunla düzenleneceği aynı madde de hükme alınmıştır.

üyeleri, her bir eyaletin nüfusuna orantılı şekilde federe yönetimlerin kendi yasama organlarınınca seçilen temsilcilerden oluşmaktadır.⁶⁶⁷

Avusturya ikinci meclisi, eşit temsiliyeti hem üyelerin sayısı hem de yetkiler anlamında sağlamamaktadır. İkinci meclisin kompozisyonu, federe yönetimlerin nüfusların oranı bakımından belirlendiğinden, küçük federe yönetimlerin lehine tam anlamıyla orantısız temsiliyetin sağlandığı da söylenemez. Federal Konsey'in veto yetkisi mutlak değil geciktirici veto niteliğindedir.⁶⁶⁸ Federe yönetimlerin söz konusu veto yetkilerini, federal yönetimin anayasada belirtilen münhasır yetkilerine ilişkin kullanabildiği görülmektedir. Bu durumda, az da olsa ortaklaşa yetki ya da yarışan yetkiler alanına ilişkin olarak Federal Konseyin veto yetkinsin dışlanmış olduğunu görmekteyiz. Avusturya Anayasası'nın 42. maddesinde, Ulusal Meclis'in çıkardığı yasalar, Federal Konsey bu yasal düzenlemeye gerekçeli olarak itirazda bulunmamış ise, onaylanacaktır. Eğer Federal Konsey sekiz hafta içerisinde yasaya itiraz etmişse, üye tam sayısının altıda biri çoğunlukla toplanan Ulusal Meclis yasayı onaylayacaktır.⁶⁶⁹

İkinci meclislerin, siyasi iradeye bağlandığı Avusturya örneği federasyonlar arasında en zayıf ikinci meclis örneği olarak kabul edilebilir.⁶⁷⁰ Avusturya federasyonunda, Federal Meclis basit çoğunlukla, ikinci meclislerin vetosunu geçersiz kılabilir. Avusturya Anayasası'nın 42 maddesi, Federal Konsey erteleyici veto yetkisi ve Federal Meclisin Konsey'in itirazına karşılık bu itirazı geçersiz kılabileceği düzenlenmektedir.⁶⁷¹

Ulusal Meclis'ten çıkan bir çok kanuna karşı, Federal Konsey gerekçeli itirazda bulunabilir. Böyle bir durumda, Ulusal Meclis'in bu kanun kararını tekrar görüşmesi gerekir; fakat "ısrar kararı" diye adlandırılan uygulamayla, Federal Meclis'in itirazını aşabilir. Federal Meclis bir kanunu sadece, eyaletlerin yetkilerini değiştirme durumunda engelleyebilir (buna mutlak veto hakkı da denir). Federal Konsey üyeleri de, federal hükümetin üyelerine soru yöneltme, yeni kararlar alma ve AB ile ilgili konularda aktif olma yetkilerine sahiptir.⁶⁷²

⁶⁶⁷ Avusturya Anayasası'nın 34. maddesi Federal Konsey'in seçimlerinde ilişkin *Nüfusu en yüksek eyalet, Konseye on iki milletvekili ile, diğer eyaletler nüfuslarının nüfusu en yüksek olan eyaletin nüfusuyla orantılı sayıda milletvekili ile ve bu oranın yarısını aşan geri kalanları ise tam sayıyla temsil edilirler. Ancak, her bir eyalet en az üç milletvekiliyle temsil edilme hakkına sahiptir...*Avusturya Anayasası'nın Federal Konseyin oluşumuna ilişkin diğer hükümleri şunlardır. Avusturya Anayasası madde 35, 36 ve 37. maddeler düzenlenmektedir.

⁶⁶⁸ BLUMEL, Barbara, HOLZINGER, Thomas, KERLE, Ines, SCHINDLER-MULLER, Elisabeth, WEISSER,Dieter, ZOFALL, Bernhard, *The Federal System in Austria* , **Avusturya Parlamentosu Yayınları**, Viyana, Mart 2008, İnternet Kaynak: <http://www.parlinkom.gv.at/ENGL/PERK/BOE/PR/index.shtml>, Erişim Tarihi: 20-06-2011.

⁶⁶⁹ Maddenin devamında, *Ulusal Konsey İç Tüzüğü, Ulusal Konseyin feshi, Federal Mali Kanun, 51'inci maddenin beşinci fıkrası uyarınca kabul edilecek geçici hükümler ya da Federal malların tasfiyesi, bir Federal sorumluluğun üstlenilmesi veya dönüştürülmesi, bir Federal mali borcun üstlenilmesi veya dönüştürülmesi, Federal bütçe hesabına ilişkin onaylarla ilgili olarak Ulusal Konseyin alacağı kararlara Federal Konseyin iştirak etme hakkı bulunmamaktadır* hükmü düzenlenmektedir.

⁶⁷⁰ Avusturya Anayasasının 2. maddesine göre; *Federal Devlet; Özerk eyaletlerden oluşur. Bunlar: Burgenland, Carinthia, Aşağı Avusturya, Yukarı Avusturya, Salzburg, Styria, Tirol, Vorarlberg ve Vienna* dır.

⁶⁷¹ İlgili Anayasa hükmü yukarıda verilmiştir.

⁶⁷²BLUMEL, HOLZINGER, KERLE, SCHINDLER-MULLER, WEISSER, ZOFALL, *The Federal System in Austria* .

Avusturya’da federal yasalar Ulusal Meclis’ten geçtikten sonra, bütçe yasaları gibi istisnalar hariç, Federal Konsey’e gönderilmek suretiyle yürürlüğe girerler. Federal Konsey, geciktirici veto yetkisine sahiptir ve bu veto yetkisiyle yasanın Ulusal Meclis tarafından alınan ikinci bir karar tarafından reddedilmiş olamazsa, sekiz hafta yürürlüğe girmesini erteleyebilir.⁶⁷³

Buna karşın Federal Konsey, kendi yetkilerinin değiştirilmesini öngören bir anayasa değişikliği söz konusu olduğunda mutlak veto yetkisine sahiptir.⁶⁷⁴ Uygulamada Federal Konsey’in mutlak veto yetkisini kullanmadığı, zaman bakımından erteleyici veto yetkisini ise nadiren kullandığı belirtilmektedir.⁶⁷⁵ Konseyin erteleyici veto yetkisinin sınırlı doğası ve uygulamada da etkili bir şekilde kullanılmaması, ikinci meclis olarak zayıf bir yapısı bulunduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır.⁶⁷⁶ Federal sistemlerin siyasal koruma ile usulü koruma teorilerinin, özellikle ilgilendiği federal siyasi sürece federe yönetimlerin katılımı konusunda, Avusturya’nın yine zayıf bir etkisi olduğu görülmektedir.

Federal sistemlerde siyasi korunmanın çift meclis sistemi ile doğrudan ilişkisi bulunmaktadır. Federal sistemin korunarak dengede kalabilmesi, salt yargının rolünü değil, aynı zamanda siyasi katılımın ve temsiliyetin de rolünün önemli olduğunu göstermektedir. Bu durumda önemli olan, federe yönetimlerin ikinci meclislerde nasıl temsil oldukları ve ikinci meclislerin, birinci meclisler üzerindeki karar alma süreçlerini etkileyebilecek araçlarının önemini vurgular.⁶⁷⁷

Siyasi olarak sistemin dengede kalabilmesi, ikinci meclislerin birinci meclislerle arasındaki siyasi simetriğe göre şekil değiştirebilir. Nitekim federal sistemin dengede kalabilmesi ya da federalizm düşüncesinin istikrarı bakımından, federasyonun birinci meclisleri ile federe yönetimleri temsil eden ikinci meclislerin yetkileri arasında, çok ciddi farklılıkların bulunmaması gerekir.⁶⁷⁸

LJPHART, özellikle çok katmanlı toplumlar için federal sistemin varlığının, özerklik sağlamanın en mükemmel yolu olduğuna değinerek, bu konuda ikinci meclislerin önemli bir rolü olduğunu altını çizmektedir. Federasyonlarda ikinci meclisin, federasyonun daha az kalabalık birimleri yani daha az nüfusu bulunan federe yönetimlerin, fazlasıyla temsil edebildikleri yani küçük federe yönetimlerin lehine orantısız temsiliyetin sağlanabilmesinin, daha güçlü bir ikinci meclis olduğu

⁶⁷³ Avusturya Anayasası’nın 42. maddenin 2. ve 3. fıkraları.

⁶⁷⁴ Avusturya Anayasası’nın 44. maddesinin 2. fıkrası.

⁶⁷⁵ GAMPER, Anna, *Introduction to the Study of the Law of the Austrian Federal Constitution*, **International Constitutional Law**, Vol 2, 2/2008, s. 103.

⁶⁷⁶ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions*, s. 18.

⁶⁷⁷ WECHSLER, Herbert, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, **Columbia Law Review**, Vol. 54, No. 4 (Apr, 1954).

⁶⁷⁸ SARTORI, Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, ÖZBUDUN, Ergun (Çev.), Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 242.

belirtilmektedir.⁶⁷⁹ Söz konusu değerlendirmede işaret ettiği konu federasyonlarda yerinden yönetim ilkesinin örüntüleridir.⁶⁸⁰

Kanada, Hindistan ve Avusturya’da, ikinci meclislerin doğrudan seçimle belirlenmek yerine, yasama organları ya da atama usulüyle belirlenmesi, demokratik meşruiyetleri bakımından eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte simetrik çift meclisler olarak, doğrudan seçilerek belirlenen ikinci meclisiyle Avustralya ve atama yoluyla belirlenen ikinci meclisli Almanya’nın, yetkileri anlamında birinci ve ikinci meclislerinin tamamıyla eşit olmadıkları kabul edilmektedir.⁶⁸¹

Federal sistemlerin siyasi koruma teorisinin, tam olarak başarılı bir şekilde işleme için çift meclislerin farklı bir usulle belirlenerek, yetkilerinin birbirine eşit olması gerekmektedir. İkinci meclislerin birinci meclis üzerinde, gerek kendilerine ilişkin alanlarda gerekse ulusal alanlara ilişkin konularda siyasi süreci etkileyecek derecede veto yetkilerinin bulunmaması, söz konusu teorisinin önemli ölçüde işlevini yitirmesine neden olacaktır. Şüphesiz ki siyasi parti yapıları ve seçim sistemlerinin, meclislerin oluşumunda ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir, fakat sadece yetkilerin eşit olması prensibi de önemli bulgular verebilir. Farklı örneklerin, aynı sonucu doğurmayacağı gibi ülkenin sosyolojik ve coğrafi yapılarının söz konusu üyelerin belirlenmesinde etken olduğu düşünülebilir. Federasyonların kurumsal oluşumlarına özgü sonuçlar, her federasyonun kendi gerçekliğinde kendine özgü koşullarda farklı sonuçlar doğurabilir.

Genel olarak Kanada Senatosu, diğer federasyonların federe yönetimleri temsil eden ikinci meclislerine oranla daha zayıf olarak addedilmektedir. İncelenen federasyonlar içinde sadece Amerika’da Temsilciler Meclisi ve Senato güçler anlamında birbirine denk olduğu, bununla birlikte Avrupa federasyonlarından biri olan Almanya Federal Konsey’in yetkiler anlamında güçlü olduğu ifade edilmiştir.⁶⁸²

İkinci meclislerin kompozisyonlarına ilişkin olarak federe yönetimlerin eşit temsiliyeti, Avustralya ve ABD federasyonlarında sağlanmaktadır. İkinci meclislerin kompozisyonu bakımından, dört kategoride federe yönetimlerin ağırlıklı oylama usulüne dayanan kendine özgü bir sistem Alman federasyonunda görülmektedir. Birden çok kategoride, federe yönetimlerin ikinci mecliste ağırlıklı temsil edilmesi açısından

⁶⁷⁹ LIJPHART, *Thinking About Democracy* s. 83.

⁶⁸⁰ Yazar, başka bir eserinde, iktidarın merkezden toplanmaması ve birden çok merkeze dağılımı olarak adlandırdığı adem-i merkezîyetçiliğin –desantralizasyon- hemen hemen tüm federasyonlarda bulunduğunu ifade etmiştir. Burada iki ülke bakımından ayırım yapan Yazar, merkezleşmiş federasyon örneği olarak Venezüella’yı verirken, Avustralya, Kanada, Almanya, İsviçre ve ABD ile 1993 yılından günümüze kadar olan dönemde Belçika’yı adem-i merkezîyetçi merkezi olmayan-merkezleşmemiş –desantralize-federasyonlar olarak tanımlamaktadır. Çalışmamızın diğer iki örneği olan Hindistan ve Avusturya ne diğer federasyonlar gibi tam anlamıyla merkezleşmemiş ne de Venezüella gibi tam olarak merkezleşmiş birer federasyondur. Bu iki federasyon iki kategori arasında kalan bir durumdadırlar. Bu yönleriyle her iki federasyon için federal benzeri ifadesi kullanılmaktadır. LIJPHART, *Demokrasi Motifleri* , s. 186.

⁶⁸¹ LIJPHART, *Patterns of Democracy* , s. 208.

⁶⁸² TSEBELIS, George, MONEY, Jeannette, *Bicameralism* , Cambridge University Press, London, 1997, s. 33.

Hindistan ve Avusturya federasyonlarının ayrı bir kategoride ele alınmaktadırlar. Avustralya, Kanada, Hindistan ve Amerika’da, ikinci meclislerin üstlendikleri roller yasama fonksiyonuna ilişkin olup, Almanya’da ikinci meclis olan Federal Konsey’in yasama fonksiyonunun yanı sıra, hükümetler arası rollerde de etkin olduğu belirtilir.⁶⁸³

Federe yönetimlerin federal siyasi karar alma süreçlerinde temsil edilebilmesi için hem temsilcilerinin belirlenmesinde, hem de federe yönetimlerin temsiliyetlerinin sağlandığı ikinci meclislerin işlevleri bakımından ayrı ayrı önem arz eder. Üstelik, ikincisi federe yönetimlerin ulusal karar alma süreçlerinin sağlandığı “katılımcı federalizm” anlayışını ifade etmektedir.⁶⁸⁴ Her federasyon istikrarlı olmasa bile, açıkça ikinci meclislerin ulusal karar alma süreçlerine katılımını belirli oranda anayasa ile oluşturabilmelidirler. Bu federasyon anayasasının katılımcı yönünü ortaya koymakta ve federe yönetimlerin özerkliklerini pekiştirmektedir.

Ne var ki, özellikle çeşitlilik unsurunun baskın olduğu federal sistemler bakımından, federe yönetimlerin katılımcı olmaları için ciddi veto yetkilerinin bulunması gerekmektedir. Bu sistemi tıkamakla sonuçlanabilir fakat olumlu tarafı federasyonda istikrar sağlar, federalizme vurgu yapar. Nitekim, federasyonun yasama işlevi diğer tür devlet sistemlerinden daha ağır işlediği bir gerçektir. Bu ağırlık, federasyonun doğasında olan çeşitliliğin bir sonucudur. İkinci meclis yada üst meclislerin amacı da, yasama sürecinin daha iyi denetlenebilmesi anlamına geldiğine göre, federasyon sisteminin yanı sıra iki meclisliliğin de dezavantajlarından birinin yasama faaliyetlerinin ağır işlemesine ve bazen sistemi tıkanmasına neden olduğu bilinmektedir. Bu doğrultuda, federasyon adına bu süreçler geç ve ağır işlese bile ya da tıkanıklıklara neden olsa dahi, sistemin çeşitlilik unsuru ve federalizm adına vazgeçilmemesi gereken önemli bir katılımcı federalizm unsurudur.

Katılımcı federalizm bakımından veto yetkilerinin, örneğin on altı federe yönetimin bulunduğu Almanya’da, her federe yönetimde üç ayda bir gerçekleştirilen seçimleri anlamına gelmektedir. Bunun bir sonucu, muhalefet partilerinin sık sık Federal Konsey’in kontrolünü kazanarak, değişiklikleri zorlaştırmaları, diğeri ise yönetimlerin yaklaşan bir devlet seçimi korkusuyla radikal bir reform yapmaktan kaçınmalarını ifade etmektedir.⁶⁸⁵

iii. Federasyon Anayasasının Federe Yönetimlerin İradesi Olmaksızın Değiştirilememesi

Öncelikle güvenceli yetki paylaşımı açısından yazılı ve katı anayasa unsuruyla, federe yönetimlerin anayasasının değiştirilmesi sürecine katılmaları gerekir.

⁶⁸³ WATTS, *Federal Second Chambers Compared* , s. 3.

⁶⁸⁴ GUNLICKS, *The Länder and German Federalism* , s. 388.

⁶⁸⁵ *The Economist*, *Germany's Federal Constitution Untangling The System* .

Federasyonlarda anayasanın yazılı ve katı olması unsuru, hiçbir yönetim düzeninin tek taraflı olarak anayasayı değiştirememesi ilkesiyle desteklenmektedir.

Anayasa değişiklik usulleri bir anayasanın esnek veya katı bir anayasa olması konusunda da belirleyici anayasal hükümlerdir. Kanunlardan daha zor usullerle değiştirilmesi öngörülmüş anayasalar temel olarak katı anayasa prensibi içerisinde değerlendirilirken, kanunlarla aynı usullerle değiştirilen ve aynı organlarca veya nasıl değiştirileceğine ilişkin herhangi bir hüküm içermeyen anayasalar, esnek anayasalardır. DUCHACEK, anayasa değişiklik prosedürünün sadece federal yönetimin rızasına bırakıldığı federasyonların üniter devlet modelinden federasyona geçişi tamamlamadığını ifade etmektedir.⁶⁸⁶

Anayasalar temel olarak güvence metinleridir, bu nedendir ki bağlayıcı ve üstün olmaları belirli oranda da katılık ihtiva etmeleri gerekir. Anayasaların katılığı ise, “*özel usuller ve yeter oy sayılarıyla değiştirilmesidir ki bunun temelinde anayasaların liberalizmin ve yönetilenlerin ana güvencesi olduğu fikri vardır. Anayasaların katılığı unsuru yönetilenler için güvence*” sağlamaktadır.⁶⁸⁷ Buna karşın anayasalara katılık sağlama usulleri, her anayasal düzen bakımından birbirinden farklı ve çeşitli olabilmektedir.⁶⁸⁸

Her ne kadar anayasaları katılaştırmada kullanılan yöntemler farklılık arz etse de, federasyon anayasaları bakımından kurucu ilke, federe yönetimlerin katılımıdır. Anayasa değişikliklerinde federasyon anayasalarının katılığı, federe yönetimlerin anayasanın değiştirilmesine koydukları iradeyle tespit edilebilir. Bu ilke, federal katılaştırma ilkesi ya da anayasayı katılaştırma usullerinin federatif ilkesi olarak kabul edilebilir.

Federasyonların tespitinde önemli kurucu ilkelere biri de anayasaların değiştirilmesi usulleri ve anayasanın değiştirilmesinde federal katılaştırma ilkesinin benimsenmesidir. Federasyonların kurucu unsurlarını tespit ederken, federe yönetimlerin kurucu birimler olması, federasyon anayasanın değiştirilmesinde katkı koymaları yani tali kuruculuk ilkesinin bir tarafı olmalarını gerektirmektedir. Federe yönetim düzenleri yapıları itibarıyla hem kendi anayasalarının hem de federasyon anayasalarının kurucu iktidarları olmalıdırlar. Literatürde, federe yönetimlere ilişkin olarak kurucu birimler ifadesi, (*constituent units*) söz konusu yönetim düzenlerinin kuruculuk özelliğine işaret etmektedir.

⁶⁸⁶ Yazar aynı zamanda, bazı hukukçuların anayasanın bu maddesinin değiştirilmesi suretiyle yani değişmezlik unsurlarını içeren koruyucu maddenin değiştirilmesi yoluyla eşit temsil ilkesinin kaldırılabileceğini ifade ettiklerini belirtmiştir. DUCHACEK, Hukuksal soyut bir tartışma içerisinde bunun mümkün olabileceğini fakat siyasi olarak bunun tartışılmasının dâhi mümkün olmadığını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 231.

⁶⁸⁷ TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *1982 Anayasası'na Göre: Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Basım, İstanbul, 2009, s. 117.

⁶⁸⁸ LİJPHART, *Demokrasi Motifleri*, s. 211-214, GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 59-63.

Bu unsur, federasyonu var eden anayasal yetki paylaşımı kadar önemlidir. Anayasal yetki paylaşımına dayanan federasyonlarda, anayasanın değiştirilmesine federe yönetimlerin katılmaması, söz konusu anayasal yetki paylaşımını anlamsız kılacaktır. Bu nedenle, federasyon anayasa değiştirilmesine federe yönetimlerin katılmaları, yönetim düzenleri arasındaki güvenceli yetki paylaşımının garantisi niteliğindedir. Bu anlamda federasyon anayasaları katı anayasalardır ve bunun federalizmin kaçınılmaz bir sonucu olarak ifade edilmektedir.⁶⁸⁹

Aksi halde, federasyonun tanımında ve ilk temel kurucu unsurunda değindiğimiz anayasal güvenceli yetki paylaşımının önemi kalmayacak, federal yönetim kendi iradesiyle federe yönetimlerin yetki alanlarını düzenleyebilecektir. Bu da, sistemi federasyondan çıkarabilecek boyutlara ulaşabilir.

LJPHART, söz konusu ilkeyi federasyonların ikincil ilkesi olarak belirlemekte, federe yönetimlerin federasyon anayasasının değiştirme sürecine katılmaları gerektiğine işaret etmektedir. Buna karşılık ERHÜRMAN, bu ikincil ilkeye ilişkin olarak, asli unsur olarak kabul edilmesi gerektiğini, “*en azından anayasanın yetki paylaşımına ilişkin hükümleri söz konusu olduğu zaman, bu asli unsurun vazgeçilmez bir parçası*” şeklinde kabul edilmesini gerektiği belirtmekte, federal yönetimle federe yönetimler arasındaki yetki paylaşımının güvenceli olabilmesi için, federal yönetimin federe yönetimlerin rızaları olmaksızın anayasadaki yetki paylaşımına ilişkin ilkelere bir değişiklik yapamamasının şart olduğunu ifade etmektedir.⁶⁹⁰

Bu ilkeyi, federasyonun tali ya da ikincil ilkesi olarak belirlemek, asli ile olan güvenceli yetki paylaşımı unsurunu da anlamsız kılabilir niteliktedir. Bir sistemde anayasal yetki paylaşımının kabul edilmesi fakat federe yönetimlerin bu anayasanın değiştirilmesine katılımlarının veya onların iradesi olmaksızın anayasanın değiştirilmesi, federal yönetimin tek taraflı olarak yetki paylaşımı ilkelerini değiştirmesi sonucunu doğuracaktır. Nitekim ilkenin, federasyonları devlet birlikleri ya da bağımsız devletler konfederasyonları gibi diğer devlet şekillerinden ayrılması bakımından kurucu bir unsur olarak kabul edilmesi yönünde önemli bir görüş birliği mevcuttur.⁶⁹¹

Federal katılaştırma ilkesinin, niteliği ayrı bir önem taşımaktadır. Federasyon anayasasının değiştirilmesi, federe yönetimlerin oybirliğine dayanıyorsa burada ciddi bir federal katılaştırma unsurundan söz edilemeyecektir. DUCHACEK bu durumda sistemin, federal değil ancak ve ancak konfederal bir sistem olabileceğini belirtmektedir.⁶⁹² Ayrıca, federal sistemlerin tüm unsurlarını içerdiği halde, federasyon

⁶⁸⁹ DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 231, WHEARE, *Federal Government*, s. 30.

⁶⁹⁰ ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi*, s. 126.

⁶⁹¹ DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 231.

⁶⁹² Aynı şekilde DUCHACEK’te federasyonun tespitinde dördüncü ölçek olarak, federasyonlarda anayasa değişikliklerine federe yönetimlerin katılımın sağlanması olduğunu ifade etmiştir. DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 230.

anayasasının değiştirilmesi bakımından federatif katılık ilkesi benimsenmemişse, bu durumda değişiklik için sadece merkezi otoritenin kararı yeterli olacaktır. DUCHACEK bu tür bir durumda ise sistemin, federal değil üniter olacağını belirtmektedir.⁶⁹³

Federasyonlarda anayasanın yetki paylaşımına ilişkin düzenlemelerinin değiştirilmesinde, her iki meclisinin onayı gerekmektedir. Bu onay safhası bazı federasyonlarda meclislerle sınırlı kalmayarak, referandumla federe yönetimlerin halkını da kapsayabilmektedir.⁶⁹⁴ Örneğin Avustralya'da ise, referanslarda hem federasyonun halkının çoğunluğunun, hem de federe devletlerin çoğunluğunda federe devlet halklarının çoğunluğunun onaylaması gerekmektedir.⁶⁹⁵ Bu yönde, anayasanın değiştirilmesinde aranan niteliklerde de farklılık görülmektedir. Anayasa değişikliklerinde Kanada'da nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Benzer şekilde Amerika'da anayasa değişiklikleri Kongre'nin iki meclisinin 3/2'nin ve 50 eyalet yasama organının 4/3'nün desteğini gerektiren nitelikli çoğunluk öngörülmüştür. Hindistan'da salt çoğunluk aranmaktadır. Örneğin Amerika'da, Avustralya'da ve İsviçre'de ise anayasa değişikliklerinin zorunlu olarak referanduma sunulması gerekmektedir.

Avustralya'da anayasanın değiştirilebilmesi konusundaki katılaştırma ilkesinin, federasyon anayasalarında belirlenen katılaştırma ilkelerinin en uç noktası olarak kabul edilebilir. İkili çoğunluk kuralı, Avustralya'da yapılan bir çok anayasa değişikliği teklifinin kabul edilmemesinin nedeni olarak kabul edilebilir.

Avustralya Anayasası'nda, 128. maddesinde düzenlenen, üye tamsayısının salt çoğunluğu kuralı anayasa değişiklikleri bakımından bir katılık sağlama yöntemi olarak görülmektedir.⁶⁹⁶ Avustralya Anayasası 40. maddesinde Temsilciler Meclisi ve 23. maddesinde, Senato'nun karar alması için yani yasama işlemlerinin oy çoğunluğu ile yapılabileceğini öngörmektedir.⁶⁹⁷ Buna karşılık, anayasa değişiklikleri için 128. madde de, anayasanın aşağıdaki koşullar dışında değiştirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Değiştirilmesi için teklif edilen kanun her iki meclis tarafından *salt çoğunlukla* kabul edilmelidir ve önerilen anayasa değişikliği hakkındaki kanunun, her iki meclis kabulden sonra iki aydan az olmayan ve altı ayı geçmeyen bir süre *içerisinde her eyalet ve bölgede Temsilciler Meclisi üyeleri seçiminde oy verebilen seçmenlere sunulacaktır*. Fakat meclislerden biri, bu tür bir anayasa değişikliği önerisini *mutlak çoğunlukla kabul ettiği durumlarda*, eğer diğer meclis tarafından reddedilirse, veya yeterli oyla

⁶⁹³ Aynı şekilde DUCHACEK'te federasyonun tespitinde dördüncü ölçek olarak, federasyonlarda anayasa değişikliklerine federe yönetimlerin katılımın sağlanması olduğunu ifade etmiştir. DUCHACEK, **Comparative Federalism** , s. 230.

⁶⁹⁴ ERDOĞAN, **Anayasal Demokrasi** , s. 30 vd.

⁶⁹⁵ Bkz. Avustralya Anayasası'nın 128. maddesi. ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlar da İstikrarlı Demokrasi* , s. 127; BURGESS, **Comparative Federalism** , s. 157- 158.

⁶⁹⁶ GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları** , Eylül 2010, s. 60.

⁶⁹⁷ GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları** , s. 60.

kabul edilemezse veya anayasa değişiklik önerisini ilk olarak kabul eden meclisin katılmadığı değişiklik önerilmişse ve eğer üç aylık bir aradan sonra anayasa değişiklik önerisini ilk kabul eden meclis aynı veya sonraki oturumunda, yeniden veya diğer meclis tarafından yapılan veya kabul edilen herhangi bir değişiklik önerisi olmadan mutlak çoğunlukla önerilen anayasa değişikliği geçerse ve diğer meclis tarafından reddedilir, yeterli oyla kabul edilemez veya önerinin kabul edilmesi için ilk kabul eden meclisin katılmadığı herhangi bir değişiklikle kabul ederse, Genel Vali önerilen anayasa değişiklik kanununun son hali olarak, öneriyi ilk kabul eden meclisin önerisini ve sonradan iki meclisinde kabul ettiği herhangi bir değişiklik olup olmadığına bakılmaksızın Temsilciler Meclisi seçimlerinde oy veren seçmenlerin bulunduğu eyalet ve bölgelere sunabilir. Referanduma sunulan anayasa değişiklik teklifi, ikili çoğunluk kuralı gereği (*double majority*) hem federe yönetimlerin çoğunluğuyla (yani altı federe yönetimin en az dördünün) hem de tüm seçmenlerin çoğunluğuyla kabul edilmesi halinde Kraliçe ve Genel Valinin onayına sunulacaktır.⁶⁹⁸

Söz konusu maddenin anayasayı değiştirme konusunda benimsediği ikili çoğunluk şartı, federasyon kurulduğu dönemden bu yana yaklaşık elli kez değiştirilmeye çalışılmıştır. Kuralının, karmaşık ve oldukça külfetli bir mekanizma olduğu nedeniyle eleştirilmektedir. Anayasa'nın değiştirilmesi hususunda yapılmış girişimler, ikili çoğunluk kurallarından birinin sağlanamaması nedeniyle kabul edilmemiştir. Anayasa'da, biçimsel değişiklik olmaması eksikliği eleştirilmektedir.⁶⁹⁹

Genellikle bu tür düzenlemeler, federal yönetimin federe yönetimler üzerinde gücünü arttırabilmesi yönündeki eğilimleri azaltmak için getirilmiştir. Bu ilkelerin federasyon bakımından önemi, sistemin federe yönetimlerin aleyhine dönüştürülmesine engel olabilmeleridir. Bu engelde, federe yönetimler tarafından gerçekleştirilebilir.

Avustralya federasyonunun kurulduğu sırada, federe yönetimlerin ön planda olduğu bir modelin amaçlanması nedeniyle, anayasa değişikliklerinin kabulü konusunda, federe yönetimlerin çoğunluğunun arandığı referandum usulü benimsenmiştir. Artık yetkilerin, federe yönetimlerde olması federal yönetimin belirli alanda yetkilerinin olması gibi yetki paylaşımı kataloğu konusunda ki tercihler federal yönetimin güçlü olmasını engellemek adına kabul edilmiştir.⁷⁰⁰

Bu anlamda, örnek ülkelerimizden olan Amerika'da Anayasası'nın değiştirilmesi usulünde, federatif katılaştırma usulü öngörülmektedir. Anayasa'nın 5. m.si, Kongre, *her iki meclisin üçte iki çoğunluğu gerekli gördüğünde* bu Anayasa'da değişiklik

⁶⁹⁸ Avustralya'da anayasa değişikliklerinde öngörülen ikili çoğunluklu referandum uygulamasının benzeri, İsviçre federasyonunda da kabul edilmiştir. İsviçre'de 1891 yılından beri bu yöntemle anayasada 110 değişiklik yapılması kabul edilmişken, Avustralya'da 1901 yılından beri 42 anayasa değişiklik girişiminin sadece sekiz tanesi kabul edilmiştir. ROBBERS, Gerhard, (Ed.), **Encyclopedia of World constitutions**, Facts On File, Inc., New York, 2007, s.48, 886.

⁶⁹⁹ HARRIS, Bede, **A New Constitution For Australia**, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 2002, s. 161.

⁷⁰⁰ WILTSHIRE, Kenneth, *Australia's New Federalism: Recipes for Marble Cakes*, **Publius**, Vol. 22, No. 3, The State of American Federalism, 1991-1992, s. 166.

önerebilir, ya da eyaletlerin üçte ikisinin yasama meclislerinin başvurusu üzerine değişiklik önermek üzere bir konvansiyon toplayabilir. Her iki durumda da, değişiklikler eyaletlerin dörtte üçünün yasama meclisleri veya eyaletlerin dörtte üçündeki konvansiyonlar tarafından (bu iki onaylama şeklinden biri Kongre tarafından önerilebilir) onaylandığı takdirde her bakımdan ve her konuda bu Anayasa'nın parçası olacak ve geçerli sayılacaktır.⁷⁰¹ Madde de aynı zamanda değiştirilmeze bir hüküm olarak, federe yönetimlerin rızası olmaksızın Senato'daki eşit oy hakkından yoksun bırakılmayacağı kabul edilmiştir. Bu hükümle anayasanın katılaştırılmasında bir başka yönetim daha benimsendiği görülmektedir.

Bu kuralın anayasada ve federasyonlarda öngörülmesi, federal sistem ve federe yönetimlerin kurucu unsurlulukları bakımından son derece önemli olduğu açıktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi federe yönetimlerin ikinci meclislerde temsiliyetinin ifade edildiği iki meclislik başlığında ifade edilmiştir.

Maddeye göre değişiklik önerisinin kabulü, federe yönetimlerin dörtte üçünün (50 federe yönetimden en az 38'i) yasama organları veya kurulacak olan anayasa konvansiyonlarınca kabul edilmesi koşulu getirilmiştir.⁷⁰² Maddede, anayasayı katılaştırmadan kullanılan usullerden biri olan, anayasanın belirli bir süre değiştirilemeyeceğine ve söz konusu olacak değişikliklerin anayasanın belirli maddelerini etkilemeyeceğine ilişkin bir hükmü de düzenlemiştir. Hükme göre, 1800 yılından önce anayasada yapılacak değişikliklerin hiç bir şekilde, Anayasa'nın 1. maddesinin dokuzuncu bölümünde Kongreye Yasaklanmış Yetkiler madde başlığında belirtilen, birinci ve dördüncü bentlerini hiç bir şekilde etkilemeyecektir.⁷⁰³

Burada anayasada önerilen bir değişikliğin, federe yönetimler tarafından ne kadar süre içinde onaylanmasına ilişkin herhangi bir hüküm olmaması dikkat çekmektedir. Bu konuda federe yönetimler, süre baskısıyla karşı karşıya kalmamaktadırlar. Bu biraz da büyük bir coğrafya olmayla da alakalı olabilir. Ancak, 1992 tarihinde kabul edilen Anayasa'nın 27. değişikliği, ancak 202 yılda onaylanabilmiştir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme 1939 yılında geliştirdiği *Coleman v. Miller* içtihadıyla, değişikliklerin "makul bir zaman" içinde onaylanması gerektiğini hükme bağlamıştır.⁷⁰⁴ Mahkeme

⁷⁰¹ GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 124.

⁷⁰² PELTASON, *Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı*, s. 71.

⁷⁰³ ABD Anayasası'nın 1. madde'sinin 9. bölümü; Kongre'ye Yasaklanan Yetkiler başlığını taşımaktadır. Bölümde bahsi geçen 1. ve 4. bentler aşağıdaki gibidir. (1) *Halihazırda var olan eyaletlerden herhangi birinin kabulünü uygun bulduğu kişilerin göç etmeleri veya bunların ülkeye getirilmesi binsekizyüzsekiz yılından önce Kongre tarafından yasaklanmayacak, ancak, ülkeye bu şekilde getirilenlerden insan başına on doları geçmeyecek bir vergi ya da harç alınabilecektir.* (4) *Yukarıda açıkça belirtilen nüfus sayımı ile orantılı olmadığı takdirde herhangi bir baş vergisi veya başka bir doğrudan vergi, alınmayacaktır.* ⁷⁰³ PELTASON, *Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı*, s. 59.

⁷⁰⁴ *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/307/433/>, Erişim Tarihi:03-10-2011. Ayrıca Mahkemenin anayasa değişikliğinin onaylanması için Kongre'nin makul bir süreye karar verebileceğine ilişkin kararı için bkz. *Dillon v. Gloss* - 256 U.S. 368 (1921) İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/368/case.html>, Erişim Tarihi:03-10-2011.

aynı zamanda hangi sürenin “makul” olarak kabul edileceğine, Kongre’nin karar vereceğini belirtmiştir.⁷⁰⁵

ABD Anayasası’nın değiştirilmesine ilişkin yöntemler için, anayasanın değiştirilmesi için yapılacak tekliflerde nitelikli çoğunlukların arandığı federasyonlardan biridir. Ayrıca anayasa değişikliklerine ilişkin olarak, federe yönetim yasama organlarıyla, federe yönetimlerce kurulacak konvansiyonlar tarafından onaylanabileceği öngörülmektedir. Anayasa Konvansiyonu, sadece anayasada yapılacak değişikliklerin kabulü konusunda yetkilendirilmiş bir meclis olduğu belirtilerek, sadece anayasayı değiştirmek üzere oluşturan Amerikan tipi Kurucu Meclis şeklinde tanımlanmaktadır.⁷⁰⁶ Bununla birlikte Anayasada konvansiyonların nasıl kurulacağına ilişkin herhangi düzenleme yer almadığı gibi uygulamada anayasa değişiklikleri anayasada öngörülen çoğunluklarla federe yönetimlerin yasama organlarınınca gerçekleştirildiği belirtilmiştir.⁷⁰⁷

Almanya’da anayasa değişikliklerine ilişkin düzenleme, Anayasa’nın 79. maddesinde görülmektedir. Anayasaya değişiklik getirecek bir yasa, *Federal Meclis üyelerinin üçte ikisinin onayına ve Federal Konsey oylarının üçte ikisine* bağlı olduğunu düzenlemektedir. Buna göre federe yönetimlerin temsil edildiği Federal Konsey’in onayı olmaksızın anayasada değişiklik yapılamayacaktır. Burada hem federal katılaştırma ilkesi hem de nitelikli çoğunluk prensibi benimsenmektedir.

Ayrıca maddede değiştirilemez bir hüküm olarak, Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20 maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasak olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla Anayasa federal katılaştırma ilkesinin yanı sıra federe yönetimlerin temsiliyetini engelleyecek herhangi bir değişiklik yapılmasını yasaklamaktadır. Böylelikle hem sistemin federal kalması, hem de federal unsurun ayrılmaz bir parçası olan kurucu birimleri güvence altına almaktadır. Söz konusu değiştirilemez hüküm, federasyon topraklarının yeniden düzenlenmesine ilişkin 29. maddesinde, federe yönetimlerin sınırlarında herhangi bir değişiklik söz konusu olduğu durumlarda, referandum koşulu olduğu görülmektedir.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ PELTASON, 1900’lü yılların başlarından beri, önerilen çoğu değişiklik gerekli onaylamanın yedi yıl içinde sağlanması zorunluluğunu içerdiğini ifade etmektedir. PELTASON, *Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı*, s. 71.

⁷⁰⁶ GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 124-125.

⁷⁰⁷ ABD Anayasası 5. maddesi açıklama metni: Anayasa’ya şekil vermiş olanlar, bir değişiklik yapılmasını bilerek güçleştirmişlerdir. Kongre 9000’den fazla değişiklik tasarısı incelemiş, fakat bunlardan yalnız 33’ünü kabul ederek eyaletlere sunmuştur. Bunlardan ise, yalnız 27’si onaylanmıştır. Değişikliklerden yalnız biri, 21. Değişiklik, eyalet konvansiyonları tarafından onanmış, diğerlerinin tümü ise eyalet yasama meclisleri tarafından onaylanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. PELTASON, *About America: The Constitution Of The United States Of America with Explanatory Notes*, s. 75.

⁷⁰⁸ İlgili maddenin 2. fıkrasına göre; Federal toprak ve sınırlarının yeniden düzenlenmesi için önlemler halk oylamasıyla tasdik edilen bir federal yasa ile yapılacağı, 3. fıkrada da *Halk oylaması, yeni eyalete veya sınırları yeniden çizilen bir eyalete topraklarını veya bölge kısımları verecek olan eyaletlerde (ilgili eyaletler) yapılır. Oylama, ilgili eyaletlerin mevcut durumunun olduğu gibi kalması veya yeni eyaletin veya sınırları yeniden çizilen eyaletin oluşmasına yönelik soruyla yapılır. Yeni veya sınırları yeniden çizilen bir eyaletin oluşması için gerekli halk oylaması, eğer onun gelecekteki bölgesinde ve ilgili bir eyaletin ile eyalet aidiyetinin aynı anlamda*

Maddede, Anayasa'nın sözünü açıkça değiştiren veya tamamlayan bir yasayla değiştirilebilir.⁷⁰⁹ Alman Anayasası'na göre yasa önerisinde bulunmaya yetkili organları anayasa değişiklik tekliflerinde de yetkilidirler. Anayasa'nın 76. maddesi yasa tasarıları Federal Meclis üyelerince veya Federal Konsey tarafından sunulacağını hükme bağlamıştır.⁷¹⁰

Bu duruma 1996 yılında yapılan Berlin ve Brandenburg bölgelerinin birleştirilmesine ilişkin referandum örnek gösterilebilir. Söz konusu referandum, Brandenburg federe yönetiminde birleşme yönünde yeterli halkoyu çoğunluğu sağlanamadığından başarısız olmuştur. Anayasa değişiklikleri için bölgesel yönetim parlamentolarının rızası gerekli değilse, bu durumda bölgesel yönetimlerin garantörü olarak ikinci meclisler devreye girmektedir.⁷¹¹ Bu nedenle ikinci meclislerin, birinci meclisler üzerindeki etkileri, federal sistemde yetki paylaşımı bakımından önemli olduğu, aynı zamanda federasyonun siyasi koruma teorisinin amacına ulaşması bakımından ikinci meclislerin önemli yetkilerinin bulunmasının ehemmiyeti ön plana çıkmaktadır.

Bununla birlikte Avustralya'da son derece katılaştırılmış anayasa değişiklik usulü, siyasi partizan politikaların dahil olmasına rağmen değişikliklerin referandum engeline takıldığı görülmektedir. Anayasa'da yapılmış değişiklikler sadece şekle ilişkin olarak yapılmış, Anayasa'nın esasına etki etmeyen değişiklikler olmuştur. 1907 Anayasa Değişiklikleri, senatörlerin rotasyonlarına ilişkin tarihi değiştirmiştir. 1910 değişiklikleri, ülkenin ekonomik yönden gerekliliği bakımından federal yönetimin, federasyon kurulduktan sonraki devlet borçlarını (*public debts*) yönetmek için bu alanı devralmasına ilişkindir. Aynı konuda 1910 değişiklikleri yapılmıştır. 1928 yılı değişiklikleri, federal yönetimin, sosyal-güvenlik alanında yasama gücünün genişletilmesine ilişkindir.⁷¹² Bununla birlikte, Avustralya Bölgesel Yönetimlerinin de

değiştireceği eyalet bölgesi veya bölge kısımlarının her birinde bir çoğunluk değişikliği onaylarsa kabul edilmiş olur. Eğer ilgili bir eyaletin bölgesinde bir çoğunluk değişikliği reddederse, halk oylaması reddedilmiş olur; ancak, eyalet aidiyeti değişecek olan bölge kısmında üçte iki bir çoğunluk değişikliği onaylayıp ilgili eyaletin tümünde üçte iki bir çoğunluk değişikliği reddetmiyorsa, oylama kabul edilmiş sayılır hükmü yer almaktadır. Alman Anayasası için bkz. RUMPF, UZAR, **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası** .⁷⁰⁹ Maddenin devamı, *Bariş akdini veya bariş akdi hazırlıklarını veya bir işgal rejiminin ortadan kaldırılmasını konu alan veya Federal Cumhuriyetin savunmasına hizmet eden uluslararası anlaşmalarda, Anayasa hükümlerinin bu anlaşmaların akdine ve yürürlüğe konulmasına karşı olmadığını belirtmek için, bu açıklığı getirmekle yetinen bir ekin Anayasa metnine ilavesi yeter* şeklindedir.

⁷¹⁰ Aynı maddenin 2. fıkrası; *Federal Hükümetin yasa tasarıları önce Federal Konseye sunulur. Federal Konsey, altı hafta içerisinde tasarılar hakkında görüşünü bildirebilir. Federal Konsey, önemli bir nedenden dolayı, özellikle tasarrımın kapsamı itibarıyla, sürenin uzatılmasını isterse, süre dokuz haftaya kadar çıkar. Federal Hükümet, Federal Konseye ivedi olarak nitelendirerek sunduğu bir tasarımı, Federal Konseyin görüşü çıkmamış olsa bile, üç hafta sonra veya Federal Konsey 3. Cümleye göre istemde bulunmuşsa, altı hafta sonra Federal Meclise gönderebilir; Federal Hükümet, Federal Konseyin görüşünü, bildirilmesinden sonra, derhal Federal Meclise ulaştırır. Bu Anayasayı değiştirmeye ve 23 veya 24. maddelere göre egemenlik haklarının devriyle ilgili tasarılar için görüş bildirme süresi dokuz haftadır; 4. cümle uygulanmaz şeklindedir.* fıkrada Federal Hükümetin yani yürütme organının anayasa değişiklikleri önerilerini, Federal Konseye sunacağı ve Konseyin bu konudaki görüşlerini de 9 haftalık bir sürede bildirileceği hükme alınmıştır. RUMPF, Christian, UZAR, Gökçe, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası* , **Alman Federal Meclisi Yayın Bölümü**, 2010.

⁷¹¹ SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe** , s. 6.

⁷¹² 1946 Sosyal Güvenlik, 1967 Aborjinal Avustralya yerlilerine, 1977 Senato'daki geçici boş pozisyonlara, 1977 yılında ise yargıçların emekliliğine ve referandumlara ilişkin değişiklikler yapılmıştır. *Commonwealth Of Australia Constitution Act – Notes (The Constitution)* , **Australasian Legal Information Institute, (AustLII)**, Notes 1, s. 49. İnternet Kaynak: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/notes.html, Erişim Tarihi: 20-09-2011.

anayasa değişiklik usulüne katılmalarına ilişkin değişiklik, 1977 yılında gerçekleştirilmiştir. Bu süreç, 1974 yılında senatörler değiştirilmesine ilişkin siyasi çekişmeyle başlamıştır. Çekişmenin önemli bir noktası, iki yıl sonra bölgelerde yaşayan halkların anayasa değişiklik sürecine katılmalarını sağlamıştır.⁷¹³

Kanada'da 1982 Kanada Anayasası dönemine kadar, bir Britanya belgesi olan *British North America Act* altında belirlenen yetkileri kullanmaktayken 1982'de bir Kanada Anayasası yürürlüğe konmuştur. Kanada'nın 1982 Anayasası ile ilgili olarak bu değişiklik süreci, Kanada'nın kendi içerisinde yaşadığı bir eve dönüş "*patriation*" dönemi olarak tanımlanmaktadır.⁷¹⁴ 1982 Kanada Anayasası Britanya'dan bağımsızlığı simgelese de, İngiliz sisteminden esinlenmesi nedeniyle, Westminster'in egemenlik anlayışını Kanada anayasal sistemine taşımıştır.⁷¹⁵

1982 Kanada Anayasasıyla anayasa değişikliklerini yapma yetkisi düzenleyerek, anayasa değişiklik usullerini ilk kez kabul edilmiştir. Bu yönde, en azından anayasa değişiklikleri bakımından Kanada'nın 1982 yılından itibaren tam bir federasyon olduğu belirtilebilir. 1867 Kanada Anayasası'nın nasıl değiştirileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, o dönem eyaletlerin buna katılmaları da söz konusu değildir. Kanada Anayasası'nın 38. maddesiyle başlayan anayasa değişikliklerine ilişkin hükümler, anayasanın değiştirilmesinde sürecin hayli zorlu olduğunu göstermektedir. Buna rağmen Kanada federalizminin, değişen ihtiyaçlara ve durumlara uyma kapasitesine sahip olduğu ifade edilmektedir.⁷¹⁶

Kanada Anayasa'nın anayasa değişikliğine ilişkin 38. maddesi, Kanada Anayasası'nda yapılacak değişiklikler Kanada Mührü altında yetkilendirilmiş Genel Vali tarafından yetkili kılınan organlarca yapılabileceğini düzenlemektedir.⁷¹⁷ Aynı madde de değişiklik teklifinin hem Senato'da hem de Avam Kamarasında oy çokluğuyla kabul edileceği, Kanada Anayasası 38-49. maddelerini anayasa değişikliklerine ilişkin hükümlere ayırarak, ciddi bir anayasa değişiklik süreci benimsemiştir.

Kanada Anayasası'nın söz konusu hükümlerinde, örneğin herhangi bir federe yönetime özgü olanlar, ilgili federe yönetimin yasama organı tarafından bir yasayla

⁷¹³ BENNETT, Scott, The Politics of Constitutional Amendment , **Australian Parliament Politics and Public Administration Group**, Research Paper Index, Research Paper No.11 2002-03, 2003. İnternet Kaynak: http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp0203/03rp11, Erişim Tarihi: 20-09-2011.

⁷¹⁴ 1982'ye kadar olan süreçte Kanada'nın İngiliz Hukuk sistemi iradesinden ayrılarak anayasa değişiklik sürecini kendi iradesine alması patriate- anayasa tasarruflarının anavatandan ayrılarak kendi iradesine alınmış olmasıyla- ifadesiyle açıklanmaktadır. LEACH, Richard H, *Canadian Federalism Revisited* , **Publius**, Vol. 14, No. 1, Crisis and Continuity in Canadian Federalism (Winter, 1984), s. 17.

⁷¹⁵ KALAYCI, Hüseyin, **Kanada-Quebec Sorunu. Çok kültürcülük, Kendi Kaderini Tayın, Milliyetçilik ve Federalizm** , T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2007.s. 98, İnternet Kaynak: www.yok.gov.tr/tezler. Ayrıca Kanada Westminster modeli parlamento geleneğini federal sistemler uygulayan ilk federasyon olarak gösterilmektedir. BURGESS, **Comparative Federalism** , s. 84

⁷¹⁶ KALAYCI, **Kanada-Quebec Sorunu** , s. 75.

⁷¹⁷ *Kanada Mührü*, Kanada Kraliyet Onayı verilmiş devletin resmi amaçlar için Parlamento Faaliyetlerinin belgelendirmesinde kullanılan bir mühürdür. Bilgi için bkz.Canadian Heritage, İnternet Adresi: <http://www.pch.gc.ca/pgm/ceem-cced/symb1/o8-eng.cfm>, Erişim Tarihi: 09-02-2013.

değiştirtebilmektedir.⁷¹⁸ Anayasa değişiklik usullerinde, belirli durumlarda federal yönetimin onayı gerekliyken, belirli durumlarda ise belli sayıda federe yönetimin onayı gerekmektedir. Bazı durumlarda ise, federe yönetimlerin değişikliği onaylaması gerekir.⁷¹⁹ Bu durumda Genel Vali tarafından çıkarılan ilan ile sadece Senato ve Avam Kamarası kararları ile yetkilendirilmiş ve sadece anayasa değişikliğinden etkilenen ya da değişikliğin uygulandığı federe yönetim tarafından yapılması öngörülmüştür.⁷²⁰

Anayasa her ne kadar farklı değişiklik usulleri öngörmüş olsa da, Anayasa'nın 38. maddesi, anayasa değişikliği özellikle federe yönetimlere ilişkin olarak, anayasal yetki paylaşımında yapılacak herhangi bir değişikliğin, toplam nüfusun en az yüzde 50'sini içeren federe yönetimlerin üçte iki nitelikli kabul çoğunluğu öngörmüştür. Bu da on federe yönetimin en az yedisinin kabulü anlamına gelmektedir. Bu değişiklik 7/50 formülü olarak belirtilmektedir.⁷²¹

Anayasa'da değiştirilmez hükümlere ilişkin herhangi bir düzenleme olmamakla birlikte, bu konuda Kanada Yüksek Mahkemesi, anayasada zımnen değişmez hükümlerin dahi bulunmadığına karar vermiştir. Gerçekten söz konusu karar uyarınca, örneğin anayasaya uygun olarak herhangi bir federe yönetimin ayrılma hakkı olabileceği anayasaya eklenebilir. Mahkeme kararında gerekçe olarak, Anayasa'nın herhangi bir bölümünü tamamen değişmez olduğunu belirtmenin, Kanada halkının egemenliği ile çelişeceğini belirtmiştir.⁷²² Bahsi geçen kararın anayasanın değiştirilemez hükümleri bir yana, federe yönetimlerin anayasanın değiştirilmesine katılmalarını engellemektedir. Bu hüküm ve yetki paylaşımına ilişkin düzenlemeler için önemli bir sayıda federe yönetim çoğunluğunun kabulü gerekmektedir.

Federasyon anayasa değişiklikleri için eğer değişiklik yapabilmek için sadece federe yönetimlerin oybirliği gerekiyse bu sistemin federal bir sistem değil konfederal bir sistem olduğu belirtilmiştir. Lâkin tersi durumlar için de yani anayasa değişikliği

⁷¹⁸ Örneğin Kanada Anayasası'nda yapılan değişiklikler, bu şekilde federe yönetimlerce yasayla gerçekleştirildiyse, Anayasa'nın içinde *Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, *Newfoundland Act*, 12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.) , şeklinde belirtilmektedir. Kanada Anayasası için bkz. *The Constitution Act, 1867 30 & 31 Victoria, C. 3. (U.K.) (Consolidated With Amendments)* , **Canadian Legal Information Institute, (CanLII)**, İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/const/const1867.html>, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

⁷¹⁹ Örneğin Kanada Anayasası'nın 43. maddesinde Kanada Anayasası'nda herhangi bir hükmü bağlı olarak yapılacak ve tüm federe yönetimlerde uygulanmayacak fakat sadece bir veya daha fazla federe yönetimde uygulanacak değişiklikler; herhangi bir federe yönetimlerin sınırları arasında yapılacak değişiklik ve belirli bir federe yönetimde İngilizce ya da Fransızca dillerinden hangisinin kullanılacağına ilişkin olarak yapılacak değişiklikleri ayrımaktadır.

⁷²⁰ Kanada Anayasası 43. maddesi. Örneğin 1987 yılında anayasada yapılan bir değişiklikle, Newfoundland Act olarak bilinen 17. Değişiklik anayasaya eklenerek, mezhep okulları için daha fazla hak ve ayrıcalık tanınması istenmiştir. 17. Değişiklik için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/index.html>, Son Ziyaret Tarihi: 12-10-2011. Diğer değişikliklere örnek olarak New Brunswick federe yönetiminin Fransızca ve İngilizce dil toplulukların eşitliği ilkesini Haklar ve Özgürlükler Bildirgesine dahil etmek üzere yapılan 1993 (New Brunswick Act) değişikliği ya da en son değişiklik olarak 2001 yılında -Constitution Amendment, 2001 (Newfoundland and Labrador)- Newfoundland federe yönetimin isminin resmi olarak Newfoundland ve Labrador federe yönetimi olarak değiştirilmesini içeren değişiklik yapılmıştır.

⁷²¹ Kanada Anayasası 38. maddesi.

⁷²² ROBBERS, (Ed.), *Encyclopedia of World constitutions* ,s.172-173.

için sadece federal otoritenin gerekliliği söz konusuysa burada da sistemin federal değil üniter bir yapı olduğundan bahsedilmektedir.⁷²³

1982 anayasa değişikliği sürecine kadar, sadece Kanada'nın anayasa değişikliği konusunda isteği İngiltere tarafından gerçekleştiriliyordu. Bu tarihsel dönüşümden günümüz 1982 Kanada Anayasası'na gelindiğinde, anayasa değişiklikleri için kurulan sistemin yüksek oranda bir bariyer oluşturduğuna dikkati çekmişlerdir.⁷²⁴ Nitekim, Kanada Anayasası'nın bu katılımının, Kanada hükümetlerinin geçmişte ve mevcut sistemde anayasanın değişen ihtiyaçlarını karşılayabilmek için genellikle anayasa dışı yollara başvurmaları anlamına geldiği belirtilmektedir.⁷²⁵

Başbakan TRUDEAU'nun 1982 Anayasası'nın hazırlanması ve hızlı bir biçimde değişiklik yapabilmek için eyaletlere danışmaması, konusun yüksek mahkemeye ulaşmasına neden olmuştur. Kanada Yüksek Mahkemesi, Eylül 1981'de "anayasanın kabulü için "belli oranda bir eyalet onayı" gerektirecek anayasal bir konvansiyonun bulunmasına karşın, bunun "yasal olarak gerekli" olmadığına karar vermesi, anayasada bu denli katı ilkelerin belirlenmesine giden süreci sağlamıştır.⁷²⁶ Kararla, federasyonu federe yönetimlerle işbirliği içersinde bulunmaya teşvik edici bir karara imza atmıştır.

Davada Yüksek Mahkeme Quebec'in güncel federasyon taleplerinden biri olan anayasayı veto etme hakkını da değerlendirerek, "tarihi kayıtlarda, federal hükümet ya da diğer eyaletlerin Quebec'in veto hakkını tanıdığına dair hiçbir hüküm bulunmadığını" ifade etmiştir.⁷²⁷ Her ne kadar kararın eleştirel boyutları olsa da, mahkeme dengeleme görevi yaparak, federe yönetimlerin anayasa değişikliği sürecine katılmaları gerektiğini belirtmiştir. Bu kararla birlikte 1982 Kanada Anayasası sürecine federasyonların anayasayı katılaştırma yönetmelerinden biri olan anayasa yapım ve değişikliği sürecine katılmaları sağlanmıştır.

Avusturya Anayasası değiştirilmesi zor usullere bağlanmış, anayasada belirtilen ilkeler sadece referandumla değiştirilebilir. Federal Anayasa, Kara Avrupa'sı hukuk sisteminin geçerli olduğu ve federal bir sistem olarak kabul edilen Avusturya'da normlar hiyerarşisinde ilk sırada yer alır. Küçük bir cumhuriyet anayasası olarak Avusturya Anayasası, geçmişte Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun birçok ilkelerinden etkilenmiştir. Olağan dışı bir sayıda yapılan anayasa değişiklikleri ve çok

⁷²³ MAJEED, *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, içinde, SIMEON, Richard, PAPILLON, Martin, *Canada*, s. 96-97. Ayrıca Yazarların Kanada hakkındaki makaleleri için bkz. SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada: An Overview*.

⁷²⁴ SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada*, s. 4 vd.

⁷²⁵ SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada*, s. 4 vd.

⁷²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KALAYCI, *Kanada-Quebec Sorunu. Çok kültürcülük, Kendi Kaderini Tayin, Milliyetçilik ve Federalizm*, s. 101-103.

⁷²⁷ KALAYCI, *Kanada-Quebec Sorunu. Çok kültürcülük, Kendi Kaderini Tayin, Milliyetçilik ve Federalizm*, s. 101-103.

yakın zamanlara kadar 1.200 farklı anayasal normlardan oluşan hayli esnek bir anayasa olduğu ifade edilmektedir.⁷²⁸

Avusturya AY.nın m. 44, anayasa değişikliklerine ilişkin hükümleri düzenlemiştir. Buna göre Ulusal Meclis anayasal kanunları veya salt çoğunluk oyuyla kabul edilen kanunlarda yer alan anayasal hükümlerini, ancak üye tam sayısının en az yarısının katılımıyla ve kullanılan oyların üçte ikisinin oyuyla kabul edilebilir.

2. fıkrada ise, federal katılaştırma unsuru görülmektedir. Burada, federe yönetimlerin yasama veya yürütme yetkilerini sınırlayan anayasal kanunların veya salt çoğunluk oyuyla kabul edilen kanunlarda yer alan anayasal hükümlerin, Federal Konsey onayından geçirilmesi öngörülmektedir. Federal Konsey'in üye tam sayısının en az yarısının katılımıyla ve kullanılan oyların üçte ikisinin oyuyla söz konusu değişiklikleri onaylanmaları mümkündür. Söz konusu maddeye göre referandum koşulu ise ancak Anayasa'nın bütüncül değişiklikleri halinde mümkündür. Maddede ayrıca Anayasada yapılacak tüm kısmi değişikliklerde, Ulusal Meclis ya da Federal Konsey üyelerinin üçte birinin talebiyle referandum yapılabileceği düzenlenmiştir.

Avusturya anayasa değişikliklerinin, en azından federal bir sistem bakımından esnek olduğunu belirtmek yanlış olmaz. Örnek olarak seçilen ülkeler arasında federal katılaştırma unsurunun en esnek olduğu federasyon Avusturya'dır. Federal katılaştırma unsuru benimsenmiş fakat çoğunluğu bakımından kolayca değişmesi mümkün olabilecektir. Örneğin günümüz Avusturya Federal Konsey'in sandalye sayısına bakıldığında, en fazla temsil olunan (27 üyeye) Avusturya Halk Partisi (*Österreichische Volkspartei*) olduğu görülebilir. Federal Meclis bir yana, Federal Konsey'de çoğunluğu elde eden partinin, anayasaya değişikliklerini kolayca yapabileceği görülmektedir.⁷²⁹ Bu durumda çoğunluğu sağlayan partinin federalizm anlayışının, günümüz Avusturya federal sistemi bakımından son derece önem arz etmektedir. Bu durumda sistemin tek garantörü olarak Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin rolü önem kazanmaktadır.

Hindistan Anayasası'nın 368. maddesi, anayasa değişikliğine ilişkin yasaların, her iki meclis tarafından önerebileceği ifade edilmektedir. Böyle bir yasa, her iki meclisin toplam üye sayısının salt çoğunluğuyla ya da her iki meclisin toplantıya katılan mevcut üyelerinin üçte ikisinden daha az olmaya bir çoğunlukla kabul edilebilecektir.

İlgili maddede, Hindistan coğrafya olarak da büyük bir alana yayıldığından, söz konusu çoğunlukların oluşturulması, Avusturya gibi küçük bir coğrafyadan daha fazla olabilir. Bu nedenle ilgili maddede belirtildiği gibi, federe yönetimlerin parlamentoda

⁷²⁸ Anayasa, 1930 tarihinde yeniden yürürlüğe girerek yayınlanmasından şimdiye kadar (2008) 97 anayasa değişikliği geçirmiştir. GAMPER, *Introduction to the Study of the Law of the Austrian Federal Constitution*, s.92.

⁷²⁹ Ayrıca 22 üyeye Avusturya Sosyal Demokrat Partisi (SPÖ-Sozialistische Partei Österreichs) ikinci sırada ve 9 üyeye Avusturya Özgürlük Partisi (Freiheitliche Partei Österreichs-FPÖ), üçüncü sırada gelmektedir. *Aktueller Sitzplan des Bundesrates*, Ulusal Meclis Resmi Web Sayfası: <http://www.parlament.gv.at/index.shtml>, Erişim Tarihi: 12-11-2012.

temsiliyetlerine, Anayasa'nın 246. maddeden başlayarak, federal ve federe yönetimlerle, ortaklaşa yetkileri düzenleyen yedinci listesinde, anayasa değişikliği yöntemini belirleyen madde 368 ve diğer bazı maddelerinde değişiklik önerisi yapılması halinde, ana değişiklik usulünün yanı sıra federal katılaştırma usulü de benimsenerek, federe yönetimlerin en az yarısının yasama organları tarafından onaylanması gerekmektedir.

Bu yönde ilgili maddenin dördüncü ve beşinci fıkrasında, söz konusu hükme uygun olarak yapılan anayasa değişikliklerinin herhangi mahkemede ileri sürülemeyeceği düzenlenerek, anayasa değişikliklerini yargı denetimi dışında tutmaya çalışmıştır. Beşinci fıkrada ise, Şüpheleri ortadan kaldırılmak için, anayasada değişiklik yapma, madde ekleme veya çıkarma konusunda parlamentonun kurucu gücü üzerinde herhangi bir sınırlama olmayacağı belirtilmiştir. Hindistan Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliklerini esasına girerek incelemektedir. Bu yönde mahkemenin çok doğru bir kararla, söz konusu dördüncü ve beşinci fıkrayı iptal etmiştir.

Kesavananda Bharati v. State of Kerala kararında mahkeme, bu hükümlerin federal sistemin yapısını bozduğunu ve anayasanın temel yapısına aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.⁷³⁰ Mahkeme, “*federalizmin özü birlikle, federe birimler arasında yapılan yetki paylaşımı*” olduğunu belirterek anayasa değişikliği usulünü düzenleyen 4. ve 5. fıkraları iptal etmiştir.⁷³¹

Federe yönetimlerin federasyon anayasasına katılmaları, öncelikle Ulusal Anayasa değişikliği sürecinde rollerini korumak anlamına gelmektedir. Böylelikle sistemin federal yapısı korunduğu gibi, federe yönetimlerin ikinci meclislerde temsiliyetinin de garanti altına alınması sağlanmaktadır. Bu aynı zamanda federe yönetim sınırlarının bütünlüğünü ve dikey anlamda yasama ve yürütme yetkilerinin paylaşıldığı anayasal güvenceli yetki paylaşımının doğasını da korumaktadır.⁷³²

iv. Federe Yönetimlerin Kendi Anayasalarını Oluşturabilmeleri

BURGESS federasyonu, aynı ülke toprakları üzerinde yaşayan insan topluluklarının iki ayrı yönetim düzeninde yönetildikleri sistem şeklinde tanımlayarak, bu sistemde kurucu birimlerin yanında bir de federal birimin bulunduğu, her birimin kendi alanlarında egemenlik ve karar verme yetkilerine sahip olduklarını dile getirmektedir.⁷³³ Federal sistemlerde, federasyon anayasalarının yanı sıra federe yönetimlerin kendi anayasalarına sahip olmaları gerekmektedir. ERHÜRMAN bunun doğal sonucunu, federe yönetimlerin kendi anayasalarını, anayasada belirlenen

⁷³⁰ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala And Anr on 24 April, 1973*. İnternet Kaynak: <http://www.indiankanoon.org/doc/257876/>. Erişim Tarihi: 01-02-2010.

⁷³¹ *Paragf. 96-97*.

⁷³² TWOMEY, Anne, *The Involvement of Sub-National Entities in Direct and İndirect Constitutional Amendment within Federations*, s. 123.

⁷³³ BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 17.

yönteme göre ve federal anayasaya aykırı olmayacak biçimde, tek taraflı olarak değiştirebilmeleri şeklinde belirtmektedir.⁷³⁴

Federasyonların teşkilatlanmasına, dayanak noktalarından biri de özerkliktir.⁷³⁵ Bu doğrultuda federal sistemde özerklik, federe yönetimler bakımından egemenlik unsuruna işaret etmektedir. Federasyonlarda federe yönetimlerin özerkliği, “*kendi kendini yönetme, kendi kurallarını oluşturma, kendi kararlarını verme, herhangi bir sınırlama olmaksızın hareket edebilme serbestisini*” de getirmelidir.⁷³⁶ Federe yönetimlerin belirli oranda bağımsız özerk olabilmeleri, federal yönetimin iradesine bağlı olmadığı gibi bunun bir izdüşümü olarak federe yönetimlerin federasyon anayasasının değiştirebilmeleri gibi, kurucu iktidar yetkilerini kendi anayasaları bakımından evleviyetle kullanabilmeleri gerekir.

Bu yönde federe yönetimlerin birer devlet olmadıkların ilişkin tartışmaları gündeme getirmek gerekmektedir. JELLİNEK, federal sistemlerde yönetim düzenlerinin aralarındaki ilişkinin “bölünmüş egemenlik” şeklinde ifade edildiğine dikkati çekerek, kendi ülkesi, toprakları ve insanları üzerinde ilk-el bir güce dayanarak hükmetme hakkına sahip olunması halinde, devlet unsuru açısından yeterli olacağına işaret etmektedir.⁷³⁷

Bu doğrultuda, federal devletin zorunlu olarak ortaya çıkardığı yeni egemenlik anlayışlarının, egemenlik kavramının biçim değiştirmesine ve yeni anlamlar üstlenmesine neden olduğu belirtilmektedir. Bu yönde devlet kendisine sınırlar koyabilecek, yine hukuka uygun olarak bu sınırları ortadan kaldıracaktır. Federal sistemler gibi yetkilerin, devletlerin kendi iradeleriyle paylaşılması durumunda dahi, devlet iktidarının ve egemenliğinin bölünmediği anlayışı ortaya konulmaktadır.⁷³⁸ Bu noktadaki en önemli tespiti; “*siyasi birimin kendi yaptığı yasalar doğrultusunda, yürütme ve yargı başta olmak üzere kendi organları eliyle yürütülmesi, devlet niteliği için zorunlu unsurlar*” olarak belirtilir.⁷³⁹

Bu sebeplerle federe yönetimler birer devlettirler ve devletlerin kurucu belgeleri de anayasalarıdır. Federe yönetimler kendi anayasalarını oluşturarak, bu anayasalarda tali kurucu iktidar yetkilerini kullanabileceklerdir. Burada önemli olan diğer bir unsur, federe yönetimlerin kendi anayasalarının bulunmasının yanı sıra, anayasaların yapılması konusunda başka bir üst normun iradesine gerek duymamalarıdır. Bu

⁷³⁴ ERHURMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi*, s. 128.

⁷³⁵ TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 137-138.

⁷³⁶ ULUSOY, Ahmet, AKDEMİR, Tekin, *Yerel Yönetimler ve Mali Özerklik: Türkiye ve OECD Ülkelerinin Karşılaştırmalı Analizi*, **Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 12, Sayı 21, Haziran 2009, s. 260.

⁷³⁷ Burada JELLİNEK’in şu soruları sorduğu aktarılmaktadır. *..egemenlik devlet iktidarının ayrılmaz bir parçası mıdır? Devlet ve egemen devlet bir ve aynı şeyi mi ifade etmektedir?* GÖZTEPE, *Avrupa Birliği’nin Siyasi Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu*, s. 53.

⁷³⁸ GÖZTEPE, *Avrupa Birliği’nin Siyasi Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu*, s. 52-53.

⁷³⁹ GÖZTEPE, *Avrupa Birliği’nin Siyasi Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu*, s. 54.

durumda kurucu iktidar yetkilerini, bağımsızca kullanabilen federe yönetimlerden söz etmek mümkün olduğu gibi, egemen bir devletten söz edilebilir.

Bazı federal sistemlerde anayasaların, örneğin Alman Anayasası'nın federal yapının bozulamayacağına ilişkin zorlayıcı ilkesi gibi federe yönetimleri kurucu iktidarlara bakımından bağlayıcı hükümler içermesi mümkün olabilmektedir.⁷⁴⁰ ABD Anayasası'nın, özellikle Başlangıç metninde Birlik yaratılmasına ilişkin vurgu, federe yönetimlerin cumhuriyet dışında hiçbir yönetim şeklini benimseyemeyecekleri ve Anayasa'da federe yönetimlere yasaklanan alanlara ilişkin düzenlemeleri de bu duruma örnek gösterilebilir.⁷⁴¹

Federe yönetimlerin kendi anayasalarını tek taraflı olarak değiştirebilmelerine karşın federal anayasayı değiştirme sürecine katılma haklarının bulunması ilkesi, belirli alanlar bakımından dolayısıyla yasama iradesinin varlığı federe yönetimlerin özerklik vurgusu bakımından da önemlidir. Bu ilke, federe yönetimlerin kendi alanlarında anayasa yapma veya değiştirme yasama iradesine bağlandığından, federe yönetimlerin hem devlet organları anlamında hem de yasama işlevleri bakımından aktif olmalarını gerektirmektedir.

Bununla birlikte federasyonlarda özerklik vurgusunun, hukuksal anlamda bağımsız olmakla değerlendirildiği görülmektedir.⁷⁴² Bu yönde WHEARE, federasyon anayasalarında benimsenen yetki paylaşımlarının, tüm ülkeyi temsil eden federal yönetimle, ülkenin parçalarını temsil eden federe yönetimler arasında, her iki yönetim düzeninin kendi alanları içinde hukuksal açıdan bağımsız olabilecekleri şekilde yapıldığına işaret etmektedir.⁷⁴³

Günümüz federasyonlarından Hindistan'da, federe yönetimlerin çoğunluğunun kendi anayasalarını oluşturmamışlardır. Fakat bu durumun federal sistemden bir sapma olarak değerlendirilmemesi gerekir. Zira Anayasa'da kendi anayasasını düzenleyen Jammu için özel hükümler bulunmakta ve bu federe yönetimin kendi anayasası bulunmaktadır. Dolayısıyla, Hindistan'da kendi anayasası bulunan federe yönetimi sınırlı da olsa bulunmaktadır.⁷⁴⁴

⁷⁴⁰ Buna karşın, Alman Anayasası'nın 20 ve 21. maddeleriyle anayasayla kurulmuş federal düzenin kimse tarafından ortadan kaldırılamayacağı belirtilir. Bu iki federasyonun anayasayla federalizm anlayışlarının hukuksal olarak nasıl algılandığına ilişkin vurgu olarak kabul edilebilir.

⁷⁴¹ ABD Anayasası'nın Başlangıç bölümünde, *Biz, Birleşik Devletler Halkı, daha mükemmel bir Birlik yaratmak, adaleti sağlamak, ülke içinde huzuru güvence altına almak, ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı artırmak ve özgürlüğün nimetlerini kendimize ve gelecek kuşaklara sağlamak için bu Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nı takdir ve tesis ediyoruz* ifadesiyle, daha çok Birlik oluşturma fikrinin ifade edildiğini görüyoruz. Ayrıca, ABD Senato Üyesi Daniel Webster'in 15 Mart 1837 tarihli ifadesi de *Tek ülke, tek anayasa, tek yazgı* bu yönde belirtilebilir. Amerika'da farklılık olmaktan çok Amerika'da özellikle federal yetkilere yapılan atıflarla, Birlik ve teklik unsurunun anayasayla daha fazla ifade edildiğini belirtmek gerekir. Örneğin, madde I bölüm 8, federal yönetimin yetkilerini saymaktadır. Kongre, aşağıdaki yetkilere sahip olacaktır.... Birleşik Devletlerin tümünde, vatandaşlığa geçiş için tüm eyaletlerde geçerli olacak olan *tek bir kural uygulamak, ve iflaslar konusunda tek yasa koymak..* gibi.

⁷⁴² ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi*, s. 125 vd.

⁷⁴³ WHEARE, *Federal Government*, s. 26.

⁷⁴⁴ Örneğin **Jammu - Kashmir Anayasası** İnternet Kaynak: <http://www.vakilno1.com/bareacts/Constitution/S408.htm>. Erişim Tarihi: 10-11-2012.

Burada DOEHRING'in ifade ettiği bir değerlendirmeyi aktarmak gerekir. Yazar, federe yönetimlerin hem federasyon anayasası hem de kendi anayasaları gibi iki katlı bir anayasa sistemine hapsedildiğini belirtmiştir.⁷⁴⁵ Burada, Hindistan'da iki katlı bir anayasal düzene sıkışmış federe yönetimler olmamasına rağmen, federasyonlar arasında en merkezietęi olarak adlandırılmasını engellemediğini belirtmek gerekir.

Egemenliğin devletin temel kriteri olarak kabul edildiği klasik teoriye göre, federasyon tipi oluşumlarının devlet olarak kabul edilmemesi gerekir. Bu yönetimler arası iktidar paylaşımı ve egemenliğin sınırlılığı ilkesi, klasik egemenlik teorisinin anlamını bir kez daha yitirdiğini, bu anlamda federasyonların varlığı ile bu teorinin çeliştiği görülmektedir.⁷⁴⁶ Federal devletlerin tartışmalı konularından biri olan dış ve i egemenliklerinde, dış egemenlik bakımından sadece federal yönetimlerin etkili olması i egemenlik alanlarında da federe yönetimlerin, her bölgesel düzey yada alanlarında özerk ve egemen oldukları kabul edilir. Ne var ki federasyonlarda egemenliğin git gide merkezileşmesi, federal egemenlik kavramını ortaya çıkarmaktadır. Kavram federal yönetimin, federe yönetimler ve vatandaşlarının hakları üzerinde ayrıcalık kazanacak edecek şekilde yetki alanlarının genişletmesini ifade etmektedir. Bunun bir yansıması olarak, federal hukukun üstünlüğünü benimseyen federasyon anayasaları örnek gösterilmektedir.⁷⁴⁷

Federe yönetimlerin kendi anayasalarının bulunması ilkesi, bir önceki ilke olan federasyon anayasalarının değiştirilmesine katılmaları ilkesiyle bağdaştırılabilir. Bu iki ilke birlikte ele alınabileceği gibi federe yönetimlerin kendi anayasalarına sahip olabilmeleri ilkesi, diğer tür karma yapılı sistemlerden, federal sistemleri ayırabilmek için bir ölçüt olarak kabul edilebilir. Söz konusu karma yapılanmaların, aynı zamanda yerinden yönetim ilkesinin mali alanlarda uygulanması bakımından da i içe geçen karma yapıları ortaya çıkardığı görülmektedir. Bu nedenle yerinden yönetim ilkesi ayrıca ele alınması gereken bir unsurdur.

v. Merkezi Olmama ya da Yerinden Yönetim İlkesi: Mali zerklik

Egemenliğin klasik olarak asli ölçüsü, yasa koyma iradesi olarak belirtilir. Yasa koyma iradesine dışarıdan veya içeriden müdahale edilmemesi, egemenin mutlak ve sınırsız yetkisinin göstergesi şeklinde tanımlanmaktadır.⁷⁴⁸ Federasyonlar yapıları gereği, yerinden yönetim ilkesini kaçınılmaz olarak benimsemektedirler.⁷⁴⁹ Federal

⁷⁴⁵ DOEHRING, Karl, **Genel Devlet Kuramı**, eviren: Ahmet Mumcu, İnkılap Yayınları, İstanbul, 2002, s. 82 vd.

⁷⁴⁶ TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 126; ERHÜRMAN, **100 Soruda Kıbrıs'ta Federasyon**, s. 96.

⁷⁴⁷ ABD Anayasası'nın Federal Mahkeme kararlarının yasaların, hakların ve federe yönetimlerarası ticari ilişkilerden daha üstün olduğunun kabul edildiği üstünlük prensibinde görülmektedir. Bunun diğer bir rneği olarak da federal yönetimin para basma yetkisi olarak da verilebilir. ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 8. bölümü.

⁷⁴⁸ GÖZTEPE, **Avrupa Birliği'nin Siyasi Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu**, s. 22.

⁷⁴⁹ rneğin LIJPHART'ın çalışmasında, federasyonlarda federal yönetimin vergilendirme payının üniter sistemlerde merkezin vergilendirme konusundaki payından daha az olması beklenirken, Avustralya ile Avusturya federasyonlarının federal yönetimlerinin vergi paylarının Norveç, Finlandiya, Danimarka, İzlanda gibi üniter modellerden daha fazla veya onlara neredeyse eşit olduklarını göstermektedir. LIJPHART, **Otuz Altı lkede Yönetim Biçimleri ve Performansları**, s. 185, 189.

sistemlerin anayasayla merkezi olmama ya da yerinden yönetim ilkesini benimsemelerinin, doğal olarak ortaya çıktığı belirtilir.⁷⁵⁰

Nitekim federal sistemin özü, yönetim düzenleri arasında belirli alanlarda ve belirli derecelerde özerklik bulunmasına dayanır ve federal sistemlerin ideal türleri, karar alma mekanizmalarının yerinden yönetim ilkesi çerçevesinde dağıtılmış olması, yani yerellik ilkesinin karar verici mekanizmalara entegre edilmesine bağlıdır. Yerinden yönetim ilkesi çerçevesinde bu mekanizmaların ölçülmesi, federasyon yönetim düzenlerinin belirli oranlarda kanun koyucu olmaları ve mali anlamda özerk olabilmeleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.⁷⁵¹ Nitekim literatürde, yerinden yönetim ilkesinin, hem federe yönetimlerin mali özerklikleri⁷⁵² hem de belirli oranda bağımsız yetki kullanabilmeleri halinde gerçekleşeceğine işaret edilmektedir.⁷⁵³ Ancak, yerinden yönetim ya da merkezi olmama ilkesinin federe yönetimlerin belirli oranda mali özerk yetkileri bulunması ya da belirli oranda ilk elden yasama yetkilerinin bulunmasına dayandıran görüşler, bu oranın içeriği konusunda açıklayıcı olmamaktadırlar.

Federasyonun özelliklerinden biri olan özerklik, federal sistemi oluşturan federe yönetimlerin, sadece kendilerine ait bazı yetkilerinin bulunmasını gerektirmektedir. Federasyon, federe yönetimlerin bu özerkliklerini garanti altına almaktadır. Bu özerklikler; kendi anayasalarının, kurum ve organlarının bulunması, kendi yasama ve yürütme organlarının olması, yasa ve yönetmeliklerini yapabilmeleri ve ayrıca kendi hakimlerinin bulunması şeklinde açıklanmaktadır. Özerkliğin mali boyutu ise, federe yönetimlerin mali özerkliklerinin bulunmasıyla, vergilerin yükseltilmesi gibi konularda serbestçe karar verebilmeleri gerekmektedir.⁷⁵⁴ Dolayısıyla federe yönetimlerin özerk olabilmeleri, mali açıdan olduğu gibi bir çok alanın bu kapsama dahil edilmesini gerektirmektedir.

Burada yerinden yönetim ilkesine ilişkin bir tartışmayı aktarmak gerekir. ELAZAR, federal sistemlerde yerinden yönetim ilkesinin (*decentralization*) terimiyle ifade edilmesine karşı olduğunu belirtmektedir. Yazar, federasyonlar merkezizlik (*noncentralized*) üzerine kurulmuş sistemlerdir. Federasyonlarda, bu ilkenin ifade edildiği durumlarda, merkezileşebilecek veya yerinden yönetimci bir merkezin varlığını

⁷⁵⁰ Bu konuda örnek olarak Arjantin federasyonunda, çoğunlukla federe yönetimlerin sorumluluğuna dayanan bir ulusal yasa yapım sürecinin ve merkezileşmemiş bir siyasi parti yapısının bulunduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, Arjantinin yönetimler arası yetki dengesinin en az gelişmiş olduğu ülkedir. Diğer örnek olan Meksika federasyonunda, merkezi bir parti sistemi vardır fakat merkezileşmeme yönünde tedbirler alınmasıyla yetkilerin yönetimler arası dengesinde önemli değişikliklerin olduğu belirtilmektedir. FALLETI, *Decentralization and Subnational Politics in Latin America* , s. 14-19.

⁷⁵¹ SWENDEN yerinden yönetimin (*decentralization*) ölçümünde, federalizmin yapısal ve yasama teorilerini değerlendirmektedir. Temelde iki teorisinin mali federalizm ve yasama yetkilerin dağılımı boyutunu incelediğini belirtmiştir. Her iki teorisinden hareketle bazı federal ve bölgesel devletlerde, mali federalizm ve yetki paylaşımı konusunda tespitler yapmaktadır. SWENDEN, *Federalism and Regionalism Western Europe* , s. 92-98, 101-109.

⁷⁵² LIJPHART, *Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları* , s. 184 vd.

⁷⁵³ RIKER, *Federalism: Origin, Operation, Significance* , s. 13

⁷⁵⁴ AUER, *The Constitutional Scheme of Federalism* , s. 422.

kabul etmek demektir. ELAZAR, bizimde katıldığımız üzere federasyonda merkez olarak kabul edilebilecek unsur, federal ve federe yönetim düzenlerinin yetkilerini doğrudan doğruya federasyon anayasasından almalarıdır.⁷⁵⁵

Federasyonların temel karakteristiğinin, merkezi ve bölgesel yönetimler arasında güvenceli yetki paylaşımı şeklinde ifade edilmekle beraber, yerinden yönetim ilkesinin (*decentralization-noncentralization*) federasyonların tespitinde bir kurucu ilke olarak kabul edilmektedir. Yerinden yönetim ilkesinin tespitinde RIKER, federasyonlarda her iki yönetim düzeninin “nihai karar alma” fonksiyonları bakımından belirli derecede bağımsız veya özerk olmaları şeklinde ayrı bir unsur olarak ortaya koymaktadır. Nitekim, bu unsurda, özerklik vurgusunun “belirli bir oranda” olması, sistemin yerinden yönetim derecelerinin tespitini oldukça güçlendirmektedir.

Bununla birlikte yerinden yönetim ilkesinin tespitinde farklı alanların değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin LIJPHART, federasyona ilişkin ilkeler arasında, yerinden yöneticilik derecelerinde, federasyonun tali ilkesi olarak ifade ettiği mali özerkliğin, bir sistemi merkeziyetçi ya da periferik olup olmadığının tespitine yönelik olarak değerlendirmiştir. Aynı şekilde yerinden yönetim ilkesinin, yerel yönetimlerde dahil olmak üzere, siyasi ve ekonomik-mali alanlar gibi iki ana değişkenin sonuçları üzerinde değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷⁵⁶

Buna karşılık RIKER yerinden yönetim ilkesinin, federasyonda merkezi yönetimin faaliyetleri için organize olmuş siyasi partilerle, federe yönetim faaliyetleri için organize olmuş siyasi partilerin derecesiyle ilişkili olduğuna, böylelikle federal sistemin merkezileşme derecesinin tespit edileceğine işaret etmiştir. Federalizmin, anayasal yapısındaki merkezileşme ya da periferik derecelerindeki farklılıkların esas sebebi, “*siyasi partilerin merkezileşme derecesindeki varyasyonlar*” olarak belirtmiştir.⁷⁵⁷

MUELLER’e göre, federal sistemlerde yerinden yöneticiliğin derecesini tespit etmenin, bir anlamda federal demokrasinin derecesi bakımından önem teşkil etmektedir. Yazar, federal sistemlerin mantığının, yerel kamu mallarının federe veya yerel yönetimler, federal kamu mallarının ise federal yönetim tarafından sağlanması olduğuna dikkati çekmektedir.⁷⁵⁸

⁷⁵⁵ ELAZAR, **Federalism and Political Integration** , (Ed.), Lanham-New York-London: University Press of America-The Jerusalem Center for Public Affairs, s. 14, Aynı yönde bkz. ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi* , s. 128.

⁷⁵⁶ Bu alana ilişkin mali federalizm dengelerinin saptanmasında, yerel yönetim, mali verimlilik, kaynak tahsisi, makroekonomik istikrar, bürokratik reformlar ve bürokrasinin boyutu, demokratikleşme ve siyasi sorumluluk ile etnik ve federe yönetimler içinde çatışma gibi değişik varyasyonların incelendiği görülmektedir. FALLETI, Tullia G, **Decentralization and Subnational Politics in Latin America** , Cambridge University Press, USA, 2010, s. 14 vd.

⁷⁵⁷ Bu yönde RIKER, Sovyetler Birliğinin buna örnek olarak verilebileceğini, bir federasyon olmasına, federasyon anayasasıyla federe yönetimlere çeşitli güvenceler tanıtmış olmasına rağmen, etkili bir federasyonun olmadığına dikkati çekmektedir. Riker bu argümanını, *parti yapısındaki uyumsuzluğa dayandırmakta ve Sovyetler birliğinde anayasal bu güvencelerin anlamsız olmasını otokratik bir devlet olmasından değil, birliğin ve merkezileşmenin tek partinin kontrolünde olmasına bağlamaktadır*. RIKER, **Federalism, Origin, Operations, Significance** , s. 15.

⁷⁵⁸ Yazara göre, şehir yöneticileri şehrin esnafı korumakla, federal yönetim ise açık denizlerde ticari nakliyatçıları korumakla yetkilidirler. Yazar bu basit mantığın, federal yönetim tarafından rutin olarak ihlal edilmekte olduğunu, Kansas’ta bir baraj,

Federal sistemde yerinden yönetim ilkesinin, hem mali alanlarda hem de yasama yetkileriyle bağdaştırılması birbirinden bağımsız unsurlar olarak görülmemelidir. Siyasi sistemde bir devlete üstelenen ekonomik rollerin, “piyasa koruma federalizmi” olarak adlandırılan özelliklerden biri de, federe yönetimlerin ekonomi üzerinde öncelikli yasal sorumluluğu olmasıdır.⁷⁵⁹ Dolayısıyla federe yönetimlerinin bağımsız olarak ilk elden düzenleme yapmaları içerisinde ifade edilen “belirli alanlardan” biri de, mali alanlara ilişkin olduğu görülmektedir.

Federasyonda yönetim düzenleri siyasi pazarlıkların ötesinde ekonomik, sosyal, kültürel, dilsel ve dinsel alanlar gibi yaşamın her sahasında karşılıklı bir alış veriş içerisindeyler. Bu kapsamda, mali özerklik derecelerinin az olduğu federal sistemde federe yönetimler, mali açıdan federal yönetime bağımlı hale gelebilmektedirler. Bu bağımlılık, federasyondan federasyona farklılık göstermektedir.⁷⁶⁰ Buna karşılık federal yönetim, bazı alanlar bakımından kendi politikalarını gerçekleştirmek üzere federe yönetimlerin iradesine gerek duymaktadır. Bu karşılıklı ihtiyaçlılık durumu, sistemin hassas bir denge unsuru olarak görülmektedir. Federal yönetim bu ihtiyaçlılık konusunu özellikle mali araçlarla sağlamaktadır. Bu nedenle federe yönetimlerin vergilendirme, kendi gelir kaynaklarını yaratma, harcamalar gibi mali alanlarda özerk olabilmeleri gerekmektedir.

Bu açıdan değerlendirildiğinde, federasyonların kurucu unsurları arasında mali bağımsızlığa işaret edilmektedir. Kamu ekonomisi bir alt dalı olarak kabul edilen mali federalizm, hangi fonksiyon ve araçların federal yönetim alanında veya hangi fonksiyon ve araçların federe yönetimler alanlarına en uygun olduğunun araştırılmasıdır. Diğer bir deyişle, harcamaya ilişkin yetkilerin ve gelirlerle ilgili mali araçların, yönetimlerin farklı katmanları arasında (dikey) nasıl tahsis edildiğiyle ilgilenilmektedir. Mali federalizmin önemli bir kısmını, transfer ödemelerini sistemi veya ödeneklerin federal yönetim tarafından federe yönetimlerle veya daha alt yerel birimlerle paylaşılmasıdır.⁷⁶¹

Mali federalizmde, federal ve federe yönetimlerin gelir-gider, vergi ve hükümet harcamaları gibi konularda değerlendirilmesine ilişkindir. Gerçekten de federasyonun merkezi yanı güçlü ya da kurucu birimleri güçlü bir yapıya dönüşmesinin bir etkisi de

Michigan'da bir köprü, San Francisco bir metro sistemi, gibi sayısız öğelerin, yalnızca ülkenin küçük bir alanına fayda sağlayacağı ve federalizm mantığına uygun olarak bu öğelerin federe veya yerel yönetimler tarafından federal bütçe içine kendi yolunu bularak sağlanacağına işaret etmektedir. MUELLER, Dennis C, **Constitutional Democracy**, Oxford University Press, 1996, New York, s. 9.

⁷⁵⁹ Söz konusu koşulların, 18. yüzyıl İngiltere'sinde, 19. yüzyılda ABD ve bugünkü Çin'in güçlü küresel ekonomiler olarak ortaya çıkmasını sağlamıştır. Ayrıca bu ilkelerin diğerleri, ortak pazarı, ticari savaşları engellemek adına gerekli mekanizmalarla sağlamak ve son olarak, federe yönetimlerin para basma yetkilerinin olmaması veya sınırsız krediye kolay erişim ya da sabit bütçe kısıtlamasının öngörülmesi şeklinde ifade edilmektedir. Bu özelliklerin devletin alt birimleri arasında rekabet oluşturmalarının ve savuganlığa izin verilmeden mali sıkıntıdan kurtarmanın koşulları olarak ortaya atılmaktadır. PAGANO, Michael A, LEONARDI, Robert, **The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems**, Palgrave Macmillan, USA, 2007, s. 4.

⁷⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. LJPHART, Arend, **Thinking about Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice**, Routledge, USA-London, 2008, s. 83; LJPHART, **Patterns of Democracy**, s. 187.

⁷⁶¹ OATES, Wallace E, *An Essay on Fiscal Federalism*, **Journal of Economic Literature**, Vol. 37, No. 3, 1999, s. 1120-1121.

mali federalizmden kaynaklanmaktadır. Hükümet harcamaları ve vergi konusunda federasyonlarda ciddi yetkileri olan federal yönetim bu tasarrufları nasıl yaptığı ve bu yetkiler yoluyla güç alanını nasıl genişlettiği bakımından eleştirilmektedir.

Nitekim federal sistemlerde, mali düzenlemelere ve yönetim düzenleri arasındaki güvenin derecesine dayalı olan mali transferlerin paylaşımında farklılık görülmektedir.⁷⁶² Federasyonlar arasında, merkezileşmiş ve merkezileşmemiş (yerinden yönetimci, periferik) yetkilerin derecesinde ve yönetimlerarası işbirliği veya rekabetin derecesinde de farklılıklar görülmektedir.⁷⁶³ Özellikle yirminci yüzyılda mali federalizme ilişkin alanlarda, artan bir şekilde merkezileşmeye yani federal yönetime doğru toplandığını tespit etmektedir.⁷⁶⁴ Federasyonlarda yetkilerin zamanla federal yönetime doğru aktarılması ya da federal yönetimin daha da güçlenmesi olası bir durum olduğu açık olmakla birlikte, bunun bir kaynağının da, mali alana ilişkin düzenlemeler olduğu görülmektedir.

Yerinden yönetim ilkesinin tespitinde kullanılan mali özerklik, alanlarda dikey bölünmelerin bulunduğu üniter sistemlerle karşılaştırılabilir veriler sağlamaktadır.⁷⁶⁵ Örneğin Danimarka, Finlandiya ya da İsveç gibi sadece mali anlamda yerinden yönetim ilkelerini, üniter sistemlerine entegre etmişlerdir. Dolayısıyla bu ülkeler, mali anlamda yerinden yönetim ilkesi çerçevesinde örgütlenmiş, (*decentralize*) fakat birer federal sistem örneği değildir.⁷⁶⁶

Mali özerklik bakımından, bazı üniter ülke örneklerinin, federal sistemlere sahip diğer ülkelerle neredeyse aynı derecelerde mali özerklik sağladıkları görülmektedir. Ayrıca son dönem mali yapılanmalara ilişkin çalışmalarda, federal sistemlerin giderek artan oranlarda merkezileşme eğilimini arttırdıkları yönündedir. Bu tür araştırmalarda genellikle, federal yönetimin harcamaları ile toplam kamu harcamaları arasındaki oranlara bakılmaktadır.⁷⁶⁷ Söz konusu araştırmalarda, mali açıdan en merkezileşmiş örnekler Amerika ve Avustralya olarak tespit edilmektedir. Diğer örneklerden biri olan Almanya'nın, mali açıdan bu sistemlere göre daha az merkezileşme eğilimi gösterdiği ifade edilmektedir. Nitekim Alman Anayasası'nda, AB standartlarında görülen ikincillik ilkesi temel prensiplerden biri olarak benimsenmiştir.⁷⁶⁸

⁷⁶² WATTS, *Comparative Conclusions* , s. 323.

⁷⁶³ AKHTAR, **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , içinde, WATTS, Ronald L., *Comparative Conclusion* , s. 321-350.

⁷⁶⁴ OATES, *An Essay on Fiscal Federalism* , s. 1120-1121.

⁷⁶⁵ UYGUN, federasyonlarda federal ve federe yönetimler arasındaki ilişkiler kadar, yerel yönetimlerle olan kamusal ilişkilerinde önemli olduğuna değinerek, federasyonları salt iki yönetim düzeninden oluşan bir yapı olarak algılamamak gerektiğine işaret etmektedir. UYGUN, **Federal Devlet** , s. 22. Bununla birlikte fiilen özerk yerinden yönetimci federasyonlarda, federe yönetimlerin altında oluşmuş yerel yönetimlere de anayasal özerklik verilebilir. Böylelikle zaten fiilen özerk yönetim gibi işleyen bazı federasyonların, hukuki olarak da üçüncü bir yönetim düzenlerinin kabul edilebilmesi savunulmaktadır. FILIPPOV, ORDESHOOK, SHVETSOVA, **Designing Federalism** , s. 77 vd.

⁷⁶⁶ WACHENDORFER-SCHMIDT, **Federalism and Political Performance** , s. 4-5.

⁷⁶⁷ VAUBEL, *Constitutional Safeguards Against Centralization in Federal States: An International Cross-Section Analysis* , s. 85.

⁷⁶⁸ Alman Anayasası'nın 23. maddesi, ikincillik yada yersellik ilkesini ifade etmektedir. Madde de, *Avrupa Birliği'nin talilik ilkesine aykırı olarak yasama erkini ihlali nedeniyle, Federal Meclis ve Federal Konsey'in Avrupa Birliği Adalet Divanı önünde dava açma hakkı vardır. Federal Meclis, üyelerinin dörtte birinin bu konudaki başvurusu halinde buna yükümlüdür. Federal Konsey'in onayını*

Aynı yönde LIJPHART, örnek federasyonlarımız arasında Avustralya mali federalizm açısından federal yönetime en bağımlı federe yönetimleri bulunduğu yerinden yönetim derecesi oldukça düşük bir orandadır.⁷⁶⁹ Bu kapsamda merkezileşme eğilimleri, vergi gelirlerinin toplamındaki (federal ve federe yönetimler) federal yönetimin payıyla, merkezi ve merkezi olmayan toplam vergi gelirlerinde federal yönetimin paylarının ölçülmesiyle tespit edilmektedir.

SWENDEN ise, kamu harcamalarının dağılımına ilişkin araştırmasında Almanya'nın kamu harcamalarının merkezde yüzde 35, federe yönetimler düzeyinde yüzde 38 olduğundan daha az bir oranda bulunduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte kamusal gelir dağılımı bakımından Almanya'nın merkezin yüzde 51.5 oranında, federe yönetimlerin ise yüzde 48.5 oranında gelir dağılımı görülmektedir. Bu oranlar örneğin Avusturya'da merkezin kamu harcamalarının yüzde 63.9, federe yönetimler düzeyinde yüzde 24.5 olduğundan daha fazla olduğu, kamusal gelir dağılımında ise merkezin yüzde 79.8 oranındayken federe yönetimlerin yalnızca yüzde 21.2 oranında kamusal gelirleri bulunmaktadır.⁷⁷⁰ Burada bölgesel devlete örnek olan İspanya'nın kamusal harcamalarına ilişkin mali dağılımda, Avusturya'dan daha fazla yerinden yönetimci olduğu görülmektedir.⁷⁷¹

Buna rağmen, Almanya'nın tam olarak bir federal sistem olarak kabulünün tartışmalı olduğunu ileri süren görüşlerde bulunmaktadır.⁷⁷² Bunun nedeni olarak, federal yönetimin önemli derecedeki yetkilerinin yasama işlevini üstelenmeleri, bu yasama işlemlerinin yürütülmesi konusunda da, federe yönetimlerin yetkili kılınmasıdır. Federal sistemlere ilişkin çalışmalarda bu federalizm türü, yürütme federalizmi (*executive federalism*) olarak ifade edilmektedir.⁷⁷³

Federasyonlarda mali uyumsuzlukların bir diğer boyutu ise federe yönetimlerin kendi aralarındaki mali denkleştirmelere (*fiscal equalization*) ilişkin uygulamalardır. ABD hariç diğer eski federasyonlarda, mali bölgesel eşitsizliklerin giderilmesi için bir mali denkleştirme programı yapılmaktadır. Federe yönetimlerin gelirlerine ilişkin yetkileriyle, harcama sorumlulukları arasında uyumsuzluk bulunduğundan mali eşitsizlik söz konusudur. Bu tür eşitsizliğin giderilmesinde, örneğin Kanada Anayasa'sı,

gerektiren Kanun aracılığı ile Federal Meclise ve Federal Konseye Avrupa Birliği'nin sözleşmesel esasları dahilinde verilen hakların yerine getirilebilmesi için, madde 42 fıkra 2 cümle 1 ve madde 52 fıkra 3 cümle 1'deki istisnalara müsaade edilebilir hükmü düzenlenmektedir. RUMPF, UZAR, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*, s. 26.

⁷⁶⁹ LIJPHART, *Demokrasi Motifleri*, s. 188.

⁷⁷⁰ Araştırmada İsviçre'nin kamu harcamaları konusunda verilerin, daha az merkezde toplandığı (% 32), kantonlar düzeyinde (%39) ve yerel yönetimler de (% 29) daha fazla kamu harcamaları yapıldığı görülmektedir. SWENDEN, *Federalism and Regionalism Western Europe*, s. 109.

⁷⁷¹ SWENDEN kamusal gelir dağılımında Navarra ve Bask Ülkesi Hariç İspanya'nın merkezde % 87.6 oranında bölge yönetimlerinde ise yüzde 12.4 olduğunu belirtmektedir. SWENDEN, *Federalism and Regionalism Western Europe*, s. 109.

⁷⁷² WHEARE'in aynı şekilde Almanya'yı bir federal sistem olarak görmediği de belirtilmektedir. WACHENDORFER-SCHMIDT, *Federalism and Political Performance*, s. 4-5, Ayrıca bkz. WHEARE, *Federal Government*, s. 28.

⁷⁷³ Bu değerlendirme, ileride yetki paylaşımı konusunda değinilecektir. BLINDENBACHER, Raoul, OSTIEN, Abigail, (Ed.), *Dialogues on Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Volume 1, McGill-Queen's University Press, Canada, 2005, s. 63.

mali denkleştirme kuralları benimsemektedir.⁷⁷⁴ Söz konusu mali denkleştirme Kanadalı siyasetçi ve bilim adamlarınca, “*Kanada’yı bir arada tutan tutkal şeklinde*” ifade edilmiştir.⁷⁷⁵

Almanya’da ise denkleştirme programları, bir çok federal sistemin tersine, federal yönetim tarafından finanse edilmemektedir. Almanya’da zengin federe yönetimler devlet dengeleme havuzuna daha ilerici katkılar yapmakta ve nispeten daha yoksul federe yönetimler ise bu havuzdan pay almaktadırlar. Alman federasyonunda aşırı ilerici denkleştirme formülleri konusundaki uygulamalar, zengin federe yönetimlerin konuyu Yüksek Mahkemeye taşınmasına neden olmuştur. Bu federe yönetimler, denkleştirme havuzuna olan katkılarının sınırlamasını talep etmişlerdir.⁷⁷⁶

Burada ayrıca mali alanlara ilişkin olarak, federe yönetimlerin özerk yetkileri olsa da, yönetimlerarasılaşma eğilimleri nedeniyle mali alanlarda federal yönetime bağımlı olduklarını belirtmek gerekir. Federasyonlarda, özellikle Amerika’daki yönetimlerarasılaşma (*intergovernmentalization*) etkisine değinmek gerekmektedir. Bu eğilimin en önemli sonucu, federal yönetimin yetki alanlarını genişletmesidir. Her ne kadar Amerika’da federal, federe ve yerel yönetimler için, “*bütün yönetimler, kamu politikalarının oluşturulması ve uygulanmasında yer alırlar*” ifadesi kullanılsa da, federal yönetim mali fon akışı yoluyla, federe ve yerel yönetimlerin kamu politika süreçlerine katılmakta ve kendi politikalarının işletilmesi için yardım sağlamaktadır.⁷⁷⁷

Bu nedenle, gitgide federe yönetimlerin tembelleşmesi ve kendisine bağımlı hale getirmesinin yanı sıra federasyonda birliği sağlayarak, bu birlik gitgide yerini teklige bırakmaktadır. Federe yönetimler federasyon içerisinde farklılık unsurunun teminatıdır, mali yönden federal yönetime ve onun güttüğü politikalara bu kadar bağımlı olmaları, zamanla bu farklılık unsurunun erimesine ve yerine farklılıklarıyla değil acizlikleriyle bağımlı federe yönetimler çıkaracaktır. Bu da federasyonun dengesini şüphesiz ki bozacak ve bu da federe yönetimleri, üniter bir modelde merkeze bağlı yerel yönetimlere benzer bir konuma getirecektir.⁷⁷⁸

KATZ, bu durumunun günümüzde neredeyse bütün kamu politika alanlarına ulaştığını, Federe ve yerel yönetimlere aktarılan mali, idari ve politik ilişkilerde ödenekler, 40 yıl önceki halinden daha karmaşık bir yönetimlerarasılaşma ağı

⁷⁷⁴ Kanada Anayasası’nın 3. bölümü ve 36. maddesi denkleştirme ve bölgesel eşitsizliklerin giderilmesine ilişkin hükümleri düzenlemektedir.

⁷⁷⁵ Amerika’da mevcut bir federal program olmadığı, ancak federe yönetimlerin eğitim ve finansta dengeleme ilkeleri kullandıkları belirtilir. KAROS, Abigail Ostien, BLINDENBACHER, Raoul, (Eds.), **Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**, içinde, SHAH, Anwar, *Comparative Reflections on Emerging Challenges in Fiscal Federalism*, McGill-Queen’s University Press, 2006, Canada, s. 42.

⁷⁷⁶ SHAH, *Comparative Reflections on Emerging Challenges in Fiscal Federalism*, s. 43.

⁷⁷⁷ KAROS, BLINDENBACHER, **Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**, içinde, KATZ, *United States of America*, s.305. Yönetimlerarasılaşma eğilimleri, uyumsuzluklarda alternatif çözüm mekanizması olarak tanımlanırlar. Bu nedenle söz konusu eğitim ikinci bölümün sonunda kısaca aktarılacaktır.

⁷⁷⁸ Mali federalizm kapsamında sıkça değerlendirilen bu konu, alanın ilk ve en önemli eserini yayınlayan Oates tarafından şu şekilde ifade edilmiştir. Federasyonlarda mali bakımdan, *hangi işlevlerin ve araçların en iyi merkezi alanda olabileceğini ve devlet yönetimlerinin hangi en iyi alanlarında duracağını anlamamız gerekmektedir* RODDEN, Jonathan A, **Hamilton’s Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism** Cambridge University Press, 2006, USA, s. 19.

yaratıldığını belirtmiştir.⁷⁷⁹ Amerika’da bu yönde yaşanan gelişmeler ve federal yönetimin yetkilerinin ve denetim alanlarının daha doğru bir ifadeyle komutasının arttığı mali yetkiler için “cüzdanın gücü” ifadesi de kullanılmaktadır.⁷⁸⁰ Yönetimlerarasılaşma eğilimi nedeniyle, politika alanları, giderek herhangi bir yönetim düzeninin özel alanı olmayan ancak, daha ziyade federasyonun tüm düzey aktörlerini içeren bir yapıya dönüşmüştür.⁷⁸¹

Federal sistemlerde yerinden yönetimin ölçülmesi bakımından, federe yönetimlerin belirli oranda yetkileri bulunması prensibi, federal ve federe yönetimlere verilen yetkilerin geniş ya da çok sınırlı olarak verilebileceği ama bu bölüşümün güvence altına alınmasıdır. Yetki paylaşımı katalogları bakımından bir kriter olarak, önemli sayılabilecek derecedeki yetkilerin federe yönetimler düzeyinde kullanılmasının garanti altına alınmasının gerekliliği ifade edilmektedir. Bu kriter, mali özerklik kapsamında da ifade edilen ikincillik ilkesine işaret etmektedir. Bu ifadelerde ön plana çıkan federasyonlar bakımından gücün merkezileşmesinin engellenmesi, bunun yerine gücün daha fazla yerinden yönetimi olarak sağlanmasıdır.⁷⁸²

Aynı yönde mali açıdan federasyonlarda özerkliğin ve yerinden yönetimin sağlanması konusunda en ideal yolu, ikincillik (*subsidiarity*) ilkesinin benimsenmesidir. Mali anlamda ikincillik ilkesi, kar ve maliyetleri kapsayan kamu hizmetlerinin mekansal anlamda yönetimlerin en düşük düzeyinde bulunması varsayımına dayanmaktadır.⁷⁸³ Ayrıca, federal ve federe yönetimlerin mali özerklikleri bakımından çözümlenmesi zor iç içe girmiş durumlarının, demokratik federasyonlardan verimsizliklerin bir yanıtı olarak görülmektedir. Federe yönetimlerin borçlarının üstlenilmesi, hibe ve yardımlarla federe yönetimlerin vergilendirme yetkileri yerine, federal yönetimin başarılı merkezîyetçi girişimlerinin olması, bu durumu tersine çeviremeyeceği ileri sürülmektedir.⁷⁸⁴

Federal ve federe yönetimler arasında, anayasayla gerçekleştirilen yetki paylaşımı, uygun bir “mali anayasa” tarafından desteklenmedikçe iki yönetim arasındaki mali dengesizliğin önlenmesi mümkün değildir. Daha etkin bir korunma için gerekli olan, tüm merkezi hükümet harcamalarının federe yönetimlerin katkılarıyla finanse edilmesi

⁷⁷⁹ KATZ, *United States of America*, s.302-319.

⁷⁸⁰ Bu yönde, ayrıca federal yönetimlerin bilinçli olarak federe yönetimleri borçlandırmak suretiyle kendilerine bağımlı hale getirmeleri belirli bir oyunun parçası olarak değerlendirilir. Bu oyunun ikinci kısmını ise Kurtarma Oyunu The Bailout Game takip edecektir. RODDEN, *Hamilton’s Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism*, s. 50-55.

⁷⁸¹ Yazar aynı zamanda, Böylece federasyonun gerçek işleyişinin anlaşılabilmesi için, kooperatif federalizm (*cooperative federalism*) yerine ikili federalizm (*dual federalism*) anlayışı, bir paradigma olarak geldiğini belirtmektedir. Burada federal yönetimin, birçok politika alanda en önemli aktör olmak için genel bir eğilimi olduğunu, bu eğilimin ortaya çıkmasında aktörlerin bir politika alanından diğerine veya belirli bir konudan bir diğerine ve hatta bir federe yönetiminden diğerine kadar birbirleriyle bağlantılı etkileriyle, bu etkinin ortaya çıkışında farklılıklar görüldüğüne işaret etmektedir. KATZ, *United States of America*, s. 309.

⁷⁸² LIJPHART, *Demokrasi Motifleri*, s. 184

⁷⁸³ RODDEN, Jonathan A, *Hamilton’s Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism* Cambridge University Press, 2006, s. 19.

⁷⁸⁴ RODDEN, *Hamilton’s Paradox*, s. 267.

ve bu katkı için ideal olarak, her federe yönetimin aynı oranda katkıda bulunmalarıdır.⁷⁸⁵

WATTS'a göre, federal sistemlerde yerinden yöneticiliğin farklı derecelerinin çok sayıda karşılaştırılması yapılırken, gerçekte bu ölçümünün oldukça karmaşık bir konudur. İlk başta, yerinden yöneticiliğin yasama, yürütme ve mali gibi farklı formlarının ayrılması gerekmektedir. Nitekim federal sistemlerde bunların birbirlerine uymaları beklenmeyebilir. Örneğin, İsviçre federasyonu yasama organının yetkileri anlamında Kanada'dan daha merkezi yapıdadır, fakat idari, mali ve federal devletin bütün olarak karar alma süreçlerine, federe yönetimlerin katılımı açısından daha merkezileşmemiş bir yapı sergilemektedir.⁷⁸⁶

II. YETKİ PAYLAŞIMI

Federasyonların yetki paylaşımına ilişkin usullerinde genel olarak, yasama ve yürütme yetkileriyle, mali yetkilerin yönetim düzenleri arasında anayasayla paylaşılması söz konusudur. Ancak anayasal yetki paylaşımında, anayasaların çerçeve veya ayrıntılı anayasalar olmaları gibi türü, biçimi, kapsamı ve yetkilerin dağılımı bakımından kayda değer farklılıklar görülmektedir. Bu yönde yetki paylaşımı sorunu ve yetki paylaşımına ilişkin modeller akatarılacaktır.

A. YETKİ PAYLAŞIMI SORUNU

Anayasal yetki paylaşımı, federal sistemlerin karakteristik kurucu unsurlarından biri olduğuna göre, federasyonlarda yetki uyumsuzluklarının çözümü için, öncelikle anayasal yetki paylaşımının yapısı ortaya konulmalıdır. Bununla birlikte anayasal yetki paylaşımı katalogları yanında, bir de uygulamadan kaynaklanan ayrı bir yetki paylaşımı ortaya çıkmaktadır. Uygulamadaki yetki paylaşımının yapısında, yetki uyumsuzluklarının çözümünde yargı organının önemli bir payı bulunmakla birlikte buna, yargıç yapımı federalizm (*judge-made federalism*) denilmektedir.

Bu çalışmada, federal sistemler arasından hangilerinin inceleneceği, bir kaç farklı ölçekten hareketle belirlenmiştir. Kullanılan ilk ölçek, yersel ya da coğrafi federasyon örneklerinin tercih edilmesidir. Bunun nedeni, federasyonların ilk örneklerinin coğrafi esasa göre şekillenmiş, yersel federasyonlar olmalarıdır. Bu ölçüğün önemli boyutu, çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan yetki uyumsuzluklarının yargısal çözümüne ilişkindir. Nedeni şu ki, daha eski federal sistemlerde yüksek mahkemelerin kararları ve yargının rolü bakımından daha fazla sonuç elde edilebilecektir. Bu aynı zamanda, yetki uyumsuzlukların yargının rolüne ilişkin daha anlamlı sonuçların ortaya çıkmasına yardımcı olabilecektir. Dolayısıyla, federal sistem olarak yerleşmiş ve istikrarlı

⁷⁸⁵ VAUBEL, *Constitutional Safeguards Against Centralization in Federal States: An International Cross-Section Analysis*, s. 95.

⁷⁸⁶ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 327.

örnekler, yargının rolünü tespit edebilmek açısından daha verimli bir tercih olarak görülmektedir.

Seçilecek federal sistem örnekleri de, özellikle literatürde istikrarlı demokrasi örnekleri olarak kabul edilen federasyonlardan olmasına özen gösterilecektir. Federal sistemlerin istikrarlı demokrasi ölçütü, şüphesiz ki literatürde tartışmalı bir alana işaret etmektedir. İstikrarlı demokrasilerin tespitinde, farklı yöntem ve ölçütlerin olduğu ve bu konuda farklı değerlendirmelerin olduğu düşünülürse, bu tür örneklerin seçiminde, literatürün yanı sıra bir başlangıç noktası belirlemek gerekmektedir.⁷⁸⁷

Bu bakımdan çalışmaya konu olan örnekleri belirlemede başvuru ikinci ölçüt, dünya üzerinde ülkeleri “özgür”, “yarı özgür” ve “özgür olmayan” şeklinde kategorilere ayıran, *Freedom House* organizasyonunun yıllık değerlendirmeleridir.⁷⁸⁸

Bu örgütün seçilmesinin nedeni, sosyal bilimler alanında bir çok araştırmada tercih edilmiş olmasıdır. Aynı zamanda, federal sistemlerin kurucu unsurlarının tespitinde büyük oranda benimsediğimiz LIJPHART’ın bu alana ilişkin çalışmalarıdır. Yazar, federal sistemleri oydaşmacı demokrasinin bir unsuru olarak değerlendirdiği çalışmasında, belirli araştırmalarını bu örgütün verilerine değinerek açıklamaktadır.⁷⁸⁹ Nitekim örnek olarak seçilen federal sistemlerin, LIJPHART’ın çalışmasında istikrarlı demokrasi örnekleri olarak belirtildiği de görülmüştür.⁷⁹⁰

Bu doğrultuda demokrasi ve federasyonların temelde, “içinden çıkılmaz bir şekilde birbirine bağlı olduğu”, demokratik olmayan bir sistemde federasyonun işlemeyeceği belirtilir. Aynı zamanda işleyen bir federasyonda, belirli ölçüde de olsa demokrasinin bulunduğu varsayılmaktadır.⁷⁹¹

Bunun yanı sıra federal sistemlerin, otoriter, sosyalist ve faşist tek parti rejimi ve askeri cuntaya dayalı sistemlere uygun olmadığı da belirtilmektedir. Bu yönde, tek

⁷⁸⁷ İstikrarlı Demokrasi ve Demokrasinin belirlenmesinde kabul gören ilkelerle ilgili değerlendirilecek çalışmalara örnek olarak; ECKSTEIN, Harry, Çeviren: ÖZBUDUN, Ergun, *A Theory of Stable Democracy*, *Bir İstikrarlı Demokrasi Teorisi*, **Research Monograph**, Number 10, Center of International Studies, Princeton University, 1961. MUNCK, Gerardo L, VERKÜİLEN, Jay, *Conceptualizing and Measuring Democracy: Evaluating Alternative Indices*, **Comparative Political Studies**, 2002; V.35, N. 5. MUNCK, Gerardo L., **Measuring Democracy: A Bridge between Scholarship and Politics**, 2009, The Johns Hopkins University Press; LIJPHART, **Çağdaş Demokrasiler**; DIOMAND, Larry PLATTNER, Marc, Çeviri: Ergun ÖZBUDUN, **Demokrasinin Küresel Yükselişi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995. LIJPHART, **Pattern of Democracy: Government Forms and Performance 36 Countries**.

⁷⁸⁸ Freedom House’un *Dünya Çapında Özgürlük* adı altında yaptığı değerlendirmelerde, global düzeyde siyasi haklar ve kişi özgürlüklerini kurduğu karşılaştırmalı değerler ve araştırma yöntemleriyle 1972 yılından bu yana kabul gören bir yayındır. 1972 yılından bu yana inceleme oranları ve raporları 193 ülke ve 15 tartışılan bölge üzerinde demokrasinin gelişimleri ve demokrasiden geri dönüşlerin yaşandığı yerler konusunda denetlenen yıllık bir yayındır.

⁷⁸⁹ Oydaşmacı demokrasi modeli; Westminster modeli olarak adlandırılan çoğunluğun hakimiyetine karşı olarak ileri sürülmüştür. Bunun nedeni, özellikle bölünmüş toplumlarda nüfusun birbirlerinden etnik, kültürel, dil, din ve sosyolojik anlamda farklı özellikler arz eden bir sistemde, çoğunluk yönetimi ya da hakimiyetinin, anti-demokratik olacağıdır. Bu tür türdeş olmayan heterojen çoğulcu toplumlarda, oydaşmacı modelin daha uygun olacağını vurgulayan LIJPHART, bu demokrasi türünü *çatışmadan çok oydaşmayı vurgulayan, dışlayıcı değil kapsayıcı olan ve dar bir çoğunluk yerine, yönetici çoğunluğun kapsamını genişletmeye çalışan rejim* olduğunu belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. LIJPHART, **Çağdaş Demokrasiler**, s. 9, 25-26. Aynı şekilde Freedom House verilerini değerlendirme konusunda ölçüt olarak kullanan çalışmalar bakımından bkz. LIJPHART, **Patterns of Democracy**, s. 50.

⁷⁹⁰ LIJPHART, **Çağdaş Demokrasiler**. LIJPHART, Arend, **Pattern of Democracy**.

⁷⁹¹ Federalizm ve ya federasyon demokrasi gibi diğer bazı kavramlarla da birlikte kullanılmakta ve federasyonun tanımında bu kavram özel veya genel anlamlarıyla kullanılmaktadır. Bu kavramlar, çeşitlilik içinde birlik, rekabetçi kardeşlik, antagonistik-zıt işbirliği, ayrıca daha geniş bir alanı kapsayan şekilde, çoğulculuk, açık toplum, poliarsi, ya da demokrasi şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıntılı Bilgi için Bkz., DUCHACEK, Ivo D., *Dyadic Federations and Confederations*, **Publius**, Vol. 18, No. 2, Bicommunal Societies and Politics (Spring, 1988), s. 16.

partili bir rejimde, merkezi yetkilerin çok küçük bir kısmını kurucu birimlerine yani federe yönetimlere verileceği, sonuç olarak, tek parti yönetiminin hüküm sürdüğü bir sistem, üniter ve merkezi bir sistem veya en iyi ihtimalle bölgesel diktatörlüklerden oluşan bir devletler ligi veya birliği haline geleceği belirtilmektedir. Bu duruma, örneğin söz de federal sistemler olan, komünist Yugoslavya, Latin Amerika ve Afrika'nın durumu örnek olarak gösterilmektedir.⁷⁹² SIMEON ise, demokrasinin federal sistemlerin istikrarı bakımından zorunlu olduğunu, federal sistemin istikrarlı olarak işlediği sistemlerde, demokrasinin kaçınılmaz olarak bulunduğunu ileri sürülmektedir.⁷⁹³

Organizasyon dünya ülkelerini, siyasi haklar ve kişi özgürlükleri alanlarında değerlendirmektedir.⁷⁹⁴ Bu doğrultuda, organizasyonun 2010 yılı değerlendirme raporları incelenerek, başlangıç noktası olarak belirlenmiştir. Freedom House'un 2010 yılı araştırma sonuçlarından hareketle kıtalar bazında özgür olarak tespit edilmiş ülkeler içerisinde federal sistem olarak tanımlananlar ayrılmıştır.⁷⁹⁵ Federal sistemleri kıtalar bazında sıralamakla, farklı hukuk geleneklerinin anayasal yetki paylaşımına ilişkin etkisi de görülebilecektir. 2010 yılı raporlarına göre, Amerika kıtasında, özgür olarak belirtilen federasyonlar, Arjantin, Brezilya, Meksika, Amerika, Kanada, Saint Kitts ve Nevis şeklinde belirlendiği görülmektedir. Araştırma sonuçlarına göre, Avrupa kıtası özgür federal sistemlerin bulunduğu ülkeler, Avusturya, Almanya, Belçika, İsviçre olarak tespit edilmiştir. Aynı şekilde Asya-Pasifik kıtasından özgür olarak belirlenen federasyonlar da, Avustralya, Mikronezya ve Hindistan şeklinde saptanmıştır.⁷⁹⁶

Örnek ülkelerin seçiminde, nüfus bakımından küçük olan ülkeler çıkartılmıştır. Bu durumda sonuçların daha anlamlı olabilmesi açısından, Amerika kıtası özgür-federasyonlarından biri olan Saint Kitts ve Nevis adası ile Asya-Pasifik kıtasında özgür olarak kabul edilen Mikronezya, değerlendirme kapsamından çıkarılmıştır. Üstelik her

⁷⁹² DUCHACEK, Ivo D., *Antagonistic Cooperation: Territorial and Ethnic Communities*, **Publius**, Vol. 7, No. 4, Federalism and Ethnicity (Autumn, 1977), s. 14, DUCHACEK, *Dyadic Federations and Confederations*, s. 17.

⁷⁹³ Yazar diğer kriterlerin etkililik (*effectiveness*) ve topluluk ya da ortaklık (*community*) olması gerektiğini ifade etmektedir. SIMEON, *Criteria for Choice in Federal Systems*, s.150. MACKAY, William R, *Legitimacy in a Federal System* **Federal Governance: A Graduate Journal of Theory and Politics**, 1:2, 2003, s.4, İnternet Kaynak: <http://cnfs.queensu.ca/federalgovernance/index.html>, Erişim Tarihi: 20-10-2010.

⁷⁹⁴ Siyasi alanda özgürlükleri ölçerken, ülkelerin seçim süreçlerinden siyasi çoğulculuk ve katılımın düzenlediği bir ölçüt grubu belirlenmiştir. Siyasi özgürlükler kapsamında devletin işleyişine ilişkin bir grup değerlendirme ile isteğe bağlı olarak eklenen siyasi haklara ilişkin değerlendirmeleri de söz konusu olmaktadır. Özgürlüklere ilişkin değerlendirmelerin kişi haklarına ilişkin kısımda ise, kullanılan ölçütler ve alt başlıkları; İfade ve inanç özgürlüğüne ilişkin ölçütler, ve dernek ve örgüt kurmaya ilişkin özgürlüklerin yer aldığı ölçütlerdir. Ayrıca, hukukun üstünlüğü, kişi özgürlükleri ve birey hakları ile ilgili başlıklarda bu ölçütlerin alt grubu olarak araştırmada değinilen kriterlerdendir.

⁷⁹⁵ Freedom House organizasyonu, özgür ülkelere yönelik hazırladığı araştırma raporları yaklaşık 40 yıldır çeşitli araştırma yöntemlerine dayanarak hazırlanmakta ve ülkeler iki ana değerlendirme ölçütüne dayanarak sınıflandırılmaktadır. Freedom House kriterlerinin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Freedom House 2010, *Checklist Questions and Guidelines*, *Methodology*, İnternet Kaynak: <http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world-2010/methodology>. [http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world-2010](http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2010). Erişim Tarihi: 02-10-2012.

⁷⁹⁶ Freedom House organizasyonun 2010 değerlendirmeleri için bkz. PUDDINGTON, Arch, *Freedom in the World 2010: Erosion of Freedom Intensifies*, *Freedom in the World 2010: Table of Independent Countries*, İnternet Kaynak: <http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world-2010/introduction>. Erişim Tarihi: 20-10-2012.

iki ülkede gerçek bir federal sistemin olup olmadığı da tartışma konusu olduğundan, bu küçük ülkelerin araştırma dışında tutulması gerekmektedir.⁷⁹⁷

Üçüncü ölçekte ise, söz konusu veriler doğrultusundan hangi kıtalarda özgür olarak belirtilen federal sistemlerin seçileceğine karar verilmiştir. Bu anlamda, geriye kalan federasyon örneklerinin, “anayasal yetki paylaşımı kataloglarından” yola çıkılmıştır. Bu kriterin seçilmesinin nedeni, federasyon tanımı ve niteliklerinin neler olduğuyla da doğrudan ilişkilidir.

Yetki paylaşımı kataloglarında, karakteristik olarak bulunan saklı, artık veya kalan yetkiler (*residual powers*) olarak bilinen yetki türüne bakılmıştır. Federal sistemlerde bu yetki türü, farklı yönetim düzenlerine bırakılabilmektedir. Kıtalar bazında tespit edilen özgür federal sistemlerde, anayasal yetki paylaşımıyla artık yetkileri hangi yönetim düzenine bıraktığına bakılmıştır. Böylelikle, özellikle ilk dönem federal sistemlere ilişkin çalışmalarda ileri sürülen, artık yetkilerin bırakıldığı yönetim düzenlerinin daha güçlü olduklarına ilişkin kanının da tespiti yapılabilecektir. Burada artık yetkiler türünün seçilmesinin nedeni, federal sistemlere ilişkin çalışmalarda, artık yetkilerin verildiği yönetimin daha güçlü olacağına ilişkin tespittir. Dolayısıyla, yetkilerin sık sık örtüştüğü federal sistemde yetki uyumsuzluğunun ortaya çıkmasında, artık yetkilerin bırakıldığı yönetim düzeninin de gerçek durumu ortaya çıkacaktır.

Geriye kalan ülkeler anlamında, Amerika kıtasında yer alan Arjantin, Brezilya, Meksika, Amerika ve Kanada, federasyonları arasında genel yetki paylaşımının nasıl yapıldığına bakılmıştır. Bu tespiti yaparken ilgili federasyonların anayasaları incelenmiştir. Bu doğrultuda, Amerika kıtasında yer alan diğer ülkelerde, Arjantin, Brezilya, ve Meksika federasyonlarında da ABD Anayasası’nda yer aldığı gibi federal yönetimin *münhasır yetkileri* belirlenmiş bunun dışında kalan tüm konularda federe yönetimler yetkili sayılmıştır.

Dolayısıyla yetki anlamında birbirine paralel düzenlemeleri olan bu federasyonlardan, en eski olanı belirlemek federasyonların istikrarını tespit edebilmek açısından en akılcı seçim olacaktır. Amerikan federasyonu bu paralel yetki paylaşımı esasında ilk örnek olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda Amerika’nın kendisinden daha sonra ortaya çıkmış federasyonlara büyük ölçüde kaynaklık ettiği de literatürde şüphe götürmez bir gerçek olarak kabul edilmektedir.

Nitekim bu hususu karşılaştırmalı federasyon çalışmalarında, federasyon örneklerinden eski modeller, anayasal yetki paylaşımının karakterini etkilemektedir.

⁷⁹⁷ ELAZAR’ın federal sistemleri içine dahil ederek, dikey anlamda belirli derecede egemliğin paylaşıldığı sistemleri, federalizm kategorisinde ele almaktadır. Federalizm kategorisi içerisinde çeşitli devlet türü ya da şekillerini, federal sistemle ilişkileri bakımından biyolojik bir benzetme yapmaktadır. Bu bağlamda yazar, federalizm kategorisine dahil ettiği federasi (*federacy*) türüne, Amerika’nın Porto Riko ve Kuzey Mariana Adalarıyla olan siyasi birliğini örnek olarak göstermekte, ayrıca federalizm kategorisinde yer alan ilişkili devlet şeklinde adlandıracağımız (*Associated statehood*) modele de, Amerika’nın Mikronezya Federal Devletleri ve Marshall Adalarıyla olan siyasi bağı gösterilmektedir. ELAZAR, *International and Comparative Federalism*, s. 190-195. Bkz. Supra not s. 12, Atf 63. Benzer türden kategorilendirme için bkz. WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, s. 119-120.

Örneğin İsviçre, Avustralya, Almanya, Brezilya ve Meksika’ da anayasa koyucuların, anayasayı ve federasyonu şekillendirirken, zihinlerinde bir şekil olarak Amerika’nın örneği bulunduğu belirtilmektedir. Bu yönde Hindistan’ın Kanada modeli üzerinden değerlendirildiği, anayasanın şekillenmesinde bu örneğin, Kurucu Meclis üzerinde güçlü bir etkiye sahip olduğu belirtilmiştir.⁷⁹⁸ Bu değerlendirmelerle, Amerika kıtasında seçilen federasyonlardan biri genel yetkilerin federe yönetimlere bırakıldığı Amerika, diğeri ise genel yetkilerin federal yönetime bırakıldığı Kanada olarak belirlenmektedir.⁷⁹⁹

Aynı şekilde Asya-Pasifik kıtası federasyonlarında iki federasyon olan özgür ülkeler, Avustralya ve Hindistan olarak belirlenmişti.⁸⁰⁰ Bu iki federasyonda da, belirlediğimiz yetki paylaşımı kriterine uyum göstererek, genel yetkilerin federe yönetimlere bırakıldığı federasyon tipini Avustralya, genel yetkilerin federal yönetimlere bırakıldığı federasyon kriteri de Hindistan karşılamaktadır. Buraya kadar, artık yetki türü üzerinden örnek federal sistemlerin belirlenmesinde, etkili bir ölçek olduğu görülmektedir.⁸⁰¹

Bunun yanı sıra Avrupa kıtasında İsviçre, Avusturya, Almanya ve Belçika federasyonlarının hepsinde, artık yetkilerin federe yönetimlere bırakıldığı görülmektedir. Bu durumda, artık yetkilerin federal yönetime bırakıldığı herhangi bir federal sistemin örneği bulunmamaktadır. Bu durumda, söz konusu federasyonlardan ikisinin seçilmesi gerekmiştir.

Bu doğrultuda Belçika, yersel federasyonlara bir örnek olmadığı gibi, diğer federal sistemlere göre daha yeni bir federasyon olduğundan, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yargının rolünün ortaya konulması, bakımından çıkartılmıştır. Geriye kalan federasyonlar arasında seçim yapmak için ise, çalışmanın ana problemlerinden biri olan yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yüksek mahkemelerin rolü göz önüne alınmıştır. Bu kritere bakıldığında İsviçre’de, federal hukuka ilişkin yetki uyuşmazlıklarının çözümünün, referandumlarla gerçekleştirildiği görülmektedir. Dolayısıyla İsviçre federasyonunda, en azından federal yönetime ilişkin olarak yargının rolünü tespit edilemeyecektir.

⁷⁹⁸ AKHTAR, *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, s. 355.

⁷⁹⁹ Kanada Anayasası’nın 91. maddesi, federal yönetimin minhasır yetkilerini saymakta ve bu maddenin başında federe yönetimlerin genel yetkili olduğunu düzenlemektedir.

⁸⁰⁰ Avustralya Anayasası’nın 51. maddesi, Hindistan Anayasası’nın ise 248. maddesinde artık yetkiler düzenlenmiştir.

⁸⁰¹ Geriye kalan ülkeler anlamında, Amerika kıtasında yer alan Arjantin, Brezilya, Meksika, Amerika ve Kanada, federasyonları arasında genel yetki paylaşımının nasıl yapıldığına bakılmıştır. Bu tespiti yaparken ilgili federasyonların anayasaları incelenmiştir. Amerika kıtasında bilinen ilk ve en eski federasyon örneği olan Amerika’nın seçilmesi çalışmanın muhtemel verileri açısından kaçınılmaz olmasına rağmen tespit konusundaki kritere bağlı kalarak bu ülkenin de yetki paylaşımı incelenmiştir. ABD Anayasası’na göre, anayasayla sayılan minhasır yetkileri dışında tüm konularda federe yönetimlerin yetkili olacağı belirlenmiştir. ABD Anayasası’na göre, anayasayla federal yönetime açıkça verilmemiş yetkiler federe yönetimlerin ve halkındır. Bu anlamda yetki paylaşımı hususunda Amerika federal yönetimin ayrırcı yetkilerini belirlerken, federe yönetimlerinde genel yetkili olduğunu belirlemiştir.

Bu nedenle geriye kalan iki federasyon örnekleri, her ne kadar her ikisi de artık yetkileri federe yönetimlere bıraksa da tercih edilecektir. Bu bakımdan genel yetkili yani artık yetkilerin verildiği yönetimin güçlü olduğuna ilişkin önermeyle, Avusturya'nın ancak "federal benzeri" bir sistem olabileceğine ilişkin değerlendirmelerin, karşılaştırması da yapılacaktır. Bu bakımdan Avusturya'nın seçilmiş olması yerinde bir tespit olmaktadır. Ayrıca Avusturya'nın, federal hukukun üstünlüğü ilkesini benimsemeyen nadir federasyonlardan olmasına karşılık, "federal benzeri" olarak kabul edilmesindeki nedenler de ayrı bir merak konusu olmuştur. Dolayısıyla, Avrupa kıtası federasyonlarından genel yetkilerin federe yönetimlere bırakıldığı Almanya ile Avusturya federasyonları belirlenmiştir.

Bu bağlamda da, her iki kıtadan farklı artık yetkileri farklı yönetim düzenlerine bırakan 4 örnekle, Avrupa kıtasında artık yetkileri federe yönetimlere bırakan iki örnek sistem belirlenmiştir. Avrupa, Amerika ve Asya-Pasifik kıtalarında yer alan federasyonları genel bir değerlendirmeye aldığımızda, artık ya da genel yetkilerin federe yönetimlere bırakıldığı federasyonlar; Amerika, Avustralya, Almanya ve Avusturya'dır.⁸⁰² Bunun tam tersi olarak, genel yetkilerin federal yönetimlere bırakıldığı federasyonlar ise, daha az sayıda olarak; Hindistan ve Kanada'dır.⁸⁰³

Aynı zamanda, örneklerimizin istikrarlı demokrasi örnekleri olabilmesinin bir başka kaynağında, LIJPHART'ın 1999 yılında ülkelerin demokratik örüntülerin ilişkin yaptığı değerlendirmeler bakımından da tutarlı olacaktır. LIJPHART, örneklerimiz olan Avusturya ve Kanada'nın 1945 yılından 1996 yılına kadar en azından demokratiklik konusunda 19 yıl istikrar gösteren federasyonlar olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde, 1946'dan beri Amerika ve Avustralya, 1949 Almanya ve 1977 yılından beri de Hindistan'ın demokratiklik bakımından istikrar gösteren ülkeler olarak kabul etmiştir.⁸⁰⁴

Federasyonlar bakımından anayasal yetki paylaşımı, özellikle aralarında uzun zamandan beri düşmanlık ve ayrımcılık motiflerinin devam ettiği zıt grupların bulunduğu toplumlarda, daha yaşayabilir bir demokrasinin ve mantıki bir toplum yapısının kurulmasını sağlamaktadır. Özellikle siyaset bilimcileri ile siyasi aktörler, yetki paylaşımının bölünmüş toplumları yönetmede en geçerli demokratik faktör olduğunu belirtmektedirler. Bununla birlikte kurumsal olarak, hangi yetki paylaşımın demokratik olduğunun anlaşılabilmesi konusunda ki yöntemler belirsiz sayıdadır. Ancak kurumsal tercihlerin geniş seçeneklerine rağmen, yetki paylaşımı kurumlarını

⁸⁰² Bu ülkelere örnek olan diğer federasyonlar; Venezüella, Pakistan, Rusya, İsviçre, Arjantin, Brezilya, Meksika, Belçika ve Bosna federasyonları da örnek olarak gösterilebilir.

⁸⁰³ Bu ülkelere örnek olan diğer federasyonlar; Nijerya ve Malezya federasyonları gösterilebilir.

⁸⁰⁴ LIJPHART'ın ampirik verileri dikkate aldığı yıl 1996 yılıdır. Söz konusu ülkeler, belirtilen tarihlerden itibaren 19 yıl boyunca demokrasi konusunda istikrar sağlamışlardır. LIJPHART, *Patterns of Democracy*, s. 49-51.

eleştirilmeden tasarlamak, yetki paylaşımı kataloglarını tasarlayan aktörler bakımından uzun süreli kaygılar yaşanmasına neden olmuştur.⁸⁰⁵

Federal sistemlerde yetki paylaşımının önemi, devletin çoklu katmanlar arasında yetkilerin dikey paylaşımını sağlamasıdır. Özellikle yetkilerin paylaşılması, uyuşmazlıkların azaltılmasında, barışın tesisinde ve marjinal toplulukların çıkarlarını korumada potansiyel bir anayasal çözüm olarak görülmektedir.⁸⁰⁶

Bununla birlikte yetki paylaşımı, özellikle demokrasi teorisiyle bağdaştırıldığı görülmektedir. Bu yönde federasyonların bir devlet biçimi olarak benimsenmesinden bu yana, sosyal, kültürel, etnik ve en önemlisi demokrasi anlamında ideal devlet şekli olduğu ifade edilmektedir. Dil, din, kültür, mezhep gibi farklılıkları bulunan toplulukların kendi özerk yapıları içerisinde farklı yönetimler altında bir araya gelerek, birlik oluşturmaları azınlıklar bakımından da çoğulcu demokrasinin tesisinde son derece önemli bir katkı olarak görülebilir. Bu tür oluşumların “ideal çoğulculuk” prensibine kaynaklık ettiği, sürdürülebilir anayasal demokrasiye olanak verdiği öne sürülmektedir.⁸⁰⁷

Bu bağlamda özellikle Amerikan federasyonunun iyi ya da kötü bir sistem olup olmamasının tartışılmasından ziyade, kamu politikasının oluşmasına farklı grupların katılımı sağlandığı önemli bir fonksiyonu yerine getirdiği belirtilmektedir. Bu görüşün tam tersini düşünenler ise federasyonların, bir devlet şekli olarak politika belirleyici aktörlerin dikkatini çekmeye çalışan çok çeşitli fikirlerin ve görüşlerin ortaya çıkmasına neden olduğunu, bunun da “sosyalleşmede uyuşmazlığa” yol açtığına kanaat getirmektedirler. Bu eleştirilere göre, sınırları belli olmayan şekilsiz ve komplike bir sistemin sonucu olarak, federasyonların özelliği olan hukukun üst üste geçmesi ve sınırları belirsiz yetki türlerini ve yetki modellerini ortaya çıkarmaktadır.⁸⁰⁸ Yetki türlerinin anayasal düzenden farklı olarak uygulamada yeni alanlar yaratılması, yargının bu konudaki önemli içtihatları sistemde uyuşmazlıkların çıkmasına neden olmakta, bu nedenle sistem olarak federasyonun tamamıyla bir “uyuşmazlık” olduğuna işaret etmektedirler.⁸⁰⁹ Federal sistemlerde, hukuk düzenlerinin üst üste geçmesi ve

⁸⁰⁵ Yazar belirsiz sayıda sayıda yöntemlere örnek olarak, siyasi kurumların tercih ve usulleri, koalisyon hükümeti, garantili temsil, yasama vetosu, bölgesel yetki verilmesi, ve federalizm, fonksiyonel özerklik, ve hatta egemen devletler arasında anlaşmayla kabul edilen uluslararası yapılar için gerekli koşulları kapsayabileceği aktarılmıştır. O'FLYNN, Ian, RUSSELL, David, (Ed.), **Power Sharing New Challenges for Divided Societies**, Pluto Press, London, 2005, s. 23.

⁸⁰⁶ NORRIS, Pippa, **Driving Democracy: Do power-sharing institutions work?**, Cambridge University Press, Chapter 7, New York-Cambridge, 2008.

⁸⁰⁷ SCHLEICHER, David, SWEDLOW, Brendon, (Eds.), **Federalism and Political Culture**, New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1998, s. 17.

⁸⁰⁸ SCHATTSCHEIDER, E. E. *The Semi-Sovereign People*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1966, s. 7, MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J, **The Federal Nation: Perspectives on American Federalism**, s.10.

⁸⁰⁹ Bu görüşler için bkz. STEPHENS, G. Ross, WIKSTROM, Nelson, **American Intergovernmental Relations: A Fragmented Federal Polity** Oxford University Press, New York, 2007, SCHLEICHER, SWEDLOW, (Eds.), **Federalism and Political Culture**, s. 17, MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J, **The Federal Nation: Perspectives on American Federalism**, Palgrave Macmillan, USA, 2008, s. 11-12, Federalizme özgü çeşitlilik hakkında ayrıca bkz. ELAZAR, Daniel J, *Religious Diversity and Federalism UNESCO 2001*. Published by Blackwell Publishers, USA, 2001, s. 62-65.

sınırları belirsiz yetkiler ortaya çıkması bu eleştirilerin odak noktasını oluşturmaktadır.⁸¹⁰

Federasyonların ortak bir özelliği, eşzamanlı olarak etkili iki serinin varlığını ortaya çıkardığı belirtilmektedir. İlki, belirli amaçlar için birleşerek ortak faaliyette bulunmak isteyenlerle, ikincisi diğer ortak olmayan amaçlar için federe yönetimlerin ayırıcı özerkliği olmasını isteyenler şeklindedir. Bu özellik her iki durumda da kurucu birimlerin yani federe yönetimler (bu kendine özgü bölgesel kimliklerin ve çıkarların ifadesi ile ilgili amaçlar için) ile federal yönetimin (bu da ortak paylaşılan amaçlar için) arasında anayasal yetki paylaşımı şeklinde ifade edilir.⁸¹¹

Federasyonların oluşumundan bu yana ortaya çıkan en önemli problem, federal ve federe yönetimler arasında yetki paylaşımının uygun ve adil bir şekilde yapıp yapılmadığıdır.⁸¹² Federasyonlarda yetki paylaşımının ideal modelleri bakımından, son dönemlerde özellikle Avrupa tipi federasyonlarda etkisi görülen ikincillik (*subsidiarity*) ilkesi önemli bir unsur olarak ifade edilmektedir.⁸¹³ Genel olarak ikincillik ya da yersellik ilkesinin öngördüğü yetki paylaşımının, ulusal düzeyde olup olmadığına bakılmaksızın ortaya çıkan özel ihtiyaçların ve çıkarların, en iyi yerel yani topluluklar tarafından düzenlenebilmesidir.⁸¹⁴ Bu yönde federasyonlarda yetki paylaşımının temelde şu argümana dayandırıldığı da görülmektedir. Buna göre, yetki paylaşımı öyle bir yapılmalıdır ki, ne ulusal konularda federal yönetim yetkisiz kalmalı, ne de federe yönetimler kendilerini federal yönetimden bağımsız zannetmemelidirler.⁸¹⁵

NORMAN, federasyonlarda yetki paylaşımı listelerinde geleneksel olarak bulunan artık yetkiler (*residual powers*) türünün, AB'de ifade edilen ikincillik ilkesi ile bağlantılı olabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, ikincillik ilkesinin AB'de yetki paylaşımı ile ilgili anlaşmazlıkları karara bağlamada yardımcı bir kural olabileceği ancak, ilkenin nasıl işleyeceğine ilişkin olarak siyasi veya hukuki bir fikir birliğinin

⁸¹⁰ MORGAN, DAVIES, (Ed.), **The Federal Nation: Perspectives on American Federalism** , s.2.

⁸¹¹ DUCACHEK, federasyonlarda benimsenen yetki paylaşımını değerlendirirken acaba bir federasyonda, federal yönetime verilen ve federe yönetimlere verilen yada bırakılan yetkilerin oranı ne olmalıdır? Sorusunu tartışmaktadır. Yazar, bu konuda kabul edilecek yüzde elli elli gibi bir oranın olmayacağını belirterek, hangi yetkilerin törenselleşmiş, hangi yetkilerin marjinal olacağını belirlemesinin de zorluğuna dikkati çekmektedir.

AKHTAR., (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , içinde, WATTS, Ronald L., *Fundamental Feature of A Federations* , s.350.

⁸¹² ABD Anayasası ve GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları** , s.116.

⁸¹³ WATTS, subsidiarity ilkesinin, üst yönetimin –federal yönetimin- alt yönetim –federe yönetim- tarafından yerine getirilmesi mümkün olmayan yetkileri yerine getirmesi esas olduğunu ifade etmektedir. Kaynağını 1970'li yılların ortalarında Avrupa Birliği hukukuna Maastricht Anlaşmasıyla girmiştir. Yerellik ya da yetki ikamesi olarak da ifade edilen kavramın Avrupa Birliği terminolojisinde, ...*şayet tasarruf üye ülke devletlerince yapılacak ise bu durumda da mümkün olduğu ölçüde yönetimin en alt kademelerince yapılacak icraatlarla bu hedefe ulaşılması sağlanması* prensibine dayanmaktadır. AKILLI, Erman, *Laeken Zirvesinden Lizbon Antlaşması'na: Anayasasızlaşmayan Anayasallaşma Süreci* , **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 6, Sayı: 24, 2010, s.42.

⁸¹⁴ IRVING, Helen, *Drafting, design and gender* içinde GINSBURG, Tom, DIXON, Rosalind, (Ed.) **Comparative Constitutional Law** , s. 27.

⁸¹⁵ Federasyonların uygulamadaki karmaşık yapısı bir yana bırakılırsa, kurumsal mekanizmasının, yönetim ve yetki paylaşımı yoluyla farklı devlet düzeylerinin bir araya gelerek oluşturdukları sistem olarak da tanımlanmaya çalışılmıştır. Federasyon birliklerinin, federal ve federe yönetimler arasında (merkez-ulus ile alt ulus-eyalet veya bölge) yetkilerin ve sorumlulukların bölünerek, ortaklaşa sürdürülen devlet süreci olduğu şeklinde başka bir tanımlamayla da ifade edilir. MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J. **The Federal Nation: Perspectives on American Federalism** , Palgrave Macmillan, USA, 2008, s.8

oluşmadığını ifade etmiştir.⁸¹⁶ Yazarın ifade ettiği ikincillik ilkesinin kanımızca diğer önemli bir boyutu, federal hukuka katı katıya üstünlük tanıyan federal sistemler bakımından, dengeleyici bir mekanizma olabilmesidir.

Nitekim WATTS, federasyonlar bakımından ikincillik ilkesinin doğasında da, bir çeşit hiyerarşi olduğu ve yönetim düzenlerinden birinin üstün olduğunun kabulü anlamına geldiğini belirtmektedir. İlke, federal yönetimlerin, kendi girişimlerinin, ancak yerel veya bölgesel girişimden daha etkin olacaksa harekete geçmesi amacına yönelik olduğundan, federal üstünlük ilkesi karşısında, federe yönetimleri dengeleyen bir mekanizma olarak görülebilir. WATTS, ilkenin federasyonlarda hiyerarşik olarak üst bir organın ve hangi yetkilerin hangi düzeyde kullanılacağına karar verici bir organın olması anlamına geleceğini, bunun da “*vatandaş odaklı bir federalizm*” anlayışı konusunda teşvik edici ve etkili olduğu belirtilir.⁸¹⁷

Federalizm kavramına yönelik tartışmalarda, federalizmin normatif temelini yersellik ya da ikincillik ilkesiyle açıklandığı da görülebilir. Bu görüşün odak noktası, hangi devlet faaliyetlerinin, düşük seviyede yürütülerek etkin bir şekilde yapılması sağlanmaktadır, sorunsalı oluşturmaktadır. Bu değerlendirmeye örnek olarak, eğitim konusundaki yetkiler gösterilmekte ve sorun şu şekilde örneklenmektedir. “*Çeşitlilik arz eden bir toplumda, eğitim politikasında federe yönetimleri yetkili kılmak, belki de, azınlıkların ulusun büyük politikalarına ortak olabilmeleri ve katılmaları bakımından daha iyi olabilir veya belki de eğitim politikası, toplumun çeşitlilik unsurunun ulusal kimlikle uygun bir uyuma sağlaması ve gelişebilmesi için ulusal düzeyde tespit edilmelidir*”.⁸¹⁸

Federasyonlarda yetki paylaşımı bakımından, çeşitlilik ve birlik unsurlarını mümkün olduğunca korumak gerekmektedir. Örneğin, fonksiyonel bir federasyon örneğinde, federe yönetimlerin dil, din, ırk ve kültürel özelliklere sahip türdeş olmadıkları gerçeğini de göz önüne alarak, “*birlik*” anlayışının iteklenmesi ancak bu yönetimlerin “*farklılıklarının*” sınırına kadar olabilecektir. Aksi halde, federasyonun yapısıyla çelişme ve sistem içinde çatışma söz konusu olabilir. Nitekim literatürde, federasyonlarda ortak kuralları belirleme çabalarının, zamanla federasyonların özelliği olan çeşitlilik unsurunu kırdığı ifade edilmektedir.⁸¹⁹

Bu doğrultuda günümüz federalizm paradoksu, federasyon vatandaşlarının iki düzende hareket etmesini gerektirmektedir. İlk olarak, *ulusal* bir inancın belirlenmesine

⁸¹⁶ NORMAN, *Negotiating Nationalism*, 15. Atıf, s. 107.

⁸¹⁷ Vatandaş yani birey odaklı federalizm anlayışı, ikincillik ilkesi bakımından şu şekilde açıklanabilir. Federe yönetimlerin kendi vatandaşları için yetkilerini kullanırken, kararlarını verirken en uygun olanı belirleyebileceği, bu nedenle federal yönetimin genel uygulamaları yerine, federe yönetimlerin bazı alanlarda özerklikleri gereğince de vatandaşlarına en uygun düzenlemeleri yapabileceği anlamına gelmektedir. WATTS, Ronald L, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 5.

⁸¹⁸ TUSHNET, Mark, *Judicial Enforcement of Federalist-Based Constitutional Limitations: Some Skeptical Comparative Observations* *Emory Law Journal*, 2007, Vol. 57, P.138-139.

⁸¹⁹ AUER, *The Constitutional Scheme of Federalism*, s. 421.

katkıda bulunmak ve ikinci olarak ise, kendini *yerel* yani federe yönetim vatandaşı olarak o inancın ilkelerine dahil etmeyi başarmaktır. Nitekim bunları aşmak ve başarabilmek için bu inançları benzersiz yerel ihtiyaçlara, gelenek ve göreneklere uydurmak gerekmektedir.⁸²⁰ Bunu sağlayabilmenin yolu da, yetki paylaşımı esasının, yönetimler arasında dağıtılması gerekir.

Farklı politik alanlarda devlet düzeylerinin ilgili rolleri ve devlet düzeylerinin birbirleriyle karşılıklı etkileşimlerini sağlamak için oluşturulmuş türlü varyasyonlar vardır. Aynı zamanda, anayasal yetki paylaşımının şekil ve kapsamı da farklılık göstermektedir. Bazı federasyonlarda kurucu birimlerin yetkileri *simetrik* iken diğerlerinde farklı federe yönetimlerin özel koşulları dikkate alınarak, bu paylaşım *asimetrik* olarak yapılmıştır. Federasyonlar arasında, merkezileşmiş ve merkezileşmemiş yetkiler bakımından ve yönetim düzenleri arasında işbirliği veya rekabetin derecesi konusunda da farklı varyasyonlar ortaya çıkmıştır.⁸²¹

Bu bakımından federal sistemlerde yetki paylaşımı kataloglarında, hem çeşitlilik adına, hem de birlik oluşturma ve devamlılığın sağlanması adına yetkilerin bölüşülmesi gerekmektedir.⁸²² Bu yönüyle federal sistemin amacının, temelde çeşitlilik ve birlik arasında denge sağlamak olarak ifade edilebilir. Nitekim bu dengenin, federal sistemi kendi iç çeşitlilikleri, sosyolojik yapısı ve varsa katmanları bakımından farklılık arz etmesi doğaldır.

Bu çeşitlilikler açısından WATTS, belirli toplumlara ya da sınıflara özgü çeşitlilik ve yönetim düzenlerinin ortak çıkarlarının doğasına göre yetki paylaşımı usullerinde değişiklik bulunduğuna işaret etmektedir. Yazar bu farklılıkları etkileyen faktörleri, coğrafik, tarihsel, ekonomik, güvenlik, demografik, dilsel, kültürel, entelektüel ve uluslararası faktörlerle, yetki paylaşımının farklı yapılarının ortaya çıktığını belirtmektedir. Ayrıca bu faktörlerin kendi aralarındaki ilişkiler, belirli bir federal sistem altında birleşmeyi ortaya çıkan nedenler ve bölgesel kimlik gibi faktörlerinde yetki paylaşımı kataloglarını etkilediğini görülmektedir.⁸²³

Yetki paylaşımının önemi, federasyonlara ait kurucu bir unsur olarak tespit edilerek ortaya konulmuştur. Federasyonların varlığı bakımından, federal yönetim ile federe yönetimler arasında yazılı ve katı bir anayasanın yanı sıra yüksek mahkemelerin garantörlüğüyle güvenceli hale getirilen yetki paylaşımı gereklidir. Yetki paylaşımı, federasyonu kuran unsurlardan biri olarak kabul edildiğine göre, bu önemli unsurun niteliklerini ve yetki paylaşımı bakımından örnek federasyonların modellerini belirlemek gerekmektedir.

⁸²⁰ Publius, *New Federalist Paper no. 1*, Publius, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1972), s. 112.

⁸²¹ AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, s. 323.

⁸²² DUCHACEK, *Antagonistic Cooperation: Territorial and Ethnic Communities*, s. 29.

⁸²³ WATTS, Ronald L., *Models of Federal-Power Sharing*, *International Social Science Journal*, Volume 53, Issue 167, March 2001, s. 28. WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, s. 123 vd.

B. YETKİ PAYLAŞIMI MODELLERİ VE YETKİ TÜRLERİ

Yetki paylaşımı kataloglarının, her federal sistemde farklı yetki alanları (münhasır, saklı veya ortaklaşa) farklı yetki türleri (çerçeve yasa) bakımından değişik kategorilerle ifade edildiği görülmektedir. Bu kategoriler, özellikle modern federasyonların ilk örneklerindeki kapsamıyla, çoğu kez zaman içerisinde ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar karşısında yeterince açıklayıcı da olmamaktadır.

Yetki paylaşımı kataloglarında görülen önemli bir farklılık da, hukuk sistemleri bakımından ortaya konulmaktadır. Bu yönde örneğin Anglo-Sakson ve ortak hukuk (*common law*) hukuk geleneklerinden gelen Amerika, Avustralya ve Kanada gibi bazı federasyonlarda, yönetim düzenlerin yasama yetkisine sahip oldukları alanlarda, o yetki alanının yürütülmesi görevini de federe yönetimler üstlenebilmektedirler.⁸²⁴

Buna karşın Alman ve Avusturya gibi federasyonlarda, yasama ve yürütme yetkilerinin belirli alanlarda federasyonun farklı yönetim düzenleri arasında paylaştırıldığı görülmektedir.⁸²⁵ Her iki örnekte, Kıta Avrupa'sı Hukuk sisteminde bulunan federasyonlar olarak, bu tür yasama-yürütme yetkilerinin, ayrı yönetim düzenlerinde paylaştırılması, yetkilerin yatay kullanıldığı modellere girmektedir.⁸²⁶

Ayrıca hükümet sistemlerinin de federal sistemlerde önemli rolleri bulunmaktadır. Kanada ve Avustralya gibi Westminster Modeli parlamenter sisteminin benimsendiği federasyonlarda, yürütmenin yasamaya karşı sorumluluğu benimsenmiştir. Böylelikle, yasama ve yürütme yetkilerinin örtüştüğü durumlarda, yasama organının, yasalarının yürütülmesiyle ilgili olarak yürütme organı üzerinde kontrol mekanizması uygulayabileceği ifade edilmektedir.⁸²⁷

Bu nedenle çalışmada, literatürde daha önce ortaya konulmamış yetki paylaşımı kategoriler ortaya konulacaktır. Bunun nedeni, örnek olarak seçilen federal sistemlerin yetki paylaşımı modellerini tespit etmektir. Burada yetki paylaşımının kategorik yapılması ortaya çıkarılarak, uygulamadan kaynaklanan farklılıkların neler olduğu tespit edilecektir. Burada amacımız, federal sistemlerde yetki paylaşımı kataloglarının anayasal boyutundan (*de jure*) hareketle, ne tür bir yetki paylaşımı modeli benimsendiği ve yetki paylaşımının uygulamadaki (*de facto*) boyutuyla farkını ortaya koymaktır. Burada, yetki paylaşımının yorumlayıcı olan yüksek mahkemelerin de, sistemin yetki paylaşımına ilişkin rollerinin belirli bir oranda ortaya çıktığı görülebilecektir. Bu doğrultuda literatürdeki değerlendirmelerin sınırlı olmalarının yanı

⁸²⁴ Aynı zamanda, farklı hukuk geleneğinde olmasına rağmen, Belçika federasyonunda da yürütmeye ilişkin yetkilerinin dağıtılması konusunda yasama yetkilerinin dağılımına sıkıca bir bağlılık olduğu gözlemlenmektedir. WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 32.

⁸²⁵ WATTS önemli bir ölçüde İsviçre federasyonu yetki paylaşımını da bu kategoriye dahil etmektedir. WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 32.

⁸²⁶ Bu konu, Yetki Türlerinde, Yatay Yetki Türü ve çerçeve Yasa Yönetimi Türü konularında ayrıca değinilecektir.

⁸²⁷ Burada ayrıca Avustralya ve Hindistan federasyonlarında, ikincil yasama işlemi olarak kabul edilen belirli alanlarda yasama yetkilerinin, yürütmeye devredildiği görülmektedir. VERMA, S.K., *India: Basic Information for Legal Research*, **Indian Law Institute**, Edited by Institute of Developing Economies (IDE-JETRO), 2002, s. 17. WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 345.

sıra, anayasal pozitif hükümler (*de jure*) üzerinden değerlendirmeler yapıldığı gibi, uygulamadan kaynaklanan (*de facto*) yetki paylaşımı kategorileri göz ardı edilebilmektedir.

Literatürde yetki paylaşımı kataloglarına ilişkin değerlendirmelerden birine göre, anayasada yetki paylaşımının belirlenmesinde genellikle iki yöntem bulunur. Anayasa ayrıntılı bir şekilde federal yönetimin yetkilerini açıkça sayıp, (münhasır yetkiler) ve geri kalan tüm konularda (artık yetkiler) federe yönetimlerin yetkili olduğunu belirtebileceği gibi her iki yönetimin yetkilerini ayrı ayrı da sayabilir.⁸²⁸

Yukarıda ifade edildiği üzere, federasyonda artık yetkilerin bırakıldığı yönetim düzeni farklılık arz etmektedir. Bununla birlikte, yetkilerin, işbirliği çerçevesinde paylaşımına odaklanan ortaklaşa yetki alanları, yetki paylaşımı kataloglarının önemli özelliklerinden biridir. Dolayısıyla söz konusu kategorinin biraz daha geniş bir perspektiften ele alınması gerekir.

Başka bir kategori olarak yetki paylaşımında usuller, federal yönetimlerin yetkilerini sayma; federe devletlerin yetkilerini sayma ve ortaklaşa yetkiler şeklinde ifade edilmiştir. Burada, anayasal yetki paylaşımının yöntemi konusunda da, federe yönetimler için genel yetki kuralı öngörülmesi ya da federal yönetimler için genel yetki kuralı öngörülmesi gibi iki yetki paylaşımına daha dikkati çekilmektedir.⁸²⁹

Bu doğrultuda daha kapsamlı olarak TEZİÇ, federasyon anayasalarında yapılan yetki paylaşımının, genellikle üç yönteme dayandığını ifade etmektedir. Birincisi; federe yönetimle, federal yönetimin yetkilerinin iki ayrı liste halinde ayrıntılı düzenlenmesi ki bu paylaşımında, anayasada öngörülme durumlarında yetkinin kime ait olacağı sakıncası gündeme gelebilecektir. İkinci paylaşım yönetim ise; federe yönetimlerin yetkilerinin ayrıntılı olarak düzenlendiği ve federal yönetimin yetkileri sınırlı olduğu paylaşım sistemidir. Burada federe yönetimlere tanınmayan yetkilerin dışında kalan yetkiler ki buna artık yetkiler de (*residual powers*) denilmektedir, federal yönetimin yetkisindedir. (Kanada, Güney Afrika ve Hindistan Anayasaları). Federe yönetimlerin yetkilerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi yönteminin, genellikle ayrılma yolu ile oluşan federasyonlara özgü olduğu belirtilmektedir. Üçüncü yöntem ise, federal yönetimlerin yetkilerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi, kalan yetkilerin ise, federe yönetime ait olmasıdır. Burada da, federal yönetime tanınmış yetkilerin dışında kalan artık yetkilerin, federe yönetimin yetkilerinden sayılmaktadır. (Amerika, İsviçre ve Almanya Anayasaları). Öğretide, günümüz federasyona anayasalarının federalleşme yönetimlere daha fazla yetkiler tanındığı belirtilmektedir.⁸³⁰

⁸²⁸ ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 29 vd.

⁸²⁹ UYGUN, *Federal Devlet*, s. 146 vd. WHEARE, *Federal Government*, s. 80 vd.

⁸³⁰ TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 137.

Bu tür yetki paylaşımına göre, ikinci ve üçüncü yöntemlerle paylaşılan yetkiler açısından uyuşmazlıklar daha az olarak ortaya çıkacaktır. Bu sistemlerde artık yetkilerin kime ait olacağı belirlenerek, ihtiyaç duyulduğu takdirde kalan yetkilerin kullanımı belirlenen yönetime ait olacaktır.⁸³¹ Ancak federal sistemlerde benimsenen üstünlük ilkesi ya da öncelikli düzenleme yetkisi, çoğu durumda geriye kalan artık yetkiler üzerinde etkili olabilmektedir. Bu nedenle artık yetkilerin belirlenmesi aslında tam olarak bir koruma sağlayamayabilir.

Bu üç yöntemin yanı sıra 1949 Alman ve 1993 Rusya Federasyonu Anayasaları'nda, federal yönetime ait yetkilerin yanında her iki yönetime ait ortak yetkiler de belirlenmiştir. Ortak yetkiler söz konusu olduğunda, federe yönetim düzenlemeleri, federal yönetim düzenlemelerine aykırı olamaz. Bu yöntemin, federal yönetimin yetkilerinin sayılması yönteminin bir uyarlaması olarak değerlendirilebildiği görülmektedir.⁸³²

ERHÜRMAN, söz konusu yetki paylaşımı kategorisinin federasyonlar arasındaki kurumsal farklılığı ortaya çıkardığını belirterek, artık yetkilerin federal yönetime bırakıldığı federasyonlarda, merkezi yönetimin güçlü olduğu ileri sürülmektedir. Yazar, üçüncü yöntemle göre, artık yetkiler federasyon anayasasıyla federe yönetimlere verilmişse, burada da kanatları güçlü bir federasyon sisteminin varlığından söz edileceğini belirtmektedir. Federasyonun bu şekilde merkez yanının mı yoksa kanatlarının mı güçlü olduğu belirlenebiliyorken, önemli bir noktanın daha ifade edilmesi gerekmektedir. Yazar bu ayrımda, genel yetkili olan yani artık yetkilerin bırakıldığı yönetim düzeninin, yetkilerin içeriğinin önemine işaret etmektedir. Eğer, yetkilerin paylaşımı esasında ikinci ve üçüncü yöntemle, artık yetkilerin bırakıldığı yönetime verilen yetkiler önemli sayılmazsa, bu durumda merkezi ya da kanatları güçlü federasyon ayrımı yapmanın mümkün olmayacağı belirtilmektedir.⁸³³

Ancak, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde görüldüğü üzere, artık yetkilerin federe yönetimlere bırakıldığı federasyonlarda, güçlü kurucu birimlere ilişkin değerlendirme her zaman geçerli olmayabilir. Yine tersi bir yaklaşımla, artık yetkilerin federal yönetime bırakıldığı federasyonlarda ise, federal yönetimin güçlü olacağı sonucu çıkmayabilir. Nitekim Kanada'nın, diğer federasyonlara göre en merkezileşmemiş (*decentralize*) federasyon olarak nitelendiği görülmektedir.⁸³⁴

Genel olarak yetki paylaşımı kataloglarının yapısına ilişkin değerlendirmeler, federal sistemin yapısı hakkında da (merkezileşme ya da merkezleşmeme yönünde) fikir verebilecektir. Ancak yetki paylaşımı kataloglarında yetkilerin merkezileşme

⁸³¹ ERHÜRMAN, *100 Soruda Kıbrıs'ta Federasyon*, s. 98-99

⁸³² GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, s.171-173. ERHÜRMAN, *100 Soruda Kıbrıs'ta Federasyon*, s. 99

⁸³³ ERHÜRMAN, *100 Soruda Kıbrıs'ta Federasyon*, s. 99.

⁸³⁴ SİMEON, Richard * and RADIN, Beryl A., *Reflections on Comparing Federalisms: Canada and the United States*, **Publius: The Journal of Federalism**, Volume 40, Number 3, 2010, s. 361.

derecesi konusunda sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için, yasama ve yürütme yetkileriyle, mali yetkilerin ayrı ayrı ele alınıp incelenmesi gerekecektir. Bu doğrultuda WATTS, diğer federasyonlara göre belirli bir alanda merkezileşmiş olarak tanımlanan bir federasyonun, diğer bazı alanlarda, daha az merkezileşmiş olabileceğine dikkati çekmektedir.⁸³⁵

Birçok çalışmada da ifade edildiği gibi, yetki paylaşımının özel bölüşümü ve şekli her federasyonda bulunan çeşitlilik ve ortak çıkarların doğasına göre değişkenlik gösterir. Çoğunluğun kültürel, sosyal ve toplumsal homojenize olduğu bir yapıda, federal yönetim daha önemli yetkilerle donatılır.⁸³⁶ Özellikle kökleşmiş dilsel ve kültürel anlamda bariz bir çeşitliliğin olduğu bir toplumda, ilgili federe yönetimler daha önemli özerk yetkilerle donatılmaktadırlar.⁸³⁷

Yetki paylaşımının karakteri aynı zamanda bir federasyonun kurulma süreçlerini de etkiler. Federasyonların kurulma süreçlerinde daha önce birbirinden ayrı olan federe yönetimlerin-kurucu birimlerin bazı egemenliklerinden vazgeçerek yeni bir federal yönetim kurmak için toplanmalarını gerektirir, anayasal yetki paylaşımı ise genellikle yeni sınırlı şeklini alarak, federal yetkilerin münhasır ve ortaklaşa yetkileriyle, artık yetkilerin (genellikle anayasayla belirtilmemiş) kurucu birimlerin kullanımına bırakılarak belirtilmeye çalışılmıştır. Bu paylaşımın klasik örnekleri Amerika, İsviçre ve Avustralya'dır. Bunun tam tersi olarak bir federasyonun kuruluşunun daha önceden üniter bir devletten bozularak oluşturulduğu modellerde, durum genellikle ters bir düzenleme şeklindedir ki, devletin bölgesel birimlerin yetkileriyle belirlenmiş olan ve geriye kalan artık yetkilerin federal yönetimle kalmaktadır bu duruma da Belçika ve bölgesel devlet olan İspanya örnek verilebilir.⁸³⁸

Yetki paylaşımı kataloglarının kategorileri, genel anlamda tasnifi olarak ortaya konulmakla birlikte, bu kataloglarının söz konusu tasniflerden daha farklı ve daha fazla yöntemleri içerdiği belirtilir. Bu yönde detaylı bir kategori belirleyen NORMAN, federasyonlarda yetki paylaşımı usûllerin iki farklı boyutunu, anayasal yetki paylaşımının yanı sıra, birde uygulamadan kaynaklanan yetki paylaşımı kataloglarının bulunduğu belirtilmektedir.⁸³⁹

Genel olarak, anayasal yetki paylaşımı usullerinde görülen yetki türleri, şu şekilde belirtilebilir.

⁸³⁵ Bu yönde örneğin, federasyon örneklerimizden biri olan Kanada'nın en merkezileşmemiş federasyon modeli olarak kabul edildiği görülmektedir. Aynı zamanda, örneğin gelir ve giderler gibi mali alana ilişkin özerklikler bakımından, son yarım yüzyılda Hindistan'da yaşanan gerilimlerin, sistemde bu unsurların merkezileşmesine neden olmuştur. Almanya, yasama ve mali alanlarda merkezi bir çizgide olduğu, ne var ki, giderler ve yürütme federalizmi gereği idari konular için verilen yetkiler, geniş bir yetki devri ile denetlenmektedir. Geri kalan federasyonlar, giderek artan bir sıralamayla, Brezilya, İspanya, Nijerya ve Meksika federasyonları üzerinde, diğerlerine göre daha fazla merkezin baskın yapısı gözlemlenmekte olan daha merkezizetçi federasyonlardandır. WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 327.

⁸³⁶ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 345.

⁸³⁷ Aynı şekilde İsviçre ve Belçika federasyonları, federe yönetimlerinin de önemli özerk yetkilerle donatıldıkları ifade edilmektedir.

⁸³⁸ WATTS, *Comparative Conclusion*, s. 353-354.

⁸³⁹ NORMAN, *Negotiating Nationalism*, s.107.

Birincisi, yetkilerin *münhasır ya da açıkça federal yönetim lehine* sayıldığı yetkiler listesi (*exclusive ya da enumerated powers*);⁸⁴⁰

İkinci olarak yetkilerin, *federe yönetimler lehine belirlendiği münhasır yetkiler* liste;⁸⁴¹ Bu yönde yetki paylaşımı kataloglarında, ya sadece federal yönetimin yetkileri ya da sadece federe yönetimlerin yetkileri sayılabilir. Bununla birlikte her iki yönetim düzeninin yetkilerinin sayılması da mümkündür.

Üçüncü olarak federe ve federal yönetim düzenlerinin her ikisinin yasama yetkilerini aynı anda paylaştıkları *ortaklaşa yetkileri*;⁸⁴²

Dördüncü olarak münhasır ya da ortaklaşa yetki listelerinde açıkça gösterilmeyen yetkiler *artık yetkiler* olarak nitelendirilebilir.⁸⁴³

Son olarak da, paylaşılan yetki alanlarında, ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda, federal ve federe yönetimlerin ne yapabileceklerine ilişkin *üstünlük ilkesine ilişkin kurallardır*.⁸⁴⁴

Bu yönde, seçilen örnek federal sistemlerden hareketle, burada, literatürde yer almayan farklı bir yetki paylaşımı kategorisi gerçekleştirilecektir. Bu yolla, hem farklı hukuksal geleneklerin etkisi hem de farklı kıtalarda bulunan federal sistemlerin varsa, ayrı ve ortak noktaları görülebilecektir. Böylelikle, federal sistemlerin yetki paylaşımı kataloglarının anayasal boyutuyla, uygulamadaki boyutuna giriş yapılacaktır. Yetki paylaşımına ilişkin modeller, ikinci bölümde ele alınacak yetki uyuşmazlıklarının çözümü konusuna bir tür giriş yapılmasını da sağlayacaktır.

1. Yetki Paylaşımı Modelleri

Yetki paylaşımı kataloglarında görülen farklılıklar, federalizmin saf bir örneğinin bulunmadığını ve farklı değişkenlerin ortak bir federal sistem modelinin uygulanmasını engellediğini göstermektedir.⁸⁴⁵ Federal sistemlerde yetki paylaşımı, sistemi karakterize eden bir kurucu unsurdur ve bu unsurun kaynağı anayasadır. Çalışmanın ikinci bölümünde, federal sistemlerde yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkışı ve uyuşmazlığın giderilmesinde yargının rolü incelenecektir Bu incelemenin yapılabilmesi için, burada, çalışmada örnek olarak kabul edilen federasyonlardaki yetki paylaşımı modellerinin ve yetki türlerinin tespiti yapılacaktır.

⁸⁴⁰ Bu listede genellikle ifade edilen yetkiler, ulusal savunma, para, posta servisi, eyaletler arası ve uluslararası ticaret, telif ve patent hakları ve ceza hukuku dahil diğer yetkiler bulunmaktadır.

⁸⁴¹ Bu tür listeler bazı federasyon anayasalarında oldukça ayrıntılı düzenlenmiş olabilir. Örneğin Hindistan anayasasında, Federal yönetimin Birlik Listesi, federe yönetimlerin Eyalet Listesi ve her iki yönetim düzenlerinin ortaklaşa yetkilerini içeren Ortaklaşa Liste şeklinde 3 liste bulunur. Birlik Listesi'nde 97 yetki alanı, Eyalet Listesi'nde 66 yetki alanı ve Ortaklaşa Liste'de 47 yetki alanı düzenlenmiştir. Hindistan Anayasası oldukça kazuistik bir anayasa olarak düzenlenmiştir. Genellikle bu yetkilerde de belediyelerin düzenlenmesi, sağlık ve eğitim gibi kolluk yetkileri bulunur

⁸⁴² Bu tür yetkilerin de genellikle tarım, ulaşım, ve en önemlisi, vergilendirme gibi güçlerdir.

⁸⁴³ ABD Anayasası'nın 10. değişikliği, genel yetkileri yani artık yetkileri federe yönetimlere ve halka ait olduğunu düzenlemektedir. Hindistan Anayasası'nın 248. maddesi federal yönetime, Avusturya Anayasası'nın 15. maddesi federe yönetimlere, Kanada Anayasası'nın 91. maddesi ile federal yönetime, Avustralya Anayasası'nın 108. maddesi ve Alman Anayasası'nın 30. maddesi ile federe yönetimlere bırakılmıştır.

⁸⁴⁴ NORMAN, *Negotiating Nationalism*, s. 107.

⁸⁴⁵ AKHTAR., (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, s. 5-7.

Literatürde, yetki paylaşımına ilişkin değerlendirmelerde, yönetim düzenlerinin yetkilerinin örtüşmesinin ve karşılıklı bağımlılık ilişkisinin kaçınılmaz olduğu, bunun da, yönetimler arasındaki işbirliğini kolaylaştırdığı ileri sürülmektedir.⁸⁴⁶ Karşılıklı bağımlılık ve etkileşim, özellikle ortaklaşa yetkiler alanında ortaya çıkmaktadır. ZIMMERMAN, federasyonu, ortaklaşa yetkiler (*concurrent powers*) hariç, tüm devlet yetkilerinin federal ve federe yönetimler arasında paylaşıldığı devlet biçimi şeklinde tanımlamaktadır.⁸⁴⁷

Federasyonlar, yetki paylaşımı çerçevesinde, iki farklı açıdan sınıflandırılabilirler çünkü yetki paylaşımının bir normatif, bir de dinamik boyutu vardır. Normatif boyut anayasada yer alan, dinamik boyut ise federasyonun işleyişi sonucunda ortaya çıkan paylaşımdır. Dinamik boyut, federalizm düşüncesine ilişkin siyasi ve yargısal yaklaşımlarla belirlenir. Bu noktadan hareketle, anayasadaki yetki paylaşımı kataloğu değişmemesine karşın, bir federasyonda geçerli olan federalizmin türü, işleyiş sırasında etkili olan farklı siyasi ve yargısal yaklaşımlar çerçevesinde değişebilir.⁸⁴⁸

Bu nedenle, çalışmada örnek olan alınan federasyonların yetki paylaşımı katalogları bakımından iki model ortaya çıkarılmıştır. Federasyonların ilk örneklerinde görülen yetki paylaşımı katalogları, sert yetki paylaşımı modeli çerçevesinde oluşturulmuştur. Bu tür anayasal yetki paylaşımı modellerinde, federasyonun her iki yönetim düzeninin yetkileri keskin bir şekilde birbirlerinden ayrılmakta ve yetki paylaşımı bu kesin bölünme üzerinden gerçekleştirilmektedir. Bu tür federasyonların anayasalarında ortaklaşa yetkiler kategorisi yada listeleri yoktur.

Federal sistemleri anayasal yaklaşımla ele alan ve özellikle Amerika ve Avustralya gibi örneklerden hareket eden teorileri savunanlar, federasyon anayasalarında ortaklaşa yetki kategorisinin yer almasını, yetki paylaşımı kataloglarının “açık” olması bakımından bir engel olarak görülmektedirler.⁸⁴⁹

İlk modern federasyon örneği olan Amerika’da anayasa koyucuların amacı, çoğunluğun tahakkümünü önlemek amacıyla, yetkileri olabildiğince kesin bir şekilde paylaştırmaktır.⁸⁵⁰ Yetkilerin yatay bölünmesi, hükümet sistemleri literatüründe sert kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemlerini ortaya çıkarmaktadır.⁸⁵¹ Buna ek olarak, federal sistemin tasarımında da aynı düşüncenin etkili olduğu, bu doğrultuda, federal ve federe yönetim düzenleri arasındaki yetkilerin kesin çizgilerle birbirlerinden ayrılarak paylaştırıldığı görülmektedir. Bunun sonucu, uzunca bir süre federasyonları

⁸⁴⁶ WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 15.

⁸⁴⁷ ZIMMERMAN, Joseph, *Congressional Devolution of Power*, MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J, (Ed.) **The Federal Nation: Perspectives on American Federalism**, s.103.

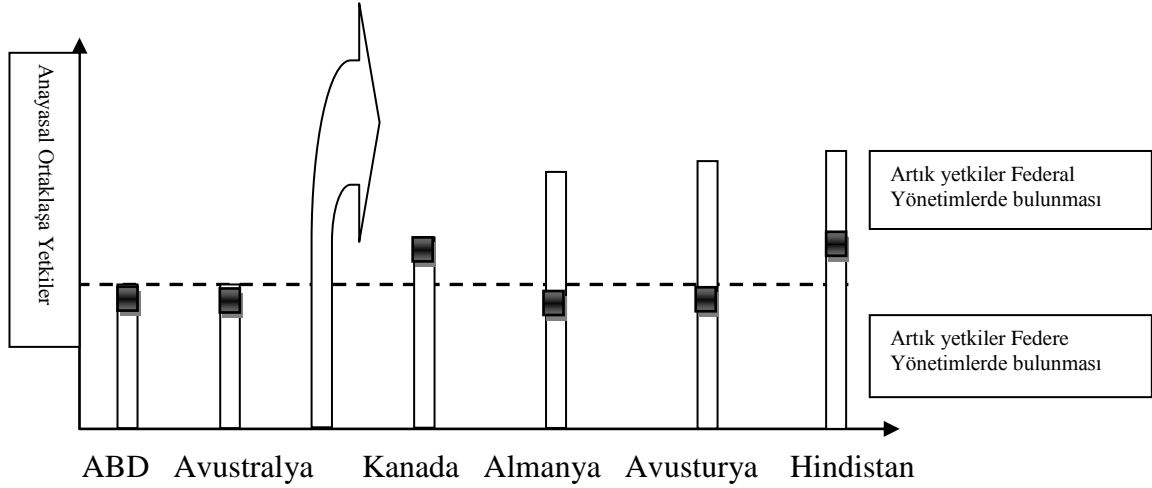
⁸⁴⁸ Bu konuda yetki paylaşımından kaynaklanan federalizm türleri başlığına bakılabilir.

⁸⁴⁹ WHEARE, *Federal Government*, s. 79-83. DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 269.

⁸⁵⁰ Bu yaklaşım genellikle *counter- majoritarian* şeklinde ifade edilmektedir.

⁸⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. ULUŞAHİN, Nur, **Başkanlık Sistemi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 32 vd. TSEBELIS, George, **Veto Players:How Political Institutions Work**, Forthcoming Princeton UP and Russell Sage Foundation, UCLA, USA, 2001, s. 109-111.

Amerika örneği üzerinden tanımlayan literatürde, sert dikey kuvvetler ayrılığının bir tür tanımlayıcı kriter olarak kabul edilmesidir.



Şekil 1: Sert ve Esnek Yetki Paylaşımı modellerinin, anayasal ortaklaşa yetkiler bakımından gösterilmesi⁸⁵²

Buna karşın, yatay kuvvetler ayrılığının sert olmadığı ve parlamenter sistemin uygulandığı Avustralya'da da, sert dikey kuvvetler ayrılığının benimsenmiş olması dikkat çekicidir. Avustralya federasyonu, bu bakımdan, Amerikan federasyonunun anayasal yetki paylaşımından etkilenmiştir. Avustralya Anayasası'nda, dikey anlamda yetkiler yönetim düzenleri arasında kesin bir şekilde ayrılmış ve ortaklaşa yetkilere ilişkin herhangi bir liste benimsenmemiştir.

Amerika ve Avustralya federasyonlarından sonra kurulan federasyonların birçoğunda, ortaklaşa yetki kategorisinin anayasalarda düzenlendiği görülmektedir. Ortaklaşa yetkiler, federal ve federe yönetimler arasında işbirliği ve karşılıklı bağımlılık ilişkisi öngördüğünden, yetki paylaşımı kataloglarının daha esnek olmasını sağlamaktadır. Esnek yetki paylaşımı modelinde, yönetim düzenlerinin yetkilerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılmadığı görülmektedir. Bu tür yetki paylaşımı modelinde, federal ile federe yönetimler arasında daha koordineli ve daha işbirlikçi bir model yaratmaya odaklanılmaktadır. Bu tür yetki paylaşımı modelinde, her iki yönetim düzeni arasında yetkilerin işbirliğini sağlamaya yönelik olması gibi, o dönemlere değin yetki paylaşımı kataloglarında görülmeyen yeni yetki türlerinin benimsendiği de görülmektedir.

Nitekim, söz konusu federal sistemler, genel olarak, yürütme federalizmi ya da işbirliği federalizmi kapsamında değerlendirilmektedirler.⁸⁵³ Bu bağlamda, Almanya,

⁸⁵² Tablodaki noktalı doğrusal çizgi, 0 olarak kabul edilmelidir. ABD Anayasası'nda daha sonradan eklenen değişikliklerle, alkollü içkilerin tüketilmesine ilişkin değişiklik, buradaki değerinin sıfır olmasını değiştirmemektedir. Ayrıca ortaklaşa yetkilerin anayasalarda belirlenen federasyonlara göre giderek artan bir değer görülmektedir. Burada ortada bulunan ve sağa dönük ok, ortaklaşa yetkilerin başladığı noktayı göstermektedir.

⁸⁵³ Bu tür yetki paylaşımında, anayasal yetki paylaşımının işbirliğini öngörmesinin yanı sıra, bazen işbirliğini zorlayan mekanizmaların olduğuda belirtilir. SÍMEON, Richard, PAPILLON, Martin, *Canada*, s. 23. KİNCAID, John, TARR, Alan, **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries** içinde, KİNCAID, John, *Comparative Observations*, McGill Queen University Press, Canada, 2005, s. 345.

Avusturya ve Hindistan, esnek yetki paylaşımı modelinin örnekleridir. Bu üç federal sistem, hem ortaklaşa yetkileri, hem de her iki yönetim düzeni arasında geçişli ilişkileri sağlayacak farklı mekanizmaları belirlemeleriyle, bu kategorinin içerisinde yer almaktadırlar.

Sert ve esnek yetki paylaşımı modelleri arasında, oldukça az sayıda da olsa ortaklaşa yetkilerin bulunduğu Kanada federasyonu yer almaktadır. Kanada'nın her iki modelin arasında yer almasının nedeni, ortaklaşa yetkiler yanında, asimetrik yetki paylaşımının da benimsenmesidir.⁸⁵⁴ Bazı federasyonlarda (Almanya, Avusturya, Amerika ve Avustralya) kurucu birimlerin yetkileri simetrikken, Hindistan ve Kanada'da, farklı kurucu birimlerin özel koşulları dikkate alınarak bu paylaşım, asimetrik olarak yapılmıştır.

Bu iki ana yetki paylaşımı modelinin, yargının da yaratıcılığıyla, zamanla değişim geçirerek, birtakım alt modelleri ve farklı yetki türlerini ortaya çıkardığı görülmektedir. Değişimlerin kaynağı, anayasa değişiklikleri ve yargının, ekonomik, siyasi ve ulusal gerekliliklerinden etkilenen müdahaleleridir. Federasyonlardaki bu değişim, hemen hemen tüm devlet biçimleri bakımından söz konusu olan, yaşayan anayasa ya da siyasi dinamizm anlayışının bir sonucudur.⁸⁵⁵ Bu değişimler, federal sistemlerde çeşitliliklerin korunması ve federalizmin derecesi açısından önemli olup, özellikle yetki paylaşımında ortaya çıkmaktadır. Bu noktadan hareketle, federal sistemin, “*statik bir tasarımı büsbütün sabit faktörlerinin değişmez bir dağılımı şeklinde değil, sürekli değişen bir sistem olarak*” kabul edildiği görülmektedir.⁸⁵⁶

Federasyonda anayasal yetki paylaşımı tercihi, kuruluş aşamasında etkili olan tarihsel, ekonomik ve siyasi olaylarla ilişkilidir. Örneğin, Avusturya federasyonu 1910 tarihinde kurulduğunda, Almanya ile birleşme hedefindeydi. Milletler Cemiyeti'nin o dönemde izin vermemesi bu birleşmeyi engellemiş olsa da, her iki federasyonun yetki paylaşımı kataloglarının esnek yapısının bu hedef dolayısıyla birbirine yakın olduğu görülmektedir. Daha sonraları Almanya'da, anayasal yetki paylaşımında önemli değişikliklere gidilse de, her iki federal sistemin “yürütme federalizmi” (*executive federalism*) anlayışı çerçevesinde tasarlandığı görülmektedir.

⁸⁵⁴ Ayrıca, bir yetki alanı olarak Kanada'da ceza hukuku federal yönetimin yetkilerinden biri olarak kabul edilmektedir. Ceza hukukunun, federal yönetim tarafından düzenlenmesi, federe yönetimlerin de bu yetkinin uygulayıcısı olmaları bakımından bir esneklik söz konusudur. Kanada Anayasası'nın 91.maddesinin 27. fıkrasında, federal yönetimin ceza hukuku alanında münhasır yetkisi belirtilmektedir WATTS, Ronald L., *Comparative Conclusions*, **Forum of Federations**, İnternet Kaynak: <http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/Intensivkurs%20III/comparativeveg2.pdf>, Erişim Tarihi: 18-02-2011.

⁸⁵⁵ Kavram, özellikle Amerika'da kullanılmakta ve Yeni Düzen (*New Deal*) dönemiyle yargıçların ve kanun koyucuların, federal anayasayı yaşayan bir belge olarak moderniteye adapte olması gerektiği şeklinde yorumladıkları belirtilmektedir. Bu dönemde, söz konusu aktörlerin federal sistemin görünümü ile yetki paylaşımı birleştiğinde, tek bir kişiye hizmet veren tek bir devlet olarak federal sistemin pragmatik bir federalizm anlayışına teşvik edildiği, anayasal ayrıntıların çıkar grupları ve kamu yetkililerinin politika hedefleriyle yer değiştirdiği belirtilmektedir. Yaşayan anayasa anlayışı ve Yeni Düzen dönemi, hangi yönetimin yetkili olduğu ile ilgili anayasal sorunların, hangi yönetimin ne yapabilirim anlayışına dayanan ve neredeyse her zaman federal güçten yana bir değişim olduğu görülür, siyasi sorunlarla yer değiştirdiği ifade edilerek açıklanmaktadır. DAVIES, Philip J, MORGAN, Iwan W, (Eds.), **The Federal Nation Perspectives on American Federalism**, Palgrave Macmillan, USA, 2008, s. 66-67.

⁸⁵⁶ ERK, **Explaining Federalism**, s. 6.

Aynı şekilde Kanada da, ilk federasyon tasarımı büyük ölçüde Amerikan federal sistemini örnek almışsa da, sonraları, 1982 Anayasa değişiklikleri ve Quebec federe yönetimi nedeniyle yetki paylaşımı kataloglarında daha esnek bir yapı öngörmüştür. Dolayısıyla, yetki paylaşımı açısından daha merkeziyetçi bir yaklaşımla kurulan Kanada federasyonu, daha sonraları Quebec gibi ayrık bir federe yönetimin baskısıyla, asimetrik bir federasyon hâline dönüşmüştür. Bunun sonucu, Kanada federasyonunun, asimetrik federalizm (*asymetric federalism*) kavramıyla ifade edilen türü ortaya çıkarmış olmasıdır.

Quebec'tekine benzer bir durum, Hindistan federasyonunda, Jammu ve Kashmir federe yönetimi açısından gerçekleşmiştir. Hindistan federasyonu da, kuruluşunda son derece merkeziyetçi bir federasyon olmasına rağmen, çeşitlilikle başa çıkabilmek için asimetrik bir yetki paylaşımını benimsemiştir.

Çalışmada, bu noktalardan hareketle, Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde bulunan Germanik federasyonlarda (Almanya ve Avusturya) ve ortak hukuk sisteminin etkisinde bulunan federasyonlarda (Amerika, Avustralya, Kanada ve Hindistan) yetki paylaşımı incelenerek, anlamlı bir sınıflandırmaya ulaşılmaya gayret edilmiştir. Bu sınıflandırma, temelde anayasal bir yaklaşımla yapılmış ve "ortaklaşa yetkiler" ölçütü olarak kullanılmıştır.

Bu çerçevede yapılan sınıflandırmada, Amerika ve Avustralya gibi federal sistemlerin ilk hâllerinde sert yetki paylaşımı modelinin, daha sonraları ortaya çıkan Avusturya ve Almanya gibi Avrupa federal sistemlerinde ise, esnek yetki paylaşımı modelinin benimsendiği görülmektedir.

Bununla birlikte, oldukça ayrıntılı bir anayasaya sahip olan Hindistan'da, yetkiler ayrı ayrı listeler hâlinde belirlenmiş, ortaklaşa yetkiler ayrı bir listede yer almıştır. Bir diğer örnek olarak Kanada'da, 1867 tarihinde kurulan Kanada Konfederasyonu, 1982 yılında tam bir federasyona dönüşmüştür. Kanada'da, yönetim düzenlerinin yetkileri ayrı ayrı sayılmaktadır.⁸⁵⁷ Bununla birlikte, sınırlı da olsa, bir ortaklaşa yetki kategorisi de vardır. Kanada Anayasası'ndaki yönetim düzenlerinin yetkilerine "açıklık getirme"⁸⁵⁸ endişesi, asimetrik yapıyla birleşerek, esnek yetki paylaşımı modelinin ortaya çıkmasını sağlamıştır.

a. Sert Yetki Paylaşımı

Federasyonların ilk kurulduğu dönemde ortaya çıkan ve 1930'lu yıllara kadar hâkim olan hukuksal teoriler, yetkilerin birbirlerinden sert bir şekilde ayrıldığı federasyonlara odaklanmışlardır. Federal ve federe yönetimlerin, aynı coğrafi sınırlar içerisinde, bağımsız ve özerk egemenliğe sahip yönetimler şeklinde hareket etmeleri,

⁸⁵⁷ Kanada Anayasası'nın 91. ve 92. maddeleri.

⁸⁵⁸ Söz konusu ifade, Kanada Anayasası'nın federal yönetimin yetkilerinin sayıldığı 91. maddesinde belirtilmektedir.

hukuksal yaklaşımların, yönetimlerin bağımsızlığına odaklanması sonucunu doğurmuştur.⁸⁵⁹ Burada bağımsızlık, egemenlik kavramıyla özdeşleştirilmekte ve federal ve federe yönetimlerin birbirilerine tabi olmamasını ifade etmektedir.⁸⁶⁰

Bu yapının izdüşümü, anayasal yetki paylaşımında, her iki yönetim düzeninin yetkilerinin kesin olarak bölünerek ortaya konulmasıdır. Nitekim THORLAKSON, sert yetki paylaşımı modelinin klasik model olduğunu ve Amerika örneğine dayandığını belirtmektedir.⁸⁶¹ Aynı yönde KOOPMANS, federal sistemin ilk örneği olan ABD Anayasası'ndaki yetki paylaşımının, yetkilerin belirlenmesi bakımından "çok kesin" olduğunu ifade etmiştir.⁸⁶²

ELAZAR, bu tür sistemleri federalizmin sert ikili bir sistemi olarak ifade etmiştir. ELAZAR, "*federal sistemlerde, anayasalarda ifade edilen federal düzenlemelerin, yönetim düzenlerinin çerçevelerini kolayca göz ardı edilemeyecek derecede kesin bir biçimde kurarak, daha sert bir yapı*" öngördüğünü ifade etmiştir.⁸⁶³

Sert yetki paylaşımı, öncelikle anayasal metinde yer alan bir yetki paylaşımını gerektirmektedir. Özellikle ikili federalizm anlayışıyla, sert yetki paylaşımının bağdaştığı görülmektedir. CORWIN, ikili federalizmin özelliklerini; anayasada sadece federal yönetimin yetkilerinin sayılması, bu yetkilerin arttırılmasına yönelik teşviklerin çok az olması, yönetim düzenlerinin kendi alanları içinde, egemen ve dolayısıyla eşit olmaları, iki yönetim düzeninin merkezlerinin birbirleriyle olan ilişkilerinin, gerginlik yerine uyumlu bir işbirliği şeklinde tanımlanması ve yönetim düzenlerinden birinin diğer bir yönetim düzeni üzerinde zorlayıcı yetkiler kullanamaması şeklinde sıralamaktadır.⁸⁶⁴ Bu tür federalizm anlayışında her yönetimin kendi yetki alanlarında kaldıkları sınırlı ve katı bir yetki paylaşımı anlayışı söz konusudur.⁸⁶⁵

İkili federalizmdeki işbirliğine, Amerikan anayasa koyucularından MADISON da vurgu yapmıştır. Burada işbirliğini gerekli kılan, federal yönetimin oluşumu ve kompozisyonu bakımından federe yönetimlere ihtiyaç duymasıdır.⁸⁶⁶ Bununla birlikte, ikili federalizmde, yönetim düzenlerinin ayrı yetki alanlarında işbirliği söz konusu olmadığı gibi, bir ortaklaşa yetkiler listesi de bulunmamaktadır. İkili federalizmin sert

⁸⁵⁹ DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 135 vd. Hatırlanacağı üzere, Federasyon, federal yönetimle kurucu birimlerin hukuken ve uygulamada, birbirleriyle koordine içinde olmaları fakat birbirlerini ikincil kılmadıkları, yetkilerini birbirlerinden almadıkları bir federal ilişkinin kurulduğu sistem şeklinde ifade edilir. Federal sistemlerin ilk tasarımında, yönetim düzenleri arasında her ikisinin de bağımsız olduğu ve egemenlik ilkesinin ikili federalizmle bağdaştırıldığı bir federal yapı öngörülmektedirler. WHEARE, *Federal Government*, s. 2, 35.

⁸⁶⁰ UYGUN, *Federal Devlet*, s. 9.

⁸⁶¹ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions*, s. 5.

⁸⁶² KOOPMANS, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, s. 168.

⁸⁶³ ELAZAR, *Federal Government*, s.20-21, 38.

⁸⁶⁴ ZIMMERMAN, Joseph F., *Contemporary American Federalism: The Growth of National Power*, Second Edition, State University of New York Press, USA, 2008, s. 7.

⁸⁶⁵ GREER, Scott L., (Ed.), *Territory, Democracy and Justice Regionalism and Federalism in Western Democracies*, içinde, WATTS, Ronald L., *Origins of Cooperative and Competitive Federalism*, Palgrave Macmillan, New York, 2006, s. 213.

⁸⁶⁶ Federal yönetimin başı olan Başkan ve Temsilciler Meclisi, seçim yöntemlerinin federe yönetimler tarafından belirlendiği seçimlerle belirlenmektedir. Ayrıca o dönemde Senato'nun seçimi, federe yönetimlerin meclisleri tarafından yerine getirilmekteydi. ZIMMERMAN, *Contemporary American Federalism*, s. 8.

yetki paylaşımı modelinde, federal yönetimlerin kendilerine tahsis edilmiş yetki alanlarını aşabilmesi ancak anayasa değişikliğiyle mümkündür.

ABD Anayasası'nda öngörülen yetki paylaşımı, kurucuların farklı endişelerinin bir yansıması olarak görülebilir. Anayasa'nın onaylanması sürecinde, federal yönetim ile federe yönetimlerin yetkilerinin nasıl belirlenmesi gerektiği ayrıntılı biçimde tartışılmıştır. HAMILTON gibi siyasi liderlerin de içinde bulunduğu Federalist kesim, "çoğunluğun tiranlığına" karşı korunma sağlanması bakımından, güçlü bir merkezin yani federal yönetimin gerekliliğini savunmuşlardır.⁸⁶⁷ Onlar açısından Amerikan Anayasası'yla ortaya çıkan federal yapı, ezici çoğunluk tehditlerinin panzehiridir.⁸⁶⁸

Buna karşılık Thomas Jefferson ve James Madison, federal yönetimin çok fazla güçlendirilmesine karşı çıkmışlardır. Bu iki Anti-federalist, federe yönetimlerin devletin en meşru birimleri olduğunu öne sürmüşler ve federal yönetimin sınırlı yetkilere sahip olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁸⁶⁹

Bu tartışmanın sonucu, Bill of Rights'a eklenen 10. değişiklik, federe yönetimlerin genel yetkili, yani anayasada federal yönetime ait olduğu belirtilen yetkilerin dışında kalan tüm yetkilerin sahibi olarak kabul edilmesidir. Kurucuların çoğunluk karşıtlığı yetkilerin yatay ve dikey bölünmesini ortaya çıkarırken, federal yönetimin yetkileri elinde toplamasından endişe edilmesi federal yetkilerin tek tek sayılarak "sınırlanması" sonucunu doğurmuştur. Kısacası, federal yönetime ait olan yetkiler tek tek sayılacak, geriye kalan tüm yetkiler federe yönetimlere ait olacak, böylece federal yönetimin kendi yetki alanının dışına çıkması engellenecektir.⁸⁷⁰ Dolayısıyla, federal sistemlerin ilk örneklerinde, yetkileri sayılan yönetimin, söz konusu alanları aşamayacağından, sadece sınırlı alanlarda yetki sahibi oldukları kabul edilmekteydi.⁸⁷¹ Nitekim, Federalist Yazılar'ın 45. makalesinde MADISON, bu düşüncüyü açıkça dile getirmektedir. Yazara göre, "önerilen anayasayla federal yönetime açıkça verilen yetkiler, az ve tanımlanmıştır. Eyaletlere (federe yönetimlere)

⁸⁶⁷ CASSADY, Alison, *Tying the Hands of States: The Impact of Federal Preemption on State Problem-Solvers*, Research Director for the National Association of State PIRGs., **National Association of State PIRGs Publication**, 2004, s. 3, İnternet Kaynak: <http://ftp.iza.org/dp5698.pdf>, Erişim Tarihi: 10-06-2011.

⁸⁶⁸ Yapı, uzun süreli bir cumhuriyet yapısı kurduğu ve böylece özgürlüklerin korunarak güvence altına alınmasının sağlandığı ileri sürülmektedir. Yazar aynı zamanda, konfederasyonların aksine federasyonlarda, federal yönetim egemenlik yetkisini doğrudan federe yönetimler üzerinde değil, federasyon bireyleri yani vatandaşları üzerinde uygulamakta ve bunun nedeni de, federasyonlarda yaşanabilecek İç Savaş engellenme ve devlete gerekli enerjiyi sağlayabilmek olduğuna değinmektedir. TAYLOR, Quentin, *A System without a Precedent: The Federalism of the Federalist Papers*, WARD- WARD, (Ed.), **The Ashgate Research Companion to Federalism**, s. 181.

⁸⁶⁹ CASSADY, Alison, *Tying the Hands of States: The Impact of Federal Preemption on State Problem-Solvers*, Research Director for the National Association of State PIRGs., **National Association of State PIRGs Publication**, 2004, s. 3, İnternet Kaynak: <http://ftp.iza.org/dp5698.pdf>, Erişim Tarihi: 10-06-2011.

⁸⁷⁰ WHEARE, **Federal Government**, s. 116-118.

⁸⁷¹ Bu değerlendirmeler Amerikan tarihi belgeleri olan Federalist Yazılarda görülmektedir. Örneğin James Madison Federalist 14 ya da Federalist 84; Alexander Hamilton federal yönetimin sınırlı ve belirli bazı yetkileri olduğunu ifade etmektedirler. HAMILTON, anayasa karşısında federal yönetimin ulusun genel çıkarlarına ilişkin konuları düzenleyebileceğini ancak her türlü kişisel ya da özel konuda düzenleme yapamayacağını dile getirmiştir. POTTER, Kathleen O., **The Federalist's Vision of Popular Sovereignty in the New American Republic**, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, 2002, s. 85, 188.

birakılanlar ise, çok sayıda ve belirsizdir.”⁸⁷²

Dolayısıyla Amerika’da sert kuvvetler ayrılığının ortaya çıkışına ilişkin endişeler, federal sisteme sert yetki paylaşımı olarak yansımıştır. Bu bağlamda sert yetki paylaşımının karakteristik özellikleri şu şekilde ifade edilebilir; sınırlı yetkiler olabilmesi bakımından,⁸⁷³ sayılan yetkileri (*açıkça sayılan yetkiler*) federal yönetim lehine sayılması, genel ve sınırsız yetkili yönetimin kurucu birimler olabilmesi bakımından,⁸⁷⁴ artık yetkilerin (sayılmamış ya da kalan yetkiler) federe yönetimlere bırakılması ve son olarak anayasada, federal ve federe yönetim düzenlerinin ortaklaşa yetkilerine ilişkin herhangi bir liste ya da düzenlemelerin bulunmamasıdır.

Özetle, Amerikan federasyonunun ortaya çıkışında sert yetki paylaşımının özelliklerini, federal yönetime ait yetkilerin açıkça sayılması, geriye kalan artık yetkilerin (*residual powers*) federe yönetimlere bırakılması ve son olarak anayasada, federal ve federe yönetim düzenlerinin ortaklaşa yetkilerine ilişkin herhangi bir liste ya da düzenlemenin bulunmaması şeklinde sıralamak mümkündür.⁸⁷⁵

Amerikan federasyonu, ilk modern federal sistem olması bakımından bir çok federal sistemin kaynağını oluşturmuş, sert yetki paylaşımının Avustralya Anayasası’nda da belirlenmesine yol açmıştır.

Bu yönde Avustralya anayasa koyucuları, federal yönetimin tasarımı sınırlılık ilkesine bağlamışlardır. GAGELER Avustralya federal yönetiminin, “*genel anlamda halk iradesine duyarlı olabilecek, ulusallık gerektiren yetkileri kullanabilecek ve mevcut kolonilerle, eyaletler üzerinde sınırlı bir yetkisi de olsa, onların üzerinde*” oluşturulduğunu aktarmaktadır.⁸⁷⁶ Nitekim AKHTAR da, her iki anayasadaki yetki paylaşımı modelinin benzer olduğuna dikkat çekmektedir.⁸⁷⁷

i. Anayasal Düzenleme

ABD Anayasası’nda yetki paylaşımı, özellikle federal yönetimin yetkileri ve bu yetkilerin sınırları açısından “çok kesin” bir biçimde belirlenmiştir. KOOPMANS bu belirlemenin ilk bakışta öyle görüldüğünü ifade ederek, kesinlik konusunda bir soru

⁸⁷² Federalist Yazıların 39.sunda MADISON, *kurulması halinde, yeni anayasa ULUSAL bir anayasa değil, FEDERAL bir anayasa olacaktır*. Yukarıda verilen altındı ise Federalist yazıların 45. makelesinde bulunmaktadır. PEACOCK, Anthony A., **How to Read the Federalist Papers**, The Heritage Foundation, USA, 2010, s.90-91.

⁸⁷³ MORGAN, DAVIES, **The Federal Nation** içinde, CONLAN, Timothy J., *Federalism, the Bush Administration and the Evolution of American Politics*, s. 16.

⁸⁷⁴ ZIMMERMAN, **Contemporary American Federalism**, s. 173.

⁸⁷⁵ Burada geriye kalan ya da artık yetkiler, implied powers olarak ifade edilen zımnı ya da içkin yetkilerden farklıdır. Belirli bir yetkinin açıkça sayılması ya da artık yetki olması halinde de, kendine içkin bir takım saklı alanları olabilir. Bu nedenle burada saklı yetkiler kavramı implied yetkilerle karıştırılmaması bakımından kullanılmamıştır.

⁸⁷⁶ Yazara göre, Amerikan federal sistemiyle, parlamenter modeli birleştiren Avustralya, Amerika’da olduğu gibi güçlü bir başkan modeli görülmediğinden, bunun halkın iradesinin daha etkili bir hale getirdiği görülmesi sistemin artı yönünü oluşturmaktadır. GAGELER, Stephen, *Foundations of Australian Federalism and the Role of Judicial Review*, **Federal Law Review**, Vol: 17, 1987, s. 171-172.

⁸⁷⁷ Bununla birlikte farklı bir federal sistem olarak Belçika’da, diğer tür yetki paylaşımından farklı olarak ikili simetrik sistem olarak adlandırılan farklı bir yetki paylaşımının anayasayla tasarlandığı tespit edilmiştir. İkili simetri olarak adlandırılan bu yetki paylaşımında iki farklı federe yönetimin, kendilerine tanınan yetkilerinin sınırlarını aşarak çakışmaları şeklinde açıklanabilir. AKHTAR., (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**, s. 5-7.

işareti bulunduğu dikkati çekmektedir.⁸⁷⁸ Bu soru işaretini akılda tutarak, sert yetki paylaşımı öngören Avustralya ve ABD anayasalarının anayasal yetki paylaşımı kataloglarının genel bir çerçevesini çizmek gerekir.

ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 8. fıkrasında, federal yönetimin yetkileri tek tek sayılmıştır.⁸⁷⁹ Anayasa'nın 1. maddesinin 10. fıkrasında ise, federe yönetimlere yasaklanan yetkiler düzenlenmiştir.⁸⁸⁰ Anayasa'nın 6. maddesinin ayrıca belirtilmesi gerekmektedir. Bu maddede, Anayasa uyarınca yapılacak Birleşik Devletler yasalarının ve Birleşik Devletler'in yetkisi altında yapılmış ya da yapılacak bütün anlaşmaların, ülkenin en üstün yasası olacağı düzenlenmektedir.⁸⁸¹ Son olarak, Anayasa'ya eklenen 10. değişiklik hükmü ile, federal yönetime bırakılmayan ya da federal yönetime ait olduğu anayasada belirtilmeyen her yetkinin federe yönetimlere ait olduğu düzenlenmiştir. Yani bu hüküm artık yetkileri (*residual powers*) düzenlemektedir.⁸⁸²

⁸⁷⁸ KOOPMANS, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, s. 168.

⁸⁷⁹ Literatürde Kongre'ye verilmiş bu yetkiler münhasır ya da sıralanmış yetkiler (*enumerated – exclusive powers*) olarak belirtilmektedir. *ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 8. bölümü* federal yönetimin münhasır yetkilerini düzenlemektedir. Kongreye verilmiş yetkileri tek tek saymaktadır. Maddeye göre; *Kongre, aşağıdaki yetkilere sahip olacaktır: Vergi, harç, gümrük, üretim ve tüketim vergisi belirlemek ve toplamak, kamu borçlarını ödemek ve Birleşik Devletlerin ortak savunmasını ve genel refahını sağlamak; ancak Birleşik Devletler'in tümünde aynı gümrük, üretim ve tüketim vergisi uygulanacaktır; Birleşik Devletler adına borç almak; Yabancı ülkelerle ve birçok eyalet arasında ve Kızılderili kabileler ile ticareti düzenlemek; Birleşik Devletlerin tümünde, vatandaşlığa geçiş için tüm eyaletlerde geçerli olacak olan tek bir kural uygulamak, ve iflaslar konusunda tek yasa koymak; Madeni para basmak ve bunun değeri ile birlikte, yabancı paraların değerini düzenlemek, ve ağırlık ve ölçü standartlarını saptamak; Birleşik Devletler'in tahvillerini ve kullanılan madeni parasını taklit edenlerin cezalandırılmasını sağlamak, Postane ve posta yolları kurmak; Yazarlara ve mucitlere, sınırlı bir süre için yazıları ve buluşları üzerinde münhasır hak tanıyarak, bilim ve yararlı sanatların gelişmesini teşvik etmek; Yüksek Mahkemeden daha küçük mahkemeler oluşturmak; Korsanlığı ve açık denizlerde işlenen ağır suçları ve devletler hukukuna aykırı hareketleri tanımlamak ve bunları cezalandırmak; Savaş ilan etmek, silahlı gemi kullanma ve karşılıklı bulunma konularında yetki mektupları vermek ve karada ve sularda ele geçirilenler ile ilgili kuralları koymak; Ordular teşkil etmek ve bunları beslemek; ancak bu kullanım için yapılacak para tahsisi iki yıldan daha uzun bir süre için geçerli olmayacaktır; Bir deniz gücü kurup bunu sürdürmek; Kara ve deniz kuvvetlerinin idare ve nizamı için yönetmelikler yapmak; Birliğin yasalarını yürürlüğe koymak, isyanları bastırmak ve istilaları geri püskürtmek üzere milis kuvvetlerinin göreve çağırılmasını sağlamak; Milis kuvvetlerinin örgütlenmesi, donatımı ve disiplini, subayların atanması ile milis kuvvetlerinin Kongre tarafından saptanan kurallara göre eğitimi yetkisi eyaletlere bırakılmak üzere, bu milis kuvvetlerinin Birleşik Devletler hizmetinde kullanılacak bölümüne emir ve komuta sağlamak; Belirli eyaletlerin feragat etmesi ve Kongre'nin de kabulü sonucu Birleşik Devletler hükümetinin başkenti olacak (10 mil kareyi aşmayacak) bölgede her hususta özel yasama yetkisini kullanmak ve eyalet yasama meclisinin rızası ile o eyalette yapılacak kaleler, cephane depoları, askeri donatım depoları, tersaneler ve diğer gerekli binalar için satın alınan yerler üzerinde aynı yetkiye sahip olmak; -- Ve Daha önce belirtilmiş olan yetkilerin ve bu Anayasa ile Amerika Birleşik Devletleri hükümetine, ya da bu hükümetin herhangi bir dairesine ya da görevlisine verilmiş bütün diğer yetkilerin yerine getirilmesi (yürütülmesi) için gerekli ve uygun bütün yasaları yapmak.* PELTASON, *Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı*, s. 35.

⁸⁸⁰ *ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 10. bölümünde* ise federe Yönetimlere Yasaklanan yetkiler düzenlenmiştir. Maddeye göre *Eyaletlere Yasaklanan Yetkiler; (1) Eyaletler herhangi bir anlaşma, ittifak, veya konfederasyon anlaşması yapmayacak; düşman gemilerine saldırı izni vermeyecek; para gibi kullanılan senet çıkarmayacak; borç ödemek için altın ve gümüş paradan başka bir şeyi teklif etmeyecek; ağır suç ya da ihanet suçları nedeniyle yargılamadan cezalandırma ve mahkûmun bütün mallarına el koyma kararı almayacak, geriye dönük, ya da sözleşmelerin bağlayıcılığını bozan bir yasa çıkarmayacak, veya herhangi bir asalet unvanı vermeyecektir. (2) Kendi denetim yasalarını uygulamak için kesinlikle gerekli olanın dışında, hiç bir eyalet, Kongre'nin rızası olmadan, ithalat veya ihracat üzerine herhangi bir vergi ya da resim koymayacak; ve herhangi bir eyaletin ithalat ve ihracata koyacağı bütün vergi ve resimlerin net tutarı Birleşik Devletler hazinesine ait olacaktır; ve bu gibi bütün yasalar Kongrenin inceleme ve denetimine tabi olacaktır. (3) Hiç bir eyalet, Kongre'nin rızası olmaksızın tonaj vergisi koyamayacak, barış zamanında asker veya savaş gemisi bulundurmayacak, başka bir eyalet veya yabancı bir devletle anlaşma veya sözleşmeye girmeyecek, ya da bilfiil işgal edilmediği veya bir gecikme kabul etmeyecek kadar yakın bir tehlike olmadığı takdirde, savaşa girmeyecektir* PELTASON, *Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı*, s. 35.

⁸⁸¹ 6. maddenin devamında, *bütün eyaletlerdeki yargıçlar, herhangi bir eyaletin anayasası ya da yasalarındaki karşı hükümlere rağmen bu üstün yasaya uyacaklardır*, maddenin orijinal Açıklamasında, Üstünlük bendi olarak bilinen bu bölüm Anayasa'nın dingil çivisi- yani bütün yapıyı bir arada tutan bölüm – olarak adlandırılmıştır. Kısaca eyalet yasaları ile ulusal yasalar arasında bir uyumsuzluk durumunda, ulusal yasaların üstünlüğünü ifade etmektedir. Aynı zamanda, geçerli olabilmesi için bir ulusal yasanın Anayasa'ya uygun olması gerektiği anlamını taşır. PELTASON, *Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı*, s. 45.

⁸⁸² *ABD Anayasası'nın Eyaletin ve Halkın Artık yetkileri* başlıklı onuncu değişikliği, *Anayasa tarafından Birleşik Devletlere verilmeyen, veya Anayasa tarafından eyaletlere yasaklanmayan yetkiler, eyaletlere veya halka aittir.* şeklindedir. Maddenin açıklamasına göre; bu değişiklik, ulusal hükümetin eyaletleri yutmayaacağı yolunda halka güvence vermek için kabul edilmiştir. Ulusal hükümete verilmeyen tüm yetkilerin, eyaletlere ya da halka ait olduğunu yinelemektedir. Örneğin, evlenme ve boşanma gibi konularda eyaletler yetki sahibidir. PELTASON, *Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı*, s. 67.

Anayasa, sert yetki paylaşımına uygun olarak, federal yönetimin yetkilerini tek tek sayarak (*enumerated powers*) belirlemiştir. Geriye kalan yetkileri de federe yönetimlere bırakmıştır. Bununla birlikte Anayasa’da ortaklaşa yetki alanları belirlenmemiştir.

Federasyonun kuruluşuyla başlayan ilk dönemde ikili federalizmin etkisinde olan Yüksek Mahkeme, zamanla kararlarında farklı yargısal doktrinler geliştirmiştir. Etkisi, 1871’de başlayıp 1939’a kadar devam eden *Collector v. Day* davasında verilen karar, federal sistem bakımından ikili federalizmin vurgulanması açısından son derece önemlidir. Kararda, “*federal ve federe yönetimler birbirlerinin parçasıdırlar fakat kendi alanları çerçevesinde, birbirinden ayrı ve bağımsız olarak hareket eden ayrı ve farklı egemenlikleri*” vardır denilmektedir.⁸⁸³ Kararda, özellikle, federal yönetimin anayasada sayılan yetkilerinin egemenliği bulunan federe yönetimler tarafından da kullanılıp kullanılmayacağı ve özellikle vergilendirme yetkisine ilişkin olarak “ortaklaşa yetki” konusu tartışılmıştır.⁸⁸⁴ Sonuçta, federe yönetimlerin özerklikleri dikkate alınarak, federal yönetimin federe yönetimlerin çalışanlarını vergilendirme yetkisinin olmadığı karara bağlanmıştır. Kararı yazan Yargıç Samuel NELSON, federal yönetimlerin yetki alanlarında federe yönetimlerin, federe yönetimlerin yetki alanlarında da federal yönetimin vergi koyamayacağına hükmederek, bunu “karşılıklı dokunulmazlık” doktrinine bağlamıştır.⁸⁸⁵

Amerikan federalizminde yönetim düzenleri, kendi politik rolleri içerisinde birbirlerine bağlı, birbirleriyle evrimsel ve dinamik bir ilişki içerisindedirler. Son dönem federalizm teorisyenleri, bu durumun, federalizmin, durağan bir sistemden çok, bölünebilir yetkiler, ilişkiler ve fonksiyonlar bakımından devam eden bir süreç şeklinde kabul edilmesi gerektiğini dile getirmektedirler. Yönetimler arası ilişkilerle ilgili maddeler ABD Anayasası’nda sadece ana hatlarıyla düzenlenmiştir. Anayasa’nın 1. maddesinde, on sekiz farklı yetki, federal yönetimin sayılan yetkilerdir.⁸⁸⁶ Temel maddelerde fazla ayrıntıya girilmemiş olması, gelişen ve değişen sosyo-ekonomik koşullara bağlı olarak federalizmin süreç içerisinde gelişmesine de neden olmaktadır.⁸⁸⁷

Avustralya sisteminin tasarımına hâkim olan ilkelerin söz konusu dönemde var olan federasyonlar örnek alınarak belirlendiğini aktaran SAUNDERS, sistemin tasarımı sırasında, öncelikle ABD ve daha az oranda Kanada ve İsviçre üzerinde bilgi sahibi

⁸⁸³ Karar için bkz. *Collector v. Day*, 78 U.S. 113 (1871), İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/78/113/case.html>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.

⁸⁸⁴ *Page 78 U. S. 124.*

⁸⁸⁵ Karar daha sonra 1939 verilen *Graves v. New York ex rel. O’Keefe* - 306 U.S. 466 kararıyla iptal edilmiştir. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/466/case.html>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.

⁸⁸⁶ ABD Anayasası on üçüncü değişikliğinin birinci bölümü, *Birleşik Devletler’de veya Birleşik Devletler yetkisi altındaki yerlerde, hak ederek mahkûm edilmiş kişinin cezası karşılığı olma dışında, kölelik veya zorla çalıştırılma uygulanmayacaktır.* , ikinci bölümünde ise, *Kongre, uygun yasalarla bu maddeyi uygulamaya yetkisine sahip olacaktır* hükmü düzenlenmiştir. Anayasanın Medeni Haklara ilişkin On dördüncü değişikliğinin son bölümü, aynı zorlayıcı hükmü düzenlemektedir. Ondördüncü Değişiklik metnini Türkçeleştirilmiş hali için bkz. PELTASON, *Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı* , s. 45.

⁸⁸⁷ RUYLE, Joy, *Human Services and American Federalism: Tracing the Development of Some Critical Issues* , 1978, PhD Thesis, Submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, Union Graduate School Yellow Springs, Ohio.

olduğunu belirtmektedir. Yazar, 1901 yılından beri federal yapı içerisinde yetki ve sorumluluk paylaşımının değişmesinin, bir devrim değil bir gelişme teşkil ettiğini ve bunun da Avustralya Anayasası'nın "ayırıcı özelliği" olduğunu belirtmiştir.⁸⁸⁸

Avustralya'daki sistemin belirleyici unsurları, parlamentarizm ve federasyondur. Parlamenter sistem konusunda Birleşik Krallık'tan, federal sistem konusunda da Amerika'dan esinlenilmiştir.⁸⁸⁹

Avustralya'nın, ABD Anayasası'ndaki yetki paylaşımı modelini tercih etmesinin nedeni, güçlü bir ulusal yönetimin kurulması için, bağımsız olan kolonilerin taleplerini karşılayabilmektir. Bu sayede, yarı-egemen olan devletlerin talepleri ve duyarlılıklarıyla, güçlü bir ulusal hükümetin kurulması amacı bağdaştırılabilmektedir. 1891 yılında imzalanan Ulusal Avustralya Konvansiyonu'nda, "birkaç mevcut koloninin yetki ve ayrıcalıkları ile bölgesel hakları değişmeden kalacağı" temel ilke olarak kabul edilmiştir. Federe yönetimlerin birtakım yetkileri kullanmaya devam etmesinin tarihsel nedeni budur.⁸⁹⁰

İngiliz Kraliyeti'yle Avustralya'nın bağı, Kraliçe'nin kendisini temsil etmesi için Başbakanın tavsiyesi üzerine atadığı Avustralya Genel Valisi (*Governor-General*) ile devam etmektedir. Genel Vali, teamüllere uygun olarak, Başbakanın tavsiyesi üzerine atandığından, sorumluluk hükümettedir. Anayasa'nın yapısı içerisinde, Genel Vali'yle federe yönetim hükümetlerinin başı olan valiler önemli roller üstlenmektedirler. Genel Vali, Başbakan'ın tavsiyesi üzerine bakanların atamasını yapar ve yasa gereği hemen her konuda bakanların tavsiyesi üzerine hareket eder. Genel valiler, daha önceleri, İngiliz Krallığı ile ilgili konularda danışmanlık yapmak üzere İngiliz bakanlarının tavsiyesiyle atanırlardı. Genel Vali'nin atanma yönteminde ortaya çıkan bu değişiklik, federal yönetimin bağımsızlığının artmasında da etkili olmuştur. 1979 tarihli Avustralya Yüksek Mahkeme Yasası'nın 6. maddesine göre Genel Vali, Yüksek Mahkeme'ye yargıç atamalarında federe yönetimlere danışmak zorundadır. Yargının işleyişine ilişkin geriye kalan konulardaki düzenlemeler federasyon anayasasıyla federe yönetimlere bırakılmıştır.

Avustralya Anayasası'nda, federal yönetimin yetkileri sayılmış, geriye kalan yetkiler federe yönetimlere bırakılmıştır. Anayasa'nın 51. ve 52. maddelerinde, federal yönetimin yasama yetkileri düzenlenmektedir. Anayasa'nın 107. maddesinde artık yetkiler federe yönetimlere bırakılmaktadır.⁸⁹¹ Anayasa'da, ortaklaşa yetkilere ilişkin

⁸⁸⁸ AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , içinde, WILLIAMS, John M, MACINTYRE, Clement, VAN, Hugues Marc, *Commonwealth of Australia* , McGill-Queen's University Press, 2005, s. 38.

⁸⁸⁹ Sistemin ana özellikleri hükümetin başı olmayan bir devlet başkanının ve parlamentodan seçilen ve doğrudan parlamentoya karşı sorumlu olan bir hükümetinin olmasıdır. Avustralya parlamentolarının Westminster modelinden farkı, yetkilerinin federasyon anayasası veya federe yönetimler tarafından sınırlandırılmış olmasıdır. GALLIGAN, WRİGHT, *Australian Federalism* , s. 147-148.

⁸⁹⁰ HARRİS, *A New Constitution For Australia* , s. 124.

⁸⁹¹ Bunun yanı sıra Avustralya AY'nın 106. m.de, federasyon anayasasının oluşturulmasıyla, federe yönetimlerin anayasa oluşturmalarına ilişkin yetkilerinin azaltılmayacağı belirtilmektedir. Bu özellikle, federal sistemin kurulmasından önce belirli derecede egemenlik yetkilerine sahip federe yönetimlerin, federasyon anyasasıyla yetkilerine hanel gelemeceğine ilişkin koruyucu bir

bir düzenleme yoktur.

Anayasa'nın 51. maddesinde, yaklaşık kırk yetki sayılmaktadır. Bunlar, zımnî ortaklaşa yetki alanları (*impliedly concurrent powers*) olarak kabul edilmektedir.⁸⁹² Anayasası'nın federal yönetimin münhasır yetkilerini düzenleyen 52. maddesinde ise sadece üç yetkiden söz edilmektedir. Madde şöyledir:

“Bu anayasa kapsamında federal yönetim, barışın, düzenin ve iyi yönetimin sağlanması adına; i- kamusal amaç için federal yönetim tarafından elde edilmiş her konuda, ii- Bu Anayasa ile federal yürütme organına –Hükümete- nakledilmiş kamu hizmetinin herhangi bir bölümünün kontrol edilebilmesi ile ilgili konularda ve iii- bu anayasa ile federal Parlamentonun münhasır yetkileri içinde olduğu belirtilen diğer konularda, münhasır olarak yasa yapma yetkisine sahiptir”.

Federe yönetimler ve bölgeler, temelde kendilerini ilgilendiren tüm konular hakkında yasama yetkilerini kullanabilirler ancak bunun bazı istisnaları vardır. Avustralya'da da federal hukukun üstünlüğü ilkesi benimsenmiştir. Anayasa'nın 109. maddesi gereği, federal ve federe yönetimlerin hukukları arasında herhangi bir uyumsuzluk (*inconsistency doctrine*) olduğunda, federal yönetimin hukuku uygulanacak, federe yönetim hukuku geçersiz kabul edilecektir.

Federe yönetimlerin artık yetkileri, açıkça sayılmayan, belirsiz yetkilerdir. Bu yetkilerden bazıları, eğitim, karayolları, polis, itfaiye ve kamu taşımacılığı gibi alanlara ilişkindir.

Her iki anayasada görüldüğü üzere, federe yönetimler, federal yönetimin yetkisinde olmayan tüm konularda yetkilidirler. Federe yönetimlerin yetkileri konusunda önemli sorun, bu yetkilerin neyi içerdiğine ya da neleri kapsadığına ilişkin belirsizliktir. Bu belirsizliğin sonucu olarak, federal yönetimlerin uygulamada kullandıkları yetkilerin Anayasa'da sayılanlardan çok daha fazla olduğu belirtilmektedir. Federal yönetimin yetkilerinin genişlemesinin başlıca sebebi yargı organları tarafından yapılan yorumlardır. ABD federal yönetiminin iç yönetim alanları bakımından önemli bir yetkisi olan eyaletler arası ticaret buna örnek gösterilmektedir. Geniş bir alana yayılan bu yetki, yargının geniş yorumları sayesinde federe yönetimlerin artık yetkilerinin alanını hızla daraltmaktadır.⁸⁹³

ii. Uygulamadan Kaynaklanan (Zımnî) Ortaklaşa Yetkiler

THORLAKSON, anayasal yapı itibarıyla her iki yönetim düzeni arasında yetkileri kesin olarak bölen yetki paylaşımının, uygulamada aynı kesinliği sürdüremediğini belirtmektedir.⁸⁹⁴ KINCAID de, bu tür yetki paylaşımında, anayasada belirlenen

hükümdür. Ayrıca bu yönde AY'nın 108. m.de belirtilmesi gerekir. Maddede, federasyon kurulmadan önce koloni olarak federe yönetimlerin oluşturdukları kendi mevzuatlarının, federal hukukun üstünlüğü ilkesince geçersiz sayılmadıkları sürece yürürlükte kalacakları düzenlenmektedir. Avustralya AY.sı için bkz. **The Australian Constitution**, Section 106, 107,108. İnternet Kaynak: http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Constitution.aspx, Erişim Tarihi: 12-11-2012.

⁸⁹² TAYLOR, Greg, *Federalism in Australia*, **Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, Vol 4 2/2010, s. 174.

⁸⁹³ BAIER, Gerald, **Courts and Federalism: Judicial Doctrine in the United States, Australia, and Canada**, UBC Press, Canada, 2006, s. 33.

⁸⁹⁴ THORLAKSON, *Comparing Federal Institutions*, s. 5.

herhangi bir ortaklaşa yetki listesi bulunmadığını, ancak, siyasi ve yargısal olarak kabul edilen ciddi bir ortaklaşa yetkiler alanı bulunduğunu vurgulamaktadır.⁸⁹⁵ Dolayısıyla sert yetki paylaşımı modelinin özelliğinin, ortaklaşa yetkilerin zımnen belirlenmesi olduğu söylenebilir. Anayasalarda ortak yetki alanlarını belirlemeyen bu kesin yetki paylaşımı katalogları, ortaklaşa yetkileri uygulama bakımından zımnen benimsemiştir. Bu yetkilerin ana çıkış noktası, sert yetki paylaşımında federal yönetime verilen yetkilerin, münhasır (*exclusive powers*) değil, sıralanmış ya da sayılmış yetkiler (*enumerated powers*) olarak kabul edilmesidir.⁸⁹⁶ Bu iki kavram, literatürde birbiriyle fazlasıyla karıştırılmaktadır.⁸⁹⁷ ABD ve Avustralya anayasalarında federal yönetime verilen yetkiler, münhasır değil, sayılmış yetkilere. İki arasındaki en önemli fark, sayılmış yetkilerin federe yönetimler tarafından da kullanılabilmesidir.⁸⁹⁸

Dolayısıyla, federal yönetimin münhasır yetkilerini belirlemek için, her iki anayasada da, federe yönetimlere yasaklanan yetkilere bakmak gerekmektedir. Bu yönde Amerika’da federe yönetimlere yasaklanan yetkiler gibi, federal yönetime de yasaklanan (*Denied Powers*) yetkiler bulunmaktadır.⁸⁹⁹ Bunların yanı sıra federal yönetim ve federe yönetimlerin de ortaklaşa yapamayacağı bazı yasaklanmış ortak yetkiler söz konusudur.⁹⁰⁰

Buna karşılık Avustralya Anayasası’nda, 51. maddede sıralanan yetkiler “sayılmış”, 52. maddede yer alan az sayıda yetkilerse “münhasır” yetkilere. Federe yönetimler, 51. maddede sayılan yetki alanlarında, düzenleme yapabilmektedirler.⁹⁰¹ Bu durumda, federal yönetimin münhasır yetkilerini tespit edebilmek için, federe yönetimlere yasaklanan yetkilere bakılması gerekmektedir. Çünkü, 51. maddedeki sayılmış yetkilerden bir kısmı federe yönetimlere yasaklanmıştır yani münhasır yetki niteliğindedir.⁹⁰²

⁸⁹⁵ KINCAID, TARR, (Ed.), *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries* , s. 416.

⁸⁹⁶ TAYLOR, Gregory, *Characterisation in Federations: Six Countries Compared* , Springer; First Edition, 2005, Germany-Australia, s. 52.

⁸⁹⁷ ZİMMERMAN, *Contemporary American Federalism* , s. 173.

⁸⁹⁸ OBINGER, Herbert, LEIBFRIED, Stephan, CASTLES, Francis G. *Federalism and the Welfare State New World and European Experiences* , Cambridge University Press, UK, 2005, s. 60.

⁸⁹⁹ Anayasanın 1. maddesinin 9. bölümü, Kongre’ye yasaklanan yetkileri düzenlemektedir. Federal yönetim, İnsan Hakları Beyannamesini (*Bill of Rights*) ihlal edemez, federe yönetimler arasında vergilerin dışa aktarılmasına, kendisine verilmesi için zorlayamaz, onaylanmamış mevcut bir tasarı veya onaylanmış bir beyanname olmadan Hazineden para alınamaz ve federe yönetimlerin sınırlarında değişiklik yapılamaz.

⁹⁰⁰ Federe yönetimlerin bütünlük ve özerlikleri alanında tabi oldukları sınırlamalar ve onlara tanınan ayrıcalıklar şu şekilde ifade edilmektedir. Kongre’nin ya da ilgili federe yönetim meclislerinin rızası olmadan, iki ya da daha çok federe yönetimin veya federe yönetim parçalarının birleşmesi ile yeni bir federe yönetim oluşturulamaz. (ABD Anayasası 4. madde 3. bölüm);Federal yönetim (Birleşik Devletler) her federe yönetime Devletin Cumhuriyet türü yönetim şeklini garanti edecektir. (ABD Anayasası 4. madde 3. bölüm); Federal yönetim federe yönetimlerin her birini istilaya karşı koruyacaktır. (ABD Anayasası 4. madde 3. bölüm); Federal yönetim federe yönetimlerin her birini yasama organının ya da (yasama organı toplanamadığında) yürütme organının başvurusu ile iç saldırılara karşı koruyacaktır. (ABD Anayasası 4. madde 3. bölüm) ; Anayasa tarafından federal yönetime verilmeyen, veya Anayasa tarafından federe yönetimlere yasaklanmayan yetkiler, federe yönetimlere veya halka aittir. (ABD Anayasası 10. Ek madde); Federal yönetimin (Birleşik Devletlerin) yargı yetkisi, Birleşik Devletler federe yönetimlerinden birine karşı diğer bir federe yönetim vatandaşları, ya da yabancı bir devlet vatandaşı veya yabancı uyruğu olanlar tarafından açılmış ya da devam etmekte olan herhangi bir hukuk veya hakkaniyet davasını kapsayan biçimde yorumlanmayacaktır. (ABD Anayasası 10. Ek madde).

⁹⁰¹ WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s* , s.3, 22. MCCALLUM, Ron, *Plunder Downunder: Transplanting The Anglo-American Labor Law Model To Australia* , *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 26, 2005, s.391.

⁹⁰² CLEMENT MACINTYRE, WILLIAMS, *Commonwealth of Australia* , s. 25-27.

ABD Anayasası'nda, federe yönetimlere yasaklanan yetkiler açık bir şekilde belirlenebiliyorken, Avustralya Anayasası'nda, bu şekilde benimsenmiş bir yetki başlığı görülmemektedir. Avustralya Anayasası'nda bu yetkileri, Anayasa'nın diğer maddeleri arasında dağınık bir şekilde bulunmaktadır. Bu yönde örneğin, Anayasa'nın 114. ve 115. maddelerinde federe yönetimlerin deniz ya da askeri güç alanları, federal yönetime ait yerlerde vergi koymayacağı ve para basma yetkisi olmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, Avustralya Anayasası'nda federal yönetime yasaklanan yetkilerde, sistemli bir kategori halinde düzenlenmemektedir.⁹⁰³ Bu durum hem federal yönetimin münhasır yetkilerini, hem de federe yönetimlerin, hangi yetkileri zımni ortaklaşa yetkiler olarak paylaşabileceklerini iyice zorlaştırmaktadır.

SWENDEN'in belirttiği gibi anayasada açıkça münhasır olmayan yetkilerle, münhasır yasama yetkileri arasında tam bir ayırım yapılmamaktadır. Bu durumda, ortaklaşa yetkiler, çeşitli biçimlerde ve kisveler altında ortaya çıkabilmektedir.⁹⁰⁴ Buna karşın, bu durum, sert yetki paylaşımının doğasını değiştirmemektedir. Bunun nedeni, anayasal yetki paylaşımı kataloğunda bir tek federal yönetimin yetkilerinin sayılması, geriye kalan yetkilerin federe yönetimlere bırakılması ve ortak yetki alanlarının açıkça düzenlenmemesidir.

Dolayısıyla, anayasada yer almayan "ortaklaşa yetkiler", sıralanmış ve münhasır yetkiler arasındaki nüanstaki kaynaklanmaktadır. Bu tür yetkileri "zımni ortaklaşa yetkiler" olarak ifade eden SWENDEN, ortaklaşa yetkilerin açık olabilmesi için, açıkça anayasada belirlenmiş olması gerektiğini belirtmektedir.⁹⁰⁵

Bu durumda, sayılmış yetkiler münhasır olmadığından, burada belirtilen yetkiler federe yönetimlere yasaklanmamışsa, federe yönetimlerin de bu alanda düzenleme yapabilecekleri kabul edilmektedir. Nitekim, ABD ve Avustralya'da, federal yönetimlerin, yetkilerinin belirli bir kısmını federe yönetimlerle ortaklaşa kullanmaları söz konusu olmaktadır.⁹⁰⁶ Dolayısıyla, anayasada sert yetki paylaşımının düzenlendiği durumlarda, uygulamada daha esnek bir yetki paylaşımıyla karşılaşmak mümkündür.

Sert yetki paylaşımının esnemesinin bir diğer önemli sebebi, artık yetkiler alanının sınırsızlığının uygulamada belirsizliğe dönüşmüş olmasıdır. Bu noktada, sayılmayan ve açıkça belirtilmeden federe yönetimlere bırakılan artık yetkilerin herhangi bir anlam

⁹⁰³ Avustralya Anayasası'nın 112. maddesiyle 120. maddesi arasında, federal ve federe yönetimlerin düzenleme yapabilecekleri alanlar görülmektedir. Ayrıca 90. madde de Gümrük Tüketim ve Bağış-Primler üzerinde münhasır yetkilere ilişkin düzenlemeler görülmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 53. maddede, birinci ve ikinci meclisin yasaları oluşturmalarına ilişkin bir takım sınırlamalar görülmektedir. Örneğin federe yönetimleri temsil eden Seanto'nun gelir ya da paralar, veya vergilendirmeye ilişkin yasa teklifinden bulunamayacakları belirtilmiştir.

⁹⁰⁴ SWENDEN, *Federalism and Regionalism*, s. 51.

⁹⁰⁵ SWENDEN, *Federalism and Regionalism*, s. 51.

⁹⁰⁶ Bu yetkilerin bazıları, ulaşım, vergilendirme, yasa yapma ve yürütme, mahkemeleri kurulması, borç alma, genel refahı için para harcama, adil ve mevcut tazminatıyla ortak amaçlar için özel mülkiyetin kamulaştırılması, kiralanmış-patentlenmiş bankalar ve şirketler gibi alanlar olarak sayılabilir. Başlığın sonunda, uygulamadan ve anayasadan kaynaklanan yetki paylaşımına ilişkin tablo aktarılacaktır. İlgili tablodan yetki türlerinin dağımı görülebilir.

ifade etmediği belirtilmektedir.⁹⁰⁷

Zımnî ortaklaşa yetkiler, federal yönetimin açıkça sayılmış yetkilerinin, federe yönetimler tarafından düzenlenebilecek yetkiler olarak kabul edilmesinden ortaya çıkmıştır. Bu uygulama, anayasadan kaynaklanmayan fakat federasyonun kuruluşundan beri kabul edilen bir geleneğe dayanmaktadır.

Zımnî ortaklaşa yetkilerin varlığının kabul edilmemesi halinde, Amerika'da, federe yönetimlerin örneğin harçlar, üretim veya tüketim vergisi gibi konularda yetkilerinin olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Federasyonda mali anlamda özerkliği bulunan federe yönetimlerin bağımsız gelir kaynaklarının önemli bir kısmını söz konusu vergiler oluştursa da, bunları toplama yetkisini anayasa metninde açıkça bulmak mümkün değildir. Amerika'da, federal yönetimle federe yönetimlerin ortaklaşa yetki kullandıkları alanlar, vergi toplamak, yol yapmak, borç almak, mahkeme kurmak, yasa yapmak ve uygulamak, bankalara imtiyaz vermek, genel refah için para harcamak, belirli bir tazminatla özel işletmeleri kamu amaçları için almak şeklinde sıralanmaktadır.

Avustralya'da zımnî ortaklaşa yetkilerin varlığı tarihsel sebeplerle açıklanmaktadır. Federasyonun kurulması aşamasında çeşitli yetkilerin ağırlıklı olarak federe yönetimler tarafından kullanılıyor oluşu, bunların devamı sağlanarak federal bir yapı kurulmaya çalışılması ve Amerika örneğinin kopyalanması, zımnî ortaklaşa yetkilerin Amerika'da olduğu gibi burada da ortaya çıkmasına yol açmıştır. TAYLOR, Avustralya'nın paradoksunun, anayasal tasarımdaki zayıf bir federal yönetim ve güçlü federe yönetimler üretme amacının, uygulamada tamamıyla karşıtına dönüştürerek, güçlü bir federal yönetim ve zayıf federe yönetimlerle sonuçlanmış olmasıdır.⁹⁰⁸

Avustralya'da federal yönetimin yetkilerinin genişlemesi, birkaç farklı nedene dayanmaktadır.⁹⁰⁹ Bunlardan en önemli ikisi, federal yönetimin hibe yetkisi (Anayasa'nın 96. bölümü) aracılığıyla uyguladığı mali destek politikası ve Avustralya'nın uluslararası yükümlülüklerinin yerine getirilmesidir.⁹¹⁰ Nitekim, Avustralya'nın kurucularından biri olan Alfred DEAKİN, bu durumu daha önceden tahmin ederek, federal yönetimin mali gücün etkisiyle eninde sonunda Avustralya'da baskın hale geleceğini belirtmiştir.

Federe yönetimler ne kadar özerk olsalar da, mali açıdan merkeze bağımlı

⁹⁰⁷ TREISMAN, Daniel, *Defining and Measuring Decentralization: A Global Perspective*, Unpublished Manuscript, 2002, sscnet.ucla.edu, İnternet Kaynak: <http://www.sscnet.ucla.edu/polisci/faculty/treisman/Papers/defin.pdf>, Erişim Tarihi: 20-06-2011, s. 9.

⁹⁰⁸ TAYLOR, *Federalism in Australia*, s. 173.

⁹⁰⁹ Bunun yanı sıra, Avustralya'da federasyon sadece bir federasyondan ayrılma hakkını talep edilmesine kadar dikkate değer ölçüde sağlamdı. 1930'lu yılların başlarında Batı Avustralya'da başlayan bir ayrılma hareketi söz konusu oldu. Milletler topluluğu Anayasası'nın tatminsizliği, ve aslında federe yönetimlerinin ekonomik anlamda zarar getirdiğini fark eden Batı Avustralyalılar topluluktan ayrılmayı seçmişlerdir. İmparatorluk Parlamentosu topluluğa geri dönmeleri için ricada bulundular. Sonuçta herhangi bir ayrılma yaşanmadı düşük düzeyde bir hoşnutsuzlukta olsa Canberra Batı Avustralya siyasetinin bir parçası olarak kalmıştır. WILLIAMS John M, MACINTYRE, Clement, *Commonwealth of Australia*, **International Associations of Centers for Federal Studies, Forum of Federations An International Network on Federalism**, s. 3.

⁹¹⁰ CLEMENT MACINTYRE, WILLIAMS, *Commonwealth of Australia*, s. 25-27.

olmaları, federal yönetimin yetkilerinin süreç içerisinde genişlemesine yol açacaktır. Bu anlamda, federe yönetimlerin ihtiyaçları, federal yönetim için bir fırsattır. Bu durum, Avustralya Anayasası'nda yer alan ikili yapılanmaya uygun sert yetki paylaşımının, uygulamada işbirliği federalizmine dönüşmesinin sebebini de açıklamaktadır.⁹¹¹

Federe yönetimlerin yasalarıyla federal yönetim yasalarının çatışması halinde federal yönetim yasalarının geçerli olmasını öngören doktrin (*inconsistency doctrine*) Amerika'daki federal hukukun üstünlüğü doktriniyle benzemektedir. İki düzenleme arasındaki temel fark, Avustralya Anayasası'nın ilgili hükmünde, federal hukukun her iki yönetim düzeni arasındaki uyumsuzluk sürdüğü müddetçe üstün kabul edileceğinin belirtilmesidir. Bu durumda, uyumsuzluk çıkarıcı normun iptali ya da yürürlükten kaldırılması halinde, federe yönetimlerin düzenlemeleri yeniden geçerli olacaktır. Bu konudaki düzenleme Anayasa'nın 109. maddesinde yer almaktadır.⁹¹² Bu maddeye göre, herhangi bir federal yasa, kendisiyle tutarsız federe yönetim yasalarını geçersiz kılacaktır. Avustralya Yüksek Mahkemesi, bazı kararlarında, söz konusu "tutarsızlık" hükmünü hayli geniş yorumlamıştır.⁹¹³

ABD Yüksek Mahkemesi, on dokuzuncu yüzyıl boyunca, federal yönetimin münhasır yetkilerini belirlemekle uğraşmıştır. 1819 tarihli *Sturges v. Crowninshield* kararı, federal yönetimin sayılmış yetkileriyle zımnî ortaklaşa yetki alanlarını açıkça ortaya koymuştur.⁹¹⁴ Kararı yazan Yargıç Marshall, uyumsuzluğa konu olan New York federe yönetiminin iflas yasasının Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir. Marshall, kararda, federal yönetimin Birleşik Devletler'de iflası düzenleyen tek bir yasa çıkarmadığını, bu konuda federal yönetimin anayasadan kaynaklanan bir yetkisi olsa da, öncelikle bu yetkiyi kullanması gerektiğini belirtmiştir.⁹¹⁵ Buna ek olarak, federal yönetimlerin anayasada açıkça sayılan yetkilerinin federe yönetimler tarafından da kullanılabilmesi, dolayısıyla bu yetkilerin aslında ortaklaşa yetkiler olduğu kararda belirtilmiştir.⁹¹⁶

Sturges v. Crowninshield kararının önemli yanı, federal yönetimin anayasada

⁹¹¹ WILLIAMS, MACINTYRE, VAN, *Commonwealth of Australia*, s. 25-27.

⁹¹² Avustralya Anayasası'nın 109. maddesi, ABD Anayasası'nda federal hukukun üstünlüğü ilkesiyle aynı sonucu doğurmaktadır. ABD Anayasası'nda, federal hukukun üstünlüğü kabul edilmiş fakat federal hukukun federe hukuku geçersiz kılacağı, Yüksek Mahkeme kararlarıyla geliştirilmiştir. Avustralya, Hindistan ve Almanya federasyon anayasalarında ise, açıkça federal hukukun üstün olduğunun belirtilmesinin yanı sıra federe hukukla tutarsızlıkları yada çatışmaları olması halinde federe yönetim hukukunun geçersiz kılacağı ifade edilmiştir. Avustralya Anayasası'nın 109. maddesi şu şekildedir. Bir eyalet kanunu ile Ulusal –Commonwealth-kanunu tutarsız olduğunda, ikincisi –yani federal yönetim yasası- geçerli olacak, ve ilki- federe yönetim yasası- tutarsızlık devam ettiği ölçüde geçersiz olacaktır. Anayasanın Orijinal ve Tam Metni için bkz. Tam Metni için Bkz İnternet Kaynak: <http://australianpolitics.com/articles/constitution/full-text-of-the-australian-constitution-as-amended>, Son Erişim Tarihi: 6 Aralık 2012.

⁹¹³ MCCALLUM, Ron, *The Australian Constitution and the Shaping of our Federal and State Labour Laws*, **Deakin Law Review**, Volume 10, No 2, 2005, s.461.

⁹¹⁴ *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122 (1819), 17 U.S. 122 (Wheat.), Karara ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=17&invol=122#13>, Erişim Tarihi: 06-06-2010.

⁹¹⁵ Bununla birlikte, ilgili yasanın borçlu ve alacaklı arasındaki sözleşmelerin belirli durumlarda iptal edileceğine ilişkin hükmü, Anayasanın 1. maddesinin 10. bölümünün 1. fıkrasında yer alan eyaletlere yasaklanan yetkiler kapsamında olduğunu, bu nedenle ilgili hükmün anayasaya aykırı olduğunu belirtmiştir. *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122 (1819), prg. [17 U.S. 122, 196].

⁹¹⁶ L. L. T, *Constitutional Law: Concurrent Power under the Eighteenth Amendment*, **California Law Review**, Vol. 10, No. 1 (Nov., 1921), s. 73.

kendisine verilen yetkileri kullanmadığı durumlarda, federe yönetimlerin söz konusu alanlarda yetki kullanmalarının anayasaya uygun olduğunun ve anayasada sayılan yetkilerin münhasır yetkiler olmadığının ifade edilmiş olmasıdır.⁹¹⁷ Bu kararlar, federal yönetim anayasada sayılan yetkilerini kullanarak düzenleme yapana kadar, federe yönetimlerin söz konusu alanlardaki yetkilerini koruduğu kabul edilmiştir.⁹¹⁸

Sonuç olarak, Amerika ve Avustralya’da, anayasadaki sert yetki paylaşımının, uygulamada, zımni ortaklaşa yetkiler, artık yetkilerin belirsiz oluşu ve federal hukukun üstünlüğü gibi sebeplerle esnetildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

iii. Sert Yetki Paylaşımının (Yargı Kararlarıyla) Esnetilmesi

Federasyon anayasalarının ilk tasarımları, belirli bir yönetimin yetkilerini sayarak belirlemekle, o yönetim düzenine bir bakıma sınır getirilme amacı taşımaktaydılar. Aynı düşünce, anayasada yetkileri sayılmayan diğer yönetim düzenine, geriye kalan alanlardaki sınırsız yetkileri bırakarak, iki yönetim düzeninin yetkilerini kesin olarak ayırmaya odaklanmışlardır. Nitekim EPSTEIN, ABD Anayasası’nda federal yönetimin yetkilerinin açıkça sayılmasının onun sınırlanması anlamına geldiğini vurgulamaktadır.⁹¹⁹ Ne var ki, anayasada yetkileri açıkça sayılan federal yönetimin sınırlılığı yalnızca kâğıt üzerinde kalmıştır.⁹²⁰ Bu, federal yönetimlerin uygulamada çoğu zaman, anayasada belirlenen sınırların ötesine taşan yetkileri kullanmaları sonucunu doğurmuştur.⁹²¹

Sert yetki paylaşımı olarak değerlendirdiğimiz Amerika ve Avustralya’da, ilk başlarda güçlü bir ikili federalizm anlayışı söz konusuysen, her iki ülkede de federal yönetimlerin yetkilerinde zaman içinde bir genişleme söz konusu olmuştur.⁹²² Örneğin Amerika’da, Yeni Düzen (*New Deal*), “devlet ve toplum arasındaki ilişkilerin kökten değişimlere uğradığı ve federal yönetimin, federe yönetimler karşısında büyüdüğü merkezileşmenin olağanüstü bir projesi” olarak ifade edilmektedir.⁹²³ Bununla birlikte, yetki paylaşımının Yeni Düzen’den önce esnemeye başladığı da bilinmektedir.⁹²⁴

⁹¹⁷ Marshall, Federal yönetimin bu gibi yetki alanlarında, uygulama yapması veya yapmaması kendi takdiri içerisinde olan bir konudur. Eğer federal yönetim, *Birleşik Devletler’in tümünde iflaslar konusunda tek bir yasa koymaya ilişkin* yetkisini kullanmıyorsa, bu konuda ne kısmi yasalar yapılmayacağı ne de konuyla ilgili federe yönetim mevzuatlarının son erdirileceği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. *Sturges v. Crowninshield*, Page 17 U. S. 197.

⁹¹⁸ EPSTEIN, Richard A., GREVE, Michael S., (Eds.), **Federal Preemption: States’ Powers, National Interests**, içinde, DINH, Viet D., *Federal Displacement of State Law: The Nineteenth-Century View*, The AEI Press, Publisher for the American Enterprise Institute, USA, s. 34-36. LIEB, Richard, *Federal Supremacy and State Sovereignty: The Supreme Court’s Early Jurisprudence*, **Abi Law Review**, Vol. 15:3, 2007, s.11.

⁹¹⁹ EPSTEIN, David F, **The Political Theory of The Federalist**, The University of Chicago Press, 1984, USA-London, s. 44.

⁹²⁰ NAGEL, Robert F., **The Implosion of American Federalism**, Oxford University Press, 2001, s. 5. SAMPLES, John, (Ed.), **James Madison and The Future of Limited Government**, Cato Institute, USA, 2002, s. 25 vd.

⁹²¹ EPSTEIN, David F, **The Political Theory of The Federalist**, içinde, KOZINSKI, Alex, ENGEL, Steven A., *Recapturing Madison’s Constitution: Federalism without the Blank Check*, s. 17.

⁹²² WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 327.

⁹²³ LOWNDES, Joseph E, **From the New Deal to the New Right : Race and the Southern Origins of Modern Conservatism**, Yale University Press, USA, 2008, s. 17. Bu dönemde Yüksek Mahkemenin 1930’lu yıllarda yaşanan Büyük Buhran nedeniyle, yeniden yapılanma (New Deal) döneminde yaşanan siyasi baskılar, mahkemenin paketlenmesi (packaging court) olarak kabul edilmektedir.

⁹²⁴ ZIEGLER, Late, Harmon, DYE, Thomas R., **The Irony of Democracy: An Uncommon Introduction to American Politics**, Fourteenth Edition, Wadsworth Cengage Learning, USA, 2009, s. 332-333.

Söz konusu dönem itibariyle mahkemenin istikrarlı bir şekilde federal yönetimin yetkilerini genişletmesine izin verdiği görülmektedir. Mahkeme, 1937 yılından 1995 yılına kadar, federalizm davalarında, yani yetki uyuşmazlığına ilişkin konularda, federal yönetimin yetkilerini aştığına ilişkin hiç bir karar vermemiştir.⁹²⁵

Benzer biçimde Avustralya'da da, hem Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin içtihadı hem de federal yönetimin mali kontrolü sert yetki paylaşımının federal yönetim lehine esnetilmesi sonucunu doğurmuştur.

Anayasalarında sert yetki paylaşımının benimsendiği bu iki ülkede federal yönetimlerin yetkilerindeki genişlemenin, anayasalardaki yetki paylaşımının kusurlu doğasından kaynaklandığı görülmektedir. Federal yönetime anayasayla açıkça verildiği görülen yetkilerin, federe yönetimlerle zımnen ortaklaşa kullanılan yetkiler olarak kabulü ciddi bir sorun yaratmıştır. Yüksek mahkemeler, özellikle federasyonların kurulduğu ilk yıllarda, bu yetkilerin ortaklaşa yetkiler mi yoksa federal yönetime açıkça sayılarak verilen münhasır yetkiler mi olduğunu tespit etmekle uğraşmışlardır. Buna ek olarak, federe yönetimlerin sahip oldukları artık ve belirsiz yetkiler, federal yönetimin izin verdiği ölçüde kullanılabilen yetkilere dönüşmüştür.⁹²⁶

Bunun birinci sebebi, yetki paylaşımı kataloglarının yoruma açık yapısıdır. Anayasalarda federal yönetimlere açıkça verilen yetkilerin, zımni ortaklaşa yetkiler hâline gelmesine yüksek mahkemelerin yorumları yol açmıştır. Yüksek mahkemelerin bu yönde yorum yapmalarının temel sebebi ise, federasyon kurulurken federe yönetimlerin bağımsız yetkiler kullanan devletler olmalarıdır.⁹²⁷

Yetki paylaşımı kataloglarının bir başka yapısal sorunu, federe yönetimlere açıkça sayılarak verilmiş yetkilerin bulunmamasıdır. Federe yönetimlere bırakılan artık yetkilerin sınırsızlık yerine belirsizliği ifade etmesi, federal yönetimlerin yetkilerindeki genişlemenin başlıca sebebidir. Bu noktadan hareketle mahkemeler, federe yönetimlerin egemenliklerini basit bir kabulle geçiştirebilmektedirler.

Anayasalardaki yetki paylaşımının sert ya da esnek olmaları değil, açıklıkları önemlidir.⁹²⁸ Amerika ve Avustralya anayasalarındaki yetki paylaşımında, federe yönetimlere açıkça bırakılmış münhasır yetki alanları bulunmamaktadır. Bunun en önemli sonucu, federe yönetimlerin oluşturduğu normların tartışmasız bir şekilde kendilerinin münhasır yetki alanlarına dayandığını ileri sürememeleridir.⁹²⁹

⁹²⁵ BURNS, MacGregor J, **Packing the Court: The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court** , The Penguin Press, 2009, USA, s. 113 vd.

⁹²⁶ AKHTAR, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , s. 17.

⁹²⁷ Aynı değerlendirme Avustralya için de geçerlidir. Burada ise yarı bağımsız koloniler olarak, özerk bir takım yetkileri bulunduğu belirtilmektedir.

⁹²⁸ WHEARE, **Federal Government** , s. 79-83. DUCHACEK, **Comparative Federalism** , s. 269.

⁹²⁹ SAGAR, Arun, *Federal Supremacy and the Occupied Field: A Comparative Critique* . **Publius: The Journal of Federalism**, 2012, s. 4.

Avustralya’da, federe yönetimlere ait olan “artık yetkiler”in federasyonun ilk yirmi yılında geçerli olduğu, bunun ardından, hemen hemen her federasyonunda olduğu gibi, çeşitli siyasi ve yargısal mekanizmaların etkisiyle, federal yönetimin yetkilerinin genişlediği belirtilmektedir.⁹³⁰

Nitekim TREISMAN, anayasayla federe yönetimlere tüm artık yetkileri bırakmak yerine, onları münhasır tek bir yetki alanına sahip kılmanın dahi daha anlamlı olacağını söylemektedir. Bu durumda, federe yönetimin en azından söz konusu yetki alanında, münhasır bir yetkisi olduğu “açıkça” bilinecektir. Böylelikle federe yönetimlerin söz konusu yetki alanı bakımından özerklikleri, anayasayla açıkça belirtilmiş olacaktır.⁹³¹ Artık yetkilerin federe yönetimlere bırakılması, genel kanının aksine, yönetimlerin sistem içerisinde zayıf kalmalarına yol açmaktadır. Bunun tipik örneği Amerikan ve Avustralya federasyonlarıdır.⁹³²

Yargının anayasal yetki paylaşımını federal yönetimler lehine esnetmekte kullandığı diğer bir gerekçe “ulusal önem arz eden” konulardır. Mahkemeler, bu noktadan hareketle, genellikle federal hukukun üstünlüğü ilkesinden faydalanmaktadırlar. Nitekim UYGUN, özellikle federasyon anayasalarında belirlenen artık veya artık yetkilere ilişkin uyuşmazlıklarda, yüksek mahkemelerin, “ulusal önem arz eden”, “ülke düzeyinde tek biçimde uygulamayı gerektiren” veya “geniş ve evrensel nitelik” taşıyan konularda, federal yönetim lehine kararlar verdiklerini ifade etmektedir.⁹³³ Bu yaklaşımın doğal sonucu, anayasadaki sert yetki paylaşımının giderek federal yönetim lehine esnemesidir. Bunun tipik örneği, Amerikan federal yönetiminin, federe yönetimlerin tümünde geçerli olan hız sınırı, asgari ücret ve alkollü içki tüketiminde yaş sınırı gibi bir takım “ulusal” sınırları belirlemeye başlamasıdır. Ayrıca, sosyo-ekonomik gereklilikler de bir çok vatandaşın sağlık bakımı, malullük, işsizlik, emeklilik, sosyal sigorta ve güvenlik gibi alanlarda, federal yönetime dönmüşlerdir. Bunun doğal sonucu, Amerikalıların gelirlerinin üçte birinden fazlasını federal yönetime vermeleridir. Bu şartlarda federal yönetimin yetkilerinin sınırlı olduğunu söylemek tabii ki mümkün değildir.⁹³⁴

ABD Yüksek Mahkemesi, ortaya çıkan uyuşmazlıklar nedeniyle, anayasada sayılan yetkilerin münhasır mı, yoksa ortaklaşa yetkiler mi olduğunu belirlemek zorundadır.⁹³⁵ Bu yöndeki tespitler, yetki alanlarının federal yönetim tarafından

⁹³⁰ Daha önemlisi, federal yönetimin sorumluluğundaki yetkilerin merkezileştirilmesinde önemli rolün daha ziyade Yüksek Mahkemeye ait olduğu, federal yönetime açıkça tanınmış sınırlı özel yetkilere rağmen, federal yönetimin federe yönetimler üzerinde egemen bir yönetim hale dönüştüğü belirtilmektedir. Bunun içtihatların ve ulusal duyguların değişmesi sonucunda ortaya çıktığı da belirtilmektedir. WILLIAMS, M, MACINTYRE, VAN, *Commonwealth of Australia*, s. 38-40.

⁹³¹ TREISMAN, *Defining and Measuring Decentralization*, s.9.

⁹³² TREISMAN, *Defining and Measuring Decentralization*, s. 32-33.

⁹³³ UYGUN, *Federal Devlet*, s. 149.

⁹³⁴ ZİMMERMAN, *Contemporary American Federalism*, s.30-40; SAMPLES, John, (Ed.), *James Madison and the Future of Limited Government*, Cato Institute, USA, 2002, s. 16-17.

⁹³⁵ Bazı durumlarda, federal yönetime verilen yetkilerin, federe yönetimlere açıkça yasaklanmış olduğu görülmektedir. Örneğin para basma yetkisi bölüm 8, Paragraf 5’te federal yönetime verilmiş, 1.madde 10. bölüm ve 10. paragrafta bu yetki federe yönetimlere

geçersiz kılınmasıyla (*preempt*) ve federe yönetimlerin aynı konulara ilişkin düzenlenmelerinin engellenmesiyle sonuçlanmaktadır. Bu kararların temel dayanağı federal hukukun üstünlüğü karinesinden hareketle geliştirilen geçersiz kılma (*preemption*) doktrindir. Kongre, yaptığı bazı yasalarla, yetki alanının tamamını geçersiz kılma konusundaki amacını açıkça ortaya koyabilmektedir. Benzer bir uygulamayı federal idari makamlar da, tamamen veya kısmen düzenleyici işlemlerle yapabilmektedirler.⁹³⁶ Aynı biçimde Avustralya federal yönetimi, vatandaşlık, göç ve telekomünikasyon alanlarında ayrıntılı düzenlemeler yaparak, federe yönetimlere bu alanlarda neredeyse düzenleme yapabilecek bir alan bırakmamıştır.⁹³⁷

Yargının anayasal yetki paylaşımını federal yönetim lehine esnetmesinde kullanılan diğer bir gerekçenin anayasadaki esnek hükümler olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu konudaki en tipik örnek, ABD Anayasası'nın 8. maddesinde yer alan ve federal yönetime “*gerekli ve uygun*” gördüğü konularda yasa yapma yetkisi veren hükümdür. KATZ, bu hükmün, artık yetkilerin federe yönetimlere bırakılmasıyla çeliştiğini ifade etmektedir.⁹³⁸

Federal yönetimin yetkilerinin yargı kararlarıyla genişlemesinin bir diğer dayanağı, tamamıyla yargı organlarının yaratıcılığı sonucu ortaya çıkan, ima edilen yani zımni yetkililerdir (*implied powers*). Bu yetkiler, özellikle yukarıda sözü edilen esnek hükümlerden hareketle yaratılmışlardır. Bu yetkilerin, ülkenin değişen gereksinimlerinin karşılanması amacıyla, anayasalarda federal yönetime zımnen verildiği varsayılmaktadır.⁹³⁹ Zımni yetkilerin varlığının kabulü, “*bir anayasanın metninde açıkça geçmemiş olsa bile, anayasanın federal yönetime verdiği bir başka görev ve yetkinin yerine getirilebilmesi için gerekli olan yetki alanının, federal yönetim tarafından kullanabileceği*” anlamına gelmektedir.⁹⁴⁰

ABD Yüksek Mahkemesi Başyargıca MARSHALL, anayasaların doğaları gereği sadece temel ilkeleri belirlediğini vurgulayarak, ayrıntıların temel ilkelerin doğasından hareketle belirlenebileceği sonucuna varmış ve bu görüşünü federal yönetimin zımni yetkilerinin varlığının dayanağı hâline getirmiştir.⁹⁴¹

yasaklanmıştır. KATZ, Ellis, *United States of America*, içinde, AKHTAR, Majeed, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities** McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s. 301-302.

⁹³⁶KATZ, *United States of America*, s. 301-302.

⁹³⁷ WILLIAMS, MACINTYRE, VAN, H. *Commonwealth of Australia*, s. 38.

⁹³⁸ KATZ, *United States of America*, s.305. Buna örnek olarak, bu maddenin yukarıda belirtilen yetkileri altında oluşturulan yasaların ihlal eden kişi hapse mahkum edilmesini sağlaması gibi.

⁹³⁹ Örneğin, Kongrenin kâğıt para basması için kendisine verilmiş bir yetkisi yoktur fakat böyle bir yetki, Anayasası'nın 1. maddesinin 8. bölümünde federal yönetime borç alma ve madeni para basma yetkisi verilmiş olduğundan hareketle dolaylı olarak vardır. PELTASON, **Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı**, s. 67.

⁹⁴⁰ Amerika'da Yüksek Mahkemenin bu değerlendirmeyi yaptığı ilk dava 1819 *McCulloch v. Maryland* davasıdır.

⁹⁴¹ Karar için bkz. *McCulloch v. Maryland* Kararı, Marshall Opinion, İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZO.html, Erişim Tarihi: 20-05-2011.

Avustralya Anayasası'nda da benzer esnek hükümler bulunduğu görülmektedir.⁹⁴² Bunlardan ilki, Avustralya Anayasası'nın 51. maddesinin xxxix. fıkrasında yer alan hükümdür. Bu hükme göre, federal yönetimin, “*Parlamentoya veya parlamentonun her iki meclisine veya federal yönetim hükümetine veya federal yargıya ya da federal yönetimin her hangi bir bölümü veya görevlisine, bu anayasa ile verilmiş herhangi bir yetkinin yürütülmesi için arızı konularda*” yetkisi bulunmaktadır.

Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin yargıçları, 1949 tarihli *Burns v. Ransley* ve 1951 tarihli *Australian Communist Party v Commonwealth* gibi kararlarında, Anayasa'nın söz konusu esnek hükümlerini oldukça geniş yorumlayarak, bunlardan, federal yönetimin Anayasa'da belirtilmeyen bazı konularda da “*zımnî bir yasama gücü*” olduğu sonucunu çıkarmıştır.⁹⁴³

Aslında bu kararların kaynağı, federal yönetimin çalışanlarının devlet vergilerinden muaf olup olmayacaklarına ilişkin *D'Emden v. Pedder* kararıdır. 1904 tarihli bu kararla, Avustralya Yüksek Mahkemesi, federal yönetim için zımnî dokunulmazlık doktrinini (*implied immunity*) geliştirmiştir. Doktrine göre, federal yönetimin anayasada açıkça düzenlenmiş yetkilerinden kaynaklanan zımnî münhasır yetkileri vardır ve federe yönetimlerin düzenlemeleri, bu yetkilerle çatışma durumunda, federal hukukun üstünlüğü gereği geçersiz sayılacaklardır. Bu arada, kararda ABD Yüksek Mahkemesi'nin zımnî münhasır yetkilere ilişkin kararına atıf verilmesi dikkat çekicidir.⁹⁴⁴

ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1824 tarihli *Gibbons v. Ogden* kararı, anayasada sayılarak sınırlanan federal yönetimin münhasır yetkilerinin genişletilmesi açısından son derece önemlidir.⁹⁴⁵ Bu kararda Yargıç MARSHALL, federal yönetimin yetki alanlarını genişletmek amacıyla öncelikli olarak kullandığı ticareti düzenleme yetkisini değerlendirerek, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin altını çizmiştir. MARSHALL'a göre, federal yönetim kara ticaretini tamamıyla düzenleyebilecek ve Anayasa'da

⁹⁴² Anayasanın federal yönetim lehine yetkileri genişletmesinde kullandığı diğer hükümler, Anayasa'nın 61. maddesi, 51. maddesinin girişinde belirtilen federal yönetimin barış, düzen ve iyi yönetim adına yasalar oluşturabileceği hükümleridir. Bu hükmün benzeri Kanada Anayasası'nın 91. maddesinde de bulunmakta, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin bu hükmü, sıklıkla kullandığı da görülmektedir. İkinci bölümde bu konuda bilgiler verilecektir.

⁹⁴³ Zımnî yetkilerin Avustralya'da kullanılması bakımından dikkati çekilmesi gerek diğer bir nokta, yasama organının bazı yetkilerini yürütme organına devredilmesini öngören, (*delegated legislation*) yasama yetkisinin devredilebilmesidir. HARRIS, **A New Constitution For Australia**, s. 110. Bahsi geçen Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararları, *Australian Communist Party v Commonwealth* (1951) 83 CLR 1; *Barton v Commonwealth* (1974) 131 CLR 477; *Victoria v Commonwealth and Hayden* (AAP case) (1975) 134 CLR 338. *Burns v. Ransley* (1949) 79 C.L.R. 101, at p.116; *R. v. Sharkey*, (1949) 79 C.L.R. 121, at pp.148-9. DERHAM, D. P, *Australian Communist Party v. The Commonwealth*, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, Third Series, Vol. 33, No.3/4 (1951), s. 40-49.

⁹⁴⁴ Avustralya Yüksek Mahkemesi *D'Emden V. Pedder* 1904, İnternet Kaynak: <http://trove.nla.gov.au/ndp/del/article/35801985>, Erişim Tarihi: 02-09-2012. Ayrıca Amerika için Marshall'ın verdiği *McCulloch v. Maryland* kararında, ilke kez uygulanan bu alan, Marshall'a göre, anayasada yer alan kamu refahı (*general welfare caluse*) hükmü ile federal yönetimin gerekli ve uygun yetkileri kullanacağını içeren *necessary and proper clause* hükümlerinin, bu alanın yaratılmasına olanak verdiğini yorumlamaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi Kararı: *McCulloch v. Maryland* - 17 U.S. 316 (1819), Avustralya için ise, *Australian Communist Party v Commonwealth* kararı belirtilmektedir. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin, federal yönetimlerin, artık yetkiler yetki paylaşımı usulünü görmezden gelerek, federe yönetimleri bağlayıcı kararlar verebilmesi ve yasalar yapabilmesi konusunda ki, önemli bir karar için bkz. *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (Engineers case) (1920) 28 CLR 129.

⁹⁴⁵ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 9 Wheat. 1 1 (1824), Karara ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/1/case.html>, Erişim Tarihi: 06-06-2010.

belirtilmediği sürece bu yetki herhangi bir biçimde sınırlanamayacaktır.⁹⁴⁶ Kararda, söz konusu yetkinin federal yönetimce ele geçirilip geçirilmediği ve federe yönetimlerin federal yönetim bu alanı düzenleyene kadar yetki sahibi olup olmadığı gibi konular üzerinde durulmamıştır. MARSHALL'a göre, bunun nedeni, bu alanda artık federal yönetimin düzenleme yapmış olmasıdır.⁹⁴⁷ Federal yönetimin yasaları, Anayasa'da herhangi bir sınırlama olmaksızın üstün sayıldığından, bu alana ilişkin olarak münhasır ya da zımni ortaklaşa yetki alanı tartışmasının yapılmasına gerek duyulmamıştır. Bu kararlar birlikte federal hukukun üstünlüğü doktrininin hemen her alanda uygulanabileceği kabul edilmiştir.⁹⁴⁸ *Gibbon v Ogden* kararında MARSHALL, sıralanmış yetkiler arasında sayılan ticaret yetkisinin federal yönetimin münhasır yetkisi olduğuna ve federe yönetimlerin bu alanda düzenleme yapma yetkilerinin bulunmadığına karar vermiştir.⁹⁴⁹

Bu dönemlerde Yüksek Mahkeme, özellikle federal yönetimin yetkileriyle, federe yönetimlerin yetkilerini belirleme ya da ayırmaya çalışmıştır. Mahkeme'nin 1849 tarihli *License* kararında ise, federe yönetimlerin ticareti düzenlemeye ilişkin yetkilerinin ortaklaşa yetki olduğuna ve bu yetkinin federal yönetimin o alanda düzenleme yapmasına kadar geçecek süre için geçerli olacağına karar verilmiştir. Federal hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, federal yönetim o alanda düzenleme yaptığı anda federe yönetimlerin yetkileri ortadan kalkacaktır. Ancak federal yönetim o alanda bir düzenleme yapmadığı müddetçe federe yönetimler alanı düzenleyebileceklerdir.⁹⁵⁰ Bununla birlikte, iki yıl sonra verilen *Passenger* kararında, ticareti düzenleme yetkisinin münhasır olduğunu belirten yargıçlarla, bunun ortaklaşa yetki olduğunu belirten yargıçlar arasındaki görüş ayrılığının devam ettiği görülmüştür.⁹⁵¹

Mahkeme, aynı konudaki 1851 tarihli *Cooley v. Board of Wardens* kararında ise, Anayasa'da belirtilen ticareti düzenleme yetkisini “seçici münhasırlık” olarak tanımlanan bir doktrin çerçevesinde değerlendirmiştir. Buna göre, ticareti düzenleme yetkisinin bir parçası münhasır, bir parçası ise ortaklaşa yetkidir. Mahkeme'ye göre, ulusal doğası ya da tek tip bir düzenleme ihtiyacı doğurması söz konusu olan konularda münhasır, bu nitelikte olmayan konularda ortaklaşa yetki söz konusudur.⁹⁵²

Bu konudaki kararların birçoğunda, zımni ortaklaşa yetkiler, federal hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde, federal yönetim lehine yorumlanmışlardır. Dolayısıyla,

⁹⁴⁶ *Gibbons v. Ogden*, Page 22 U. S. 197. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/1/>Erişim Tarihi: 02/10/2011.

⁹⁴⁷ DINH, *Federal Displacement of State Law: The Nineteenth-Century View*, s. 34.

⁹⁴⁸ Burada Yargıç Marshall'ın daha önceki *Sturges v. Crowninshield* kararında olduğu gibi, federal yönetime münhasır olarak verilen ve federe yönetimlere yasaklanmayan yetkilerin, federe yönetimlerce kullanabileceklerine ilişkin değerlendirmesinden vazgeçtiği görülmektedir.

⁹⁴⁹ *Gibbons v. Ogden* - 22 U.S. 1 (1824).

⁹⁵⁰ *License Cases* - 46 U.S. 504 (1847), İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/46/504/> Erişim Tarihi: 02/10/2011.

⁹⁵¹ *Passenger Cases* - 48 U.S. 283 (1849)İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/283/>, Erişim Tarihi: 02/10/2011.

⁹⁵² *Cooley v. Board of Wardens*, 53 U.S. (12 How.) 299, 13 L. Ed. 996 (1851). İnternet Kaynak: <http://www.lawnix.com/cases/cooley-board-wardens.html>, Erişim Tarihi: 02/10/2011.

asında sıralanmış yetkilerin zimni ortaklaşa doğasından değil, doğası gereği “zimni münhasır yetki” alanları yaratmasından söz etmek daha doğru olacaktır.

Görüldüğü gibi önemli olan, anayasada sert yetki paylaşımı modelinin benimsenmesi değil, federal ve federe yönetimlerin yetkilerinin açık bir biçimde birbirinden ayrılmasıdır.⁹⁵³ Buna karşılık, yetki paylaşımının esnemeye müsait doğasının, anayasanın dayanıklı olması bakımından önemli olduğu da vurgulanmaktadır. Özellikle ABD Anayasası'nın dayanıklılığı, çerçeve anayasa olmasıyla ve esnetilmeye müsait yapısıyla açıklanmaktadır. Çerçeve anayasaların belirli bir özgüllüğü ve anayasada düzenlenen konular bakımından belirliliği olduğu belirtilmektedir.⁹⁵⁴

b. Yumuşak/Esnek Yetki Paylaşımı

Federasyonların ilk modellerinde benimsenen, anayasal sert yetki paylaşımı ve ikili federalizm anlayışının, giderek yerini esnek yetki paylaşımına ve işbirliği federalizmine bıraktığı görülmektedir. Bu tür federalizm, federal ve federe yönetim düzenlerinin ilişkilerinde, işbirliğini teşvik edici anayasal hükümlerle karakterize edilebilir.⁹⁵⁵

Sert yetki paylaşımı modellerinde işbirliğini teşvik edici anayasal hükümler, anayasanın değiştirilmesi, federal kurumların kompozisyonu ve federal yasama sürecine ikinci meclisler aracılığıyla katılım gibi konularda kendini gösterebilir. Ancak, esnek yetki paylaşımında işbirliği, anayasada yer alan yetki türleri ve yetkilerin konuları bakımından ifade edilen işbirliğidir. Şüphesiz ki bu işbirliği esas itibarıyla ortaklaşa yetkiler alanında görülecektir.

Nispeten yeni federasyonlarda, sert yetki paylaşımından uzaklaşıldığı ve ortaklaşa yetki alanlarının düzenlendiği görülmektedir. Özellikle 1940'lı yıllardan sonra, hem mevcut federasyonların yetki paylaşımında esnemeler görülmeye başlanmış hem de bu dönem itibarıyla ortaya çıkan yeni federasyonlarda daha esnek bir anayasal yetki paylaşımı kataloğu tercih edilmiştir.⁹⁵⁶

⁹⁵³ Bu federal sistemlerin hukuksal yaklaşımlarla ifade edildiği teorilere ilişkin genel bir düşünce olmakla beraber bu teoride genel eğilim, federal sistemlerin, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından seçkin bir devlet biçimi olarak kabul edilmesidir. PAGANO, Michael A, *In the Eye of the Beholder: The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems*, içinde, PAGANO, Michael A, LEONARDI, Robert, *The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems*, Palgrave Macmillan, USA, 2007, s. 9.

⁹⁵⁴ Bu anlamda bu tür anayasaların daha üstün olduğu görüşü paylaşılmaktadır. Özellikle ABD Anayasası'nın örnek olarak belirtilmesi, onun belirli konuları düzenleyerek geriye kalan kısımlarını hukuk ve örf-adet yani geleneklerin düzenlemesine bıraktığı belirtilmektedir. ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, MELTON, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, New York, 2009, s. 84. Ayrıca bu konuda, ABD Yüksek Mahkemesi'nin federasyonların sert yetki paylaşımını esnetilmesinde, yeni yetki türleri yaratan ilk kararlardan biri olan 1819 tarihli *McCulloch v. Maryland* davasını belirtmek gerekir. Kararda anayasa yargısının yorumlayarak bir hukuk alanı yaratan Yargıç John Marshall federal yönetim ve federe yönetimler bakımından değerlendirmeler yaparak, uzun alt bölümlerle detaylandırılmış bir anayasanın insanlar tarafından kolay anlaşılacağı, belirli çerçevenin anayasayla belirlenmesinin daha kolay anlaşılabilir olacağına değinmiştir. Karar için bkz. *McCulloch v. Maryland* İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZO.html, Erişim Tarihi: 20-05-2011.

⁹⁵⁵ ZİMMERMAN, Joseph F., *National-State Relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century*, **Publius: The Journal of Federalism**, 31:2, Spring 2001, s. 15.

⁹⁵⁶ Bu dönemde özellikle Amerikan federasyonunda Yeni Düzenin etkileri, ticareti düzenleme yetkisinin giderek federe yönetimlere yayılması ve federal hukukun üstünlüğü ilkelerinin gelişimi, federalizmin değişim dönemlerinde kırılma noktası olarak

Nitekim DIKSHIT, Amerika’da sadece teoride olan fakat uygulamada görülmeyen ikili federalizmin ve hukuksalci yaklaşımların 19.yy’da sona erdiğini, bunun yerine işbirliğinin öne çıktığını belirtmektedir. İkili federalizm anlayışıyla bütünleşen sert yetki paylaşımlarının federasyonlardaki iki yönetim düzenini rakipler olarak kurguladığı, buna karşılık işbirliği federalizminde ise, her iki yönetim düzeninin eşit ortaklar olarak kabul edildiği belirtilmektedir.⁹⁵⁷ İşbirliği federalizminin yetki paylaşımı kataloglarını etkileyecek yapısal bir özelliği bulunmadığı, bunun yerine yönetim düzenleri arasındaki işbirliği, koordinasyon, ortak sorumluluklar ve federal finans gibi ilişkilere dayandığı ifade edilmektedir.⁹⁵⁸

İşbirliği federalizmi kavramının Avusturya’da federe yönetimlerin gerçek imtiyazlarının çözümlenmesinde kullanılan bir ilke olması ilgi çekicidir. Avusturya’daki resmi olmayan federalizm, ERK tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: “... Federe yönetimlerin işbirliği ve ortak çabalarıyla federal yönetimin federe yönetimlerin kaybettikleri politik yetki alanlarına yeniden girmek için izin vermesidir”.⁹⁵⁹

Federal sistemlerde, yönetim düzenlerinin yetkilerinin örtüşmesi ve yetkilerin düzenlenmesi anlamında karşılıklı bağıllık kaçınılmazdır. Bu bağıllık ilişkisi, yönetimler arası işbirliğinin sağlanması için çeşitli yöntemlerin ve kurumların varlığını gerektirmektedir. Sert yetki paylaşımı kataloglarında, yönetim düzenlerinin birbirlerine bağıllık ilişkisini pekiştirecek, işbirliğini teşvik edecek mekanizmaların temel noktası olan ortaklaşa yetkiler türünün benimsenmediği görülmüştür. SRIDHAR, ortaklaşa yetkilerin belirlenmesinin, federal sistemin katı hukuksalcılığını engellemeyi amaçladığını belirtmektedir.⁹⁶⁰ Gerçekten de, federal sistemlerin oluşumuna ilişkin teorilerde tartışılan anayasal ya da hukuksal teorilerin sert yetki paylaşımıyla tamamen uyduğu görülmektedir.⁹⁶¹

WATTS, günümüzde neredeyse tüm çağdaş federasyonlarda, değişen ve yeni ortaya çıkan koşulları karşılayabilmek adına, yetki paylaşımındaki usullerin değiştirilmesi konusunda baskılar yaşandığına dikkati çekmektedir.⁹⁶² NICOLAIDIS de, zamanla değişen çeşitli sosyal, teknolojik, ekonomik veya ideolojik eğilimlere uyum sağlayabilmenin ancak esneklikle mümkün olduğuna işaret etmektedir.⁹⁶³

yorumlanmaktadır. SKOUTARIS, Nikos, *From Dual to Cooperative Federalism*, *European Constitutional Law Review*, 7, 2011, s. 327.

⁹⁵⁷ DIKSHIT, D. Ramesh, *Geography and Federalism*, *Annals of the Association of American Geographers*, Vol. 61, No. 1, 1971, s. 103-104.

⁹⁵⁸ ERK, *Explaining Federalism*, s. 60.

⁹⁵⁹ ERK, *Austria: A Federation without Federalism*, s. 9.

⁹⁶⁰ SRIDHAR, *Evolution and Philosophy behind the Indian Constitution*, s. 20.

⁹⁶¹ Bu konuda federal sistemlerin oluşumuna ilişkin teorilerde, anayasal ya da hukuksal teorilere bakılabilir.

⁹⁶² WATTS, *Comparative Conclusion*, s. 353-357.

⁹⁶³ MENON, Anand, SCHAIN, Martin, (Ed.), *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, içinde NICOLAIDIS, Kalypso, *Constitutionalizing the Federal Vision?*, s. 74.

Federasyonların kurulduğu dönemler yetki paylaşımı modellerine ilişkin tercihleri etkilemiştir. ABD, İsviçre ve 1867 Kanada anayasaları, 18. ve 19. yüzyıllardaki eğilimlerin etkisiyle, klasik yetki paylaşımı modellerini benimsemişlerdir. Daha yeni federal anayasalarda ise detaylandırılmış yetki listeleri göze çarpmaktadır.⁹⁶⁴

Anayasal sert yetki paylaşımlarından farklı olarak, esnek yetki paylaşımı modellerinde ayrı yetki türleri ortaya çıkmıştır. Bu yetki türleri, yönetim düzenleri arasında kesin bir yetki paylaşımı öngörmedikleri gibi, en önemli özellikleri, yönetim düzenleri arasında geçirgen ve karşılıklı etkileşimle işbirliğini teşvik edici olmalarıdır. Bir federasyonda esnek yetki paylaşımı modelinin benimsendiğinin en açık göstergesi anayasada ortaklaşa yetkilerin varlığıdır. Bu arada, federal hukukun üstünlüğü ilkesi de esnek yetki paylaşımının göstergelerinden biridir. Bunlara ek olarak, bazı federal sistemlerde, yetki paylaşımının asimetrik olarak esnetildiği de bilinmektedir. Asimetrik federal sistemlerde, federe yönetimlerin kendi aralarındaki farklılıklar gözetilerek, bazı federe yönetimler için ayırıcı yetki alanları belirlenmiştir. Ayrıca, yatay yetkiler ve çerçeve yasalar da, esnek yetki paylaşımının sağlanması için kullanılan araçlar arasındadır.

Özellikle Avrupa tipi federalizm çerçevesinde ele alınan federasyonlarda, yönetim düzenleri arasında işbirliğine dayalı, yatay yetki ya da çerçeve yasayla düzenleme yetkisi gibi farklı biçimlerde esnetilmiş yetki türleri olduğu görülmektedir. Bu konuda Avusturya ve Almanya federasyonları karakteristik örnekler olarak gösterilebilir. Söz konusu federasyonlarda yetki paylaşımı kataloğuyla amaçlanan, iki yönetim düzeninin birbirinden sert ve kesin bir biçimde ayrışması değil, egemenliğin işbirliği çerçevesinde paylaşılmasıdır.

Bu tür anayasal yetki paylaşımında, yetkilerin dikey olarak paylaşılmasıyla yetinilmemekte, aynı zamanda federal yasama organlarıyla federe yönetimlerin yürütme organları arasında yatay bir ilişki de kurulmaktadır. Bu amaçla bir kısım yetkilere ilişkin olarak yasa yapma yetkisi federal yasama organına verilirken, söz konusu yasaların yürütülmesi federe yönetimlere bırakılmaktadır.⁹⁶⁵ Böylelikle işbirliği sadece ortaklaşa yetkiler anlamında değil, aynı zamanda federal ve federe yönetimlerin devlet organları arasında da ortaya çıkmaktadır. Almanya, Avusturya ve ortaklaşa yetkiler alanında Hindistan'da görülen bu tür federalizm, “yürütme federalizmi” (*executive federalism*) adını almaktadır.

Esnek yetki paylaşımlarında görülen bu tür dikey-yatay yetki türlerine karşılık, sert yetki paylaşımında, belirli bir konuda anayasayla yetkilendirilen yönetim düzeni, o

⁹⁶⁴ WATTS, *Comparative Conclusion*, s. 353-357.

⁹⁶⁵ Bu sebeple, Alman federasyonunda yasama yetkisinin merkezileştiği ama yürütme yetkisinde gelince bu yetkisinin hayli yerinden yönetimi ya da desantralize olduğu ifade edilmektedir. UMBACH, Maiken, (Ed.), *German Federalism Past, Present, Future*, Palgrave, 2002, s. 10, 183.

alandanda hem yasama hem de yürütme yetkisine sahiptir. Bu nedenle, federasyonların oluşumuna ilişkin anayasal teorilerde, esnek yetki paylaşımının söz konusu olduğu federasyonlarda yetkilerin ayrılarak paylaşılmasının değil, iki yönetim düzeni arasında ortak bir şekilde kullanılmasının söz konusu olduğu iddia edilmektedir.⁹⁶⁶ Yatay yetki benimsendiği esnek yetki paylaşımında, federe yönetimlerin yasama alanında daha sınırlı, yürütme alanında daha geniş yetkilere sahip oldukları görülmektedir.

Özellikle Amerikan tipi sert yetki paylaşımını esas alan hukuksal teorileri savunanlar, esnek yetki paylaşımı modeline dayanan federasyonları, federal yönetimlerin başat yönetim düzeni haline getirilmesi nedeniyle eleştirmektedirler.⁹⁶⁷ Bununla birlikte, bu noktada, sert yetki paylaşımı modelinin anayasal doğasıyla uygulanması arasındaki farklılıkları anımsamak gerekir. Esnek yetki paylaşımı modellerinde federal yönetim düzenlerinin başat hale getirildiği doğru olsa da, bunun anayasada kurgulandığı unutulmamalıdır. Bunun doğal sonucu, sert yetki paylaşımı modellerinde sıklıkla anayasanın dışına taşılmasına karşın, esnek yetki paylaşımı modellerinde anayasanın aşılmasının söz konusu olmamasıdır. Üstelik anayasal sert yetki paylaşımı modellerinde yüksek mahkemelerin bu tür yetki aşımından önemli bir rol oynadıkları göz önüne getirilirse, esnek yetki paylaşımında yüksek mahkemelerin bu kadar yoğun bir şekilde aktivist kararlar üretmelerine gerek olmayacağı anlaşılabilir.

Esnek yetki paylaşımının yapıları, merkezileşme eğilimlerinin, anayasal anlamda açıkça belirgin olduğu sistemlerdir. Esnek yetki paylaşımı, işbirliği karakterini ön plana çıkardığından, bu tür yetki paylaşımında mahkemelerin özellikle işbirliğinden hareketle federal yönetim lehine kararlar üretmeleri mümkündür.⁹⁶⁸ Buna karşılık sert yetki paylaşımı modellerinde anayasalar ikili federalizm anlayışına dayanmakta, merkezileşme, siyasi ve yargısal mekanizmaların etkisiyle, uygulamada ortaya çıkmaktadır.

Ancak, günümüzde değişen ve yeni ortaya çıkan koşulları karşılayabilmek adına federasyon yetki paylaşımı usullerinde yaşanan değişikliklerin,⁹⁶⁹ büyük oranda yetki paylaşımının esnek olmasına bağlanmaktadır. Bu yönde, federal sistemin başarılı olması için, yetki paylaşımının esnek olması ya da esnetilebilir olması gerektiği ileri sürülmektedir. Gelişen sosyolojik, ekonomik, siyasi ya da teknolojik koşulların,

⁹⁶⁶ WHEARE, bu tür federal sistemlerin zayıf olduğunu belirtmektedir. WHEARE **Federal Government** , s. 24-29. Nitekim bu yönleriyle, Almanya, Avusturya ve bir dereceye kadar da İsviçre federasyonları SCHARPF tarafından, *ortak karar federasyonları* olarak tanımlanmıştır. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe** , s. 8. Fakat Almanya federasyonunun, 2000'li yıllarda önemli ölçüde federal sistemi bakımından değişiklikler geçirdiğini de ifade etmek gerekir.

⁹⁶⁷ WHEARE, **Federal Government** , s. 24-29. Nitekim bu yönleriyle, Almanya, Avusturya ve bir dereceye kadar da İsviçre federasyonları SCHARPF tarafından, *ortak karar federasyonları* olarak tanımlanmıştır. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe** , s. 8. Fakat Almanya federasyonunun, 2000'li yıllarda önemli ölçüde federal sistemi bakımından değişiklikler geçirdiğini de ifade etmek gerekir.

⁹⁶⁸ ERK, örneğin Almanya'da Anayasa Mahkemesi'nin, federal yönetim lehine yorumladığı kararların, genellikle işbirliğine yapılan vurguyla desteklendiğini ifade etmektedir. ERK, **Explaining Federalism** , s. 60.

⁹⁶⁹ WATTS, *Comparative Conclusion* , s. 353-357.

federasyon düzeyinde karşılanabilir olmasının da, ancak esneklikle sağlanabileceğine işaret edilmektedir.⁹⁷⁰

Yukarıda ifade edildiği üzere, anayasal esnek yetki paylaşımı modeli olarak belirlediğimiz federasyon örnekleri, Kanada, Hindistan, Almanya ve Avusturya'dır. Bu federasyonların anayasalarında benimsenen yetki paylaşımı kataloglarında, öncelikle ortaklaşa yetkilere ilişkin önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, sert yetki paylaşımının esnetilmesinde bir faktör olarak görülen hukuk düzenlerinin üstünlüğü ilkesi de, Avusturya hariç tüm örneklerde görülmektedir. Esnek yetki paylaşımı örneklerinin üçüncü ortak özelliği, Kanada hariç tümünde yatay yetki türünün benimsenmesidir.⁹⁷¹ Hindistan'da ve onun kadar fazla olmasa da Kanada'da yetkilerin esnetilmesi sonucunu doğuran bir diğer mekanizma olağanüstü yetkiler ve asimetrik yetki paylaşımına ilişkin düzenlemeleridir.

Kanada'da, az sayıda da olsa ortaklaşa yetki alanları belirlenmiş, hem federal hem de belirli alanda federe yönetimlerin üstünlüğü anayasayla kabul edilmiştir. Bununla birlikte Kanada'da, yetki paylaşımının esnek yapısı asimetrik federalizm anlayışından da kaynaklanmaktadır. Kısacası, Kanada'nın esnek yetki paylaşımı modelinin bir örneği olarak kabul edilmesinin nedenleri, ortaklaşa yetki alanlarının anayasada az da olsa benimsenmesi, üstünlük ilkesinde federe yönetimlere de ayrıcalık tanınması ve federe yönetimler arası asimetrik yetki paylaşımının benimsenmesidir.

Bu arada, 1982 Anayasası'na kadar Kanada'nın tam bir federasyon olmadığını, 1867 Kanada Dominyonu'nun bir konfederasyon olarak kabul edildiğini belirtmek gerekir.⁹⁷² Konfederasyondan federasyona geçişin en önemli göstergesi, anayasa değiştirme usulünde yapılan değişikliktir. Ayrıca, 1960 seçimlerinde Quebec Başbakanı LESAGE'ın seçilmesiyle Quebec'in yetkilerinin yeniden düzenlenmesi, merkeziyetçiliğin azalmasına, federe yönetimlerin güçlenmesine ve asimetrik yetki paylaşımına ilişkin sürecin başlamasına yol açmıştır.⁹⁷³ Kanada'nın merkezi güçlü bir federasyondan kanatları güçlü bir federasyona geçişinin bunun dışında nedenleri de vardır. 1950 yılından itibaren federal ekonomi politikaların istihdam ve büyüme şartlarının yeterli derecede sağlanması konusunda yetersiz kalması, bürokratik yetkilerin federe yönetimlere kayması, 1957 genel seçimlerinde Liberal Parti'nin yenilgiye uğraması, 1962, 1963, 1965 ve 1972'de azınlık hükümetlerinin oluşması ve münhasıran federe yönetimlerin anayasal yetkileri içerisindeki kamu harcamalarının

⁹⁷⁰ MENON, Anand, SCHAIN, Martin, (Ed.), *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, içinde NICOLAIDIS, Kalypto, *Constitutionalizing the Federal Vision?*, s. 74.

⁹⁷¹ Aynı zamanda sert yetki paylaşımı modellerine örnek olan ABD ve Avustralya'da da yasama ve yürütme yetkileri aynı yönetimde toplanmaktadır. Anayasal yetki paylaşımı gereği, ABD, Avustralya ve Kanada'da dahil olmak üzere, yasama ve yürütme yetkilerinin aynı yönetim düzeninde toplandığı federal sistemlerde dâhi, bu ayırımın anayasalarda önerildiği gibi keskin olmadığı ifade edilmektedir. KINCAID, *Comparative Conclusion*, s. 416.

⁹⁷² 1867 Kanada Anayasa Kanunu (*The Constitution Act, 1867*) önceleri, İngiliz Kuzey Amerika Yasası (*British North America Act*) olarak bilinmekteydi.

⁹⁷³ SMILEY, Donald V., *Federal-Provincial Conflict in Canada*, *Publius*, Vol. 4, No. 3, Summer, 1974, s. 9 vd.

değişen dengesi bu nedenler arasında sayılabilir.⁹⁷⁴ Bu nedenlerin etkisiyle, yetki paylaşımlarında asimetrik ilişkiler benimsenmiş, federe yönetimlerin bazılarında diğer federe yönetimlere oranla daha farklı yetkiler verilmesi gündeme gelmiştir.

Aşağıda, yetki paylaşımının esnekleştirilmesinde kullanılan hukuki araçlar tartışılacaktır.

i. Ortaklaşa Yetkiler

Federasyonlarda, esnek yetki paylaşımının en önemli göstergesi, federal ve federe yönetimlerin yan yana fakat ayrı ayrı olarak aynı yetki konusunda düzenleme yapabildikleri ortaklaşa yetki alanlarıdır. Federasyonda yetkilerin örtüşmesinin kaçınılmaz olduğunun kabul edilmesiyle, anayasalarda bir çok önemli yetki ortaklaşa yetkiler kategorisi içinde yer almış ve bu yolla yetkilerin paylaşılması ve yönetim düzenleri arasında işbirliği sağlanmıştır.⁹⁷⁵ Esnek yetki paylaşımı modelini benimseyen anayasalarda, ortaklaşa yetkiler açıkça düzenlenmiştir. SWENDEN, bu tür ortaklaşa yetkilere, “açık ortaklaşa yetkiler” (*explicitly concurrent powers*) adını vermektedir.⁹⁷⁶ Bu tür yetki paylaşımı, yoğun olarak Hindistan, Almanya, Avusturya ve son olarak Kanada anayasalarında görülmektedir.⁹⁷⁷

Esnek anayasal yetki paylaşımlarında açıkça benimsenen ortaklaşa yetkilerin, sert yetki paylaşımı modellerindeki zımnî ortaklaşa yetkilere oranla önemli avantajları bulunduğu belirtilmektedir. WATTS’a göre, “*ortaklaşa yetkiler, yetki paylaşımında esneklik unsuru sağlamıştır*”.⁹⁷⁸ WATTS, söz konusu esnekliği, belirli bir yetki alanında, o alanın federasyon düzeyinde önemi bir konu haline gelmesine kadar federe yönetimlerin yetki kullanabilmeleri ve federal yönetimin potansiyel olarak kullanabileceği bu yetki alanında düzenleme yapmayı ertelemesiyle açıklamaktadır. Böylelikle federe yönetimler, federal yönetim bu alanı düzenleyene kadar kendi girişimlerini sürdürmeye devam edebileceklerdir.⁹⁷⁹

Ortaklaşa yetkilerin bir değişik uygulaması olarak federal yönetim, ortaklaşa yetki alanını düzenlerken, federasyon çapında standartlar belirleyerek, geriye kalan alanlarda federe yönetimlerin detaylar konusunda yasa yapabilecekleri alanlar bırakabilir. Bu durumda federe yönetimler, kendi yerel koşullarına duyarlı, ayrıntılı yasalar yapabileceklerdir. Bu yöntem özellikle Almanya ve Avusturya’da benimsenen çerçeve yasa uygulamalarında rastlanmaktadır.⁹⁸⁰

⁹⁷⁴ SMILEY, *Federal-Provincial Conflict in Canada*, s. 9.

⁹⁷⁵ WATTS, *Comparing Federal Systems 1990s*, s. 34.

⁹⁷⁶ SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, s. 8.

⁹⁷⁷ Kanada Anayasası’nda ortaklaşa yetki alanları, tarım, göç, yaşlılık emeklilik ve yardımlar ve yenilenemeyen doğal kaynaklar, orman ürünleri ihracatı ve elektrik enerjisi alanlarında görülmektedir.

⁹⁷⁸ WATTS, *Comparing Federal Systems 1990s*, s. 34.

⁹⁷⁹ WATTS, *Comparing Federal Systems 1990s*, s. 34.

⁹⁸⁰ Almanya Federalizm Reformları olarak bilinen 2006 Anayasa değişiklikleriyle, Anayasa’nın 75. maddesinde belirtilen çerçeve yasa uygulamasını kaldırmıştır. Buna karşılık ortaklaşa yetki alanlarının açıkça benimsenmesi sistemin karakteristik işbirliği unsurlarındandır.

Bu yöntemin, federal yönetimleri ayrıntılı yasal düzenlemeler yapma zorunluluğundan kurtaracağı ve çerçeve yasaların değişen koşullara uyum sağlamayı kolaylaştıracağı ileri sürülmektedir.⁹⁸¹ Ancak, yine aynı yöntemin, iki yönetim düzeni arasındaki karşılıklı bağıllık ilişkisini bağımlılığa, federe yönetimleri de federal yönetimin idari organlarına dönüştürebileceği unutulmamalıdır. Ortaklaşa yetkilerin bir diğer sakıncası, sorumlulukların verimsiz bir şekilde örtüşmesine ve iki yönetimin düzeni arasında ayrılıkçı çatışmaların ortaya çıkmasına neden olabilmeleridir.⁹⁸²

Hindistan Anayasası'nda ortaklaşa yetki listesi, federal yönetimin yasaları oluşturacağı, federe yönetimlerin de bu yasaları yürüteceği yetki alanları olarak benimsenmiştir. Bu nedenle yatay yetki, Hindistan ortaklaşa yetki listesi bakımından uygulanabilmektedir. Bunun yanı sıra, federe yönetimlerin münhasır alanlarının bazılarında federal yönetimin yasama yetkisi kullanabileceği de öngörülmektedir. Bu doğrultuda, Hindistan Anayasa'nın 249. maddesinde ulusal çıkarlar söz konusu olduğunda, Anayasa'nın 250. maddesinde olağanüstü durum söz konusu olduğunda, Anayasa'nın 252. maddesinde de, iki veya daha fazla federe yönetimin rıza göstererek münhasır yetkili oldukları alanları federal yönetime devredecekleri düzenlenmiştir.

ii. Yatay Yetki ve Çerçeve Yasayla Düzenleme Yapma Yetkisi

Esnek anayasal yetki paylaşımlarında görülen bu tür yetki paylaşımı tercihleri, federal ve federe yönetimler arasında daha fazla esnek ilişkilerin ortaya çıkması ve her iki yönetim düzeni arasında işbirliğinin kaçınılmaz olarak benimsenmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Dikey anlamda yetkilerin bölündüğü federal sistemlerde, aynı zamanda federal yasama ve federe yürütme organlarının yetkilendirildiği yatay bir paylaşım daha karşımıza çıkmaktadır. Bu tür yetki paylaşımı benimseyen sistemlerde, çerçeve yasa yetki türlerinin de ortaya çıktığı görülmektedir.⁹⁸³

Alman Anayasası'nın sonradan kaldırılan 75. maddesi, çerçeve yasa yönetimini içermektedir. Bu yöntemin, federasyonlarda yetki paylaşımı esasının bir diğer türünü ifade ettiği belirtilmektedir. Nitekim, günümüz Alman federasyonunda söz konusu uygulamadan 2006 yılındaki federalizm reformları sürecinde vazgeçilmiştir. Aynı yönde Anayasası'nın 74a. maddesi de kaldırılmıştır. Bu madde de, federal yönetimin söz konusu alanlarda (madde de yedi farklı alan öngörülmüştür) çerçeve yasaları yaparak, genel ilkeleri belirleyeceği, federe yönetimlerin ise bu genel ilkeleri kendi hesaplarına gerekli gördükleri düzenlemelerle doldurabilecekleri ifade edilmekteydi. Bu yönüyle diğer federasyonlarda olmayan bir yetki paylaşımı esasının kabul edildiğinin ve bunun da Alman federasyonu bakımından üçüncü bir tür olarak

⁹⁸¹ WATTS, *Comparing Federal Systems 1990s*, s. 34.

⁹⁸² ZIMMERMAN, *Contemporary American Federalism*, s. 6.

⁹⁸³ Bu konu ileride Çerçeve yasayla düzenleme yetkisi kısmında incelenecektir.

nitelendirildiği ifade edilmektedir.⁹⁸⁴ Çerçeve yasayla düzenleme yetkisinin, Almanya ile gerek tarihsel, gerekse bir takım objektif bağlarla birbirine bağlı buldukları, bir diğer Germanik federasyon olan Avusturya'da halen uygulandığı görülmektedir.

Dikey anlamda yetkilerin iki yönetim düzeni arasında bölünmesinin yanı sıra, bu yetki konularının yatay kuvvetler arasında tekrar dağıtımı söz konusudur. Burada belirli yetki konularında yasaların yapılması konusunda federal yönetime yetki verilemekte, bu yasaların uygulanması konusunda da, federe yönetimlere yetki verilmektedir. Bu yöntemle anayasa koyucuları, federal yasaların yürütülmesi konusunda federe yönetimleri yetkilendirmektedirler.

Bu tür yetkilerin yatay kullanımı, devlet yetkilerinin paylaşılması yerine, devlet fonksiyonlarının ayrılması söz konusudur. Bu durum, yürütme federalizm kavramıyla karakterize edilmektedir. Dolayısıyla, ilk modern federasyonlarda görülen sert yetki paylaşımının, zamanla esnemesi, farklı yetki türlerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Federal ve federe yönetimlerin işbirliği, yasama yetkisinin, yürütme yetkisinden ayrılmasıyla sağlanmıştır.

Yürütme federalizmi, yasama yetkilerinin ağırlıklı olarak federal yönetimde toplandığı bir federalizm türüdür. Avrupa federasyonları bu tür federalizmin örneğidir. Yürütme federalizminde, federe yönetimlerin yasama yetkileri diğer federasyonlara göre daha sınırlıdır. Ancak bu tür yetkiler, esnek yetki paylaşımlarında görüldüğü için anayasalarda açıkça benimsenmişlerdir. Söz konusu yetki paylaşımının anayasada açıkça benimsenmiş olması gerekir. Anayasa dışı uygulamaların daha az ortaya çıkması nedeniyle, esnek yetki paylaşımı, sert yetki paylaşımına oranla daha istikrarlı bir federal denge sağlayabilmektedir.

Yürütme federalizmi unsurlarının bulunduğu federasyonlarda, federe yönetimlerin ağırlıklı olarak yürütme yetkilerini üstlenmelerinin nedeni, bu sistemlerin parlamenter sisteme sahip olmaları, yürütmenin yasamanın gerçek eylemlerine hakim olması şeklinde açıklanmaktadır.⁹⁸⁵

Yatay yetki, yasama ve yürütme yetkilerinin aynı yönetim düzenine verilmediği, böylelikle yönetimler arasında bir ortaklık ya da işbirliğinin bağlayıcı bir şekilde sağlanmasına yöneliktir. Böylelikle, federal yönetim yasaları oluştururken ulusal seviyede bu yasaların yürütülmesinden federe yönetimler sorumlu olacaklardır. Bu durumda da yönetimler arası ortaklık veya işbirliğinin sağlanması ulusal seviyede söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla, yönetimler arası bu esnetilmiş ilişkiler işbirliği

⁹⁸⁴ TAYLOR, *Characterisation in Federations: Six Countries Compared*, s. 76-77.

⁹⁸⁵ POIRIER, Johanne, *The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective*, *Public Law*, Spring 2001, s. 151. Federasyon örneklerimiz arasında, Almanya, Avusturya, belirli bir oranda Avustralya, Kanada ve Hindistan parlamenter sistem örnekleridir. Bu örneklerin içerisinde, Avustralya yetki paylaşımını sert olarak benimsediğinden diğer parlamenter sistemlerde görülen yürütme federalizmi kapsamında değerlendirilmemektedir. Aynı şekilde Kanada, ortaklaşa yetki alanlarını açıkça benimsediğinden esnek yetki paylaşımı öngörmüştür.

mekanizmasının işletilmesini amaçladığından, yetki uyuşmazlıkların çıkması konusunda daha kısır bir alan yaratmaktadırlar.

iii. Olağanüstü Yetkiler

Bazı federasyonlarda, olağanüstü durumların varlığı halinde federal yönetime, federe yönetimlerin yetkilerini geçersiz bırakma yetkisi verebilmektedir. Bu yetkiler, olağanüstü ya da ivedilik gerektiren konularda federe yönetimlerin yetkileri gasp edilebilmektedir. Bu da federal sistemde federal ve federe yönetimler arasında yetkilerin esnetilmesine yol açmaktadır. Ancak burada, bahsi geçen yetkilerin federasyon anayasalarıyla açıkça belirtilmiş oldukları önemlidir.

Olağanüstü durumlara ilişkin önemli yetkilerin, Hindistan Anayasası'nda kapsamlı bir şekilde düzenlendiğini belirtmek gerekmektedir. Bu yetkiler, Hindistan Yüksek Mahkemesi ve diğer siyasi alanlarda kullanımlarını sınırlamak adına ciddi bir baskı olduğu halde 1980'li yılların sonuna kadar sık sık kullanıldığı görülmüştür.⁹⁸⁶

Hindistan federal yönetiminin devlet organları, (federal parlamento ve Cumhurbaşkanı), anayasayla olağanüstü yetkiler kullanmak suretiyle federe yönetimlerin devlet organlarını feshedebileceği ve ulusal çıkarlara ilişkin konularda açıkça federe yönetimlerin özerk yetkilerini kullanabileceği belirtilmektedir.⁹⁸⁷

Hindistan Anayasası'nın olağanüstü hallere ilişkin hükümleri, federe yönetimlerin tüm yetkilerinin federal yönetim tarafından kullanılmasına olanak vermektedir. Hindistan'ın sosyolojik yapısı düşünüldüğünde, REDDY ve JOSEPH'in şu ifadeleri merkezi yönetimin sık sık federe yönetimlerin yetkilerine müdahale ettiği düşünülebilir. "*Hindistan'da geniş ve çeşitli yoksulluk içinde çok sayıda yaşayan insanların bulunduğu bir nüfusa sahiptir. Olağanüstü durumlarda, Hint politika sahnesine yeni değildir. Aynı zamanda, bu durumlarla başa çıkmak için olağanüstü yetkilerin –kullanılması da çevre zorunlu hale gelmektedir.*"⁹⁸⁸

Yazarlar burada, Hindistan Anayasası'nın, bölüm XVIII 'de yer alan Anayasa'nın 356. maddesinde "*Devletlerde Anayasal Mekanizmanın İşlemediği Durumlara İlişkin Hükümler*"⁹⁸⁹ başlığıyla düzenlenen maddesi, devlet başkanının federe yönetim organlarını feshetme ve bu yönetim yetkilerini federal yönetimin parlamentosuna aktarma yetkisi düzenlenmektedir. Burada ki yetkinin hem olağanüstü hem de keyfi bir yetki olduğu vurgulanmaktadır.⁹⁹⁰

⁹⁸⁶ WATTS, Ronald L., *Comparative Conclusion*, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s. 321-350.

⁹⁸⁷ Hindistan Anayasası, 249, 250 ve 356. maddeleri ile Olağanüstü Yetkilere ilişkin 18. bölümü. Hindistan Anayasası'nın İngilizce Orijinal Metni için bkz. **Constitution of India**, Council of States Resmi Web Sayfası: <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>.

⁹⁸⁸ REDDY, JOSEPH, *Executive Discretion and Article 356 of the Constitution of India: A Comparative Critique*.

⁹⁸⁹ Hindistan Anayasası'nın 356. maddesi için Anayasa'nın resmi İngilizce metni için bkz. Supreme Court of India Hindistan Yüksek Mahkemesi Resmi Web Sitesi, **Constitution of India**, İnternet Kaynak: <http://supremecourtsofindia.nic.in/constitution.htm>, Erişim Tarihi: 09-02-2010.

⁹⁹⁰ REDDY, JOSEPH, *Executive Discretion and Article 356 of the Constitution of India: A Comparative Critique*.

Bağlayıcı ve üstün hukuk kaynağı olan Anayasa'da, söz konusu olağanüstü yetkilerin olmaması halinde, Hindistan gibi çok nüfuslu heterojen bir yapının bu kadar merkezîyetçi olmasının başka türlü açıklanamayacağı belirtilmektedir. Nitekim Hindistan Anayasası'nın en büyük handikabı, üniter bir model gibi işlemesine neden olan bu hükümleridir. Hindistan federasyonunun anayasal yetki paylaşımı, federasyon benzeri (*quasi-federal*) bir sistemle çalışmasının yegane sebeplerinden biri olarak kabul edilebilir. Hindistan'ın anayasal federasyon tasarımına kadar uzanan bu üniter işleyişi, federal yönetimin, federe yönetimlerin kontrollerini elinde tutmayı aklında bulundurduğu şeklinde ifade edilir.⁹⁹¹

Burada ayrıca, Kanada Anayasası'nın 90. maddesinde düzenlenen, federal yönetimin federe yönetim yasalarını tek taraflı olarak iptal etme yetkisi de olağanüstü ya da ivedi konulara ilişkin yetkileri arasında ifade edilebilir. Ayrıca AY'nın 92. maddesinde de federal yönetimin bazı durumlarda federe yönetimlerin düzenlemelerin federal yönetim münhasır yetkileri içerisinde olduğunu "ilan" etme yetkisi de bu tür içerisinde değerlendirilmektedir.⁹⁹²

WATTS genel olarak bu tür düzenlemelerin, federal hukukun üstünlüğü ilkesi gibi federal sistemlerin dağılma konusundaki kaygılara ilişkin olarak kabul edildiği ifade edilmektedir.⁹⁹³

Genel bir değerlendirme olarak, sert yetki paylaşımında görülen yetki uyuşmazlıklarıyla, esnek anayasal yetki paylaşımı karşılaştırıldığında, önemli olanın anayasalarda "açıkça" belirlenmiş yetki paylaşımı tercihlerinin, daha iyi birer örnek olduğunu ifade etmek gerekir. Açık yetki paylaşımı, her ne kadar detaylı ve incelikli oluşturulmuş yetki paylaşımı kataloglarını ifade etse de, bunun yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasını biraz daha engelleyecek bir çözüm önerisi olarak düşünülmesini gerektirmektedir.

Ayrıca esnek anayasal yetki paylaşımının da, açıkça federal yönetimin lehine esnetilmesi de mümkündür. Ancak bu esnemenin önemli bir boyutu, anayasal yetki paylaşımının kendisinden kaynaklanmasıdır. Ayrıca buradaki esneme, sert yetki paylaşımında görüldüğü kadar esaslı da olmamaktadır. Sert yetki paylaşımında görülen en önemli özellik burada ortaya çıkmaktadır. Anayasada ifade edilen yetki paylaşımı kataloğuyla, uygulamada ve yargının şekillendirdiği yetki paylaşımı kataloğunda esaslı farklılıkların olmasıdır. Sert yetki paylaşımının doğası uygulamada,

⁹⁹¹ REDDY, K. Jayasudha, JOSEPH, Joy V, *Executive Discretion and Article 356 of the Constitution of India: A Comparative Critique*, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 8.1, March 2004.

⁹⁹² WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 323.

⁹⁹³ Bir devlet ayrı ve bağımsız devletler halinde dağılımını ifade etmek için kullanılmaktadır. **Balkanization** veya **Balkanisation**, Balkanlaşma veya balkanlaştırma kavramının, başlangıçta aşağılayıcı jeopolitik bir terim olduğu belirtilmektedir. Parçalanma veya bölünme yoluyla aralarında sık sık uyuşmazlıklar çıkan veya birbirleriyle işbirliği içerisinde olmayan bir bölge veya devletin daha küçük bölgelere ayrılmasını sürecinin tanımlamak için kullanılan bir ifade olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oxford Advance Learner's Dictionary, İnternet Kaynak: <http://oald8.oxfordlearnersdictionaries.com/dictionary/Balkanization+#balkanize> 1, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

esnek yetki paylaşımı haline gelmiştir. Bu modelde, anayasal olanla (*de jure*), uygulamada (*de facto*) olan yetki paylaşımları arasındaki uçurum söz konusudur. Sert yetki paylaşımının doğası, esnek yetki paylaşımına göre daha kusurludur. Nitekim esnek yetki paylaşımlarına oranla, sert yetki paylaşımlarında ortaya çıkan esnemesinin, özellikle anayasa dışı (*extra-constitutional*) uygulamalar bakımından daha fazla ön plana çıktığı görülmektedir.⁹⁹⁴

2. Yetki Paylaşımı Türleri

Federasyonlarda mevcut siyasi uygulama ve usullerin, çoğu zaman anayasayla faaliyet gösterecek şekilde değiştirilmiş olduğuna dikkati çekilmektedir.⁹⁹⁵ Gerçekte, federasyonlarda anayasal düzen ve yetkilerin dağılımında, tercih edilen usuller ne olursa olsun, federasyonların “gerçek işleyişi” bakımından farklılıklar görülmektedir.

Gerek esnek, gerekse sert anayasal yetki paylaşımlarında ve uygulamalarından kaynaklanan yetki türleri, genel olarak şu şekilde belirleyebiliriz. Münhasır (*exclusive*) ya da sayılı (*enumerated*) yetkiler; söz konusu yetkiler, federal yönetimin yetkilerinin açıkça sayılması, federe yönetimlerin yetkilerinin açıkça sayılması veya her ikisinin yetkilerinin açıkça sayılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İkinci olarak anayasaların, geriye kalan yetkilerin bırakıldığı artık veya genel (*residual*) yetkiler bulunmaktadır. Ayrıca bazı anayasalarda yönetim düzenlerinin yapmayacakları yasaklanan yetkileri (*denied powers*) bulunmaktadır. Ortaklaşa yetkilerin (*concurrent*) sayılarak verildiği (*explicitly*) veya zımnen belirlendiği (*implicitly*) yetki türleri bulunmaktadır. Ortaklaşa yetkiler aynı zamanda, ortaklaşa yetki alanlarının devlet organlarının ayrılması (yasama veya yürütme) suretiyle, ortaklaşa yetkilerin devlet organlarının yetkileri bakımından ayrılmadan veya ortaklaşa yetkilerin çerçeve yasa yetkisiyle sayılması şeklinde yapılmaktadır. Bunların yanı sıra, bir yetki olarak hukuk düzenlerinin üstünlüğü ilkesi (*paramountcy, inconsistenency veya supremacy*) federasyon anayasalarında karakteristik olarak görülmektedir.

Çoğu federasyonlarda, yetkilerin açıkça ya yönetim düzenlerinden birine ya da bir diğerine tahsis edildiği fakat bu değişimlerin boyutlarının oldukça geniş olduğu görülmektedir. Örneğin Kanada’da yasama yetkileri birçok alanda federal ve kurucu birimlerinin her ikisine açıkça tahsis edilmiştir.⁹⁹⁶ Bu federasyonun tam tersi olarak Amerika ve Avustralya Anayasaları’nda, açıkça federal yönetimin yetkileri biraz daha sınırlı olarak sayılarak (*enumerated*) belirlenmiştir. Zımni ortaklaşa yetkiler uygulaması gereği olarak, çoğu federal yetkiler ise federe yönetimlerle birlikte kullanılan ortaklaşa

⁹⁹⁴ Extra-constitutional kavramına ilişkin değerlendirmeler için bkz. DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 270 vd.

⁹⁹⁵ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 323.

⁹⁹⁶ Burada ayrıca ilk halinde orijinal halinde İsviçre’nin (fakat 1999 Anayasası’nda biraz daha az ölçüde) ve Belçika’da aynı türden yetki paylaşımı öngörüldüğü belirtilmektedir.

yetkiler olarak tanımlanmıştır. Almanya, Hindistan ve Avusturya’da, federal yönetime, özellikle yasama organlarına açıkça daha geniş kapsamlı yetkiler tahsis edilmiştir.⁹⁹⁷ Ancak bu federasyonların hepsinde ortaklaşa yetkilerin Kanada’da olduğundan çok daha geniş alanları kapsamaktadır.⁹⁹⁸

Aşağıdaki federasyon anayasalarıyla benimsenen yetki paylaşımı türleri, örneklerimiz olan Amerika, Avustralya (anayasal sert yetki paylaşımı modelleri), Kanada, Almanya, Avusturya ve Hindistan (anayasal esnek yetki paylaşımı modelleri), açısından özelliklerine göre tasniflenerek aktarılacaktır.

Tablo 2: Yetki Paylaşımı Model ve Türlerinin Genel Dağılımı

	ABD	Avustralya	Almanya	Avusturya	Kanada	Hindistan
Sert Yetki Paylaşımı	x	x				
Esnek Yetki Paylaşımı			x	x	x	x
Federal Yönetimin Sayılan Yetkileri (Enumerated Powers)	x	x				
Federal Yönetimin Münhasır Yetkilerinin Sayılması (Exclusive Powers)		x	x	x		
Federe Yönetimlerin Münhasır Yetkilerinin (Exclusive Powers) Sayılması						
Her iki Yönetim Düzeninin Yetkilerinin Sayılması					x	x
Zımnî Ortaklaşa Yetkiler (Implied Powers)	x	x				
Açıkça Sayılan Ortaklaşa Yetkiler (Implied Concurrent Powers)			x	x	x	x
Artık yetkiler (Residual Powers)	(Federe)	(Federe)	(Federe)	(Federe)	(Federal)	(Federal)
Zımnî Yetkiler (Implied Powers)	x	x				
Çerçeve Yasa Yetki Türü (Framework Legislation)				x		
Yatay yetki			x	x		x
Yasaklanan Yetkiler (Denied Powers)	x	x	x			

a. Münhasır Yetkiler ve Açıkça Sayılan Yetkiler

Münhasır yetki ya da açıkça sayılmış yetkiler, federasyonun herhangi bir düzeninin belirli bir alanda özel olarak yasama yetkisinin tanınması ve o alanda diğer yönetim düzeninin norm koyma ya da yasama yetkisi kullanma iradesinin bulunmaması anlamına gelmektedir.⁹⁹⁹

Federasyonların oluşumundan bu yana ortaya çıkan en önemli problem, federal ve federe yönetimler arasında yetki paylaşımının uygun ve adil bir şekilde yapıp yapılmadığıdır. Federal sistemlerde anayasal yetki paylaşımının karakteristik özelliği,

⁹⁹⁷ Buna, Meksika ve Brezilya gibi federasyonlarda dahil edilmektedir. WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 323.

⁹⁹⁸ WATTS, bir federal sistem olarak kabul ettiği İspanya’ya ilişkin olarak, İspanyol yetki dağılımının şekli ise diğerlerine göre daha ayrırcı özellikler içerdiğini aktarmaktadır. İspanya, Anayasa Hukuku literatüründe bir bölgeli devlet şekli olarak tanımlanmaktadır. İspanyol Anayasası’na göre anayasal monarşinin hüküm sürdüğü bir model olmasının yanı sıra burada bir merkez devlet ile 17 özerk topluluk ve 2 özer şehir bulunmaktadır. Federal yönetimin yani merkezin münhasır yetkilerini anayasada yer alan bir liste ile belirlemiş fakat Özerk Toplulukların (Bölgelere)-federe yönetimlerin, yetkilerinin belirlenmesinde ayrı Özerklik Kanunlarına (Statutes of Autonomy) devretmiştir. WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 323.

⁹⁹⁹ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 3.

belirli bir yönetim düzenine, belirli alanlarda norm koyma yetkisi yani yasama yetkisini münhasır ya da ayrıcalıklı olarak tanınmasıdır. Bu bağlamda her sistemin münhasır alanları nasıl tespit ettiği, sistemin kendi tercihlerine göre farklılık arz eder. Örneğin ilk federal sistem olan Amerika'da federal yönetime açıkça sayılarak belirlenmiştir. Daha sonra ortaya çıkan örnek federal sistemlerinden biri olan Avustralya'nın aynı yöntemle yetki paylaşımını düzenlediği görülmektedir. Bu iki sert yetki paylaşımı modelinde, anayasanın federal yönetime açıkça sayılarak verdiği yetkileri (*enumerated powers*) bulunmaktadır. Avustralya'da, ABD Anayasası'ndan bir adım öteye gidilerek, başka bir madde de ayrıca federal yönetimin münhasır yetkileri de (*exclusive powers*) belirlemiştir.

Buna karşılık örnek olarak Kanada federasyonuna bakıldığında, her iki sistemden tecrübe edilerek, yetki paylaşımının hem federal hem de federe yönetimlerin münhasır yetkilerinin açıkça sayılarak belirlendiği görülmektedir.

Yetki paylaşımı kataloglarında bu farklılıkların sebebi, zaman içerisinde değişen koşullarla yeniden dağıtılan yetkiler daha sonra ortaya çıkan federasyonlar için tecrübe oluşturmuştur. Zira ilk federal sistemlerde, münhasır yetkilerin sayıldığı yönetim düzeni, sadece o alanlarda yasaları oluşturacağından, geriye kalan sınırsız, artık ya da genel yetkilerin daha önemli olacağı düşüncesi hakimdi. Bu durumda genel yetkili olan yönetim düzeni, hiyerarşik olarak daha üstün olarak kabul edilmekteydi.

Zaman içerisinde münhasır yetkilerin verildiği ya da yetkilerin sayıldığı yönetim düzeninin, aslında sınırlanan yönetim olmadığının ortaya çıkması, daha sonraki federal sistemler bakımından birer tecrübe unsuru oluşturmuştur. Mevcut federal sistemlerde de, gerek anayasa değişiklikleri gerekse anayasaya uygunluk denetimi aracılığıyla, anayasal yetki paylaşımlarının giderek biçim değiştirmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda örnek ülkelerimizde benimsenen münhasır yetki alanlarını belirterek, bu yetki paylaşımını türünün bir federal sistemden diğerine olan farklılığı da ortaya konulacaktır.

i. Federal Yönetimin Münhasır ve Sıralanmış Yetkilerinin Sayılması

Bu kategori içerisinde sert yetki paylaşımı modeli, Amerika ve Avustralya karakteristik olarak girmektedirler. Bunun haricinde esnek yetki paylaşımı modelinde olan Almanya ve Avusturya'da bu kategori içerisinde kabul edilmektedir.

Avustralya'da anayasal yetki paylaşımı ve sorumluluklar konusunda her federal sistemde olduğu gibi anayasal aktörler arasında her zaman bir gerilim vardır. Bu gerilimin en çok yetki ve sorumlulukların paylaşımı konusunda olduğu aşikardır. ABD Anayasası'nda olduğu gibi Avustralya Anayasası'nda da federal parlamentonun yetkileri açıkça belirtilmiştir. Bunlar Anayasa'nın 51 ve 52. maddelerinde düzenlenmiştir. Yasama yetkilerinin bölüşülmesinde, Anayasa'nın 51.maddesi federal

yönetime 39 ayrı yetki alanını tahsis etmiştir. Anayasa'nın 107. maddesi, artık yetkiler konusunda federe yönetimleri yetkili kılmıştır.¹⁰⁰⁰

Avustralya Anayasası, Federal Parlamento'nun kanun yapabileceği konuları belirler. Bunlar arasında dışişleri,eyaletler arası ve uluslararası ticaret, savunma ve göç işleri gibi konular vardır. Federe yönetimler ve bölgeler, ilgili federe yönetim veya bölgeyi ilgilendiren tüm konular hakkında kanun yapabilirler; ancak bunun bazı istisnaları vardır.

Öte taraftan federe yönetimler ve bölgeler, federal yasalarla uyumsuzluk çıkaracak düzenlemeler oluşturamazlar. Avustralya federal yönetimi; vergi, ulusal ekonomi yönetimi, göç ve vatandaşlık, istihdam, posta hizmetleri ve iletişim, sosyal güvenlik (emekli maaşları ve aile destek ödenekleri), savunma, ticaret, havaalanları ve hava güvenliği, dışişleri (diğer ülkelerle ilişkiler) alanlarından sorumludur. Federe yönetim ve bölge yönetimleri ise genel olarak, hastaneler ve sağlık hizmetleri, okullar, demiryolları, karayolları ve trafik kontrolü, ormancılık, polis ve toplu taşıma alanlarından sorumludur.¹⁰⁰¹

Anayasa'da sadece federal yönetimin yetkilerini açıkça belirten diğer bir federasyon Almanya'dır.¹⁰⁰² Alman Anayasası'nın, 2006 yılına kadar benimsediği önemli yetki türlerinin temel yapı itibarıyla, Avusturya Anayasası'yla benzer olduğu görülmektedir. Bu anlamda 2006 yılında yetki paylaşımında yapılan federalizm reformları, Anayasa'da benimsenen çerçeve yasa yetki türü kaldırılmıştır.

Alman AY.nın 70. m.si, federal ve federe yönetim düzenlerinin yasama yetki ve görevlerine ilişkin olarak, hem federe yönetimlerin artık yetkilere sahip olduğunu hem de federal ve federe yönetimlerin yetkilerine getirilecek sınırlamaların, ancak Anayasa'nın münhasır ve ortaklaşa (yarışan yetkiler, *konkurrenzfähig powers*) yasama yetkilere göre yapılacağı düzenlenmiştir.

Alman Anayasası'nın 73. m. ile federal yönetimin münhasır yetkili olduğu alanları belirlemektedir.¹⁰⁰³ Alman Anayasası'nın 71. maddesinde federal yönetimin münhasır yasama yetkileri bakımından başka bir düzenleme içermektedir. Maddede, federal

¹⁰⁰⁰ Avustralya Anayasası'nın ilgili maddeleri için bkz. **Australasian Legal Information Institute**, İnternet Adresi: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/.

¹⁰⁰¹ Avustralya Anayasası bölüm 51 ve 52. Buna karşılık Avustralya yönetim düzeninin üçüncü kısmında yer alan yerel hükümetler (belediyeler) ise, sokak işaretleri, trafik kontrolleri, yöresel yollar, kaldırımlar, köprüler, kanalizasyonlar, parklar, oyun alanları, yüzme havuzları, spor alanları, kamp alanları ve karavan parklar, gıda ve et denetimi, gürültü ve hayvan kontrolü, çöp toplama, yerel kütüphaneler, belediye salonları ve toplum merkezleri, belirli çocuk bakımı ve yaşlı bakımı konuları, inşaat izinleri, sosyal planlama, yerel çevresel sorunlar alanlarında sorumludur.

¹⁰⁰² WATTS Almanyanın, federe yönetimlerin münhasır yetkilerinin sayıldığını belirtse de, anayasaya böyle bir yetkilerin federe yönetimler lehine sayılmadığı görülmektedir. Aksine Anayasa, karakteristik olarak federal yönetimin münhasır yetkilerine ağırlık vermiştir. WATTS, **Comparing Federal Systems 1990s**, s. 117.

¹⁰⁰³ Federe yönetimlerin geriye kalan yetkilerde yaptıkları düzenlemelerin, anayasa hukuku ve yan alanları, seçim hukuku, milletvekilleri ve bakanlıklar ve bütçe hukuku; Mahalli anayasa, mahalli mali düzen, mahalli giderler; Federal Devletin Devlet Memurları Çerçeve Yasası'nı tamamlayıcı olarak memurlar hukuku; İdari süreçler ve idari organizasyon; Önemli polis hukuku alanıyla kamu güvenliği ve düzeni; Okul hukuku, yüksek okul hukuku (Federal Devlet Yükseköğretim Çerçeve Yasası direktifleri uyarınca), yetişkin eğitimi; Anıtların korunması; Tabiatın korunması, su ve atık hukuku (Federal çerçeve hukukunun doldurulması veya federal hukukun tamamlanması); İnşaat yönetmeliği hukuku; Mimarlık ve mühendislik hukuku gibi bazı belli mesleki hukuklara ilişkin konulardır. **Niedersächsischen Landtages**, İnternet Kaynak: http://www.landtag-niedersachsen.de/cms_id.869.html, Erişim Tarihi: 12-09-2012.

yönetimin münhasır yasama yetkileri alanına giren konularda federe yönetimlerin, ancak federal bir yasanın kendilerine açıkça izin vermesi halinde ve o yasanın öngördüğü ölçüde yasama yetkileri bulunacağı da düzenlenmektedir.

Alman İmparatorluğu, yasal yapısı gereği tek bir varlık olarak kabul edildiği halde, aynı zamanda belirgin bir *particularistic* karakter benimsenmesiyle, federalizmin anayasal evriminin başlangıcı olarak anılmaktadır.¹⁰⁰⁴ 1648 yılında Westfalya Barış'ı (*Peace of Westphalia*) ile Kutsal Roma İmparatorluğu'nun anayasal gelişiminin, neredeyse tamamen bölgesel güçlerin üstünlüğü yaptırımı sonucuna varıldı. Bölgelere belirli derecede egemenlik verilmesi ve o dönem imparatorlukların bir yandan da tek bir varlık olarak devamlılıklarını sürdürmekten vazgeçmeleriyle, anayasaların inşasında belirli federal ilkelerin açıklanmasının gerekliliği ortaya çıkmıştır.¹⁰⁰⁵

Federal yönetimin münhasır yetkilerini belirleyen bir diğer federasyon olarak Avusturya'da bu kategori kapsamında değerlendirilmektedir. Anayasası 10-15. maddelerinde yer alan hükümlere göre federal yönetimin münhasır yetkilerini, karma bir şekilde dağıtmıştır. Avusturya, her ne kadar yetki paylaşımı kataloğunda çerçeve yasa ve yatay yetki gibi yetkilerle, ortaklaşa yetki türüne ağırlık vermiş olsa da, bir diğer ağırlık verdiği yetki türü federal yönetimin münhasır yetkilerinin sayılmasıdır. Bu nedenle federal yönetimin münhasır yetkileri kategorisinde ele alınması gerekmektedir.¹⁰⁰⁶

Bu doğrultuda, Avusturya Anayasası'nda düzenlenen yetki paylaşımının, “dört katlı” bir tür oluşturduğunu ifade edilmektedir. WHEARE, bu katları şu şekilde ifade etmektedir; Avusturya Anayasasıyla belirli alanlarda yasama ve yürütme yetkilerinin federal yönetime bırakıldığı¹⁰⁰⁷; yasama yetkisinin sadece federal yönetimde olduğu diğer alanlarda, yürütme yetkisinin de federe yönetimlere ait olduğu¹⁰⁰⁸; bunların dışındaki diğer bazı alanlarda da, yasama yetkisi bakımından ilkelerin çerçevenin belirlenmesi konusunda federal yönetim yetkili kılınmış ve bu alanlarda yürütme yetkisi ile kanunların uygulanması konusunda da federe yönetimler yetkili

¹⁰⁰⁴ Fransa ve İngiltere merkezi bürokrasi ve yönetim birimlerinin yeniden düzenlenmesi ve Almanya veya Habsburg Hanedanlığı korporatif gelenekleri nedeniyle bu modernizasyonu, bölgesel birimlere bırakmak zorunda kalmış ve bölgesel dönüşümler konusunda başarı elde edilmiştir.

¹⁰⁰⁵ Yazar, bu konuda ciddi tartışmalar olduğuna değinmekte, ortada federal eğilimler olmasına rağmen bazı teorisyenlerin, üniter bir model olduğu konusunda ki ısrarlarını dile getirmekte olduğuna işaret etmektedir. Bu argümanların biraz şüpheli olduğunu belirten yazar, üniter bir devlette en azından İmparatorluğu anayasal yönlerini tartışılanlar için henüz mevcut olmadığını belirtmektedir. Federalizm düşüncesine geçiş aşamaları, Merkezi ve üniter bir modelin benimsendiği ve kökeninde hristiyan teolojisini de barındıran, Unitarianism, daha sonra yukarıda ifade ettiğimiz belirli topluluklara bağımsızlığın tanınması ilkesi olan Particularism, daha sonra ayrılıkçılık veya özerklik separatismus veya separatism , sonraki süreçte çoğulculuk, Pluralism ve nihayetinde Federalizm aşamalarıyla açıklanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. LANG, Kaspar, *Die Philosophie des Föderalismus* , Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1971, s. 29-37.

¹⁰⁰⁶ WATTS, Avusturya'da federe yönetimlerin münhasır yetkilerinin sayıldığını belirtse de, anayasaya böyle bir yetkilerin federe yönetimler lehine sayılmadığı görülmektedir. WATTS, *Comparing Federal Systems 1990s* , s. 117.

¹⁰⁰⁷ Avusturya Anayasası'nın 10. maddesi, Federasyon aşağıda belirtilen alanlarda yasama ve icra yetkilerine sahiptir şeklindeki birinci fıkrasıyla tamamen federal yönetime ait olan yasama ve yürütme yetkilerini belirtmektedir. Ayrıca Anayasasının 14. maddesinin birinci fıkrasında da, (1) Aşağıdaki fıkra hükümlerinde yer alan aksine düzenlemeler müstesna, öğrenim ve eğitim, talebe ve öğrenci yurtlarına ilişkin konularda yasama ve yürütme yetkisi federasyona aittir. ifade edilmektedir.

¹⁰⁰⁸ Avusturya Anayasası'nın 11. maddesi, Aşağıda sayılan alanlarda gerçekleştirilecek yasal düzenlemeler federasyon tarafından gerçekleştirilir, yürütme eyaletlere aittir; şeklindeki birinci fıkrasıyla tamamen federal yönetime ait olan ve 10. maddede belirtilmeyen diğer yasama yetkilerini sayarken, bu yetkilerin yürütülmesini de federe yönetimlere bırakmıştır.

kılınmıştır.¹⁰⁰⁹ Dördüncü katman olarak da Avusturya Anayasası'yla artık yetkilerin¹⁰¹⁰ federe yönetimlere bırakılması belirtilmektedir.

Avusturya Anayasası'nın özellikle 10. maddesiyle federal yönetime verilen yetkiler diğer federasyonlar arasında en çarpıcı biçimde ayrıntılı bir yetki dağılımı öngörmüştür. Avusturya Anayasası madde 10 (1) ve (12) fıkralarında, sağlık hukukundan (ölü istisna ve ölümlerin mezar) hava kirliliğine (ısıtma tesislerinin kurulmasına ilişkin federe yönetimlerin yetkilerinin azaltılmaması kaydıyla) ve yem, gübre ve bitkilerin korunması için tohum, bitki, kimyasal maddelerin ticaretinin düzenlenmesine kadar çeşitlilik gösteren bir listeyi kapsamaktadır.

Başlı başına ilgili maddede belirlenen ayrıntılı düzenlemelerin, federal yönetime verilen ciddi yetkilerin yanı sıra, Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde yer alan ayrık hükümlerde de federal yönetime bazı yetkiler verildiği de görülmektedir. Avusturya Anayasasıyla federal yönetime verilen ciddi yetkiler onun merkezi yanı kuvvetli bir federasyon olarak değerlendirilmesine yol açmaktadır. Bu konuda aynı açıklama ve kabul federasyonun federal yada ulusal meclisi tarafından yapılmıştır. Ulusal meclis federal yönetimin yetkilerinin bu denli fazla olmasının onun federasyonu zayıf bir ülke olarak geliştiğini gösterebileceğini belirtmiştir.¹⁰¹¹ Avusturya'da federal yönetimin münhasır yetkilerini saymada oldukça detaylı bir yöntemi tercih etmiştir. Anayasa'nın 10. maddesinin 1. paragrafı federal yönetimin önemli sayıda konularda yasama ve yürütme yetkileri bulunduğunu belirtmektedir.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁹ Avusturya Anayasası'nın 12. maddesi, (1) Aşağıda sayılan alanlarda esaslara ilişkin ilkeri belirleme yasama yetkisi federasyona aittir, kanunların uygulanması ve icrası eyaletlere aittir şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin Orjinal şekli; In the following matters, framework legislation is the business of the Federation, the issue of implementing laws and execution the business of the State şeklindedir. Avusturya Anayasası'nın İngilizce Orjinal Metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000.html#A015>, Erişim Tarihi: 20/12/2011.

¹⁰¹⁰ Avusturya Anayasası'nın 15. maddesi, (1) Kendisiyle ilgili yasama ve/veya yürütme yetkisi federal anayasa tarafından federasyona bırakılmamış konularda eyaletler bağımsız yetki sahibidirler. Artık yetkili yönetimi belirlemektedir.

¹⁰¹¹ İlgili Açıklama için bkz. Avusturya Federal Parlamentosu Resmi Web Sayfası, Nationalrat Web Site, *Federalism in Austria - a Weakly Developed System*, İnternet Kaynak: <http://www.parlinkom.gv.at/ENGL/PERK/BOE/PR/index.shtml>, Erişim Tarihi: 20-06-2011.

¹⁰¹² Avusturya Anayasası 10. madde, 1. *Federal Anayasa, özellikle Ulusal Konseyin ve Anayasa Mahkemesi seçiminde olduğu gibi Federal Anayasa tarafından öngörülen referandumlarda da yetkilidir.* 2. *Siyasi ve ekonomik alanlar başta olmak üzere diğer ülkelerle dış işlerinde temsiliyetin sağlayarak uluslararası anlaşmaları sonuçlandırmak özellikle federe yönetimlerin Anayasanın 16. maddesinin 1. Paragrafında belirtilen yetkilerine bakılmaksızın sınırların belirlenmesi konularında; diğer ülkeler ile mal ve hayvancılık ticareti; gümrük;*

3. *Federal Avusturya sınırlarından yapılacak her türlü giriş ve çıkışın düzenlenmesi ve denetimi; iç ve dış göçler; pasaportlar; ikamet yasağı; sürülme ve sınır dışı etme; iltica; suçluların ülkelerine iadesi;* 4. *Özellikle vergilerin federasyon adına tamamen veya kısmen tahsil edilmesi gibi Federal maliye konularında; tekelleşme* 5. *Para, kredi, borsa ve bankacılık sistemi; ağırlık ve ölçü birimleri, kıyas ve kalite- damgasını sistemi;* 6. *Taşınmaz mal işlerini sağlayan düzenlemeleri hariç tutularak, ekonomik örgütlenme ile ilgili kuralları, Yasal varislerin dışında bireyler tarafından ayrı tutmadan ölüm halinde elde edilecek yasal kazanç, yabancılarla veya alım satım işlemlerinde meskun gayri menkul gibi idari makamlar tarafından gibi sınırlamalara geliştirilmesi için ayrılan özel hukuk işlemleri ile ilgili konularda; Özel bağış işlemleri; federe yönetimin yetki alanlarına giren idari para cezaları ile idari ceza usullerine ait işlemler ayrı tutulmak üzere Ceza Hukuku; adalet yönetimi; ceza veya başka tehlikeli unsurlara karşı toplumun korunması için kurumlar oluşturma; telif hakkı, basın işleri; şimdiki kadar ki ilgilendiren alanlarda olduğu gibi federe yönetimlerin yetki alanları çerçevesine girmeyen kamulaştırma; , noterler, avukatlar, ve ilgili meslekler ile alakalı konular;* 7. *Genel olarak yerel bölgelerin kamu güvenliği hariç olmak koşuluyla Barışın, güvenliğin ve düzenin idamesi ve ilk yardım konularında; toplantı ve örgüt kurma hakkı, dernek kurma ve toplama hakkı; doğum, isim değişikliği, evlilik ve ölüm kaydı da dahil olmak üzere medeni durumu ile ilgili konularda; yabancılar polisi ve ikametgah kaydı; silah, mühimmat ve patlayıcı madde ile ilgili konularda ve ateşli silahların kullanımı;* 8. *Ticaret ve sanayi ile ilgili konularda; kamusal reklamcılık ve ticari komisyonculuk; Haksız rekabetin kısıtlanması; patent konuları ve tasarımların-eserlerin korunması, ticari markalar, ve diğer ticari mal- emtia tanımlamaları; patent vekilleri ile ilgili konularda; inşaat mühendisliği ile ilgili konularda; ticaret odası, zanaat ve endüstri; tarım ve ormancılık alanı istisna olmak üzere bir bütün olarak federal Cumhuriyetin sınırları kapsayacak şekilde profesyonel birlikler kurulması;* 9. *Demiryolları, havacılık ve denizcilik ilişkin trafik sistemi Anayasanın 11. madde kapsamına girmemektedir; motorlu araç trafiği; otoyol polisi hariç olmak üzere, federal yasalarla federal karayolları olarak adlandırılmış transit trafiği önemine ilişkin konular; Anayasada madde 11 altında girmeyen konularda nehir ve*

ii. Federe Yönetimlerin Münhasır Yetkilerinin Sayılması

Federal sistem örneklerimiz arasında, sadece federe yönetim münhasır yetkilerini sayan emsallerimiz bulunmamaktadır Bununla birlikte, hem federal yönetimin hem de federe yönetimlerin münhasır yetkilerini sayan federal sistem örneklerimiz Kanada ve Hindistan ilgili başlıkta ifade edilecektir. Bunun yanı sıra gelen olarak federasyon anayasalarının içinde, birer yetki listesi olarak değil ama belirli konularda federe yönetimlere verilen yetki konuları olabilmektedir.

Normalde artık yetkileri federal yönetim lehine benimseyen Kanada ve Hindistan federasyonlarında, sadece federe yönetimlerin münhasır yetkilerini saymaları beklenebilirdi. Ne var ki her iki anayasada daha “açık” bir yetki paylaşımı öngörerek, her iki yönetim düzeninin de yetkilerini saymaktadır.

Yetki konuları bakımından tarım, balıkçılık, mineral kaynaklar, ulaşım gibi sınırlı sayıda yetkilerin federe yönetimlerde olduğu görülmektedir. Bu konuda detaylı liste, yetki paylaşımı türlerine ilişkin tabloda görülebilir.

Her durumda federal ve federe yönetimlerin yetkili kendi yargı organlarının kurulmasındaki tecrübe edilmiş sınırsız ve pahalı zorlukların varlığı ve bu zorlukların henüz bitmemiş olması. Yeni sorunların ortaya çıkmasına devam etmektedir ve aynı zamanda yeni uyuşmazlıkların olacak olması fakat mahkemeler geçmişte çıkan uyuşmazlık sorunlarını Kanada Anayasası'nın uyuşmazlık kısmında somutlaştırılan ilkeleri anlamlarını ve dilini yorumlayarak çözdükleri gibi gelecekte her bir olası sorunu tespit edeceklerdir.¹⁰¹³

denizcilik polisi; Posta ve telekomünikasyon sistemler; çevresel uyumluluk konularla ilgili kullanılacak malzemenin çevre üzerindeki beklenen etkileri için projeler değerlendirme;10. Madencilik, ormancılık, kereste gemi-su hakları da dahil olmak üzere; sel güvenli diversiyon veya nakliye ve sallarla taşıma için suların koruma ve kontrolü; sel kontrolü; su yollarının yapım ve bakım; elektrik tesisleri ve kuruluşların yanı sıra bu alanda güvenlik önlemleri düzenleme ve ayarlanması; iki veya daha fazla federe yönetim üzerinde uzatıldığı kadar elektrik enerjisi iletimi ile ilgili hükümler; buhar ve diğer güç tahrikli motorlar ile ilgili konular; ölçme-haritalık;11. İş-işgücü mevzuatı Anayasa madde 12 e göre kapsam dahilinde değildir; sosyal ve sözleşmeden doğan sigorta işlemleri; tarım ve ormancılık ile ilgili olanlar hariç maaşlı çalışanlar için işçi meslek odaları;12. Ölü defin ve bertaraf işlemleri ve belediye sağlık ve ilk yardım hizmetleri hariç olmak üzere sadece hastanelere göre sıhhi gözetimi bakım evleri, sağlık merkezleri ve doğal şifalı kaynakları ile ilgili kamu sağlığı; emisyon sınırlarını ihlal etmek suretiyle çevreye zararlı faktörlere karşı önlemler; federe yönetimlerin ısıtma tesisleri için yetkileri bulunmasına karşın açık hava bakımı;14. Federal polis konusunda sorun için tek tip düzenlemeler ihtiyaç duyuluncaya kadar tehlikeli atıklarla ilgili olarak atık yok etme; veteriner işleri; gıdalarla ilgili işlemler, gıda maddelerinin muayene de dahil olmak üzere; yem ve gübre gibi bitki koruyucu, ve bitki güvenlik aletleri kabulü de dahil olmak üzere ve aynı şekilde tohum ve bitki hammaddeleri ile bunların kabulü tohum ve bitkilere ilişkin emtialarla ticari işlemlerin düzenlenmesi;13. Arşiv ve kütüphane hizmetleri bilim ve uzmanlık amacıyla; Federal koleksiyonlara ve ilgili kuruluşlara ilişkin, sanat ve bilim hizmeti sunma ile ilgili konular; inşaa işleri hariç, Federal tiyatrolar ile ilgili konularda; anıtların korunması, din işleri; nüfus sayımının yanı sıra - kendi sınırları içinde her türlü istatistiksel faaliyet yapmaya federe yönetimlerin hakları bakımından izin verme- sadece bir alanın çıkarlarına hizmet etmediği ölçüde diğer istatistikler; kendi amaçları, çıkarları tek bir Land alanının dışında ve şimdiye kadar federe yönetimler tarafından yürütülmüş olmayan bağışlar ve vakıflar;14. Federal polis örgütü ve kuvvetleri; belediye zabıtları hariç diğer koruyucu kuvvetlerin kuruluşu ve örgütlenmeleriyle ilgili koşulları sağlanması; koruyucu güçlerin silahlanması ve silah kullanma hakları için ilgili koşulları belirleme;15. Askeri konular; sivil hizmet ile ilgili konularda; savaşın yol açtığı zararlar ve savaş güçleri için ve onların hayatta kalan bakmakla yükümlü olduklarıyla refah önlemleri alma; savaş mezarlarının bakımı; savaş sonucunda veya nedeniyle özellikle halkın ihtiyaçları bakımından her türlü önlemi gerekli görüldüğü durumlarda gerekli ekonomik işlerin düzenli yürütülmesini sağlamak;16. Federal yetkililerin ve diğer Federal ajansları kurulması; Federal çalışanların temsil hakları ve personel hizmet yasası;

17. Çocuk ödenekleri burs-ındırımı ve aileleri adına yük dengelemesinin oluşturulması ile ilgili olarak nüfus politikalarının belirlenmesi;18. Avrupa Parlamentosu seçimleri. Anayasanın Madde 10 için bkz. World of Constitutions. HeinOnline, German text of the Federal Constitutional Law of 1920 , [1925] in the version of 1930, as amended to BGBI 1 Nr. 27/2009 25 1920.

¹⁰¹³ AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 204-205

iii. Her iki Yönetimin Münhasır Yetkilerinin Sayılması

Bu kategoride ele alınacak iki federasyon örneğimiz bulunmaktadır. Bu yönde Kanada ve Hindistan ayrı ayrı her iki yönetim düzeninin münhasır yetkilerini saymaktadır. Kanada federasyonunun kuruluşu aşamasında, sert yetki paylaşımı modellerinde olduğu gibi yetkileri tek bir yönetim düzeni için saymamış, hem federal yönetimin, hem federe yönetimlerin hem de az da olsa ortaklaşa yetkileri saymıştır.

Kanada'da özellikle bölünmüş idarelerin altında uzun yıllar var olmuş eski federe yönetimler ve bölgeleri birbirine benzemeyen kaynakları ve ayrık endüstri dallarıyla uğraşan çok geniş alanlara ve farklı yerleşkelere ayrılmışlar ve her birinin yerel anlamda girişim ve gelişimleri farklılık göstermektedir.¹⁰¹⁴ Kanada'da yetkilerinin sırasıyla federal ve federe yönetim parlamentoları arasında bazı mevcut koşullar göz önüne alınarak paylaştırıldığı görülmektedir.

Kanada'da yasama ve yürütme organlarının sahip oldukları yetkilerin, federal yönetimle federe yönetimler aralarında, öncelikle federe yönetimlerin kendine özgü koşulları, parlamenter hükümet sisteminin uygulamadaki avantajlarıyla, mevcut Amerikan federalizmi örneğinin avantajlarını alarak diğer federal sistemlerden daha üstün bir ilerleme kaydetmiş olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰¹⁵

Kanada Anayasası'nın, 91.maddesi federal yönetim Parlamentosunu, yirmi dokuz özel-sayılmış yetki ile yasama faaliyetleri bakımından yetkilendirmektedir. Kanada Anayasası'nda, önemli bir hüküm bu bölümde düzenlenmiştir ve hükme göre, federal yönetimi barışın, düzenin ve iyi yönetim için çeşitli yasaları oluşturma yapma yetkisi gibi esnek bir hükümle yetkilendirilmiştir. Maddede, federal yönetimin artık yetkilere sahip olduğu, genel yetkili yönetim düzeni olarak belirlenmiştir. Buna rağmen Anayasa'nın aynı maddesinde federal yönetimin, yirmi dokuz farklı yetkisi açıkça sayılmıştır.

Kanada federasyonunda, federe yönetimlere artık yetkileri bırakmak yerine Anayasa'nın 92. maddesinde federe yönetimlerin münhasır yetki alanlarını sayarak, münhasır yetki türünü federe yönetimler bakımından da benimsemiştir. Bu bölümde federe yönetimlerin yasama organlarının yetkili kılındığı on atlı yetki başlığı görülmektedir.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkan daha yeni federasyon anayasalarında, yönetimler arası kurumlar ve süreçlere mahsus daha fazla

¹⁰¹⁴ New Brunswick, Nova Scotia ve Prince Edward Island olarak bilinen Kanada yönetimlerinin topluluk adı Maritime Provinces-Denizci Yönetim olarak tanımlanır. Örneğin denizcilikle ilgili yönetimler (*Maritime Provinces*) denizcilik alanlarında, balıkçılık ve madencilik gibi alanlarda uğraşmaktadırlar. Bununla birlikte Kanada'nın Ontario yönetiminde, tarım, kerestecilik ve üretim işleri ön plandadır. Bölge yönetimlerinden biri olan Northwest Bölgesi ise, geniş kırsal alanları, enerji, hububat, hayvancılık ve balıkçılıkla uğraştığı, Batı Kanada'nın yönetimlerinden biri olan British Columbia'nın madencilik zenginliği ve ormancılıkla gayretli ve girişken bir milletin girişimi beklemektedir. Bunlardan bir tanesi neredeyse ikamet edenlerinin çoğunun Fransızca konuştuğu ve kıta avrupası hukukunun etkili olduğu Quebec federe yönetimidir.

¹⁰¹⁵ AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, s. 202-203

detaylandırılmış yetkiler görülmektedir. Bu yönde örnek olarak Hindistan Anayasası'nın Yedinci Değişiklik Eki gösterilebilir. Burada, federal yönetimin münhasır yetkileri, ortaklaşa yetkiler ve federe yönetimlerin yetkiler gibi üç ayrı liste bulunmaktadır. Bunlar, Anayasa'da yazılan sıraya göre, 97., 47. ve 66. maddelerinde bulunmaktadır.¹⁰¹⁶

Kanada ve Hindistan gibi bazı federasyonlarda, birleşme, yetki paylaşımı - bozulma işlemleri bir arada ortaya çıkmıştır ve her iki durumda da anayasaları belirli münhasır yetkileri federal yönetime bırakarak, ayrıca münhasır federe yönetim yetkilerini ve ortaklaşa yetkileri belirlemekte ve geriye kalan artık yetkileri federal yönetime verilmiştir.¹⁰¹⁷ Kanada'da ortaklaşa yetkiler sınırlı sayıda olmakla birlikte, yetki alanlarının paylaşılmasında, hem federal hem de federe yönetimlerin yasama yetkilerinin münhasır olarak belirlendiğine işaret edilmektedir.

Bir diğer faktör eski modellerde anayasal yetki paylaşımının karakterini etkilemekteydi. Örneğin İsviçre, Avustralya, Almanya, Brezilya ve Meksika' da anayasa koyucuların- anayasayı şekillendirenlerin zihinlerinde bilinçli bir şekilde Amerika'nın örneği vardı ki bu yönde örnek olarak 1935 tarihli Hindistan Hükümeti Yasasının, Kanada modelini benimsediği belirtilmektedir.¹⁰¹⁸

1950 Hindistan Anayasa'sının şekillenmesinde de, Kurucu Meclis üzerinde güçlü bir etkiye sahip olan yetki paylaşımı teması Kanada'ya aittir. Hindistan Anayasası'nın Yedinci Düzenleme kısmında, yetkilerin listesine verilecek üç örnek (federal yönetime münhasır tanınmış yetkiler, ortaklaşa yetkiler ve federe yönetim yetkileri), ki bunlar Anayasası'nın yazılan sıraya göre, 97., 47. ve 66. maddelerinde veya yetki paylaşımı düzenlemesi, 1999 Federal İsviçre Anayasası'nda çok iyi bir şekilde detaylandırılmıştır.¹⁰¹⁹

Hindistan'da yetki paylaşımı için üç farklı liste öngörülmektedir. Bu listeler sırasıyla, federal yönetimin, federe yönetimlerin ve her iki yönetimin ortaklaşa yetkilerini belirlemektedir. Hindistan federasyonunun federalizm anlayışından kaynaklanan “anayasal yoğun merkezîyetçi” anlayış bir yana bırakılırsa, bazı yönetimler bakımından federalizme özgü önemli farklılıkları barındırmaktadır. Federasyonda sosyolojik anlamda, çeşitlilik ya da farklılık unsurunun –federe yönetimler arasında din, dil, kültür ve sosyal anlamda-¹⁰²⁰ ciddi anlamda bulunmasına

¹⁰¹⁶ Farklı bir federal sistem anayasal yetki paylaşımı örneği olarak, 1999 Federal İsviçre Anayasası'nda yetki paylaşımı düzenlemesi çok detaylı bir şekilde yapılmıştır.

¹⁰¹⁷ Bu örnekler ek olarak Brezilya, Meksika ve Nijerya gibi daha önceki dönemlerinde askeri ve otoriter kuralların var olduğu yerlerde yetki paylaşımını nispeten merkezileştirmiş bir görüntü sergilemektedir. Bununla birlikte, bu durumlarda önceki merkezileştirmiş otoriter rejimin değiştiğini ifade etmek için, yetki paylaşımında en azından, federal yönetimin münhasır ve ortaklaşa yetkileri tanımlamayı, artık yetkiler de federe yönetimlere tahsis edilmiştir. AKHTAR, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**, içinde, WATTS, *Comparative Observation*, s.353.

¹⁰¹⁸ WATTS, *Comparing Federal Systems 1990s*, s.35.

¹⁰¹⁹ WATTS, *Comparative Observation*, s.355.

¹⁰²⁰ Bakınız Hindistan Anayasası, *Bölüm XVI: Belirli Sınıfları İle İlgili Özel Hükümler ve Bölüm XVII, Kısım II: Bölgesel Diller*, **Constitution of India**, (Uptodated upto 92nd Amendment Acts) Hindistan Anayasası'nın İngilizce Orjinal Metni için Hindistan

rağmen, Hindistan merkeziyetçi özelliği, özellikle anayasal yetki paylaşımından kaynaklanmaktadır.

Hindistan, yersel federasyon örneklerimizden biri olmakla beraber, aynı zamanda çok katmanlı bir federasyon örneğidir.¹⁰²¹ Bu anlamda çok katmanlık, “çeşitli toplumsal katmanların, aynı siyasi birim içerisinde yer almakla birlikte, siyasi ve sosyal süreçler açısından birbirinden derin çizgilerle ayrıldığı toplumları ifade” etmektedir.¹⁰²² Çok katmanlılık, toplumların aynı siyasi birim içerisinde, yan yana ama bir ölçüde ayrı ayrı yaşadıklarını ifade etmektedir.

LJPHART ise kavramı, “din ve dil farklarının (belki ideoloji ve ırk gibi diğer farkların da) toplumları, kendi siyasi, sosyo-ekonomik, kültürel, eğitsel ve serbest zaman değerlendirme örgütlerine sahip, birbirinden az veya çok ayrılmış alt-toplumlara böldüğü toplumlar” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁰²³ ERHÜRMAN, çok katmanlılık kavramını şu şekilde açıklamaktadır. Çok katmanlı toplumlarda “dinsel, dilsel, bölgesel, kültürel, ırksal, etnik ya da ideolojik gruplardan en fazla göze çarpanları birbirinden ayıran çizgiler, aynı zamanda siyasi ve sosyal örgütleri de birbirinden ayırmaktadır.” Bu çok katmanlı toplumda, her topluluğun kendi “ait siyasi partilere, çıkar gruplarına, medya kuruluşlarına, okullara ve gönüllü örgütlere sahip” olmalarına yol açmaktadır.¹⁰²⁴

Bu başlık içerisinde karakterize edilebilecek diğer örneğimiz Kanada federasyonudur. Kanada’da, Anayasa’nın 91. maddesiyle federal yönetimin münhasır yetkileri sayılmıştır. Bir sonraki 92. maddede ise, federe yönetimlerin münhasır yetkileri sayılmaktadır.

Kanada Anayasasını hazırlayanlar federe yönetimlerinin yasama meclisi yetkilerini münhasır sayarak, yani bir bakıma sınırlayarak ve geri kalan tüm artık yetkileri federal yönetime vererek (*Dominion Parliament*) büyük bir benzerlik-tek biçimlilik ile yetki paylaşımı usulünde basitlik ortaya koyma amacındaydılar. Genellikle Amerika’nın federal sistemini tecrübe eden, en başarılı örnek olduğu kabul edilir. Bu sahip olunan başarı ile birlikte evrensel eğitime ve Amerikan halkının kendisini yönetme konusundaki üstün nitelikleriyle onların değişmez politik tecrübelerine dayandırılmaktadır. Aynı sebeplerle, Kanada örneğinin her göstergesi ciddi zorlukların üstesinde gelmeyi aynı derecede başarılı olduğu söylenebilir. Federal sistemin en son

Devletler Konseyi Resmi Web Adresi bkz. İnternet Kaynak<http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>, Erişim Tarihi: 02/10/2011.

¹⁰²¹ Çokkatmanlı toplumların, öğretilerde *İngilizcede, plural societies (çoğul toplumlar), divided societies (bölünmüş toplumlar), fragmented societies [parçalara (katmanlara) ayrılmış (parçalanmış) toplumlar]* gibi farklı terimlerle ifade edilmektedir. ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Topumlarda İstikrarlı Demokrasi*, s.109 vd.

¹⁰²² ERHÜRMAN, Çokkatmanlı toplumlar için şu değerlendirmeyi yapmaktadır. *..halkların karıştığını ama birleşmemiştir. Halkı birbirlerinden ayıran özellik, her birinin, din, kültür ve dil bakımından ayrılmış olmalarıdır. Bireyler ortak alanlarda bir araya gelirler, toplumsal katmanlar yan yanadırlar fakat ayrı ayrı yaşarlar..*, ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Topumlarda İstikrarlı Demokrasi*, s.111.

¹⁰²³ LJPHART, *Çağdaş Demokrasiler*, s. 37.

¹⁰²⁴ ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Topumlarda İstikrarlı Demokrasi*, s. 112.

ve en fazla gelişen örneği olarak görülen Kanada, federal sistemin ilk modern örneği olan ABD Anayasası'yla başlamıştır fakat en son örneği olarak da Kanada Dominyon Anayasası olarak ifade edilmektedir.¹⁰²⁵

Federasyon örneklerimizden biri olan Kanada, bu tür özerklik derecesinin diğer federasyonlarda bulunan federe yönetimlerden daha ayrılabilir bir özellik arz etmektedir. Bölgesel çeşitliliğin ve sosyal katmanlaşmanın çok güçlü olduğu Kanada ve Hindistan'da kurucuların, federal yönetimi güçlü ve üstün kılmayı hedefledikleri belirtilmektedir. Kurucuların bu tercihlerinin nedeni, muhtemel bölünme (*balkanization*) eğilimlerine karşı gelmektir.¹⁰²⁶ Bu nedenle her iki federal sistemde de artık yetkiler federal yönetimlere bırakılmıştır. Ancak, günümüz karşılaştırmalı çalışmalarda Kanada'nın, merkezileşmemiş federal sisteme dönüştüğü, yaygın olarak kabul edilmektedir.¹⁰²⁷

b. Artık Yetkiler

Federal sistemlerde yetki paylaşımlarının diğer bir bölümünü oluşturan arta kalan konular üzerinde yetkili yönetim düzeninin belirlendiği yetkiler artık yetkiler (*residual powers*) olarak belirtilmektedir. Bu yetkiler, anayasalarda sayılmamış ya da listelenmemiş yetkileri ifade etmektedir. Anayasa'da açıkça sayılmamış yetkilerin dışında kalan tüm yetkiler artık yetkiler kapsamındadır. Nitekim bu yetkilerin sayılan yetkilere göre daha önemsiz yetkiler olduğu düşünülemez.

Bu yetkiler her federal anayasada federal yönetim düzenine veya diğer yönetim düzenleri olan federe yönetim düzenlerine bırakılabilmektedir.

Federal sistemlerde genel olarak, özellikle daha önce ayrı devletler halindeyken "bir araya gelen" federasyonlarda (*coming-together federations*), artık yetkiler genellikle federe yönetimlere bırakılmıştır.¹⁰²⁸ Bazı federasyonlar ise genellikle, önceden -daha merkezi- ya da üniter bir rejimden federal sisteme geçen sistemlerde, artık yetkilerin federal yönetime bırakıldığı görülmektedir. Buna örnek olarak da Kanada, Hindistan, Belçika ve Hindistan verilebilir.¹⁰²⁹

Sert yetki paylaşımı modellerinde, anayasada federe yönetimlerin açıkça sayılarak belirlenen yetkileri olmadığından, sadece artık yetkileri bulunmaktadır. Sert yetki paylaşımı modelinde bu yetki türü, geleneksel ya da kolluk yetkileri gibi adlandırmalarla ifade edilmektedir. Artık yetkilerin belirsizliği, yetki paylaşımı kataloglarının değişen yapıları nedeniyle her çalışmada farklı yetki konularıyla doldurulduğu görülmektedir. Söz konusu yetki alanları genellikle, halk sağlığı,

¹⁰²⁵ AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 200

¹⁰²⁶ WATTS, *Comparative Conclusion* , s. 355.

¹⁰²⁷ SIMEON, Richard, RADINY, Beryl A., *Reflections on Comparing Federalisms: Canada and the United States* , Publius: The Journal of Federalism, Volume 40, Number 3, 2010, s. 361.

¹⁰²⁸ Bunun örneklerini Amerika, İsviçre, Avustralya, Almanya, Brezilya, Meksika ve Nijerya olarak belirtebiliriz..SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe* , s. 1.

¹⁰²⁹ SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe* , s. 11.

güvenlik, ahlak, kamu yararı ve refahını gibi kişisel ve mülkiyet haklarını korumak amacıyla düzenlenen yetkiler olarak belirtilmektedir.¹⁰³⁰

Bunun yanı sıra, artık yetkiler türüne ilişkin başka bir sorunu daha ortaya koymak gerekir. Federal bir sistemde, yetkilerin ne kadar bir kısmı münhasır ne kadarlık bir kısmının ise artık yetkiler olarak bırakılacağı sorununu tartışmak gerekmektedir. Yetkilerin ne kadarının münhasır olarak sayılacağı, ne kadarının ise artık yetki olarak bırakılacağı önemli bir sorundur. Bununla birlikte yetkilerin niteliği de önemlidir. Örneğin Avusturya Anayasası'nda olduğu gibi, oldukça fazla yetkinsin federal yönetimin münhasır yetkileri olarak detaylı bir şekilde sayılması, buna karşılık federe yönetimlere geriye kalan alanlar bakımından pek de fazla yetki bırakmayabilir. Üstelik geriye kalan yetkilerin nitelikleri itibarıyla de orantısız bir paylaşım söz konusu olabilmektedir.¹⁰³¹

Federal sistemlerde artık yetkilerin önemi, anayasada sayılmış yasama yetkilerinin kapsam ve sayısı ile ortaya çıkacaktır. Anayasalarda münhasır yetkilerin sayılması, sınırlı olduklarına işaret etmekle beraber, potansiyel olarak kapsamı daha büyük artık yetkilerin ise, içerik olarak daha az önemli olduklarının altı çizilmektedir. Böylece, federal yönetimin, federe yönetimlerin ve her iki yönetimin ortaklaşa yetkilerin ayrıntılı olarak sayıldığı Kanada ve Hindistan gibi federasyonlarda, artık yetkilerin hangi yönetime verildiği, diğer tür yetki paylaşımı modellerine göre daha az önem arz edecektir.¹⁰³²

Bunun tam tersi olarak, federe yönetim yetkilerinin anayasalarla sayılmadığı ve artık yetkilerin ayrı ayrı gösterilmemiş basit bir metinle sadece belirtildiği Amerika, İsviçre, Avustralya, Almanya, Brezilya, Meksika ve Nijerya gibi federasyonlarda son derece önemlidir. Bu federasyonların bir çoğunda önemli artık yetkilerin federe yönetimlere tahsis edilmesinin sebebi sembolik olarak onların özerkliklerinin önemini belirtmek ve anayasayla federal yasama organına verilen münhasır ve ortaklaşa yetkilerin sınırlı doğasını vurgulamak amaçlıdır.¹⁰³³ Bununla beraber uygulamada, anayasada belirtilmemiş artık (*residual*) federe yönetim yetkilerinin kapsamı pahasına yüksek mahkemelerde, federal yönetimin ima edilen veya zımni yetkileri içerisinde yorumlamak eğilimleri bulunmaktadır.

Kanada, Amerikan federasyonu kurulduktan sonra kendi içerisinde bazı federe yönetimlerinin bağımsızlık talepleri ve siyasi istikrar sağlama yöntemleri arama endişesiyle, Anayasa'da toplumsal yani yönetsel yetkiler ve sorumluluklar bölünerek, yetki paylaşımı kataloğu bakımından farklı bir şekil benimsenmiştir. Kanada

¹⁰³⁰ ZIMMERMAN, *Contemporary American Federalism* , s. 34.

¹⁰³¹ Bu tür yetki paylaşımına diğer bir örnek olarak Hindistan Anayasası'nda belirlenen yetki paylaşımı kataloğu ifade edilebilir. Yetki paylaşımına ilişkin ayrıntılı bir tablo, Yetki Paylaşımı başlığında verilmektedir.

¹⁰³² WATTS, *Comparative Conclusions* , s. 327.

¹⁰³³ WATTS, *Comparative Conclusions* , s. 327.

Anayasası'nda, yasama yetkileri federal ve federe yönetimler bakımından iki ayrı liste şeklinde belirlenmiş ve bazı alanlarda ortaklaşa yetkiler de öngörülmüştür. Kanada Anayasası 91. maddeyle federal yönetimin artık yetkilere sahip olduğu, genel yetkili yönetim düzeni olduğu belirtilmiştir. Buna rağmen Anayasa'nın aynı maddesinde federal yönetimin, yirmi dokuz farklı yetkisi de açıkça sayılarak, artık yetkilere ilişkin belirsizlik ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Kanada federasyonda, artık yetkilerin federal yönetime bırakılmasının nedeni, Amerikan federasyonda bu yetkilerin federe yönetimlere bırakılmasının, İç Savaş ve ekonomik buhrana sürükleyen sebepler olarak görülmesidir. Kanada Anayasası'nın baş mimarı olarak kabul edilen Sir John Mac-Donald, artık yetkilerin federal yönetimde kalmasını savunmuştur. Mac-Donald, Amerikan federasyonunda ortaya çıkan yetki uyuşmazlıklarının önemli bir nedenini, federal yönetimin artık yetkiler alanında yetkili olmamasına bağlamaktadır.¹⁰³⁴ Hindistan federasyonunun kuruluşunda da, büyük oranda Kanada modelini baz aldığı belirtilebilir. Dolayısıyla burada da artık yetkiler federal yönetime bırakılmıştır.

ABD Anayasası federal hukukun üstünlüğü ilkesine karşılık, bir bakıma federal ve federe yönetimler arasında denge sağlamayabilmek adına, federalizm karşıtlarının (Anti-federalist) çekincelerini de görmezden gelmeyerek Anayasa'ya sonradan eklenen Haklar Bildirgesi'nin 10. değişikliğiyle, federal ve federe yönetimler arasındaki yetki paylaşımlarına ilişkin genel yetki kuralına göre, Anayasayla federal yönetime açıkça verilmemiş yetkiler, federe yönetimlere ait olduğu prensibi düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu hükmü Anti federalistlerin Amerikan federasyonunun oluşumu sürecinde yaşadıkları sorunları gidermeye yönelik bir hükümdür. Anti federalistlerin, en büyük korkusu ABD Anayasası'nın kabul ediliş sürecinde federasyonun kurulurken tasarlandığı biçimiyle özellikle federal yönetimin önemli derecede yetkilerinin olması ve "yetkilerin merkezileşmesidir".¹⁰³⁵

ABD ve Avustralya yetki paylaşımında, federe yönetimlerin ve bölgelerin artık yetkileri çerçevesinde geleneksel olarak düzenleyebileceği alanlar, sınırlı da olsa; eğitim, karayolları, polis, itfaiye ve kamu taşımacılığı gibi konulardır. Federe yönetim-yani eyalet ve bölge hükümetleri; hastaneler ve sağlık hizmetleri, okullar, demiryolları, karayolları ve trafik kontrolü, ormancılık, polis ve toplu taşıma alanlarından sorumludur. Buna karşın Avustralya yönetim düzeninin üçüncü kısmında yer alan yerel hükümetler (belediyeler) ise, sokak işaretleri, trafik kontrolleri, yöresel yollar, kaldırımlar, köprüler, kanalizasyonlar, parklar, oyun alanları, yüzme havuzları, spor

¹⁰³⁴ TAYLOR, *Characterisations in Federations: Six Countries Compared*, s. 29.

¹⁰³⁵ Federalizmin tarihsel kaynaklarında, federal yönetimin yani merkezin önemli yetkilerle donatılmasına sıcak bakmayan anti federalistler, federal yönetimin giderek güçlenmesi ve federe yönetimlerin yetkilerin daraltılması konusunda hayli endişeli oldukları belirtilmektedir. AMAR Reed Akhil, *Anti-Federalists, The Federalists Papers, and the Big Argument for Union*, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol.16, 1993, s. 112.

alanları, kamp alanları ve karavan parklar, gıda ve et denetimi, gürültü ve hayvan kontrolü, çöp toplama, yerel kütüphaneler, belediye salonları ve toplum merkezleri, belirli çocuk bakımı ve yaşlı bakımı konuları, inşaat izinleri, sosyal planlama, yerel çevresel sorunlar alanlarında sorumludur.¹⁰³⁶

Bu bağlamda, Avusturya AY. m. 15, artık yetkiler konusunda federe yönetimleri yetkili kılmaktadır. Maddeye göre; *açıkça Federal Anayasayla federal yönetime bırakılmadığı yasama ve yürütme organlarının yetkilerinin Eyalet- federe yönetimlerin özerk yetki alanlarına bırakıldığı*" ifade edilmiştir.¹⁰³⁷ Avusturya'da artık yetkiler konusunda federe yönetimler anayasayla belirlenmesine rağmen, federal yönetime yasama yetkilerinin ağırlıklı verilmesi,¹⁰³⁸ anayasada belirlenen yetki kataloğu itibariyle, federal yönetimin son derece detaylı bir yetki alanına sahip olması ve uygulamada federal yönetimin yetki alanlarının daha da genişletme çabaları¹⁰³⁹ hem federasyonun aşırı merkeziyetçi olmasına hem de artık yetkiler bakımından federe yönetimlerin uygulamada kullanabileceği bir alanın neredeyse kalmamış olması sonucunu doğurmuştur.¹⁰⁴⁰

Alman Anayasası artık yetkiler konusunda federe yönetimlerin yetkili olduğunu da (AY. m. 70) belirtmektedir. Hindistan Anayasası 248. maddesinde, ortaklaşa ve federe yönetim listelerinde sayılmayan her konuda münhasır yetkili olduğu belirtilmiştir.

c. Yasaklanan Yetkiler

Temelde federal yönetimler lehine ya da federe yönetimler lehine münhasır olarak sayılan yetkiler, diğer yönetim düzenin müdahale edemeyeceği ve onların düzenleme yapamayacağı alanlardır. Dolayısıyla yukarıda münhasır olarak ifade edilen yetkiler ve yetki paylaşımı türlerine ilişkin yetki konularında sadece bir yönetim düzenine verilmiş yetki, hukuksal çerçevede diğer yönetim düzeninin uygulama yapamayacağı alanlar şeklinde düşünülmelidir.

Bunun yanı sıra, ABD Anayasası'nda, federe Yönetimlere getirilen sınırlamalar, hem federal hem de federe yönetimler için açıkça sayılmıştır. (*Denied Powers*) Buna göre federal yönetim, İnsan Hakları Beyannamesi'ni (*Bill of Rights*) ihlal edemez, federe yönetimler arasında vergilerin dışa aktarılmasına, kendisine verilmesi için zorlayamaz, onaylanmamış mevcut bir tasarı veya onaylanmış bir beyanname olmadan Hazineye para alınamaz ve federe yönetimlerin sınırlarında değişiklik yapılamaz. Bu

¹⁰³⁶ SAWER, G, Constitutional Issues in Australian Federalism: Federalism in Australia: Current Trends , **Publius**, Vol. 7, No. 3, (Summer, 1977), s. 30. Avusturya Anayasası, bölüm 51 ve 52.

¹⁰³⁷ Avusturya Anayasası'nın Orjinal metni için bkz. İnternet Kaynak: http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html.

¹⁰³⁸ Avusturya Anayasası'nın 10. ve 14. maddeleri arasındaki maddeler.

¹⁰³⁹ GAMPER, Anna, *Judge Made Federalism? The Role of the Constitutional Court in Austria* , **International Association of Centers for Federal Studies (IACFS)**, 2005, s. 5. ERK, Jan, *Austria: A Federation without Federalism* , **Publius: The Journal of Federalism**, Vol. 34, Number 1, (Winter 2004), s. 1.

¹⁰⁴⁰ BRAND, artık yetkiler konusunda federe yönetimlerin sadece bir kaç sınırlı alanda yetkisinin olduğunu belirtmektedir. BRAND, Marcus, *Federalism in Practice: Austria* , **UNDP**, İnternet Kaynak: <http://ccd.org.np/new/resources/Federalism%20in%20Austria%20presentation.pdf>, Son Erişim Tarihi: 02-12-2012.

yetkiler federal yönetime yasaklanmıştır aynı şekilde Amerikan federal sisteminde federe yönetimlerinde yapamayacağı daha doğru bir ifadeyle yetkisi olduğu konular belirlenmiştir. Bu konular ise; diğer ülkelerle anlaşmalara girişmek, para basılmasına izin vermek, ihracat ve ithalatın verilendirilmesi, anlaşmaların yükümlülüklerine uymamak ya da bozmak, yargı süreci olmadan kimsenin haklarından mahrum bırakılmasına karar vermemek. Bunların yanı sıra federal yönetim ve federe yönetimlerin de ortaklaşa yapamayacağı bazı yasaklanmış ortak yetkiler söz konusudur. Bu yetkiler kapsamında asalet unvanlarının kabul edilmesi, köleliğe izin verilmesi (13. değişiklik), Irk, renk ve daha önce herhangi bir suçtan cezalandırılmış olmaları nedeniyle hiç bir vatandaşın oy verme hakkının engellenemeyeceği (15. değişiklik), ve cinsiyet nedeniyle hiç bir vatandaşın oy verme hakkının yasaklanamayacağı (19. değişiklik) ile ilgili konularda ne federal yönetim ne de federe yönetimler yetki kullanamazlar.

Bunun yanı sıra federal yönetime bazı alanlarda sınırlama getirilmiştir. Federasyon Anayasası'nın 51. maddesinde, federal yönetimin münhasır yetkilerinde açıkça belirtilen sınırlamaları söz konusudur. Örneğin, federe yönetimler arasılık "*interstateness*" ifadesi gereği, federe yönetimlerin kendi sınırları içerisinde alım-satım ve ticaret, eyalet –federe yönetim- bankacılığı ve eyalet –federe yönetim- sigortacılığı konularında federal yönetim sınırlamaları söz konusudur. (AY. 51.m., Parag. i, xii, xiv).

d. Zımni (İma Edilen) Yetkiler

Özellikle ABD Yüksek Mahkemesi'nin, "zımnî yetkiler" (*implied powers*) teorisini, Anayasa'nın açıkça federal yönetime tanımış olmadığı yani anayasada açıkça verilmiş yetkiler olmayan bazı yetkileri federal yönetime tanımak suretiyle, zımni yetkileri sık sık kullanmıştır.¹⁰⁴¹ Bu tip yorumlamaların sonucu olarak, özellikle bahsi geçen federasyonlarda, zamanla federal yönetim yetkilerinin genişletilmesine katkı konulmuştur.

Federasyonların sert yetki paylaşımı, zamanla gelişen yönetimler arası ilişkiler, evrensellik, devletlerin iç içe geçen ilişkileri ve büyük oranda yargının müdahalesiyle yerini esnetilmiş yetkiler alanına bırakmıştır. Sert yetki paylaşımının, bir bakıma kuvvetlerin sert ayrılığında başkanlık sisteminin geliştirdiği güçlü başkanlar gibi güçlü bir yargı organı ve içtihat alanı geliştirdiği açıktır. Bu içtihat alanı aynı zamanda yeni yetki türlerinin ortaya çıkmasına da kaynak oluşturmuştur. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi Baş yargıç Marshall'ın, *McCulloch v. Maryland* kararı ile federal yönetime zımni yetkiler (*implied powers*) alanını yaratmışken, federasyonunda günümüze değin

¹⁰⁴¹ ABD Yüksek Mahkemesi, zımni yetkiler (*implied powers*) teorisini, Anayasa'nın açıkça federal devlete tanımış olmadığı bazı yetkileri ona tanımak suretiyle, sık sık kullanmıştır. ÖZBUDUN, Ergun, *Ombudsmanlık ve Anayasa Mahkemesi: Kamu Denetçiliği ve Anayasa Mahkemesi*, İnternet Kaynak: <http://www.ombudsman.gen.tr/makale/detay.asp?id=29> (Alınış Tarihi 27-02-2011)

uzanan, federe yönetimlerin federal yönetimin yetki alanlarına müdahalelerinden kaynaklanan yasalarını, federe meclisler aracılığıyla, geçersiz kılma ya da iptal etme (*nullification*) bir bakıma federe yönetimlere direnme hakkı veren karşı koyma haklarını gündeme getirmiştir.¹⁰⁴²

İma edilen yetkiler prensibiyle yeni bir yetki türü ortaya çıkarılmıştır. Avustralya Anayasası'nda da şaşılmayacak bir şekilde, federal yönetim lehine ima edilen yetki türünün olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm, ABD Anayasası'nda, federal yönetimin gerekli ve uygun yetkileri yerine getireceğine ilişkin hükme karşılık gelmektedir.¹⁰⁴³ Avustralya Anayasası'nın 51.maddesinin xxxix. fıkrasında yer alan hükme ilişkin olarak¹⁰⁴⁴, Avustralya Yüksek Mahkemesi kararlarıyla, “arızı yasama yetkisi” maddesinin, Anayasa'nın 61.maddesinde¹⁰⁴⁵ yer alan federal yönetimin yürütme yetkisiyle birlikte okunduğunda, parlamentonun bu yasa yapma kapasitesinin yürütme gücü ilerletmek için kullanılması şeklinde yorumlanmıştır.¹⁰⁴⁶

Yüksek Mahkemelerin yetkilere ait uyuşmazlıklar sırasında, federal yönetime ait olduğunu saptadığı yetkileri bu statüde değerlendirmekte, bunu yaparken de *Zimni Yetkiler Teorisinden* yararlanmaktadır. Bu teori, “bir anayasanın metninde açıkça geçmemiş olsa bile, anayasanın federal yönetime verdiği bir başka görev ve yetkinin yerine getirilebilmesi için gerekli ise, bu yetkiyi federal devlet kullanabilir.”¹⁰⁴⁷

e. Hukuk Düzenlerinin Üstünlüğü İlkesi

Çoklu hukuk düzenlerinin bulunduğu bir sistemde, hukuk ve yetkiler alanında, bir takım uyuşmazlıkların ortaya çıkması ve iki hukuk düzeninin üst üste geçerek hukuksal

¹⁰⁴² Federe yönetim hakları ve iptal hakkına ilişkin olarak, günümüzde özellikle federe yönetimler tarafından hala dile getirildiğini belirtmek gerekir. Bu ilkenin gündeme gelişi, yukarıda belirtilen dönemlerde Jefferson ve arkadaşlarının, Kentucky ve Virginia Kararlarına, (*Kentucky and Virginia Resolutions*) dayanmaktadır. Bu kararlar, sırasıyla Kentucky ve Virginia yasama organlarının aldığı kararlara dayanmakta ve federe yönetim haklarının savunucuları olan Jefferson ve Madison tarafından gizlice yazıldıkları belirtilmektedir. Temelde federe yönetimlerin federal yönetimin anayasaya aykırı normlarının, geçersiz ilan edilmesi düşüncesine dayanan iptal etme veya geçersiz kılma (*nullification*) ve araya girme ya da karışma hakkı (*interposition*) olarak ifade edilebilecek, bir federe yönetimin egemenlik ve vatandaşlarının hakları adına, federal yönetimin uygulamalarına yöneldiği bir tür araya girme ya da karışma eylemi olarak belirtilen, hakları gündeme getirmiştir. Söz konusu kararların, temelde federe yönetim haklarını korumaktan çok, nihai olarak birey hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla olduğuna işaret edilir. KOCH, Adrienne, AMMON, Harry, *The Virginia and Kentucky Resolutions: An Episode in Jefferson's and Madison's Defense of Civil Liberties*, **The William and Mary Quarterly**, Third Series, Vol. 5, No. 2 (Apr, 1948), s. 145-176.

¹⁰⁴³Bu konuda bkz. KINCAID, John, (Ed.), KINCAID, TARR, (Ed.), **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, içinde WILLIAMS, John M, MACINTYRE, Clement, *Commonwealth of Australia*, McGill-Queen's University Press, Montreal and Kingston, 2005, s. 15.

¹⁰⁴⁴ Madde şu şekildedir. *Parlamentoya veya parlamentonun her iki meclisine veya federal yönetim hükümetine veya federal yargıya ya da federal yönetimin her hangi bir bölümü veya görevlisine, bu anayasa ile verilmiş herhangi bir yetkinin yürütülmesi için arızı konularda yetkisi bulunmaktadır.*

¹⁰⁴⁵ Avustralya Anayasası'nın 61. maddesi, genel olarak yürütme organını tanımlar. Madde'ye göre yürütme görevi, Karlıçe'ye (temsili olarak) ve onun temsilcisi bulunan Genel Vali ile Genel Vali'nin belirlediği Federal Bakanlar Konseyine aittir. Kraliçe kendisini temsil etmesi için Başbakanın tavsiyesi üzerine, Avustralya Genel Valisi'ni (Governor- General) tayin eder. Genel Vali ise, Başbakan'ın tavsiyesi üzerine bakanların atamasını yapar ve yasa gereği hemen hemen her konuda bakanların tavsiyesi üzerine hareket eder.

¹⁰⁴⁶ Mahkemenin bazı yargıçları ise, daha da ileri giderek, Anayasanın 61. ve 51. maddelerinde yer alan bu hükümleri daha geniş tutarak, federal yönetimin ayrıca bağımsız konularda zimni bir yasama gücü olduğunu ifade etmişlerdir. HARRIS, **A New Constitution For Australia**, s. 110. Bahsi geçen Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararları, *Australian Communist Party v Commonwealth* (1951) 83 CLR 1; *Barton v Commonwealth* (1974) 131 CLR 477; *Victoria v Commonwealth and Hayden* (AAP case) (1975) 134 CLR 338. *Burns v. Ransley* (1949) 79 C.L.R. 101, at p.116; *R. v. Sharkey*, (1949) 79 C.L.R. 121, at pp.148-9. DERHAM, D. P, *Australian Communist Party v. The Commonwealth*, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, Third Series, Vol. 33, No.3/4 (1951), s. 40-49.

¹⁰⁴⁷ Amerika'da Yüksek Mahkemenin bu değerlendirmeyi yaptığı ilk dava 1819 *McCulloch v. Maryland* davasıdır. GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi**, s.171.

uyuşmazlıklar yaşanması muhtemeldir.¹⁰⁴⁸ Federasyon anayasalarının bir çoğunda kabul edilen federal hukukun üstünlüğü ilkesi, federal hukuk ile federe hukukların uyuşmazlığı halinde federal yönetim hukukunun uygulanmasına dayanmaktadır.¹⁰⁴⁹ Genellikle ilkenin, federal yönetim lehinde benimsendiği görülmektedir. Anayasalarda benimsenen bu ilkeye göre federal yönetimlere, federe yönetimlerin yetkisinde olan bir konuda, o yetkinin kullanımını ihlal etme veya kısıtlama konusunda yetki verilmektedir.¹⁰⁵⁰

Genel olarak hukuk düzenlerinin üstünlüğü ilkesi, ya federal hukukun (ABD, Avustralya, Hindistan ve Almanya) ya da federe hukukun üstünlüğünün kabulü şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, herhangi bir üstünlük kuralının benimsenmediği federal sistemler de (Avusturya) olabilmektedir. Bunun yanı sıra federal hukukun üstünlüğü genel kural olarak Yüksek Mahkeme tarafından geliştirilmiş olmakla birlikte, belirli alanlarda federe yönetimin üstünlüğünü kabul eden karma sistemlerde (Kanada) görülmektedir.

Sert yetki paylaşımı modellerinde federal yönetim hukukunun üstün kabul edilmesi, anayasada sayılarak sınırlanan federal yönetimin yetkilerinin, federe yönetimlerce aşılmasını engellemek adına benimsenmiştir. İlk federasyon örneklerinde federal yönetimler, belirli ve sınırlı alanlarda yetkileri olan (*limited*) yönetim düzeni olarak kabul edilmekteydi. Ancak, hali hazırda egemenlik yetkileri bulunan federe yönetimlerin mevcut yetkilerini kullanmaya devam etmeleri bakımından, federal yönetimlerin yetkileri münhasır değil sayılmış yetkiler olarak federe yönetimlerin de düzenleme yapabilecekleri alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte federe yönetimlerin artık yetkilerinin bulunması, sınırsız veya uçsuz bucaksız yetkilere sahip olacakları algısını beraberinde getiriyordu. Bu durumda, federal yönetimin sınırlı yetkilerini koruyacak anayasal bir çözüm mekanizmasına gerek duyulmuştur. Söz konusu sınırlı yetkileri korumak, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin anayasalara eklenmesini gerekli kılmıştır.¹⁰⁵¹

Amerikan federasyon örneğinde ortaya çıkan bu ilkenin ilk kez düzenlediği Amerikan federasyonu anayasa kurucularından MADISON, ilk Kongre toplantısında şu açıklamaları yapmıştır.

“..eyalet (federe yönetimlerin) yetkilerine müdahalesi etmesi, Kongre'nin (federal yönetimin) yetkileri arasında değildir, bu konuda hiç bir anayasal kriter bulunmamaktadır. Eğer bir yetki Kongre'ye açıkça verilmemişse, bu yetkiyi kullanamayacaktır. Ancak Kongre'ye bir yetki açıkça verilmişse, yasalarla veya

¹⁰⁴⁸ GÖZLER, Kemal. *Genel Yönetim Teorisi*, Bursa, Ekin Yayınları, 1. Baskı, 2007.

¹⁰⁴⁹ VERNEY, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India*, s. 83.

¹⁰⁵⁰ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 329.

¹⁰⁵¹ HARRIS, *A New Constitution For Australia*, s. 110. BUZBEE, William W, (Ed.), *Preemption Choice: The Theory, Law, and Reality of Federalism's Core Question*, Cambridge University Press, 2009, USA-UK içinde, VERCHICK, Robert R.M, MENDELSON, Nina, *Preemption and Theories of Federalism*, s. 14.

*eyaletlerin kendi anayasalarıyla çatışsa dahi Kongre bu yetkisini kullanacaktır.”*¹⁰⁵²

Bu yönde Avustralya AY.da da, federal hukuka üstünlük veren tutarsızlık doktrini (*inconsistency doctrine*) benimsenmiş, AY. m. 109. ile düzenlenmiştir.¹⁰⁵³ Avustralya federasyonunda, federal yönetimin açıkça sayıldığı (*enumerated*) örneklerde (Avustralya Anayasası'nın 51. maddesi), federe yönetimler de düzenleme yapabilmektedir.¹⁰⁵⁴ Böylelikle, federe yönetimlerin zımni ortaklaşa yetki haline gelen bu maddede, yetki örtüşerek uyuşmazlık çıkması muhtemeldir. Bu durumda ortaklaşa yetki alanları bakımından federal hukukun üstünlüğü ilkesi devreye girmektedir. Ancak, ilkenin sınırlayıcı bir şekilde dengelenememesi bunun, federe yönetimlerin belirsiz fakat geleneksel olarak sahip oldukları yetki alanlarına kaymasına neden olmuştur.

Sert yetki paylaşımı modellerinde federal yönetimin sınırlı yetkilerini korumak adına, federal hukukun üstünlüğü ilkesi sadece zımni ortaklaşa yetkilerde değil, federe yönetimlerin aralıksız olarak sürdürdükleri yetki alanlarında ve federal yönetimin sınırlı alanlarını, federe yönetimlerin yetki alanlarının üzerine çıkarmak için kullanılmıştır.¹⁰⁵⁵

Hindistan federasyonunda ise Anayasası'nın 251. maddesiyle federal hukukun üstünlüğü benimsenmiştir. Hindistan'da federal hukukun üstünlük tanınması, bölünmeye karşı benimsenmiş bir ilke olarak kabul edildiği belirtilmektedir.

Kanada'da ilkenin genel olarak uygulanması ise, Anayasa'ya değil mahkeme kararlarına dayanmaktadır. Kanada'da yetki uyuşmazlıklarının çözümünü üstlenen Privy Council bu ilkeyi sınırlı olarak oluşturmuştur. Ancak daha sonraları Kanada Yüksek Mahkemesi ilkeyi, diğer federasyonlarda olduğu gibi genel bir prensip olarak benimsemiştir. Kanada Anayasası'nda, 95. maddesinde, federal ve federe yönetimlerin tarım ve göçmenlik konuların ilişkin ortaklaşa yetkilerinde federal hukukun, 94A maddesinde de emeklilik aylıklarına ilişkin federe yönetim hukuklarının üstünlüğü düzenlenmiştir.

Son olarak, federal sistem örneklerimizden biri olan Avusturya'da, federal ya da federe yönetimlerden herhangi birine üstünlük tanınmamıştır. Bu sistemde, federal hukuk ve federe yönet hukuklarının eşitliği ilkesi benimsenmiştir.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵² Kongre'nin 1791 tarihli toplantısında, Anayasanın 10. değişikliği olan saklı-artık yetkiler prensibine ilişkin görüşmeler sırasında, James MADISON tarafından kullanılmış ifadedir. *Annals of Cong.* 1897 (1791), Metne ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.gpoaccess.gov/constitution/html/amdt10.html>, Erişim Tarihi:02/12/2011.

¹⁰⁵³ Maddede, *bir federe yönetim yasaasının federal yönetim yasasıyla çatıştığı durumlarda federal yönetim yasaası geçerli sayılacak ve federe yönetim yasaasının uyuşmazlık içeren kısımları geçersiz sayılacağı* hükme bağlanmıştır.

¹⁰⁵⁴ Ne var ki burada sayılan bir çok yetkinin doğasında ulusal düzenleme yapılması gerekliliği söz konusu olabilmektedir.

¹⁰⁵⁵ Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *Engineers Case* olarak bilinen *Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co* (1920) kararı bu duruma en iyi örnek kararlardandır. Kararla birlikte, federe yönetimlerin artık yetkilerinden önemli sapmalar ortaya çıktığı belirtilmektedir. Kararda federal hukukun üstünlüğü inemli bir ilke olarak etki etmiştir. ANDREWS, Tim, *The High Court's attack on Federalism*, **Liberty Australia**, Opinion, İnternet Kaynak: <http://www.la.org.au/opinion/280710/high-courts-attack-federalism>, Erişim Tarihi: 20-11-2011. NETHERCOTE, John, Chapter Eleven: The Engineers' Case : Seventy Five Years On , **Upholding the Australian Constitution**, Volume 6, Proceedings of the Sixth Conference of The Samuel Griffith Society, 1995, İnternet Kaynak: <http://www.samuelgriffith.org.au/papers/html/volume6/v6chap11.htm>, Erişim Tarihi: 20-11-2011.

¹⁰⁵⁶ Avusturya açısından bu konuya, İkinci Bölümün ilk başlığı olan, Yetki Uyuşmazlıklarının Ortaya Çıkmasındaki Faktörler ve Çözümleri'nin federal hukukun üstünlüğü ilkesinde de değinilecektir.

Sert yetki paylaşımı kataloglarının sınırlı ve belirsiz yapıları, mahkemelerin federal yönetimi bu kadar aşkın hale getirmelerine olanak sağlamaktadır. Yüksek mahkemelerin bu durumda, anayasal yetki paylaşımının katı yapısına dayanarak ilkeyi daha dar yorumlayabilecekken, tam tersi bir biçimde ilkenin bir çok yetki alanına ulaşmalarını sağlamaktadırlar. Dolayısıyla, yetki paylaşımının anayasadaki katı yapısına rağmen, belirsiz yapısı federal yönetim lehine sonuçlar doğurmaktadır.

Esnek yetki paylaşımlarında hukuk düzenlerinin üstünlüğü ilkesi, bazı örneklerde daha istikrarlı bir biçimde açık ortaklaşa yetkilere ilişkin olarak uygulanmaktadır. Zira söz konusu federal sistemlerde anayasada belirlenen ortaklaşa yetki alanları, hem daha fazla ve hem de daha ayrıntılıdır. Bunun yanı sıra, anayasayla belirlenen yetki paylaşımlarında ortaklaşa yetkilerle sisteme esneklik sağlansa da, belirli bir yönetime üstünlük verecek mekanizma sadece ortaklaşa yetkiler alanında kabul edilmektedir. Esnek yetki paylaşımında görülen önemli bir sonuç, zaman içerisinde ortaklaşa yetki alanlarının uygulamada daha fazla artış göstermesidir.

f. Ortaklaşa Yetkiler

Yetki paylaşımına ilişkin yapılan tanımlamalara göre federasyonlar; yönetimler düzeyinde uygulanan ortaklaşa yetkiler (*concurrent powers*) hariç, tüm uygulanabilir devlet yetkilerinin, federal ve federe yönetimler arasında paylaşıldığı devlet biçimidir.¹⁰⁵⁷

Ortaklaşa yetkilerin zımni uygulamaları, Amerika ve Avustralya'nın dahil edildiği sert yetki paylaşımında ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra federasyonlar arasında, esnek yetki paylaşımına örnek olan Kanada, Avusturya, Hindistan ve Almanya, açık ortaklaşa yetkilere ilişkin anayasal düzenlemeleri bulunan federal sistemlerdir.

Aynı zamanda, Avusturya Anayasası'nda terminolojik olarak münhasır ya da ortaklaşa yetki gibi kavramlar bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri, federal yönetimin münhasır yetkilerini, 10. maddede belirli konularda yasama ve yürütme yetkisini sadece federal yönetime vermektedir. GAMPER, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen yetkilerin münhasır değil, sayılmış belirli yetkiler olduğunu belirtmektedir. Ne var ki anayasa hükmünde belirtildiği üzere, "*Federasyon aşağıda belirtilen alanlarda yasama ve icra yetkilerine sahiptir*" ifadesi, bu alanda federal yönetimin hem yasa yapma hem de bu yasaların yürütülmesinde münhasır yetkili olduğu anlamına gelmektedir.¹⁰⁵⁸ Bununla birlikte Anayasa'nın 11. maddesinde, federal yönetimin belirlenen alanlarda yasaları oluşturması söz konusuysen, bu yasaların yürütülmesinde federal yürütme organları değil, federe yönetimler yetkilidirler.

¹⁰⁵⁷ ZIMMERMAN, Joseph, *Congressional Devolution of Power*, MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J, (Ed.) *The Federal Nation: Perspectives on American Federalism*, Palgrave Macmillan, USA, 2008, s.103.

¹⁰⁵⁸ TAYLOR, *Characterisation in Federations*, s. 96.

Avusturya Anayasası'nın ilgili yetki paylaşımı maddeleri değerlendirildiğinde, öncelikle federal yönetimin yetkilerinde 6. madde ön plana çıkmaktadır. Madde de medeni hukuk gibi çeşitli konuların kapsama alındığını görüyoruz örneğin özel vakıflar, ceza hukuku ve biraz yerinde olmayan bir ifadeyle burada -suç ya da başka tehlikeli unsurlara karşı toplumun korunması için oluşturulacak kuruluşlar- olarak adlandırılır; telif hakkının korunması yasası, basın ilişkileri ve mülkiyetin zorunlu iktisabı (Devlet konularda hariç). Bu konularda açıkça federal yönetim yetkili kılınmıştır ki görüldüğü gibi, on sekiz paragraftan sadece biri (m.10 f. 1) hariç Avusturya Anayasası'nda diğer federasyon anayasalarında bulunan ayrı bir ortaklaşa yetkiler yer almamaktadır. Avusturya Anayasası'nın 10. maddesinde yer alan yetki paylaşımının ciddi anlamda detaylı olduğunu ve bir şekilde bu düzenlemenin detaylı olmasının uygunsuz (*infra dignitatem*) olduğu konusunda da eleştirilmektedir.¹⁰⁵⁹

Avusturya'da federal yönetimin münhasır yetkileri ve ortaklaşa yetkileri olarak çerçeve yasayla düzenleme yetkisi ve yatay yetki ile açıkça sayılmaktadır. Avusturya Anayasası'nın 10., 11., 12. ve 15. maddelerinde federal ve federe yönetimlerin yetki alanlarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Ancak Avusturya Anayasası'nda belirlenen yetki paylaşımının, federal yönetime doğru önemli bir eğilim olmasına sebep olmaktadır.¹⁰⁶⁰ Ayrıca ortaklaşa yetkilerin detaylı olarak belirlendiği Alman Anayasası'nın 74. maddesi, federal ve federe yönetimlerin bu yetkilerini saymaktadır.¹⁰⁶¹

g. Çerçeve Yasayla Düzenleme Yetkisi

Bu yetki türü, federal yönetim belirli alanlarda yasama yetkisini kullanarak federal kanunlarla ilgili alanın çerçevesini oluşturmakta, geriye kalan alanlarda boşlukları federe yönetimlerin kanunlarıyla (uygulama kanunları) doldurmaları beklenmektedir.

Avusturya Anayasası, diğer bir çok federasyon anayasalarında yer aldığı gibi münhasır veya ortaklaşa yetkiler kavramlarını, anayasa metninde kullanmamaktadır. Avusturya Anayasası'nda, federal yönetimin belirli alanda çerçeve yasaları oluşturma yetkisi verildiği görülmektedir. Anayasa, Alman Anayasası'nda da öngörüldüğü gibi yetkileri iki düzeyde paylaşmaktadır. Federal ve federe yönetim düzenlerinde paylaştırılan bu yetkiler, federal yönetimin yasama yetkisi ve federe yönetimlerin söz konusu yasama yetkilerinin yürütmesinde yer almaları şeklindedir.

Avusturya Anayasası'nda daha önce belirttiğimiz Anayasa'nın 10. maddesiyle federal yönetim hem yasama hem de yürütme yetkileri düzenlenmiştir. Anayasa'nın 11. maddesinde belirtilen hallerde örneğin vatandaşlık, iskan uygulamaları, trafik hukuku,

¹⁰⁵⁹ TAYLOR, *Characterisation in Federations*, s. 96.

¹⁰⁶⁰ ENGELMANN Frederick C, SCHWARTZ, Mildred A, *Perceptions of Austrian Federalism*, *Publius*, Vol. 11, No. 1, 1981, s. 85.

¹⁰⁶¹ Bu doğrultuda 2006 federalizm reformlarıyla, Anayasa'nın 74A maddesinde belirtilen kamu hizmetlerine ilişkin ortaklaşa yetkilerle kaldırılmıştır.

iç nakliye (okyanus nakliyesi dahil değildir) ve hayvanların korunması gibi önemli olduğu belirtilen yetkilerde, federal yönetimin yasaları oluşturma yetkisi bulunmakta, fakat bu yetkilerin yürütmesini federe yönetimler mevzuat çerçevesinde sağlarlar.¹⁰⁶²

Diğer bir yetki paylaşımı esası olan ortaklaşa yetki alanları, Avusturya'da daha farklı bir türle benimsenmiştir. Bu da Avusturya Anayasası'nın 12. maddesinde ifade edilen çerçeve yasaların ve uygulama kanunlarının çıkartılması konusunda ki federal ve federe yönetimlerin ortaklaşa yetkisini düzenleyen hükümdür. Burada, Anayasa'nın 11. maddesinde olduğu gibi, yetki paylaşımı kataloğunun esnek yapısı açıkça görülmektedir. Bunun nedeni, 11. maddede öngörülen yatay yetki ve 12. maddede belirtilen çerçeve yasa yetki türlerindeki konular, federal ve federe yönetimlerin ortaklaşa düzenleme yaptıkları alanlardır.

Anayasa'nın 13. maddesi federal yönetimin mali açıdan üstünlüğünü ifade etmektedir, aynı zamanda Anayasa'nın 14. maddesi eğitim alanında federal yönetime özel bir düzenlemeyle üstünlük sağlandığı ima edilmektedir. Anayasa'nın 15. maddesi artık yetkileri federe yönetimlere bırakmıştır ki bu yetkiler örneğin inşaat, turizm, avcılık, balıkçılık spor ve eğlence gibi yerel yönetimlere ait olan yetkilerle sınırlıdır.

Avusturya Anayasası'nda, federe yönetimlerin ayrı bir liste ya da kategori halinde yetkileri belirtilmemiştir. Yetki paylaşımının esnek yapısı bir yana, artık yetkilerde federe yönetim düzenleri yetkili olsa da, federal yönetim o kadar detaylı alanlarda yetkilendirilmiştir ki, bu nedenle en başta sistemin "federal benzeri" bir sistem olduğu şeklinde nitelendirilmiştir.

Alman Anayasası'nda, 2006 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle kaldırılmadan önce, Anayasa'nın 75. maddesinde düzenlenen federasyon üzerinde belirlenen üçüncü bir yetki türü olarak çerçeve yetkiyi düzenlemekteydi. Burada, federe yönetim mevzuatlarının federal yönetim tarafından oluşturulacak çerçeve bir kanunla belirlenebileceği alanları düzenlemekteydi. Listede, yedi farklı konuda federal yönetim çerçeve yasalar oluşturma düzenlenmişti. 2006 yılında yapılan federalizm reformlarıyla Anayasa'da "*federal yönetimin çerçeve yasaları oluşturma*" yetkisi kaldırılmıştır. Alman Anayasası'nda m. 125a, 125b, ve 125c'de, bu yetki türünün kaldırılmasıyla oluşan boşlukların ve bundan sonra söz konusu yetki alanlarının nasıl düzenleneceğine ilişkin hükümler kabul edilmiştir. Bu dönemde Alman federasyonu bakımından köklü değişiklikler gerçekleştirilmiş, bunda Alman Anayasa Mahkemesi'nin yetki uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarının da etkisi olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶³

¹⁰⁶² TAYLOR, *Characterisation in Federations*, s. 96-97.

¹⁰⁶³ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. TAYLOR, *Characterisation in Federations: Six Countries Compared*, s. 75-78, Ayrıca Alman federalizm reformunun getirdikleri hakkında genel bilgi için bkz. KOPPENHAGEN, Silvia, *German Federalism: An Interview Study On Past, Present And Future Developments*, ARBETSRAPPORTER, Kulturgeografiska Institutionen, Nr. 661, Uppsala, Juni 2008.

Avusturya federasyonu, tarihsel ve dil bakımından Almanya ile ciddi bağıları bakımından da, federasyon tercihinde Alman federasyonuna benzer bir yapının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Avusturya ve Alman federasyonlarındaki bu benzeşme, Almanya ile birleşme isteğinin bir iz düşümü olarak da açıklanabilir. Nitekim, 1920 yılında federasyonu ve anayasasını oluşturan Avusturya, II. Dünya savaşının ardından güçlü bir yönetim kurma yönünde Anayasası'nı oluşturmuştur.¹⁰⁶⁴ Savaştan ve bu dönemde yapılan anlaşmalardan, nüfus ve coğrafyasından geriye kalanları toparlamak adına daha merkezi yanı güçlü bir federasyon tercihi yaratmıştır. Öncelikle yetki paylaşımı kataloğunda, federal yönetimin yasama yetkileri bakımından üstünlüğü söz konusudur. Ayrıca hem anayasa yargısı, hem de federasyonda yetkilerin federal yönetime kaymasının engellenmesi bakımından farklı tercihler içermiştir. Bu federasyonda, federal hukuk federe yönetim hukuku ile aynı statüde kabul edilmektedir.¹⁰⁶⁵

Avusturya Anayasası Alman federasyonuna göre daha da merkezileşmiştir. Almanya'da federe yönetimler Avusturya'daki kadar bağımlı değildir ve ayrıca 2006 yılında Almanya'da gerçekleştirilen Federalizm Reformları federe yönetimlerin ciddi güç kazandığı ve yetki paylaşımı kataloğunda önemli değişiklikler yapıldığı bir reform dönemi geçirmiştir.

Bu yönüyle de Alman federasyonunun, Avusturya'dan önemli bir ayrılma noktası daha ortaya çıkmaktadır. Federalizm Reformlarının oluşturulmasına, Alman federe yönetimlerinin bu konudaki ısrarları ve bu yöndeki ciddi talepleri etkili olmuştur. Bu yetki türü, Almanya gibi güçlü siyasi ve mali federe yönetimlerin bulunduğu federal bir sistemde zamanla krizlere neden olmuştur. Söz konusu alanlarda, federal yönetimin çerçeve yasa oluşturmaktan çok detaylı yasalar yapmış olması ve o alanlarda federe yönetimlere ilk elden düzenleme yapabilecek alan bırakmaması yetki türünün kaldırılmasına ilişkin süreçte etkisi olmuştur. Ayrıca bu yetki türü nedeniyle, ikinci meclis olarak Federal Konsey'in, Federal Meclis üzerindeki veto yetkileri nedeniyle sistemin sık sık tıkanmasına neden olmuştur. Reformlar süresince Almanya'da, federal ve federe yönetimler arasında ciddi pazarlıklar gerçekleştirilmiş, sonucunda da, Alman Anayasası'nda bulunan çerçeve yasa türü çıkarılmıştır. Üstelik Almanya'da bu yetki türünün kaldırılmasıyla, federe yönetimlerin yasama yetkileri biraz daha genişlemiştir.

¹⁰⁶⁴ Avusturya, ELAZAR'ın belirlediği birlik ve birlik olmama ile homojen topluma çeşitlilik arz eden toplumlar skalasında, Avusturya yapı olarak, hem birlik hem de homojen toplumlarda gösterilmektedir. Dolayısıyla Avusturya'da, dil-din bakımından türdeş bir toplum olduğunu belirtmek doğru olacaktır. Bunun önemi, çeşitlilik arz eden bir federasyonda hem yetki uyumsuzluklarının ortaya çıkması, hem de bu uyumsuzlukların ortaya çıkmasıyla, çözümünde taraf olan siyasilerin üstlendiği roller bakımından farklılık arz eder. ELAZAR, Daniel, (Ed.) **Federalism and Political Integration** , University Press of America, USA, 1984, s. 27. Avusturya'da dil bakımından, % 88.6 Almanca, bölgelerin bazı alanlarında Hırvatça % 1.6, Macarca % 0.5 ve bazı bölgelerinde Slovence % 0.3 dili konuşulmaktadır. Ayrıca Avusturya'da, dini inanç kamu hayatında önemli bir rol oynamadığı, Nüfusun %73,6 oranında Roma Katolik, % 4.7'sinin Protestan, % 4.7'sinin Müslüman, % 0.1'nin Yahudi ve %12'sinin herhangi bir dini inancı olmayanlarda olduğu belirtilmektedir. KIEFER, Andreas, SCHAUSBERGER, Franz, *Republic of Austria* , s. 57.

¹⁰⁶⁵ ÖHLINGER, Theo, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation* , **Ratio Juris**, Vol. 16, No. 2, June 2003, s. 212-213.

Söz konusu ilke Avusturya Anayasası'nda hali hazırda uygulanmaya devam eden bir ilkedir. Üstelik Avusturya'da adı çerçeve yasa olmasına rağmen federal yönetimin, çerçeve yasaların boyutlarını aşarak detaylı kanunlar olarak hazırladığı ve bu nedenle federe yönetimlere düzenlenecek bir detay alanı kalmadığı da görülmektedir. Federal yönetimlerin çerçeve yasayı belirleme yetkisi, zaman zaman federal yönetim tarafından aşılarak detaylı düzenlemeler yapılması bu konudaki uyuşmazlıkları ortaya çıkarmıştır.

h. Yatay Yetki

Ortak hukuk geleneğinden gelen ABD, Avustralya ve Kanada (Ceza hukuku istisna olarak) gibi bazı federasyonlarda, genellikle yasama yetkisine sahip olan her yönetim düzeni, yürütme yetkisine de sahiptir.¹⁰⁶⁶ Dolayısıyla federasyonların ilk örneklerinde yasama yetkisi verilmiş bir yönetim düzeninin, aynı yetkinin yürütülmesi konusunda da yetkili olduğu görülebilir.

Aslında federal sistemlerde, yetki paylaşımının bu şekilde yapılmasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. WATTS bu özelliklerden ilkinin, yasama organının özerkliğini güçlendirmek olarak ifade etmektedir. İkinci olarak, kendi yasama fonksiyonlarını oluşturabilen her yönetime, yani norm koyma iradesini yerine getiren yönetim, bu normun yürütülmesi konusunda da yetki sahibi olmaktadır. Üçüncü olarak, normu koyan yani mevzuatı oluşturan yönetim düzeninin, bu normu uygulamasına imkan verilmekte, böylelikle yasaların amaçlarına ulaşması konusunda da teminat sağlanmış olmaktadır. Dördüncü olarak, Kanada ve Avustralya gibi Westminster Modeli parlamenter sisteminin benimsendiği federasyonlarda, yürütmenin yasamaya karşı sorumluluğu söz konusudur. Böylece, yasama ve yürütme yetkilerinin uyuşmaması halinde, yasamanın yaptığı yasaların yürütülmesiyle ilgili olarak yürütme organı üzerinde kontrolü söz konusu olabilecektir.¹⁰⁶⁷

Yürütme federalizminde (*executive federalism*) Alman federasyonlarında, bazı konularda yasama yetkisi federal yönetime, federal yasaların yürütülmesi yetkisi ise federe yönetimlere bırakılmaktadır. Dolayısıyla, nihai karar alma yetkilerinin önemli bir kısmı federal yönetimde olduğundan, federe yönetimlerin ilk-elden düzenleme yapabilmeleri haliyle daha sınırlı olabilmektedir.

Almanya'da, federalizm reformlarıyla federe yönetimlerin sistem içerisinde yetkilerinin biraz daha artmış olduğu görülmektedir. Aynı şekilde, önemli derecede mali özerkliklerin, federe yönetimler lehine sağlanmış olduğu da görülmektedir.

¹⁰⁶⁶ Aynı zamanda, farklı hukuk geleneğinde olmasına rağmen Belçika federasyonunda da, yasama yetkilerinin dağılımı ile yürütmeye ilişkin yetkilerinin dağıtılması konusunda sıkı bir bağıllık olduğu gözlemlenmektedir. Bu yasama yetkisinin anayasayla verildiği herhangi bir yönetim düzeninin, o alanda yürütme yetkilerini de yürütüyor anlamına gelmektedir.

¹⁰⁶⁷ AKHTAR, Majeed, WATTS, Ronald L, BROWN, Douglas M, (Eds.), **Global Dialogue on Federalism Volume 2: Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , içinde WATTS, Ronald L, *Compartive Conclusion* , McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s.125-154.

Ancak bu değerlendirmeyi, Avusturya federasyonu bakımından yapmak mümkün olmamaktadır. Burada münhasır yetkiler, belirli alanlarda çerçeve yetki türü ve yatay yetki açısından federal yönetimin yetkilendirildiği görölmektedir. Anayasayla, federal yönetimin bir çok alanda yasama yetkilerini ilk elden kullandığı, bu yetkilerin bir kısmının yürütülmesi konusunda da federe yönetimleri yetkilendirmiş olduğu görölmektedir.

Bazı federasyonlarda, en önemlisi Alman ve Avusturya federasyonlarında, (önemli bir ölçüde İsviçre’de de) belirli alanlarda yasama ve yürütme yetkilerinin federasyonun farklı yönetim düzenleri arasında paylaşılması söz konusudur. Bu yetki paylaşımı modeli anayasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, karakteristik olarak bu tür yetki paylaşımının uygulayıcısı olan Alman federasyonu yetki paylaşımı kataloğunun, “*dengeless bir ölçek ya da bir tahterevalli*”¹⁰⁶⁸ olduğu ifade edilmektedir.

Yürütme federalizmi örneklerinin, bu tür yetki paylaşımı kataloğunu benimseyen federasyonlarda ortaya çıkması tesadüfi değildir. Yetki paylaşımında, norm koyma iradesi konusunda en fazla yetkinin federal yönetim tarafından yerine getirildiği, bu federal yasaların yürütülmesinde de federe yönetimlerin yetkili olduğu görölmektedir. Bu nedenle yetki paylaşımının dikey olarak yapıldığı federal sistemde, bu paylaşım yetkiler bakımından yatay bir ayırımı daha içermektedir. Bu durumda, kural olarak kuvvetler federal ve federe yönetimler arasında dikey olarak bölünmüştür. Bununla beraber, belirli konularda yasama ve yürütme yetkileri, federal yönetimle federe yönetimler arasında ayrıca paylaşılmıştır. Böylece, belli konularda yetkilerin yatay anlamda paylaşılması söz konusudur. Bu tür yürütme federalizmi örneklerinde, aynı yatay bölünmenin yetki paylaşımında yasama ve yürütme yetkilerinin federasyon düzenleri arasında da bölünmesiyle sonuçlanmıştır. Bu nedenle bu tür yetki paylaşımı tercihinin yapıldığı federal sistemlerde, “yatay yetki” benimsenmiş kabul edilebilir.

Federal yönetimin yasa koyucularının, kendi yasalarının yürütülmesi konusunda daha sorumlu olabilecekleri, bu nedenle yetki paylaşımının yürütme federalizmi aracılığıyla esnetilmesinin verimi konusunda bazı şüpheler bulunmaktadır.¹⁰⁶⁹ Yasama işlevini gerçekleştirenlerin, bu yasaların yürütülmesi konusunda daha sorumluluk sahibi olabilecekleri kabul edilmekle beraber, bunun olumsuz yönü federal yönetimin yerinden yönetim ilkesinin ya da yetkilerin merkezileşmemesi konusundaki pazarlıkların, yetkileri daha fazla merkeze yani federal yönetime çekme konusundaki eğilimleri olabileceği belirtilmektedir.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸ MAJEED Akhtar, WATTS Ronald L. & BROWN Douglas M, (Eds), **Global Dialogue on Federalism Volume 2: Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , içinde SCHNEIDER, Hans-Peter, *The Federal Republic of Germany* , McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s.125-154.

¹⁰⁶⁹ FALLETI, **Decentralization and Subnational Politics in Latin America** , s. 285.

¹⁰⁷⁰ FALLETI, **Decentralization and Subnational Politics in Latin America** , s. 285.

Alman ve Avusturya federasyonlarında görülen bu tür anayasal yetki paylaşımı tercihi yani yatay yetki ; çoğu federal yasanın federe yönetimler tarafından yürütülmesi bakımından çok merkezli ya da merkezileşmemiş (*decentralize*) yönetimle birleştiğinde, yasamanın merkezileşme derecesinde en yüksek noktaya ulaşması söz konusu olmaktadır.¹⁰⁷¹

Avusturya Anayasası'nın 11. maddesinde, yönetim düzenlerinin yetkilerini ayırmada yatay bir ayırmanın öngörülmüştür. Avusturya Anayasası'nda, federal yönetimin yetkileri açıkça sayılmış, ayrıca federe yönetimlerin bu alanlarda yürütme yetkilerinin bulunabileceği alanlar ayrılmıştır.

Avusturya, büyük ölçüde kültürel bakımdan türdeş bir federasyon olarak nitelenmektedir. WATTS Avusturya'nın, devletçi ve geleneksel hiyerarşik bir politik kültürü göz önüne alındığında, federasyonunun yasama yetkileri bakımından son derece merkezi bir yapı sergilediğini ancak federasyonlar bakımından federal yasaların uygulanması konusunda yaygın olarak federe yönetimler arasında yerinden yönetimci bir yapı sergilediğine dikkati çekmektedir.¹⁰⁷²

Avusturya'da, artık yetkilerin federe yönetime bırakıldığı, fakat federe yönetimlerin genellikle federal hükümetin “organları” (*agents*) ve “destekçileri/astları” (*subordinate*) gibi hizmet ettikleri belirtilmektedir.¹⁰⁷³ Burada ifade edilen organlar, federal yönetimin uygulayıcıları olarak hareket ettiklerine işaret edilmektedir. Bu da federe yönetimlerin, anayasayla yürütmeye ilişkin görevleri üstlendiklerini ve Avusturya'nın bu yönüyle de federasyonlar arasında en merkeziyetçi federasyon olduğu genel olarak kabul edilen bir tespittir.

WHEARE'in bu tasnifinden yola çıkılırsa, aslında Avusturya Anayasası'nın yetki paylaşımının dört değil daha fazla katmandan oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin, Anayasası'nın 14. maddesinin 4. fıkrasıyla¹⁰⁷⁴ ve 14a¹⁰⁷⁵ maddesinde sayılan -kısıtlı- alanlarda da yasama ve yürütme yetkisinin sadece federe yönetimlere ait olduğu belirtilmiştir.

Hindistan yetki paylaşımı, neredeyse Anayasa'da belirlenen tüm ortaklaşa yetki alanlarında, Alman ve Avusturya federasyonlarına benzer bir şekilde, federal yönetime yasa yapma yetkisini vererek, bu alanlarda yasaların yürütülmesini federe yönetimlere

¹⁰⁷¹ MAJEED, WATTS, BROWN, *Global Dialogue on Federalism Volume 2: Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, içinde WATTS Ronald L, *Comparative Conclusion*, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s.321-350.

¹⁰⁷² WATTS, *Comparative Conclusion*, s. 323.

¹⁰⁷³ Aynı ifade için bkz. WHEARE, *Federal Government*, s. 24. WATTS, *Comparative Conclusion*, s. 323.

¹⁰⁷⁴ Avusturya Anayasası'nın 14. maddesinin ilk fıkrası, Aşağıdaki fıkra hükümlerinde yer alan aksine düzenlemeler müstesna, öğrenim ve eğitim, talebe ve öğrenci yurtlarına ilişkin konularda yasama ve yürütme yetkisi federasyona aittir. Madde 14a'da düzenlenmiş hususlar, bu maddenin anlamı dahilinde öğrenim ve eğitime ait değildir hükmü ile alt fıkra ve bentlerde sayılan alanlarda federal yönetimi yetkili kılmıştır. Fakat aynı maddenin 4. fıkrası (4) Aşağıda sayılan alanlarda yasama ve yürütme yetkisi eyaletlere aittir; hükmüyle devam fıkra ve bentlerdeki alanlara ilişkin yasama ve yürütme yetkilerini federe yönetimlere bırakmıştır.

¹⁰⁷⁵ Yine Avusturya Anayasası'nın 14a. maddesinin ilk fıkrası, (1) Aşağıda aksine bir hüküm yoksa, ziraat ve ormancılık okullarının yanı sıra, ziraat ve ormancılık eğitimi, öğrenci yurtları ve bu madde kapsamındaki okul ve öğrenci yurtlarında görevli öğretmenlerin ve eğitimcilerin çalışma esasları ve özlük haklarına ilişkin konularda yasama ve yürütme yetkisi eyaletlere aittir. Üniversite eğitimiyle ilgili konular ziraat ve ormancılık okullarının kapsamında değildir hükmü ile alt bentlerinde sayılan alanlarında açıkça yasama ve yürütme yetkisini federe yönetimlere bırakmıştır.

yetki verilmiştir.¹⁰⁷⁶ Hindistan federasyonunda, ortaklaşa yetkilere ilişkin anayasal yetki paylaşımında yatay yetki söz konusudur. Anayasa'da belirlenen neredeyse tüm ortaklaşa yetkiler ve en önemlisi federe yönetimlerin yetki alanlarında da, federal yönetimin norm koyma iradesi bulunmaktayken, bu alanlarda federal yasaların yürütülmesi konusunda federe yönetimlere yetki verilmiştir.¹⁰⁷⁷

Yetki paylaşımı katalogları bakımından yatay yetki, federal yönetimin yetkilerinin daha fazla arttırılması amacını taşımaktadır. Bu da yasama yetkilerinin merkezileşme derecesinde en yüksek noktaya ulaştıklarını belirtmektedir.¹⁰⁷⁸ Ayrıca yazar, bu tür yetki paylaşımını bir bakıma yasama yetkinsini gücünü azalttığını ve yasaların tam olarak amacına ulaşmayabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, bu şekilde yetki türleri içermeyen yetki paylaşımı kataloglarında,¹⁰⁷⁹ öncelikle yasama organlarının egemenliklerinin güçlendiği ve kendi yasaları oluşturabilen yönetim düzenlerinin, kendi mevzuatının yürütülmesi konusunda da yetkili olmaktadır. Bu da, yasaların amaçlarına ulaşması konusunda bir teminat sağlanmış olmaktadır.¹⁰⁸⁰

Yatay yetki türünü benimseyen Almanya, Avusturya ve Hindistan gibi federal sistemlerde, federal yönetimin yasama ve federal mevzuatın yürütülmesi için yetkilerin paylaşılmasında anayasal bir ayırım bulunmaktadır. Bu yatay yetki, federal yönetimin genellikle iç ve ortaklaşa politika alanlarında düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir. Federal düzenlemelerin yürütülmesi ise, federe yönetimlere bırakılmıştır. KINCAID bu yetki paylaşımı tercihi nedeniyle, federal sistemlerde yürütme ya da yönetim yetkilerinin merkezileşmemiş (*decentralize*) olurken, yasama gücünü önemli ölçüde merkezileştirdiğini ifade etmektedir.¹⁰⁸¹

Bu yetki türünü benimsemeyen örneklerimizden Avustralya, Kanada ve ABD federal sistemlerinde, her yönetim düzeninin hem yasama hem de oluşturduğu yasaların yürütüme yetkilerine sahip olduklarından, kendi yasama yetkilerini işlerlik kazandırmaktadırlar. Bu bakımdan, her hangi bir yönetim düzeninin mevzuatının yürütülmesi konusunda, diğer yönetimin iradesine bağlı olmadığı gibi, her yönetim düzeninin yeterli oranda kendi yönetici veya idari gücü bulunmaktadır.¹⁰⁸² Bu doğrultuda, aşağıda örnek federal sistemlerin hem anayasadan hem de uygulamadan

¹⁰⁷⁶ Hindistan Anayasası'nın 246. maddesine göre, Anayasanın Liste III, VII. bölüm yer alan ortaklaşa konularda, yasama yetkisinin federal yönetimde olduğunu düzenlemektedir.

¹⁰⁷⁷ Hindistan Anayasası'na eklenen 3. Liste'de, federal ve federe yönetimlerin ortak yetki alanlarını düzenlemektedir. Bu listede yer alan yetkiler bakımından federal yönetimin geniş alanlarda yasama yetkisini kullanmasını sağlayıcı hükümler bulunmaktadır. Anayasanın 249, 250. ve 18. bölümünde bu yetkilere ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. **Constitution of India** <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>.

¹⁰⁷⁸ WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s**, s. 34.

¹⁰⁷⁹ Bu durumda ABD, Avustralya, Kanada ve Hindistan örneklerimizde olduğu gibi.

¹⁰⁸⁰ WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s**, s. 32.

¹⁰⁸¹ KINCAID, TARR, (Ed.), **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, s. 410.

¹⁰⁸² KINCAID, TARR, (Ed.), **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, s. 410.

kaynaklanan yetki paylaşımı ve yetki konuları liste halinde verilmiştir. Söz konusu tablo literatürde karşılaştırmalı çalışmalardan yola çıkılarak hazırlanmıştır.¹⁰⁸³

Tablo 3: Federasyonlarda Yetki Paylaşımı Türlerinin Konularına Göre Dağılımı

Yetki Paylaşımı Türleri	Kanada 1982	ABD 1787	Almanya 1949	Avusturya 1929	Avustralya 1901	Hindistan 1950
Mali İlişkiler						
Vergilendirme						
Gümrük ve Tüketim Vergileri	Federal	Federal-Ortaklaşa Yetki	Federal	Federal	Federal	Federal-Federal ve Federe
Ticari Vergiler	Federal ve Federe	Ortaklaşa	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴ ¹⁰⁸⁵	Federal	Ortaklaşa	Federal
Kişisel Gelir Vergisi	Federal ve Federe	Ortaklaşa	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal	Ortaklaşa	Federal ve Federe
Satış Vergisi/KDV	Federal ve Federe	Ortaklaşa	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal	Ortaklaşa	Federal ve Federe
Denkleştirme <i>Equalization</i>	Federal		Federal ve Federe			
Federal Kamu Borçları	Federal	Federal	Federal	Federal	Federal	Federal
Dış Borçlar	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Federal	Ortaklaşa	Federal
İç Borçlar	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Ortaklaşa	Federal ve Federe
Uluslararası İlişkiler			Federal	Federal		Federal
Savunma	Federal	Federal ve Federe	Federal	Federal	Federal ve Federe	Federal
Anlaşmaların Uygulanması	Federal ¹⁰⁸⁶	Federal	Federal ve Federe	Federal ¹⁰⁸⁶	Federal	Federal ¹⁰⁸⁷
Vatandaşlık	Federal	Federal	Federal-Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal ve Federe ¹⁰⁸⁴	Federal	Federal
Federasyona Yapılan Göç	Ortaklaşa	Ortaklaşa	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal	Ortaklaşa	Federal
Federe Yönetimlerarası Göç			Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal		Federal
Ekonomik Birliğin İşleyişi						
Sanayi ve Ticaret	Federal	Federal	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal	Federal	Federal
Dış Ticaret	Federal	Federal			Ortaklaşa	Federal
Federe Yönetimlerarası Ticaret	Federal	Federal			Ortaklaşa	Federal
Federe Yönetimlerinde Ticaret	Federe	Federe			Federe	Federe ve Ortaklaşa
Para Birimi	Federal	Federal	Federal	Federal	Federal	Federal
Bankacılık	Federal ve Federe ¹⁰⁸⁸	Ortaklaşa	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴ ¹⁰⁸⁹	Federal	Ortaklaşa	Federal
İflas	Federal	Federal ve Federe		Federal	Ortaklaşa	Ortaklaşa

¹⁰⁸³ Söz konusu tablo, literatürde bu konuda yazılan eserlerin değerlendirmelerinden oluşturulmuştur. Literatür taraması sırasında, belirlenen yetki türleri dağılımı tabloya işlenmiştir. Söz konusu tablo, yönetim düzenleri arasında anayasal ve uygulamadaki yetki dağılımını içermektedir. Bir örneğ için bkz. SWENDEN, Wilfried, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 101. WATTS, **Comparing Federal Systems in the 1990s**, s. 55 vd. THORLAKSON, Lori, *Comparing Federal Institutions: Power and Representation in Six Federations*, **West European Politics**, Routledge Publishing, 2003, 26:2, s. 8 vd.

¹⁰⁸⁴ Bu alanda yasama yetkisi federal yönetimde, bu yasaların uygulanması da federe yönetimlerde.

¹⁰⁸⁵ SWENDEN söz konusu yetki alanını ortaklaşa bir yetki alanı değil, Federal ve Federe yönetimlerin yetki alanı olarak belirlemiştir. Federal yönetim bu alanda yasaları yapmakta, federe yönetimlerde bu yasaların yürütülmesinde görev almaktadırlar. alanda uygulama kanunlarının çıkarılması ya da federe yönetimlerin rızası gerekmektedir. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 101.

¹⁰⁸⁶ Bu alanda uygulama kanunlarının çıkarılması ya da federe yönetimlerin rızası gerekmektedir. Bu nedenle SWENDEN Avusturya için söz konusu kategoriyi, Federal ve Federe şeklinde belirlemektedir. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 101.

¹⁰⁸⁷ Bu alanda yetkinin kullanılması için bağlayıcı olmayan federe yönetimlere danışma gerekmektedir.

¹⁰⁸⁸ Bankacılık konusunda yetkiler münhasıran federal yönetime verilmiştir fakat tasarruf ve kredi birlikleri ile ilgili konular federe yönetimlere verilmiştir.

¹⁰⁸⁹ SWENDEN söz konusu yetki alanını ortaklaşa bir yetki alanı değil, Federal ve Federe yönetimlerin yetki alanı olarak belirlemiştir. Federal yönetim bu alanda yasaları yapmakta, federe yönetimlerde bu yasaların yürütülmesinde görev almaktadırlar. alanda uygulama kanunlarının çıkarılması ya da federe yönetimlerin rızası gerekmektedir. Bu nedenle SWENDEN Avusturya için söz konusu kategoriyi, Federal ve Federe şeklinde belirlemektedir. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 101.

Sigorta	Federal ve Federe	Federal ve Federe		Federal	Ortaklaşa	Federal
Ulaştırma ve İletişim			Federal Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴			
Yollar ve Köprüler	Federe	Federal ve Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Federal ve Federe
Tren yolları	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Federal Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴ "1090"	Federal	Federal ve Federe	Federal
Havacılık	Federal	Federal		Federal	Federal ve Federe	Federal
Telekomünikasyon	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Federal	Federal	Ortaklaşa	Federal
Posta Hizmetleri	Federal	Federal	Federal	Federal	Ortaklaşa	Federal
Yayıncılık	Federal	Federal	Federal Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal ve Federe	Ortaklaşa	Federal
Tarım ve Doğal Kaynaklar						
Tarım	Ortaklaşa	Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal ¹⁰⁸⁴ "1091"	Federe Ortaklaşa ¹⁰⁹²	Federe Ortaklaşa
Balıkçılık	Federal ve Federe	Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴		Federal ve Federe	Federal ve Federe
Mineral Kaynaklar	Federal ve Federe	Federe		Federal	Federe	Federal ve Federe
Nükleer Enerji	Federal	Federal ve Federe	Federal ¹⁰⁹³ -Ortaklaşa	Federal	Ortaklaşa	Federal
Sosyal İşler						
İlk ve Ortaöğretimde	Federe	Federe	Federe	Federal ve Federe	Federe	Ortaklaşa ve Federe
Lise'den Sonraki Eğitim (Post-secondary)	Federe	Federal ve Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁹⁴	Federal	Federal ve Federe	Federal, Ortaklaşa ve Federe
Araştırma Geliştirme		Federal ve Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴ "1095"	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Federal, Ortaklaşa ve Federe
Hastaneler	Federe ve Federal ¹⁰⁹⁶	Federe ve Federal ¹⁰⁹⁶	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal ve Federe	Federe
Halk Sağlığı ve Sağlık İşleri	Federe	Federe		Federal ve Federe	Federe	Federe
Çalışma ve Sosyal Hizmetler		Federal ¹⁰⁹⁶ ve Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴			
İşsizlik Sigortası	Federal	Federal ve Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal	Ortaklaşa	Federe
Gelir Güvenliği	Federal ve Federe		Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal	Ortaklaşa	Ortaklaşa Federe
Sosyal Güvenlik	Federe ve Federal ¹⁰⁹⁶	Federe ve Federal ¹⁰⁹⁶		Federe	Ortaklaşa	Ortaklaşa Federe
Emeklilik	Ortaklaşa ¹⁰⁹⁷	Ortaklaşa		Federal	Ortaklaşa	Ortaklaşa
Hukuk ve Güvenlik						
Özel Hukuk (Medeni Hukuk)	Federe	Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal ve Federe ¹⁰⁹⁸	Federal ve Federe	Ortaklaşa

¹⁰⁹⁰ SWENDEN, Almanya'da tren yollarının, federal yönetime ait bir yetki olduğunu belirtmektedir. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 101.

¹⁰⁹¹ SWENDEN bu konuda federal yasama organının yasa yapma yetkisi, federe yönetimlerin yürütme yetkileri bulunduğu, yetki paylaşımı kataloğunda burada Federal ve Federe yönetimlerin yetki alanı olarak belirlemiştir. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 102.

¹⁰⁹² Buradaki Ortaklaşa yetki, yetki paylaşımının de facto yani fiili dağılımını ifade etmektedir.

¹⁰⁹³ SWENDEN Almanya'da Nükleer Enerjiye ilişkin yetkilerin, Federal yönetime ait olduğunu belirtmiştir. Nitekim Alman Anayasası'nın madde 87 c maddesinde, Atom enerjisinin üretimi ve ondan faydalanma ilişkin hüküm düzenlenerek, *73. maddenin 1. fıkrasının 14. bendine göre kabul edilen yasalar, Federal Konseyin onayıyla, Federasyon adına eyaletlerce uygulanabileceklerini* belirtmektedir. Bu durumda, söz konusu yetki alanı federal yönetimin onayına bağlı olduğundan, Federal yönetim yetkisi olarak addedilebilir.

¹⁰⁹⁴ Bu alanda yasama yetkisi federal yönetimde, bu yasaların uygulanması da federe yönetimlerde, Ayrıca, federal yönetimin çerçeve yasa yapma yetkisi bu alandadır. Detaylı uygulama kanunlarını da federe yönetimler yapmaktadır.

¹⁰⁹⁵ SWENDEN söz konusu yetki alanını ortaklaşa bir yetki alanı değil, Federal ve Federe yönetimlerin yetki alanı olarak belirlemiştir. Federal yönetim bu alanda yasalar ı yapmakta, federe yönetimlerde bu yasaların yürütülmesinde görev almaktadırlar. alanda uygulama kanunlarının çıkarılması ya da federe yönetimlerin rızası gerekmektedir. Bu nedenle SWENDEN Avusturya için söz konusu kategoriyi, Federal ve Federe şeklinde belirlemektedir. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 101.

¹⁰⁹⁶ Buradaki Federal yönetimin yetkisi, yetki paylaşımının de facto yani fiili dağılımını ifade etmektedir.

¹⁰⁹⁷ Burada Anayasanın ilgili hükmü gereğince federal hukukun üstünlüğü hariç tutularak, ilgili alanda federe yönetim hukuklarına üstünlük sağlanmıştır. Yani federe hukukun üstünlüğü kabul edilmiştir.

¹⁰⁹⁸ Avusturya Anayasası'nın 15. fıkrasına göre; *Eyaletler kendi yasama yetkilerinin sınırları içerisinde kalan konularda, o konunun ceza ve medeni hukuk alanını ilgilendiren yönüyle ilgili hükümleri de düzenleyebilirler.*

Ceza Hukuku	Federal	Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal ve Federe ¹⁰⁹⁹	Federe	Ortaklaşa
Mahkemelerin Kuruluşu	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal	Federal ve Federe	Federal ve Federe
İç Güvenlik (Polis)	Federal ve Federe	Federal ve Federe	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴ ve Federe	Federal ve Federe	Federe ve Federal	Federal ve Federe
Hapishaneler	Federal ve Federe	Federal ve Federe		Federal	Federe	Federe
Diğer Konular						
Dil	Federal ve Federe					Federal ve Federe
Kültür	Federal ve Federe					
Yerli İlişkileri (Aboriginal)	Federal	Federal			Ortaklaşa	Federal ve Federe
Çevre	Federal ve Federe	Federal ve Federe(EPA)	Ortaklaşa ¹⁰⁸⁴	Federal ve Federe	Federal ve Federe	
Yerel/Belediye Yönetimleri	Federe	Federe	Federe	Federe	Federe	Federe

3. Yetki Paylaşımının Uygulamasından Kaynaklanan Federalizm Türleri

Yetki paylaşımı kataloglarının değişen yapıları, federal sistemlerin “federalizm” düşüncesine yakınlaşması veya uzaklaşması bakımından birer gösterge haline gelmişlerdir. Bu nedenle federalizm düşüncesi, her federal sistemde dönem dönem değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır.¹¹⁰⁰ Bu nedenle literatürde, belirli bir federasyonun, farklı dönemlerde, farklı federalizm türleriyle adlandırıldığı görülmektedir. Bu nedenle, burada, federal sistemlerin değişen doğalarını açıklamada kullanılan federalizm türleri genel olarak aktarılacaktır. Buradaki amaç, literatürde sıkça ifade edilen farklı federalizm türlerini, bir bakıma federalizm sözlüğü ya da lügatı oluşturarak genel anlamda ifade etmektir. Bu yönde söz konusu türlerle tanımlanan federal sistemlerin, hangi özellikleri bakımından ifade edildiği ortaya konulacaktır.

Bu yönde federasyonlar, gerek örgütlenmeleri (yersel ya da fonksiyonel gibi), gerekse hukuksal, siyasi ve yargısal nedenlerle işleyişleri bakımından, bir çok farklı türle anılmaktadır. Özellikle federal sistemlerin işleyişine ilişkin konular, federalizm türleriyle özdeşleştirilir.

Bu yönde öncelikle federasyon türlerinin, federe yönetim düzeylerinin örgütlenme biçiminden de kaynaklanabilir. Federe yönetimler, yersel olarak örgütlendikleri gibi, fonksiyonel ya da niteliksel anlamda da örgütlenmiş olabilirler. Bu yapı içerisinde, simetrik bir yetki paylaşımı öngörüldüğü gibi, asimetrik bir yetki paylaşımı da öngörülmüş olabilir.

Federasyon türlerinin ikinci olarak, anayasal yetki paylaşımının karakterinden kaynaklanabildiği görülmektedir. Bu yönde anayasal yetki paylaşımı sert ya da esnek olabildiği gibi, ikili veya işbirlikçi federalizm çerçevesinde değerlendirilebilir.

¹⁰⁹⁹ SWENDEN bu konuda federal yasama organının yasa yapma yetkisi, federe yönetimlerin yürütme yetkileri bulunduğundan, yetki paylaşımı kataloğunda burada Federal ve Federe yönetimlerin yetki alanı olarak belirlemiştir. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 102.

¹¹⁰⁰ Belirli dönemlerde ikili federalizm (*dual federalism*) olarak adlandırılan federasyonların, zamanla siyasi, ekonomik ve yargısal süreçlerle kooperatif federalizm (*cooperative federalism*) şekline büründüğü görülmektedir. Federalizmin derecesinden kaynaklanan ya da federal sistemin yetki paylaşımının uygulamasından kaynaklanan türleri, farklı yorumlamalara sebep olmaktadır. Örneğin bir grup yazar, ABD federalizmini işbirlikçi federalizm olarak ifade ederken, diğer bir grup yazara ise ikili veya rekabetçi federalizm olarak değerlendirmektedirler. SWENDEN, **Federalism and Regionalism in Western Europe**, s. 49.

Bununla birlikte federasyon türlerinin en yoğun olarak ortaya çıktı nokta ise, yetki paylaşımının, siyasi, ekonomik veya yargısal gibi nedenlerle, işleyişinin değişmesinden kaynaklanmaktadır. Bu yönde federal bir sistemde var olan federalizm anlayışı, ikili federalizmden işbirliğine, işbirliği federalizminden düzenleyici federalizme veya zorlayıcı federalizme dönüşebilmektedir.

Bu yönde aşağıda ilk olarak, kurucu birimlerin yani federe yönetimlerin örgütlenme biçimlerini ifade eden federasyon türleri belirtilecektir.

a. Coğrafi ya da Yersel Federasyon (*Territorial Federalism*)

Coğrafi ya da yersel federasyonlar, federasyon yönetimlerinin, coğrafi anlamda birbirlerinden ayrıldığı, klasik federasyon türlerindedir. Federe yönetimler, yersel olarak birbirlerinden ayrılır ve anayasal yetki paylaşımı da yersel yönetim alanları bakımından yapılmaktadır. GÖZLER, federasyonun kurucu birimleri olan federe devletlerin, coğrafi olarak tanımlandığını ifade eder.¹¹⁰¹ Federasyon düzeyleri arasında anayasal bir çerçevede paylaşılan yetkilerde, federe devletler arasındaki yetki paylaşımının, *mülki-yersel "territorial"* düzeyde olduğu ifade edilir. Bu nedenle, daha yeni dönemlere kadar federasyonlar coğrafi esasa göre örgütlenmiş kurucu birimlerle özdeşleşmiştir.

Federasyonlara ilişkin eski uygulama biçimleri ve hukuksal yaklaşımlar, federasyonun yersel anlamda bölündüğü örnekleri oluşturmaktadır. Kanımızca, bu fikre katılmak mümkün değildir. Bilakis federasyon, federalizm ilkesinden doğan bir devlet şekli olduğuna göre, federasyonun saf halinin çeşitlilik vurgusunu ne kadar koruduğuna göre değerlendirmek tutarlı olacaktır. Dolayısıyla, etnik federasyonların, azınlık haklarının ve kültürel yozlaşmanın kabul görmediği küresel bir dünya görüşünde, çeşitlilikleri koruyan bir federasyonun yersel değil de fonksiyonel anlamda bir araya getirilemeyeceği fikri katı pozitivist bir anlayış ve biraz da Amerikan hayranlığı olabilir.¹¹⁰²

Coğrafi esasa göre şekillenmiş federasyonlarda, federe yönetimlerin kendilerine ait yetkilerini kullandıkları ülkelerin bulunduğunu ve bu devletlerin, bir devleti devlet yapan, ülke, ulus-millet- ve egemenlik kavramlarını içerir.¹¹⁰³ Federe yönetimlerin coğrafi alanlarının toplamları, federasyon ülkesini oluşturur. Belirli bir insan topluluğunun belirli bir ülke üzerinde siyasi ve hukuksal örgütlenmesi devlet olabilmenin devlet olmanın maddi koşullarıdır. Bu örgütlenmenin belirli bir topluluk

¹¹⁰¹ UYGUN, *Federal Devlet*, s. 8. GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, s. 143.

¹¹⁰² Federasyonun hukuki teorileri ilk federasyon olmasının da etkisiyle, Amerikan federasyonunu çalışmalarının ilgi odağı haline getirmişlerdir. Amerikan modeli federasyonun, örnek alınması söz konusu süreçte kaçınılmaz, örnek alınmaması tuhaf karşılanabilir. Şüphesiz ki, yazarların Amerikan federasyonun, anayasayı, anayasaya uygunluk denetimini, anayasanın üstünlüğü ilkesini, vb. gibi anayasal alana ilişkin ilkeleri, ilk kez tasarlayan anayasa kurucularının dehası olan bir ürünü benimsemeleri normal olmakla beraber, her federasyonu Amerikan modeliyle karşılaştırıp kesin hükümler koymaları alana ilişkin çalışmaları sınırlandırmıştır.

¹¹⁰³ ERHÜRMAN, *100 Soruda Kıbrıs'ta Federasyon*, s. 104; DOEHRING, *Genel Devlet Kuramı*, s. 28-48.

veya ülke üzerinde diğer tür yönetimlerden ayırıt edilebilecek bir takım unsurların bulunması gerektiği ifade edilir.¹¹⁰⁴ Bu doğrultuda, hemen belirtmek gerekir ki, federasyon örgütlenmesinin, diğer tür adem-i merkeziyetçi üniter devlet sistemlerinden ayrılan en önemli özelliklerden biri, federe yönetim yetkilerinin, “*anayasalarla belirlenmesi, federal yönetimlerce tek taraflı olarak değiştirilememesi ve federasyon anayasasının değişmesi için federe yönetimlerin iradesinin gerekli olması*”¹¹⁰⁵ şeklinde açıklanmaktadır.

b. İşlevsel ya da Fonksiyonel Federasyonlar (*Functional Federalism*)

Bu tür federal sistemlerde, federe yönetimlerin örgütlenmesinin, öncelikle federe yönetimlerin fonksiyonların ilişkin başka unsurlarla (dil, din, ırk ve kültür gibi) birbirlerinden ayrılmaları halinde, fonksiyonel federalizm türü bulunmaktadır. Bununla birlikte, hukuksal yaklaşımlar nispeten daha eski olan yaklaşımlar, federasyonun yersel bölünmeleri dışında başka bir usulle belirlenmelerini kabul etmemekteydiler.¹¹⁰⁶

Federasyon, belirli bir kalıba konulabilecek bir devlet sistemi olmamakla beraber, kurucu unsurlarının öncelikli kaynağı, “anayasal yetki paylaşım”ıdır. İki yönetim düzeninin federasyonun diğer unsurlarıyla anayasal yetki paylaşımını benimsemiş olması yeterlidir. Kurucu birimlerin, yersel olmayan bir takım bağlarla birbirlerinden ayrılmış olması, sistemi federasyon yapmaktan çıkarmamaktadır. Bu durumda, yani coğrafi olmayan federasyonlar, fonksiyonel federalizm olarak adlandırılmaktadır. Bu tür federasyonda, federe yönetimlerin yetki alanları coğrafi olarak hakim buldukları coğrafi bölge ve yerlere göre değil, dilsel, dinsel ve etnik farklılıklarına göre belirlenir.¹¹⁰⁷

Federasyonların türleri bakımından önemle belirtilmesi gereken, fonksiyonel federalizmdir. Bu tür federasyonlarda, federalizm ilkesi diğer tür federasyonlara göre daha fazla içselleştirilmiştir. Bu tür federasyonda önemli olan federe yönetimlerin niteliksel özellikleri bakımından özerkliklerinin sağlanmasıdır. Bu niteliksel özellikler ise, federalizm ilkesinin tanımında belirtilen çeşitlilik ilkesini ima etmektedir. Kültürel, dilsel, dinsel ve etnik çeşitlilikler, federasyonun anayasal yetki paylaşımını bu topluluk çeşitliliği esasına göre yapılmasını gerektirmektedir.¹¹⁰⁸

Fonksiyonel federalizmde, yetki paylaşımın bölgeler bazında yapılmadığı gibi, yetki paylaşımını usullerinin devlet içinde bölünmüş coğrafi alanlar arasında

¹¹⁰⁴ PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri* , II. Kitap, 6. Baskı, 1999, Ankara, s. 20.

¹¹⁰⁵ ERHÜRMAN, *100 Soruda Kıbrıs'ta Federasyon* , s. 90-91

¹¹⁰⁶ Yazar, yersel bölünmeler dışında özellikle LIJPHART'ın çokkatmanlı toplumların yaşayabilmeleri için gerekli gördüğü federasyon ve oydaşmacı modelini ve etno-yersel federasyonları tartışmaktadır. DUCHACEK, *Consociational Cradle of Federalism* , s. 40-42. Yazar, yersel bölünmeler dışında özellikle LIJPHART'ın çokkatmanlı toplumların yaşayabilmeleri için gerekli gördüğü federasyon ve oydaşmacı modelini ve etno-yersel federasyonları tartışmaktadır.

¹¹⁰⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. UYGUN, *Federal Devlet* , s. 207.

¹¹⁰⁸ Çok katmanlılığın tanımını Her İki Yönetimin Münhasır Yetkilerinin Sayılması başlığında verilmiştir. İngilizcede, plural societies (çoğul toplumlar), divided societies (bölünmüş toplumlar), fragmented societies [parçalara (katmanlara) ayrılmış (parçalanmış) toplumlar] gibi kavramlar kullanılmaktadır. ERHÜRMAN, *Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi* , s.

paylaşılmayıp daha çok o devlet içinde bulunan toplumlar, cemaatler veya etnik gruplara göre yapıldığı sistemlere denilmektedir.¹¹⁰⁹ Bu tür federalizmin tarihsel süreçte başarılı bir örneği bulunmadığı gibi uygulandığında da yersel değil fakat kültürel ya da etnik ayrılmalara çare olmadığı da görülmüştür.¹¹¹⁰

Fonksiyonel federalizm, federe yönetimler arasında anayasayla yapılan yetki paylaşımının yersel olmadığı, yetki paylaşımında federe yönetimlerin yetkilerinin bölgesel yada yersel bazda değil topluluklar, cemaatler veya etnik gruplar arasında paylaşılması esasını ifade etmektedir. Kooperatif federalizm bir çok isimle anılmaktadır. Bunlar, yerel olmayan federalizm, etnik federalizm, fonksiyonel federalizm ve kişisel ve sosyolojik federalizm gibi.¹¹¹¹ Bu kavramın temelinde, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu dönemindeki milliyetler sorununun çözülmesindeki arayışların yattığı ifade edilmekte, 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti ve 1970'li yıllardaki Lübnan'ın bu tür federalizmin başarısız örnekleri olduğu ifade edilmektedir.¹¹¹²

Ayrıca, kültürel ya da dinsel gibi farklı kaynaklarla oluşan ve temelde farklı yetkilerle donatılan iki kurucu birimin bulunduğu federal sistemlere, ikili federasyon (*double federations*) adıyla da anılmaktadır.¹¹¹³

Federal sistemlerin gerek coğrafi gerekse fonksiyonel örgütlenmelerinde, federe yönetimlerin anayasal yetki paylaşımında belirlenen yetkilerinin simetrik olduğu gibi, asimetrik şekilde benimsenmiş olabilir.

c. Simetrik Federal Sistem (*Symmetric Federalism*)

Federal sistemin yetki paylaşımında yetkiler, federe yönetimler bakımından birbirlerine denk olacak şekilde paylaşılmaktadır. Buna simetrik federalizm denilmekte ve federasyon anayasasının, federe yönetimler arasında ayırım yapılmaksızın yetkilerin eşit paylaşıldığı durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Bu yönde, Amerika, Avustralya, Avusturya ve Almanya örnekleri, bu türden federasyonlardır. Günümüz federasyon örneklerinden ABD ve Avustralya'nın birbirlerine benzer tek tip yetki paylaşımının simetrik olduğu görülmektedir.

¹¹⁰⁹ Bu tip federalizmin temeli, Avusturya Macaristan imparatorluğunda yaşanan milliyetler sorunun çözümüne getirilen önerilere dayanır. Bu öneriler bireylerin temelde hangi milliyete sahip olmak istediğini bildirebilmesi ve bu milliyetlerin yerel nitelik taşımayan özerk kültürel topluluklar haline gelebilmesi yönündedir. Bu tür federalizmin tarihsel süreçte başarılı bir örneği bulunmadığı gibi uygulandığında da yersel değil fakat kültürel ya da etnik ayrılmalara çare olmadığı da görülmüştür. GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi** , s. 178-180

¹¹¹⁰ GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi** , s. 178-180

¹¹¹¹ GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi** , s. 178, Ayrıca bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. UYGUN, **Federal Devlet** , s. 207-210.

¹¹¹² GÖZLER, **Devletin Genel Teorisi** , 2007, s. 179.

¹¹¹³ Burada örnek olarak Belçika gösterilmektedir. Belçika'da ise hepsinden farklı olarak *ikili simetrik* sistem olarak adlandırılan farklı bir yetki paylaşımının anayasayla tasarlandığı tespit edilmiştir. *İkili simetri* olarak adlandırılan bu yetki paylaşımında iki farklı federe yönetimin, kendilerine tanınan yetkilerinin sınırlarını aşarak çakışmaları şeklinde açıklanabilir. Bunların yanı sıra, Avrupa federasyonlarından, Almanya ve Avusturya (buna İsviçre federasyonu da dahil edilmektedir) örneklerinin, özellikle belirli alanlar yasama ve yürütme organları arasında yapılan ayırım nedeniyle farklı bir yetki paylaşımı ortaya koyulmaktadır.¹¹¹³ Bu tür çalışmalar yetki paylaşımı düzenlerinde ve alanlarında var olan bu tür farklılıklar, federalizmin saf bir örneğinin bulunmadığı şeklinde yorumlanabileceği gibi, ortak federal sistem modelinin uygulanmasında da farklı değişkenlerinin olduğu şekilde de yorumlanmaktadır. AKHTAR, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , s.5.

d. Asimetrik Federal Sistem (*Asymmetric Federalism*)

Asimetrik federasyonlar, anayasal yaklaşımla federasyon anayasasının, federe yönetimler arasında paylaşılan yetkilerde, belirli federe yönetimler bakımından farklılıklar öngörmesi ifade edilmektedir. Asimetrik yetki paylaşımında federe yönetimler arasında farklı yetki alanlarının olması anlamına gelmektedir. Bu tip paylaşımında bir veya daha fazla federe yönetimin diğer yönetimlere oranla daha fazla biçimsel-resmi yetkilerinin olduğu sistem olarak tanımlanabilir.¹¹¹⁴ Yetkilerin asimetrik dağılımı federe yönetimlerin sahip olduğu yetkiler arasında farklılık olduğunu göstermektedir. Bir ya da daha fazla federe yönetimin diğer federe yönetimlere göre daha fazla anayasayla tanınmış yetkileri olduğu anlamına gelir.¹¹¹⁵

Hindistan ve Kanada bu tür federasyon örneklerimizdendir. Kanada'da Quebec ve Hindistan'da Jammu ve Keşmir federe yönetiminin, belirli alanlarda sahip oldukları yetkilerin, federasyonun diğer federe yönetimlerine göre farklı olması, söz konusu federasyonun asimetrik yapılanmalarına neden olmuştur. Bu tür federasyonun işleyişinde, federe yönetimlerin her birinin, eşit ve aynı olmadıkları durumlarda ortaya çıkar.¹¹¹⁶ WATTS, federe yönetimlerin arasında, özerklik ve güç dereceleri bakımından bir farklılaşma olduğu durumlarda asimetrik federasyonun oluştuğunu ve asimetrik federasyonların, belirli bir türünü belirlemenin mümkün olmadığını belirterek, her asimetrik federasyonun, asimetri derecesi birbirinden farklılık gösterebilir.¹¹¹⁷

Asimetrik federasyonun, belirli bir teori ile açıklanmadığı ve federasyonlarda, asimetrik ilişkilerin siyasi asimetri veya anayasal asimetri şeklinde iki biçimde ortaya çıkmaktadır.¹¹¹⁸ Bu anlamda, siyasi asimetrik federasyonun, tüm federal sistemlerin ortak bir özelliği olarak, federasyon içinde çeşitli federe yönetimlerin kültürel, ekonomik, sosyal ve politik koşulların kendi aralarında göreceli etkisinden kaynaklanan nedenlerle ortaya çıkar. Buna karşın, tüm federasyon sistemlerinde ortak olmayan bir özellik olarak, anayasal asimetrik federasyon ise, farklı federe yönetimlere, anayasal anlam da farklı yetkilerin atanması halinde ortaya çıkmaktadır.¹¹¹⁹

Kanada Anayasası, federe yönetimlerin bu haliyle Senato'da asimetrik bir temsiliyetini sağlamıştır. Bu da federalizm teorileri arasında, asimetrik federalizm

¹¹¹⁴ Bu sistemin tipik bir örneği Belçika olarak gösterilir. Belçika'da Anayasa ve Özel Volan ve Flaman Yasası ile aynı yükümlülük ve sorumluluklara tabi tutulmuşlardır. Bu duruma göre hareket edersek iki bölgenin sorumlulukları ve yetkileri simetrik yetkililerdir. AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 5.

¹¹¹⁵ AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 15.

¹¹¹⁶ BROWN, Douglas, Who's Afraid of Asymmetrical Federalism ? – A Summary Discussion Institute of Intergovernmental Relations, *IIGR, School of Policy Studies, Queen's University, Asymmetry Series* 2005 (17), s. 2 vd.

¹¹¹⁷ Hindistan federasyonunda, asimetrik federalizm hem kurumsal, hem de yetki paylaşımı bakımından kendisini göstermektedir. Dikkati çektiği üzere, asimetrik federasyonların tanımlanmasında salt hukuksal bir yaklaşım görülmektedir. Bunun nedeni, bir federasyonda var olan asimetri anayasal yani hukuki de jure olabileceği gibi, fiili yani *de facto* asimetri şeklinde ortaya çıkabilmektedir. WATTS, Ronald L, *A Comparative Perspective on Asymmetry in Federations* , *IIGR, Queen's University Asymmetry Series* 2005(4), s. 1.

¹¹¹⁸ Yazar, Watts'ın ayırımlarını bu şekilde ifade etmiştir. Watts daha önceki çalışmasında bu ayırımları kullanmaktadır. Bir önceki atıfta değindiğimiz, Watts'ın çalışması daha yeni tarihli olduğundan, bu çalışmasını kullanmayı uygun gördük. BRAND, Dirk J, *Asymmetry in Federal Systems – Constitutional Arrangements in South Africa* , *European Diversity and Autonomy Papers EDAP 01/2008*, İnternet Kaynak: www.eurac.edu/edap, s. 5.

¹¹¹⁹ BRAND, Dirk J, *Asymmetry in Federal Systems – Constitutional Arrangements in South Africa* , s. 5 vd.

olarak tanımlanan kavramı ortaya çıkarır. Kanada’da asimetrik federalizm anlayışı hem senatoda federe yönetimlerin katılma oranları bakımından hem de federe yönetimlerin anayasal yetki paylaşım kataloğuna ilişkin yetkileri bakımından bir asimetri içermektedir. Asimetrik federalizm; federasyonlarda kurucu birimlerin yani federe yönetimlerin arasında aynı güç ya da yetkilerin olmaması, federe yönetimlerin federal yönetim organlarında eşit temsiliyetinin sağlanmaması durumlarında ortaya çıkmaktadır. Asimetrik federalizm kendi içerisinde farklı anlamları barındıran bir kavram olarak tasvir edilir. Bir anlamı itibariyle asimetrik federalizm; federe yönetimler arasında kültürel, sosyo-ekonomik ve siyasi parti farklılıklarının yer aldığı bir merkezle kurulmuş federasyonları ifade etmektedir ki bu tür asimetriye fiili (*de facto*) asimetri adı verilmektedir. Diğer bir anlamı ise; federasyon içerisinde bazı federe yönetimlerin diğer federe yönetimlerden daha fazla özerklikleri olması halinde ortaya çıkan asimetrik federalizmdir ki bu tip asimetri ise yasal (*de jure*) federalizm denilmektedir.¹¹²⁰

Federasyonlara ilişkin ayrımların en önemlilerinden biri de şüphesiz ki merkezîyetçi ve periferik federasyonlara özgüdür. Bu yönde kavramı ilk kez tanımladığı ifade edilen BRYCE, federal yönetimin merkez olarak kabul edildiği ve federal yönetim düzeninin güçlü olduğu federasyonları, “*merkezîyetçi federalizm*”, buna karşılık kurucu birimlerin güçlü olduğu federasyonları ise, “*periferik federalizm*” şeklinde ifade etmiştir.¹¹²¹

e. Merkezîyetçi Federalizm (*Centralistic Federalism*)

Anayasal yetki paylaşımında, özellikle belirli alanlarda ilk-el düzenleme yetkisinin, yani yasama yetkilerinin, federal yönetimlere belirgin bir şekilde verildiği federasyonlardır. Aynı zamanda bu tür federalizm, federe yönetimlerin zayıf olarak temsil edilmeleri, birlik unsurunun oluşumuna olan katkılarının zayıf olması, hukuksal ve siyasi mekanizmaların çoğunlukla federal yönetimin iradesinde toplanması durumlarında ortaya çıkabilmektedir. Bu alanlar özellikle federal sistemin genel olarak siyasal kültürüyle de alakalıdır.

Federasyonların merkezîyetçi tasarımında, çeşitlilik unsurun da etkisiyle dönüşümler geçirebilir. Buna en iyi örnek olarak Kanada federasyonu verilebilir. Kanada federasyonunun ilk tasarımı, büyük ölçüde merkezîyetçi bir yaklaşımla oluşturulsa da, federasyonun bugünkü türü daha çok ikili federasyon şeklinde işlemektedir. Kanada federasyonu ilk tasarımında, yetki paylaşımında federal yönetimi kayıran usulleri benimsemiş, fakat zamanla özellikle Quebec federe yönetiminin siyasi

¹¹²⁰ Yazar ayrıca İspanya, Rusya, Hindistan ve Belçika federasyonlarının birer yasal -de jure- asimetrik federalizm örneği olduğunu belirtmiştir. SWENDEN, Wilfried, Asymmetric Federalism and Coalition-Making in Belgium, **Publius: The Journal of Federalism**, N: 32:3, (Summer 2002), s. 67.

¹¹²¹ BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 17.

baskıları federasyon anayasasında yapılan değişikliklerle, bu merkezîyetçi federasyon anlayışını kırmıştır. Kanada'nın giderek merkezîyetçi federasyon türünden, işbirlikçi federasyona doğru ilerlediği ve bunda Quebec federe yönetiminin küçük bir payı olduğu, en önemli rollerin Kanada'nın özellikle özerk kuzey bölgelerinin, federe yönetimler kadar etkili olmasına ve Kanada herhangi bir yerinde bulunan yerli toplumlarının, (*Aboriginal*) kendilerini özerk modellerle tanımlama çabalarının olduğuna işaret etmektedirler.¹¹²² Sonuçta bu görüşün, ifade ettiğimiz üzere bu değişimde rolün çeşitlilik unsurunda olduğu gerçeğini değiştirmeyen bir görüş olduğu görülmektedir. Üstelik, yerli toplumların Kanada ve Avustralya gibi federasyonlarda önemli bir boyutunun olduğu görülmektedir. Özellikle Avustralya federasyonunun kurulduğu ilk yıllarda, federasyon halkı olarak dahi kabul edilmeyen yerliler, uzun yıllar federasyonda varoluş mücadelesi vermişlerdir.¹¹²³

Merkezîyetçi ya da merkezi federasyonlar, federalizm ilkesi ile çelişir niteliktedirler. Bu tür federasyonlara, aynı zamanda, federasyonun kurumsal koşulu olan anayasacılığın ortaya çıkışı ile de çelişmektedir. Anayasalar, egemenliği devletin farklı organları arasında bölerek, (kuvvetler ayrılığı ilkesi) fren ve dengeler sistemi benimsemekte, çeşitli koruma araçları ve yöntemlerle, egemenliğin belirli bir alanda ya da düzeyde toplanmasını engellemektedir. Bunun bir yöntemi ise, federal sistemlerdir. Dolayısıyla federasyonda, egemenliğin yatay ve dikey kuvvetler arasında bölünmesi temel haklara getirilmiş bir güvence olarak kabul edilmekle beraber, çeşitliliklerin bir çatı altında, özerkliklerinin garanti altına alınması söz konusudur.¹¹²⁴

Bu garanti, katı anayasa prensibini benimsemiş federasyon anayasalarında yetki paylaşımı sisteminin benimsenmesi ile sağlanır. Bu nedenlerle, bir federasyonunun kuruluşunda ya da daha sonraki işleyişinde merkezîyetçi olması federalizm düşüncesiyle olduğu kadar, federasyon sistemiyle de uyuşmamaktadır. SCHWAGER, oldukça merkezîyetçi ülkelerde bile yerel yönetimlerin bazı özerkliğe sahip olduklarını, ancak açık bir federal yapıya sahip pek çok ülkede mevzuatın büyük kısmının federal düzende belirlendiğine dikkati çekmektedir.¹¹²⁵

¹¹²² CAMERON, David, SIMEON, Richard, *Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism*, s. 70.

¹¹²³ Avustralya'da yerli halkın taraf olduğu önemli Yüksek Mahkeme kararları da bulunmaktadır. Bu kararların neticesinde, 1993 yılında, Avustralya'da bulunan yerlilerin korunması ve tanınmasını sağlamak adına, Native Title Act oluşturulmuştur. Yasa ile, Avustralya'da belirli bölgelerde bulunan yerli hakların, topraklarının, hak ve çıkarlarının korunması yönünde düzenlemeler yapılmıştır. Yasa aracılığıyla yerlilerin hak ve çıkarlarının, Avustralya gelenek hukuku ile tanınıp korunduğu ifade edilir. Yerli halkın toprak haklarının devamı konusunda, common law ile kabul edilmiş bir korunma olduğu belirtilmektedir. SUTTON, Peter, **Native Title in Australia An Ethnographic Perspective**, Cambridge University Press, 2003, UK,. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin, 1992 yılında verdiği Mabo v Queensland (No 2) kararı, Avustralya'da yerli halk ünvanının tanınması yönünde verilen ilk karardır. Karar için bkz. Mabo and Others v Queensland (No. 2) [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1, High Court of Australia İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1992/23.html>, Ayrıca kararın yerli halkarı bakımından değerlendirilmesi için bkz. SUTTON, Peter, **Native Title in Australia An Ethnographic Perspective**, s. 111 vd.

¹¹²⁴ LAKOFF, Sanford, Between Either/or and More or Less: Sovereignty versus Autonomy under Federalism, **Publius**, Vol. 24, No. 1, (Winter, 1994), s. 64.

¹¹²⁵ SCHWAGER, Robert, *Redistribution and Administrative Federalism*, **The Canadian Journal of Economics** / Revue canadienne d'Economie, Vol. 30, No. 4b (Nov., 1997), s. 1170.

Gerçektende, daha önce de ifade ettiğimiz üzere federal yönetimin anayasada yer alan yetki kataloğuna rağmen federasyonun büyük ölçüde belirlenmesi federal yönetimin alanına siyaseten dahil edilmiştir. Bu gerek ulusal çıkar ve kaygılarla olsun gerekse federe yönetimlerin ulusal yani merkeze ve dolayısıyla federal yönetime olan bağlılığı ile ilgili olsun bir şekilde federasyonların görünümünü ciddi şekilde merkezîyetçi olmasına neden olmaktadır. Bu merkezîyetçilik federasyondan federasyona farklılık göstermekte, aynı zamanda bazı federasyonları da federasyon benzeri bir yapısal kurguya sürüklemektedir. Amerika’da, merkezileşme eğiliminin 1860 yılından sonra başladığı belirtilmektedir. Bu dönemde başlayan merkezîyetçi federalizm anlayışının, federal yönetimin yetkilerinin büyümesine neden olduğu ve bu büyümenin hala devam ettiği ifade edilmektedir.¹¹²⁶

f. Periferik Federalizm (*Peripheral Federalism*)

Merkezîyetçi federalizm anlayışının karşısında, periferik federalizm yer almaktadır. Bu tür federalizmde, kanatların yani federe yönetimlerin oldukça güçlü olduğu, yerinden yönetim derecelerinin üst seviyelerde bulunduğu federal sistemler ifade edilmektedir.¹¹²⁷

g. İkili Federalizm (*Dual Federalism*)

İkili federalizm, ilk kez CORWIN tarafından ifade edilmiştir. Bir hukuk teorisi olarak ikili federalizm, federasyonun “iki ayrı ve eş-egemen bölümden” oluştuğu inancına dayanmaktadır. Bu şekilde federalizm, federal ve federe yönetim hükümetlerinin, kendi alanlarında ayrı oldukları ve her birinin kendi alanlarında üstün olmaları prensibine dayanır. Yönetim düzenlerine verilmiş yetkiler sınırlıdır, federal ve federe yönetimler arasındaki ilişki, işbirliği yerine en iyi şekilde gerilim olarak özetlenmektedir.¹¹²⁸ İkili federalizm, ikili egemenlik anlayışına dayanmakta, federal ve federe yönetimler kendi alanlarında bağımsız olduklarına dayanmaktadır.¹¹²⁹ Amerikan federalizminin ilk yıllarına ilişkin olarak, ikili federalizm anlayışının, Yeni Düzen dönemlerine kadar olan süreci ifade ettiği belirtilmektedir. Bu dönemde Yüksek Mahkemenin kararlarında, ikili federalizm anlayışının varlığı ileri sürülmekle beraber, bu anlayışa karşı önemli eleştiriler de ileri sürülmektedir. Özellikle liberal görüşün hakim olduğu eleştirilerin odak noktası, ikili federalizmin kaynağında, yetki paylaşımı yoluyla özgürlüklerin korunması için ideolojik bir taahhüt görüleceğidir. Ayrıca bu

¹¹²⁶ SKOUTARIS, Nikos, *From Dual to Cooperative Federalism*, *European Constitutional Law Review*, V. 7, 2011, s. 325
SCHÜTZE, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford University Press, UK, 2009, s. 89.

¹¹²⁷ Burada federal yönetimin yetkileriyle sadece bir kategoride eylem gerçekleştirebilmektedir. VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker*, s. 91.

¹¹²⁸ CORWIN, Edward S, *The Passing of Dual Federalism*, *Virginia Law Review*, V. 36, N. 1, 1950, s. 4. Günümüz ikili federalizm yapılıncasının, Avrupa Birliği ile gündeme geldiği de ifade edilir. SKOUTARIS, *From Dual to Cooperative Federalism*, s. 325–331.

¹¹²⁹ SKOUTARIS, *From Dual to Cooperative Federalism*, s. 325–331. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, s. 89 vd.

taahhüdün kapitalizmin önemli etkilerinden olduğu gibi, neredeyse elit hegemonyanın sürdürülmesi amacıyla sahte bir bağlılığa ait olduğu ifade edilmektedir.¹¹³⁰

Amerikan federal sisteminin, federalizm anlayışıyla kurduğu bağın, her dönemde farklı bir federalizm türüyle ifade edilmesine neden olmaktadır. Federal sistemin ilk zamanları, ikili federalizm (*dual federalism*) türüyle ifade edilerek, söz konusu dönemde federal ve federe yönetimlerin benzer yetkilerinin bulunması söz konusudur. Bu dönemde yönetimler arasındaki ilişkileri ifade etmek üzere aynı zamanda katmanlı federalizm (*layer cake federalism*) ifadesi de kullanılmaktadır.¹¹³¹

h. İşbirliği Federalizmi (*Co-operative Federalism*)

İşbirliği federalizmi, egemenliğin paylaşıldığı federalizm anlayışını vurgulayarak, federal ve federe yönetimler birbirlerinin tamamlayıcı parçaları gibi hareket etmektedirler.¹¹³²

Federal sistemlerde işbirliği federalizminde kastedilen, genel olarak, yol ve köprü yapımı gibi “iç gelişmeler” şeklinde ifade edilen bazı özel yetkilerin, federal ve federe yönetimlerce ortaklaşa üstlenilmesi, bazı alanlarda işbirliğinin ortaya çıkmasıdır.¹¹³³

Federasyon yönetimleri arasında, belirli dönemlerde gelişebilen bu tür işbirliği dönemleri, işbirliği federalizmi olarak ifade edilmektedir. İkili federalizm anlayışında önemli olan ikili egemenlik iken; işbirliği federalizminde egemenlik iki yönetim düzeni arasında gerçek anlamda paylaşımı ifade etmektedir.¹¹³⁴ İkili federalizmde, katı katkıya bölünmüş egemen yetki alanları, işbirliği federalizminde ise, paylaşılan yetki alanları ön plana çıkmaktadır.

1933-1964'lü yıllar arasında sosyal programlarında önemli bir büyümenin gerçekleştiği, inişli çıkışlı Büyük Buhran döneminin etkileri federalizm türünde farklılığa neden olmuştur. Amerika'nın 1960'lı yıllara kadar olan dönemine ROOSEVELT yönetiminin de önemli ölçüde etkisi olduğu bu dönem, işbirliği federalizm (*cooperative federalism*) dönemi olarak yansımaktadır.

Federasyonlarda yürütme organlarının formu, yönetimler arası ilişkilerin karakteri ve süreçler üzerinde önemli bir etkisi olmuştur. Amerika'da federal düzende, başkan ve kongrenin, federe yönetimlerde valilerle yasama arasındaki paralel güçler ayrılığının, devletin her bir kademesinde güç dağılımı anlamına gelmektedir. Bu da federal ve federe yönetim ilişkilerinin sadece karşılıklı ilişkiler içinde değil, birbirleriyle çaprazlama ilişkiler içerisinde olan idareciler, kamu otoriteleri, vekiller ve idari

¹¹³⁰ Yazar, zengin ve güçlü çıkarların genellikle halkın anlayışını ucuzlatmak amacıyla kendi çıkarları için bu kavramları manipüle ettiklerini ileri sürmektedir. CUSHINAN, Barry, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of A Constitutional Revolution*, Oxford University Press, 1998, USA, s. 139-140.

¹¹³¹ MORGAN, DAVIES, *The Federal Nation*, s. 65.

¹¹³² SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, s. 89.

¹¹³³ SCHAPIRO, *Polyphonic Federalism: Toward the Protection of Fundamental Rights*, s.33, 37.

¹¹³⁴ Amerika'da söz konusu işbirliği federalizminin Yeni Düzenle başlayan 1930'lu yıllarda başladığı ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi ileriki federalizm veya federasyon türleri başlığında aktarılacaktır. SKOUTARIS, Nikos, *From Dual to Cooperative Federalism*, *European Constitutional Law Review*, Vol.7, Asser Press and Contributors, 2011, s. 325.

kurumların birden fazla kanalın dahil olduğu “ebruli kek federalizmi” sistemini ortaya çıkarmaktadır. Bu karmaşık süreçlerin içinde, Kongre ve komiteleri ile alt komiteleri, özellikle, çeşitli özel devlet yardımları programlarını onaylama yetkisinden dolayı özellikle önemli bir rol oynamaktadırlar.

İşbirliği federalizmi anlayışında ifade edilen ebruli ya da gökkuşağı federalizm, önemli hiç bir etkinliğin, federe yönetimler düzeyinde münhasır olarak ele alınmadığı, federasyon düzenlerinin, hem karmaşa hem de her alanda işbirliği ile karakterize edildiği sistemleri ifade etmek üzere kullanılan bir metafordur.¹¹³⁵

i. Yaratıcı Federalizm (*Creative Federalism*)

Amerikan sistemi olarak ifade edilen yaratıcı federalizmin, 1964 yılında ortaya çıktığı belirtilir. Bu dönemin federalizm açısından önemi, devlet organları ve birimler arasındaki yetki ve ilkelerde önemli ölçüde değişimler yaşanmasıdır. Söz konusu dönemde federal yönetim, federe ve yerel yönetimlerin sorunlarında doğrudan ve aktif bir rol almıştır.¹¹³⁶

j. Yarışmacı Federalizm (*Competitive Federalism*)

Rekabetçi ya da yarışmacı federalizm, federal ve federe yönetimlerin kendi güç ve teşvikleri temelinde, vatandaşlarının sadakati için yarışarak, onları ikna etmek için çalıştıkları ve sistem içerisinde daha büyük bir rol edinmek için rekabet ettikleri federalizm türüdür.¹¹³⁷

k. Yeni Federalizm (*New Federalism*)

Amerika’da görülen bir diğer federalizm anlayışı, yeni federalizmdir. Tarihsel süreçte, 1960’lı yılların sonu ve 1970’li yılların başına denk gelen bu dönemde, federe yönetim yetkilerinin yeniden düzenlenmesi federalizm açısından önemli bir değişim geçirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Amerika’nın 37. Cumhuriyetçi Başkanı NIXON’ın döneminde, federalizmin yeni federalizm olarak betimlenmesiyle federalist teorilerde başka bir kavram daha ortaya atılmıştır. NIXON döneminde ulusal gelirlerin bir kısmının, federe ve yerel yönetimlere dağıtılması, federalizm anlamında önemli bir değişiklik olarak kabul görmüştür. Bunun nedeni federal yani ulusal vergilerin bir kısmının diğer eyaletlere dağıtılması federe düzeyde kendi vergi politikaları olan ve ayrı bir düzende bu politikaları sürdüren eyaletlerin vergi sistemlerine katkı konulmuş olmaktadır. Bu katkının federalizme yansımaları ABD AY. m. 1. f. 8 ile federal yetki kapsamında sayılan vergi toplama ve yayma yetkisini, federe yönetimlerle

¹¹³⁵ MORGAN, DAVIES, *The Federal Nation*, s. 65.

¹¹³⁶ INMAN, Robert P., RUBINFELD, Daniel L., *Rethinking Federalism*, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 11, No. 4 (Autumn, 1997), s. 43-44.

¹¹³⁷ *English-Nepali Glossary of Federalism Terms*, *International Institute for Democracy and Electoral Assistance and the Forum of Federations*, 2009, s. 3.

bölüşmesiyle federalizm anlamında yetkilerin devri sayılabilmektedir ki bu da, Amerikan federalizm teorisine yeni federalizm olarak yansımıştır.¹¹³⁸

I. Yürütme Federalizmi (*Executive Federalism*)

Yürütme federalizmi, özellikle Almanya ve Avusturya gibi Avrupa federal sistemlerinde, federal yönetimin belirli alanlarda kullandığı yasama yetkilerinin, federe yönetimlerce yürütülmesini ifade etmektedir. Bu alanlarda yürütme yetkisi tamamen federe yönetimlere aittir. Bu nedenle bu tür yetki paylaşımını benimseyen federal sistemler, idari ya da yürütme federalizmiyle karakterize edilmektedirler.

Örneğin Alman Anayasası'nda artık yetkiler alanını federe yönetimlere ait olmasına rağmen, federal parlamento birçok mevzuatın yapımını kendi üzerine almıştır. Bu tür federalizmde, federe yönetimlere bırakılan ana görev, federal ya da merkez tarafından belirlenen yasaların sadece uygulanması yani yürütülmesidir. Böylece, federe yönetimler kendi topraklarında ortaya çıkan durumlar bakımından bazı kanunların uygulanabilir olup olmadığına ve bunların nasıl uygulanacaklarına karar vermek zorunda kalmaktadırlar.¹¹³⁹

m. Düzenleyici Federalizm (*Regulatory Federalism*)

Yürütme federalizmi anlayışını, günümüz ABD federasyonunun zorlayıcı ya da düzenleyici federalizmle karıştırmamak gerekir. Düzenleyici federalizm (*regulatory federalism*); uygulamadan doğan ve temelde federal yönetimin federe alanları giderek daha fazla düzenlemesini ifade etmektedir. Bu tür federalizm, federal idari makamlarının, federe yönetimlerin yetki alanlarına müdahale edebilecek düzenlemeler yapmalarıyla karakterize edilmektedir. Düzenleyici federalizm, federal sistemin zorlayıcı araçlarının yayılmasıyla, sistemin büyük ölçüde federal yönetimin kontrolüne geçtiği sisteme dönüşmesidir.¹¹⁴⁰

Bu tür federalizm anlayışı, zorlayıcı federalizm (*coercive federalism*) olarak da ifade edilmektedir. Federal yönetim yasal emir veya geçersiz kılma (*mandate ve preemption*) gibi zorlayıcı araçlar kullanmak suretiyle, politika alanlarını istediği biçimde şekillendirmekte, federe yönetimleri de bu yönde zorlayabilmektedir.¹¹⁴¹

Düzenleyici federalizm anlayışının, zamanla zorlayıcı federalizm olarak ifade edilmektedir. Federal yönetim tarafından iptal etme (*overriding*) ve ulusal birliğin sağlanması amacıyla, zorlayıcı yetkileri yasal bir tekel haline getirilmektedir.¹¹⁴² Bu tür federalizm anlayışında önemli olan, federe yönetim alanlarını geçersiz kılma (*preempt*)

¹¹³⁸ ELAZAR, Daniel J., *From the Editor of Publius: Courts, Communities and the New Federalism*, **Publius**, Vol. 8, No. 4 (Autumn, 1978), s. 1 vd.

¹¹³⁹ SCHWAGER, Robert, *Redistribution and Administrative Federalism*, **The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economie**, Vol. 30, No. 4b (Nov., 1997), s. 1170.

¹¹⁴⁰ MORGAN, DAVIES, **The Federal Nation**, s. 13.

¹¹⁴¹ MORGAN, DAVIES, **The Federal Nation**, s. 13-14.

¹¹⁴² *English-Nepali Glossary of Federalism Terms*, **International Institute for Democracy and Electoral Assistance and the Forum of Federations**, 2009, s. 3.

yoluyla düzenleyenler, federal yönetim idari organlarıdır. ABD Anayasası federal yönetime, askeri alanlarda yetkili olmak gibi ulusal gereklilik arz eden veya posta servisinin sağlanması dışında ayrıcalıklı bir yetki vermemektedir. Anayasa koyucularının güçlü bir federal yönetim olmasını tasarlamadığını ve amaçlarının bu olmadığını belirtilerek, günümüz federal yönetim organlarının federal hukukun üstünlüğü (*preemption*) yasalarıyla, yetki alanını genişlettiği ve federe yönetimlerin alanlarını daralttığı dile getirilmektedir. Bu genişlemenin diğer bir sebebi olarak, anayasa koyucularının tasarlamadıkları, daha sonraları yapılan anayasa değişiklikleri olduğuna da ileri sürülmektedir.¹¹⁴³

Örneğin federal yönetimin *Food and Drug Administration (FDA)* aracılığıyla oluşturulan tüzük ya da yönetmelikleriyle, federe yönetimlerin sağlık alanlarındaki yetkilerini geçersiz (*preempt*) bırakabilmektedir. Düzenleyici federalizm anlayışında, baş aktörler federal idari kurumlardır. Bu nedenle, söz konusu kurumların düzenleyici işlemleri aracılığıyla federalizm anlayışını zorlama yoluyla değiştirmiştir. Üstelik bu düzenleyici işlemler yoluyla federe yönetimlerin yetki alanlarının geçersiz kılınması, söz konusu işlemin kaynağı olan yasada açıkça belirtilmediği durumlarda dahi gerçekleşebilmektedir.

¹¹⁴³ Federal Preemption Yasalarının ilk ikisi 1790 yılında yürürlüğe konulmuştur. ZİMMERMAN, Joseph F., **Congressional Preemption:Regulatory Federalism** , State University of New York Press, USA, 2005, s. X.

İKİNCİ BÖLÜM

FEDERASYONLARDA YETKİ UYUŞMAZLIKLARI VE YARGISAL ÇÖZÜMÜ

Federasyonlarda, anayasal yetki paylaşımı kataloglarının, güvence altına alınmasının sebebi, yönetim düzenlerinin, kendilerine anayasayla tahsis edilen yetkilerini aşmalarını, diğer yönetim düzeninin alanlarına müdahale edilmesini önlemektedir. Yetki paylaşımının güvencesi, yazılı ve katı bir anayasanın bulunduğu federasyonlarda, anayasanın federe yönetimlerin iradesi olmaksızın değiştirilememesidir. Bununla birlikte yetki paylaşımı kataloglarının korunabilmesi, bağımsız ve tarafsız olarak konumlanmış nihai bir yargı organının varlığıyla desteklenmektedir.

Genel olarak söz konusu yargı organını kaynağını, federasyon anayasalarında yüksek mahkemeler ya da anayasa mahkemelerdir. Bu yönde mahkemelerin temel işlevi ise, anayasaya uyulmasını sağlamaktır.

Bu denetim biçimi, iki ayrı yönetim düzenin bulunduğu aynı ülke toprakları üzerinde yaşayan insan toplulukları açısından ayrıca önem taşır. Çoklu hukuksal yapı, hem kurumsal hem de hukuk düzeni alanlarında kendini göstermektedir. Dolayısıyla, anayasa ile güvenceli yetki paylaşımının benimsendiği federasyonlarda uyumsuzlukların yaşanması muhtemeldir. Bu bağlamda, federasyonlarda anayasaya uygunluk denetimiyle görevli yüksek mahkemeler, yönetim düzenleri arasındaki yetki uyumsuzluklarında nihai karar mercii olarak görev yapmaktadır. Yüksek mahkemeler, anayasaya aykırı her normu denetleyerek, geçersiz kılabilir. Bu durumda da gerek federal gerekse federe yönetim düzenlerinin işlemlerini iptal edebilmektedir. Bu durum doğal sonucu olarak mahkemelerin, yasama ve yürütme organlarıyla, yönetim düzenleri arasında ortaya çıkan uyumsuzluklarda üstlendiği işlev, sistemde bazı gerginliklere de yol açabilmektedir.

Bu doğrultuda yetki uyumsuzluklarının çözümünü ifade etmek üzere, hem yetki hem de uyumsuzluğun tanımlanarak, federal sistemlerde uyumsuzluğa yol açan faktörleri ve bunların yetki paylaşımı kataloglarına yansımaları irdelenecektir. Bunların tespiti, yüksek mahkemelerin örgütlenmeleri ve işlevleri kapsamında ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK YETKİ UYUŞMAZLIĞI KAVRAMI

Federasyonlarda, dikey kuvvetler ayrılığı, (*vertical seration of powers*) aynı yönetim içerisinde üç kuvvetten birinin veya her birinin çoğul olarak farklı düzeylerde ortaya çıkmasıdır.¹ Federal sistemlerde bu tip kuvvetler ayrılığında amaç, federal

¹ KABOĞLU, Ö. İbrahim, *Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı*, T.C. Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Dergisi Yayınları, Cilt. 15, 1998, s. 190.

yönetimin yani merkezin yetkilerini kısıtlamaktır. Bunun nedeni, federal yönetimlerin, federe yönetimlerin yetki alanlarına veya sınırlarına sıklıkla müdahale etmeleridir.

Federasyonlarda yetki uyuşmazlıklarına ilişkin değerlendirmelerden önce, yetki ve uyuşmazlık kavramlarının genel bir değerlendirilmesi yapılmalıdır. Nitelim uyuşmazlık kavramının, üzerinde anlaşılmış bir tanımının olmadığı vurgulandığı gibi,² yetki kavramının ise temelde hangi tür yetkilere ilişkin olduğunu ortaya koymak gerekmektedir.

Federal yönetim ve federe yönetimler, federasyon oluşumunda egemen devlet olma özelliğini korurlar. Egemen devlet olma özelliği, devlet kudretine sahip olunmasını gerektirir. Devlet kudreti ise, bir devletin kendi gücünden doğan ve başka üstün bir güçten kaynaklanmayan hükmetme gücüdür.³ Nitekim federal sistemlerde, federal ve federe yönetim düzenleri devletin sahip olduğu aynasal işlevlere ayrı ayrı sahiptirler. Bu yönetim düzenlerinin, hangi yetkileri kullanacakları ise, anayasalarla belirlenerek kendi aralarında paylaşımı söz konusudur. Dolayısıyla federasyon anayasal yetki paylaşımıyla yönetim düzenlerinin her biri, devlet faaliyetlerinin gerçekleştirmek üzere, belirli alanlarda kesin kararlar alabilecek yetkilere sahiptirler.

GÖNENÇ, çağdaş demokrasilerde devletin üç temel anayasal işlevi bulunduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki yasa yapma, ikincisi yasaların uygulanması ve son olarak da, yasaların hukuka ve anayasaya uygun yapılmasını ve uygulanmasını sağlamaktır.⁴ Burada da görüldüğü üzere, federasyonda yetkilerin kaynağı anayasa olduğu gibi, yönetim düzenlerinin, devletin üç işlevini yerine getirebilmeleri bakımından egemen oldukları kabul edilmektedir. Devletin temel işlevleri, dikey olarak her iki yönetim düzeninde paylaşılarak kullanılmaktadır. Federasyonlarda bu dikey bölünme, aynı zamanda her yönetim düzeninin yatay anlamda örgütlendiği siyasi bir sistemle desteklenmektedir. Kısacası, kuvvetler önce dikey daha sonra yatay anlamda ayrılmaktadırlar.

Federal sistemlerde yetki kavramı, (*power, competence*), en temel anlamıyla belirli “bir alanda kesin kararlar alabilme”⁵, “yönetim düzenlerinin birbirlerine bağımlı olmadan karar alabilmeleri” anlamına gelmektedir. Buna karşılık olarak belirli bir alanda görevli olma (*authority*), anayasal ve yasal organlar tarafından, yasaların ve yasalara uygun olan kendi kararlarını uygulamasına ilişkindir.⁶ Dolayısıyla yetki, klasik egemenlik anlayışında ifade edildiği gibi en temel anlamıyla bir konuda veya alanda bağımsız olarak ilk elden düzenleme yapabilme gibi asli bir iradeyi ifade etmektedir.

² GÖNENÇ, Levent, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet Yayınevi, 2008, Ankara, s. 21-25.

³ GÖZTEPE, *Avrupa Birliği’nin Siyasi Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu*, s. 54.

⁴ GÖNENÇ, Levent, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelemesi ve Anayasalar*, TEPAV Çalışma Metinleri, 2010, s. 2. İnternet Kaynak: <http://www.tepav.org.tr/tr/haberler/s/1643>, Erişim Tarihi: 03-01-2012.

⁵ LJPHART, *Çağdaş Demokrasiler*, s. 148.

⁶ *English-Nepali Glossary of Federalism Terms*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance and the Forum of Federations, 2009, s. 3.

İngilizcede “*authority*” olarak ifade edilen kavramın, “*bir yönetim organının, belirli işlevleri gerçekleştirmek için, yetki ve sorumluluk verilmek suretiyle görevlendirilmesi*” anlamına gelir. Aynı zamanda “*authority*” kavramının, bir tür vekalet ilişkisini anlatan tanımı ise; “*bir kişi veya bir organa, belirli bir şekilde hareket etmesi için delege edilmiş ya da ikame edilmiş güç*”⁷ şeklinde belirtilmektedir. Kendisine bu yönde belirli bir yetkiyi kullanmak için güç verilmiş olan kişi ya da organ, genellikle temsilci ya da makam (*agent*) olarak ifade edilir. Temsilciye söz konusu alanda yetki kullanması için, yetkileri veren ya da sunan kişi ise, temsil edilen, esas kişi (*principal*) denilmektedir. Kavramın, “*yargı kararlarının veya diğer hukuk kaynaklarının, yasal bir öneri ya da teklif için bir gerekçe veya zemin olarak kullanılması*”⁸ şeklinde tanımlandığı da görülmektedir.

Bu durumda görev olarak ifade edebileceğimiz (*authority*) kavramın, vekalet ilişkisini anlatmak üzere kullanımı bir yana, belirli bir iradeye uygun olarak karar verebilme ve asli iradenin işlemlerini yerine getirebilmeye uygun olarak, yürütme fonksiyonuna özgü bir alanı işaret etmektedir. Dolayısıyla burada kastedilen yetki ya da güç kavramı, BODIN’in, egemenliği kanun yapma iradesi olarak gördüğü klasik egemenlikle bağdaşmaktadır.⁹ Federal sistemlerde yetki ya da güç kavramı, öncelikle herhangi bir alan ya da konuda (sağlık, ceza hukuku veya savunma gibi) asli yetkilerin kullanılmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla, federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar temel olarak belirli bir yetki alanında ilk elden düzenleme yapma yani yasama yetkisinin yerine getirilmesine ilişkindir. Nitekim, federal yönetimler yetkilerini genişletmeye karar verdiklerinde, uygulamada bu genişletme alanının yasama yetkileri kapsamında olacağı belirtilir.¹⁰

Aynı şekilde SUKSI, burada ifade ettiğimiz kamu otoritesi olarak yetkinin, yasaları yapma gücü olduğunu belirtmektedir. Diğer bir deyişle özerk olabilme, özerk kurumlar aracılığıyla yasama gücü ya da yasa yapma yetkisini elinde bulundurmasıdır. Yabancı literatürde yetki, güçle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.¹¹ Federal sistemlerde yetki kavramıyla, aynı zamanda belirli bir alanda ilk elden düzenleme yapabilen asli bir yönetim düzeninin varlığına işaret etmektedir.

Yetki, federal ya da federe yönetimlerin federasyon anayasasıyla kendilerine münhasır olarak verilen, sayılan ya da bırakılan yetkileri alanlarını ifade etmektedir.

⁷ Bu arada, güç kavramını *authority* yani yetki kavramından ayırmak gerekir. Güç –power- herhangi bir fiili gerçekleştirmek ya da gerçekleştirmekten kaçınmak veya çekinmeyi ifade eden, hukuksal bir takdir ya da temyiz gücü A legal discretion ifade eder. Görev – duty- kavramının tam tersi olan buradaki güç tanımlaması, bizim hukuk sistemimizde ifadesi olunan, temyiz kudreti power of discernment şeklinde belirtilmiştir. Tanımın devamında, Güçleri nedeniyle yapılan uygulamaların, (kamu görevlileri veya idari güçler gibi) kişilerin haklarını etkiledikleri durumlarda, bu hak arayışı yargısal yollara başvurmak suretiyle çözümlenebilir. Yaptıkları bir eylemle, güç yetkisinin aşıldığı durumlarda ve gücün kötüye kullanımı, o gücün dayanağı olan yani o gücün yaratan iradenin (güç yasayla ya da yetki belgesiyle verilmişse) geçersizliği söz konusudur.

⁸ *Lectric Law Library*, Bouvier's Legal Dictionary, a work published in the 1850's.

⁹ GÖZTEPE, *Avrupa Birliği'nin Siyasi Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu*, s.53.

¹⁰ TAYLOR, *Characterisation in Federations: Six Countries Compared*, s. 96.

¹¹ SUKSI, Markku, *Sub-State Governance through Territorial Autonomy*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2011, s. 1.

Amerika, Kanada ve Avustralya’da yetki, hem belirli bir alanın asli norm koyma iradesini hem de o alanın türev yetkilerini içerecek şekilde verilmiştir. Kısaca, anayasanın belirli bir alanda yetkileri verdiği yönetim düzeni, o alanın hem yasama hem de yürütme yetkilerini yani hem norm koyucusu hem de normun yürütücüsü olmaktadır. Buna karşılık Avusturya, Almanya ve karma bir biçimde Hindistan’da yatay yetkiden hareketle yetki kavramı iki kısımda karşımıza çıkmaktadır. Burada yetkilerin önemli bir kısmı, asli ve türev yetki şeklinde ayrılmaktadır. Belirli bir alanda yetkiyi asli olarak kullanan yani norm oluşturan yönetim düzeniyle, normun yürütülmesinde yetkili olan diğer yönetim düzeni arasında fark yaratılmıştır. Bu tür yürütme federalizmi örneklerinde, işbirliği doğasından kaynaklanan sebeple, asli yetkiyi, türev yetkiden ayırdıkları görülmektedir.

WATTS, bu tür yetki ayrımlarının, uygulamada yönetim düzenleri arasında kapsamlı bir işbirliği gerektirdiğine işaret eder.¹² Bu tür federal sistemlerde yetkilerin yatay kullanımı, federal yönetimlerin asli norm koyma yetkileri bakımından daha fazla ön plana çıkmalarına yol açmaktadır.

HANSCHERL federasyonlarda yetkinin, anayasadan kaynaklanan yasama yetkileri olduğunu belirterek, bunun yanı sıra yasama sürecini etkileyen diğer yetkilerin de dikkate alınmasına işaret etmektedir. Yazar bu tür yetkilere örnek olarak, yasama sürecine katılma hakkı gibi, federasyonlar bakımından temel bir haktan söz etmektedir.¹³ Gerçekte federasyonlarda yetkilere ilişkin uyuşmazlıkların, sadece federal ve federe yönetimlerin özerklikleri gereği sahip oldukları asli düzenleme yapma otoriteleri değil, hakları ve menfaatlerine ilişkin de olabilir.

Bu açıdan bakıldığında, özellikle federe yönetimlerin güçlü olabilmelerinin, sadece yetkileri bakımından değil aynı zamanda sisteme katılma hakları bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun içinde federe yönetimlerin kendi alanlarında egemen olmalarının yanı sıra, ulusal düzeyde kendilerine etki edecek alanlar bakımından içerisinde birer “veto makamı” konumunda olmaları da gerekir.¹⁴

Federe yönetimlerin merkezileşme tehditlerine karşı güçlü olabilmeleri gerektiğinden, bu gücün kaynağı, federasyon anayasayla kendilerine verilen yetkililerdir. Ancak burada bir konunun önemle altını çizmek gerekir. Federe yönetimlerin, sadece “yetki” sahibi oldukları alanların sayısına bakılarak, önemli asli yetkilere sahip olduklarını ifade etmek için yeterli değildir. Federe yönetimlere verilen ya da bırakılan

¹² WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s.33.

¹³ HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 2.

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. TSEBELIS, George, *Veto Players and Institutional Analysis*. Ayrıca benzer bir kavram olarak veto kapısı kavramı örnek verilebilir. Veto kapısı kavramı, yasama süreci içerisinde yasaların oluşumunun hangi noktalarda son bulduğunu, hangi veto kapılarının yasaların çıkmasında etkili olduğunu ifade etmektedir. ESKRIDGE, William N. Jr., *Vetogates*, **Northwestern Law: Searle Center**, 25 Years of Law And Positive Political Theory: Past, Present and the Future, 2010, İnternet Kaynak: http://www.law.northwestern.edu/searlecenter/papers/Eskridge_Vetogates.pdf, Erişim Tarihi:01-10-2012. Ayrıca bkz. ESKRIDGE, William N. Jr., *Vetogates, Chevron, Preemption*, **Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series**, s. 3773.

yetkilerin açık ve nitelikli yetkiler olması da, en az yetki alanlarının sayısı kadar önemlidir. Bu doğrultuda nitelikli yetki için federe yönetimlerin, asli norm koyabilme yani özellikle egemen oldukları alanlarda, yasama yetkilerinin bulunması gerekmektedir.

Federasyonlarda federe yönetimlerin özerkliği söz konusudur, bu özerkliğin ise kendi alanlarında yetki kullanabilmeleri ve egemen olmaları ile açıklanmaktadır. Bu halde, egemen ve özerk yönetim olan federe yönetimler belirli oranda yasama fonksiyonu yerine getirebilmelidir ki bu özerkliğin doğrudan sonucudur.

Bu bağlamda federe yönetimlerin, üç temel alanda yetki sahibi olduklarına işaret edilmektedir. İlki, federal yönetimden bağımsız olarak yasa yapabilmelerini ifade eden *yasal yetki*; ikincisi, yeterli ve önceden belirlenmiş federal fonların federe yönetimlere verilmesini sağlayan *mali yetki* ve son olarak da; federal politikaların uygulanmasında federe yönetimlerin biraz daha esnek ve özerklik sahibi olabilmelerine ilişkin olarak *devletsel yetkileri* bulunmaktadır.¹⁵

Üstelik bu yetki alanlarına sahip olabilmeleri, federal ve federe yönetimler arasındaki uyuşmazlıklarda da etkili olabilecektir. Bu yönde federe yönetimler, uyuşmazlıklar ortaya çıkmadan önce engellenebileceklerdir. Federe yönetimler, daha büyük riskler almadan ve anayasal anlamda yetkilerini ve çıkarları ihlal edilmeden önce, federal yönetimle işbirliği kurmaları öğütlenmektedir.¹⁶

Federasyonlarda yetkinin, öncelikle klasik egemenlik anlayışı içerisinde “yasa yapma” iradesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Yetki uyuşmazlıkları söz konusu olunca da, yetki paylaşımına ilişkin alanlarda yasama iradesinin kullanılması yani egemenliğin asıl ölçütünün değerlendirme kapsamına alınması gerekir. Bununla birlikte, uyuşmazlık söz konusu olduğunda sadece yasaların uyuşmazlığı da söz konusu olmayabilir. Örneğin federal idari düzenlemelerle, federe yönetimlerin yasaları hatta anayasaları dahi uyuşmazlık gösterebilir. Federal idari makamın düzenlemesi, federal bir yasaya dayanmakla birlikte, bazı durumlarda idari makamların standart belirlemeye dönük düzenlemeleri, federe yönetimlerin normlarıyla uyuşmazlık çıkarmaktadır. Bu durumda, o alana ilişkin düzenlemenin, hangi yönetim düzenine ait olduğu, federe yönetimlerin yetki alanlarının ihlal edilip edilmediğinin tespiti yapılacaktır. Ancak uyuşmazlık örnekleri üzerinden yapılacak bir değerlendirmede, genellikle her iki yönetimin yasalarının uyuşmazlık çıkardığı görülmektedir.

Ayrıca parlamenter bir federal sistem olarak Avustralya, Kanada ya da Hindistan’da, belirli koşullarla federal yasama organlarının, kural koyma yetkisinin kullanımını federal yürütme organlarına devredebilmektedir. İkincil yasama (*delegated*

¹⁵ KRAMER, Larry D, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism* , **Columbia Law Review**, Vol. 100, No. 1, Centennial Issue (Jan, 2000), s. 215-293.

¹⁶ KRAMER, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism* , s. 215-293.

legislation ya da *subordinate legislation*) olarak bilinen bu uygulama, bir bütün olarak yürütmenin, yasamanın belirlediği sınırlar içinde teknik ve ayrıntıya ilişkin kurallar koymasını ifade eder.¹⁷

Bu tür düzenlemelerin de, federal sistemde yetki uyuşmazlıklarına neden olabilmeleri mümkündür. Federal yasama organlarının, hangi yetkileri federal yürütme organına verebilecekleri konusunda farklı uygulamalar bulunmaktadır. Buna karşılık, Avustralya Yüksek Mahkemesi, 1931 yılında verdiği bir kararıyla, federal yasamanın yürütme organına vereceği yetkilerinde, herhangi bir sınırı olmadığını belirtmiştir. Karar, Yüksek Mahkeme'nin kuvvetler ayrılığına ilişkin sınırları inkar ettiği şeklinde değerlendirilmektedir.¹⁸

ABD Yüksek Mahkemesi, *ALA Schechter Poultry Corp v. United States* kararında, Amerika'da yasama yetkisinin delege edilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Kararda, yasa yapma yetkisinin verilmesi ya da devredilmesi, anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁹ Buna karşılık, Kanada'da yasama yetkilerinin federal yürütme organlarına verilmesi ya da federe yasama organlarının federe yürütme organlarına yetkilerini devredilmesi konusunda teorik olarak sınırlama bulunmamaktadır.²⁰ Hindistan'da ise, yasamanın temel yetkilerinin devredilemeyeceği, 1912 *Delhi Laws Act* ile kabul edilmiştir. Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin, *Edward Mills Co. v. State of Ajmer* kararında, belirli bir konu üzerinde genel anlamda yasama yetkisinin bulunması, söz konusu yetkinin, aynı zamanda yürütülmesi konusunda da zımni bir yetkiyi barındırdığını belirtmiştir.²¹

Kanada Yüksek Mahkemesi, 1951 tarihli *A.G.N.S. v. A.G. Canada* kararında, Nova Scotia federe yönetimi, yerel istihdam üzerindeki yasama yetkilerinin devredilmesine ilişkin bir yasayı yürürlüğe koymuştur. Nova Scotia federe yönetimi söz konusu yasayla, daha önce federal istihdam ve dolaylı vergilendirmeye ilgili olarak kendilerine delege edilmiş yetkilerinin de verilmesi söz konusudur. Fakat Mahkeme, yasanın geçersiz olduğuna karar vermiştir. Öncelikle belirli yetkinin delege edilmesi için bunun Anayasa'da belirtilen yetkiler arasında sayılmış olması gerektiğine işaret etmiştir. Kararda, federe yönetimlerin kendilerine verilmiş yetkilerin (federal yönetimin federal

¹⁷ KARAHANOGULLARI, Onur, *İngiliz Hukukunda İkincil Yasama*, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, Sayı: 3, s. 213.

¹⁸ *Victorian Stevedoring and General Contracting Co Pty Ltd v Dignan* (1931) 46 CLR 73. Ayrıca bkz. ARONSON, Mark, *The Great Depression, This Depression, and Administrative Law*, University of New South Wales Faculty of Law Research Series, **Federal Law Review**, Volume 37, 2009, s. 170.

¹⁹ *ALA Schechter Poultry Corp v. United States Citation. 295 U.S. 495, 55 S. Ct. 837, 79 L. Ed. 1570* (1935), İnternet Kaynak: <http://www.casebriefs.com/blog/law/administrative-law/administrative-law-keyed-to-lawson/the-constitution-and-the-administrative-state/a-l-a-schechter-poultry-corp-v-united-states/>, Erişim Tarihi:04-10-2012.

²⁰ Canada *Constitutional Law Summary*, **Summary of AEECLSS Meetings**, İnternet Kaynak: <http://www.aeeclss.org/en/academic/summaries>, Erişim Tarihi:04-10-2012.

²¹ *Edward Mills Co. v. State of Ajmer*, İnternet Kaynak: <http://www.indiankanon.org/doc/121478/>, Erişim Tarihi:04-10-2012. Benzer bir karar olarak, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin *Devi Das Gopal Krishnan v. State of Punjab, Subba Rao, C.J.* örnek gösterilmektedir. Karar için bkz. <http://indiankanon.org/doc/883586/>, Ayrıca bkz. **Delegation of Power and its Limitations**, İnternet Kaynak: http://www.lawyersclubindia.com/articles/print_this_page.asp?article_id=1569, Erişim Tarihi:04-10-2012.

istihdam ve dolaylı vergilere ilişkin yetkilerinin), başka bir organa devredebileceklerine ilişkin, ne açık ne de zımnî bir düzenleme bulunmadığını belirtmiştir.²²

Federal sistemlerde, yetkilerin nasıl ve hangi hukuksal kaynaklarla uyumsuzluk gösterdiği önemli değildir. Eğer bu normlar bakımından bir sınırlama kabul edilirse, federal sistemlerde yüksek mahkemelerin uyumsuzluk çözme yetkisinin bir anlamı olmayacaktır. Örneğin ABD Anayasası'nın Yüksek Mahkeme'ye ilişkin 3. maddesinde, Mahkemenin yargı yetkisinin, tüm durumlar ya da tüm normlar üzerinde yargı yetkisinin bulunduğu belirtilmektedir. Bu yönde Amerika'da, Başkanlık Kararnameleri (*Executive Orders*) dahil tüm hukuk düzenlemeleri denetlenmektedir.²³

Mahkeme, Anayasa'ya ve anayasal yetki paylaşımına ilişkin aykırılık iddialarına bakmaktadır. ABD Yüksek Mahkeme'si, Anayasa'daki yargı yetkisinden hareketle, bütün federal yasalardan, kararnamelerden, Birleşik Devletlerin taraf olduğu anlaşmalardan doğacak uyumsuzlukları incelemektedir.²⁴

Bu konuda, ABD Yüksek Mahkemesi'nin yargı yetkisine ilişkin yetkileri belirtilirken, Anayasa'da “açık, seçik bir kural olmamakla birlikte” ifadesi kullanılmaktadır. Ancak bu konuda, özellikle yargısal doktrin taraftarları farklı görüşler ileri sürmektedirler. Buna göre ABD Anayasası'nın 3. maddesinde bulunan Yüksek Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin hükümde, “bu Anayasa'dan doğan tüm hukuksal ve adli davaları” ifadesinin, yargı organının yetkisine işaret ettiğine dikkati çekmektedirler. Bu ifadeden hareketle, anayasaya uygunluk denetimi ve bu denetim yoluyla federalizm uyumsuzluklarının çözüm yetkisine bir sınırlama getirilmediği belirtilmektedir. Bu yönde Yüksek Mahkemenin yetkisi davalar ve anlaşmazlıklar (*cases ve controversies*) olarak iki genel kategoride ele alınmaktadır.²⁵

Hukuk devletinin önemli bir koşulu, devlet organlarının hukukla bağlı olmalarıdır. Bu anlamda maddî anlamda gücün kullanımı için, hukuki bir norma dayanması gerekmektedir. Bu yönde güç kullanımı ise, hukuken oluşturularak, çerçevenmiş yetki kapsamında gerçekleştirilmektedir.²⁶

Dolayısıyla, federal sistemlerde yüksek mahkemenin uyumsuzluk çözme yetkisi, geniş anlamda anayasa yargısı işlevi olarak kabul görmekte ve “yetki”nin hangi normla düzenlendiğine bakılmaksızın uyumsuzlukları çözebilmektedirler. Asli olarak

²² A.G.N.S. v. A.G. Canada [1951, SCC] (p. 144). Benzer kararlar için bkz. R. v. Furtney, [1991] 3 SCR 89; Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.), [1991] 2 SCR 52; 8. Finlay v. Canada (Minister of Finance), [1986] 2 S.C.R. 607. Kararlara ulaşmak için bkz. <http://www.canlii.org/eliisa/search.do?id=A.G.+Canada&startDate=1951&legislation=legislation&caselaw=courts&boardTribunal=tribunals&language=en&searchTitle=Search+all+CanLII+Databases&searchPage=eliisa%2FmainPageSearch.vm&sortOrder=date&requestedPage=15>, Erişim Tarihi:04-10-2012.

²³ İlk kez 1952 yılında ABD Yüksek Mahkemesi, Başkan Harry S. TRUMAN'ın that *Executive Order 10340*, Başkanlık Kararnamesini *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 US 579 (1952) kararıyla denetlenmiştir.

²⁴ MURPHY, Walter F., (Çeviren: KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer), *Amerikan Yüksek Mahkemesine Düşen Görevlerde Değişmeler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 31, Sayı 1-4, 1974, s. 55.

²⁵ YOO, John C., *The Puzzling Persistence of Process-Based Federalism Theories*, University of California Berkeley, Boalt Working Papers in Public Law, Boalt Hall, UC Berkeley, USA, 2001, s. 7.

²⁶ BOYAR, Oya, *Anayasal Uyumsuzluklarda Yorum*, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s. 28.

uyuşmazlığa konu olan normun ise, anayasada verilen yetkiye dayanarak oluşturulan yasalardır. Bunun yanı sıra, yürütme federalizminin hakim olduğu Almanya, Avusturya ve Hindistan gibi federal sistemlerde, belirli konularda federal yönetimin yasalarının uygulanması ferde yönetimlere aittir. Burada da federal yönetimler yasaların gereği gibi yürütülmediği konusunda, yüksek mahkemelere başvurabilmektedirler.

Siyasi düzenin oluşumu, bir ölçüde adalet kavramının yerine getirilmesine ve bu yönde temel olarak uyuşmazlıkları çözme fonksiyonuna bağlanmaktadır. Amerikan federasyonu ile modern anlamda anayasaların ortaya çıkması, yargıya ilişkin bağımsızlık taleplerinin de ortaya çıkarmıştır. Bağımsız yargıya ilişkin talebin güçlenmesi, anayasalarda bağımsız bir devlet fonksiyonu olarak yargının yeniden tanımlanması ve işlevine uygun bir statü kazanmasının da yolunu açmıştır.²⁷

Federal sistemler, yaygın olarak uyuşmazlıkla anılmaktadırlar. Federal ve federe yönetim düzenleri arasında, ortaya çıkan uyuşmazlıklar, sistemin denge unsurunda sürekli değişikliklere neden olduğu gibi, bu uyuşmazlıklar nedeniyle federalizm yaklaşımının da biçim değiştirmesine yol açabilmektedirler.

Bunun yanı sıra, genel olarak uyuşmazlık (*dispute*) kavramının, çoğu zaman çatışma (*conflict*) kavramıyla karıştırıldığı belirtilir. GÖNENÇ, her iki kavramın farkını ortaya koymak için, uyuşmazlıkların, müzakere edilebilir bir kavram olduğunu belirtmektedir. Uyuşmazlık taraflarının, bir araya gelerek ortak bir zeminde konsensüs sağlayabilecekleri, bu durumda, ortada “*çözülebilir bir fikir ayrılığı*” bulunduğu işaret edilmektedir.²⁸

Buna karşılık çatışma ise, müzakere edilemez menfaatlere ilişkin bir kavramdır. GÖNENÇ çatışma kavramını, “*iki veya daha fazla tarafı karşı karşıya getiren, zamana yayılan ve kökleri derinlere giden esaslı fikir ayrılıkları*” olarak ifade etmektedir. Her iki kavramda önemli olarak, uyuşmazlık, çatışmaya oranla daha fazla çözülebilir bir fikir ayrılığı olarak ortaya konulmaktadır.²⁹

Federasyonlarda ortaya çıkan yetki uyuşmazlıkları, birer hukuki uyuşmazlıktır. Bu tür hukuki uyuşmazlıklar, yargısal çözüme ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle, söz konusu uyuşmazlıkların, çatışma kavramı dahilinde değerlendirilmemesi gerekir. Aynı şekilde anayasa yargısı denetiminde, yargısal denetimin gerekliliği de hukuki uyuşmazlıkların çözüm mekanizması aracılığıyla aktarılmaktadır. Bu konuda ONAR, anayasaya aykırılığın söz konusu olduğu durumlarda, hukuk kuralları arasında bir uyuşmazlık olduğunu belirtmektedir. Bu kurallar arasındaki uyuşmazlığın saptanarak,

²⁷ CANIKLIOĞLU DİKMEN, *Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri*, s. 22.

²⁸ GÖNENÇ, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, s. 21.

²⁹ GÖNENÇ, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, s.22.

hangi kuralın uygulanacağını belirlenmesi ise hukukî bir sorundur. Dolayısıyla, bu hukukî sorunun çözümlenmesinde yetkinin de yargı organında olması gerekir.³⁰

Ayrıca federasyonlarda yetki uyuşmazlıklarında var olan “uyuşmazlığın”, “çatışmaya” dönüşmemesi, son derece önemlidir. Özellikle, çeşitliliklerin niteliksel olduğu, yani aralarında belirgin farklılıkları olan federe yönetimlerin bulunduğu federasyonlarda, uyuşmazlıkların, çatışmaya dönüşmemesi önemlidir. Bu tür bir durumda, federal sistemin yapısında değişiklikler ortaya çıkabileceği gibi, sistemin dönüşmesinde de neden olabilecektir.³¹

Federe yönetimlerin kendi aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıklarla, federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, normal olarak farklılık arz edecektir. Federal ve federe yönetimler arasındaki uyuşmazlıkların yargısal çözümünde, genellikle federalizm davaları olarak ifade edildiğini belirtmek gerekir. Federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, ezici bir çoğunlukla farklı yasama yetkisine sahip egemen güçler ya da iktidarlar arasında ortaya çıkmaktadır.³² Dolayısıyla federal ve federe yönetim düzenleri arasındaki uyuşmazlıklarda, anayasal olarak benzer şekilde güçlenmiş egemenler söz konusu değildir.

Federal sistemlerde ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklar, genellikle federal yönetimle bir veya bir kaç federe yönetim arasında ya da federe yönetim düzenlerinin kendi aralarında ortaya çıkabilir. Aynı anda hem federal hem de tüm federe yönetimlerin uyuşmazlıklarının ortaya çıkması, çok nadir bir durumdur.³³ Buna karşılık, federe yönetimlerin kendi aralarında uyuşmazlıklar, benzer şekilde güçlenmiş egemenler arasındaki uyuşmazlıklar olarak kabul edilmektedir.³⁴ Federe yönetimlerin kendi aralarındaki uyuşmazlıklar, ayrı bir çalışma konusu teşkil ettiğinden bu çalışmada yer verilmeyecektir.

Öncelikle, federe yönetimlerin benzer şekilde güçlenmiş egemenler olması, her federasyon bakımından geçerli bir argüman olmadığını belirtmek gerekir. Burada, belirli bir federal sistemde, her bir yönetim düzeninin yetkili olduğu alanların birbirlerinden farklılık arz ettiği asimetrik federal sistemlere işaret etmek gerekir. Bu yönde bazı federasyonlarda, federe yönetimlerin anayasal yetkilerinde farklılıklar

³⁰ ONAR, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi Ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, AÜHFY, Ankara, 2003, s. 91.

³¹ Federasyonlar, çok katmanlı yapıları gereği aynı zamanda çatışmayı da içinde barındırmış ya da barındırmaya devam eden birer devlet türüdürler. Federasyonlardaki yetki uyuşmazlıklarının çözümü istikrarlı birer demokrasi örneği olarak değerlendirilmeyen, Rusya ve Yugoslavya örnekleri bakımından, çatışmaya dönüşebilmiştir.

³² WEINBERG, *The Federal-State Conflict of Laws: 'Actual' Conflicts*, s. 1749.

³³ TARLTON, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, s. 868.

³⁴ WEINBERG, *The Federal-State Conflict of Laws: Actual Conflicts*, s. 1749.

görülmektedir. Asimetrik yetki paylaşımının bulunduğu federal sistemlerde, bir federe yönetimin diğerine göre farklı şekillerde yetkilere sahip oldukları görülmektedir.³⁵

TARLTON, simetrik federal sistemlerle, asimetrik özellikleri bulunan federal sistemlerde olduğundan daha farklı hukuki, siyasi, ve ekonomik problemleri bulunacağına işaret etmektedir. Simetrik federal sistemlerde, federe yönetimlerin az ya da daha fazla ölçüde de olsa, eninde sonunda, “ulusal yapının” genel karakterini yansıtmaya eğilimleri bulunacaktır. Dolayısıyla federal ve federe yönetimler arası uyumsuzluklar, simetrik federal sistemlerde, asimetrik federal sistemlerde olduğundan, hem daha farklı hem de daha az ölçüde görülebilecektir.³⁶

Nitekim, bu federasyonlarda her federe yönetimin benzer şekilde güçlenmiş egemenler olduğunu belirtmek yerine, anayasal statüsü bakımından benzer federe yönetim olarak ifade etmek gerekmektedir. Burada, örneğin Hindistan’ın Jammu ve Kashmir federe yönetimi ile Andhra Pradesh federe yönetimi arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzluklar, anayasal statüsü bakımından eşit fakat yetkileri bakımından eşit olmayan federe yönetimler arasındaki uyumsuzluklar olarak görülebilir.

Federal ve federe yönetimler arası uyumsuzluklar (federalizm uyumsuzlukları), federe yönetimlerin ortak hedefleri, istekleri ve federal sistemden beklentileri açısından ele alınmalıdır. Buna karşılık, belirli bir federe yönetimin ihtiyaçları göz önüne alınarak, asimetrik olarak kurulmuş federal sistemlerde, yetki uyumsuzluklarının daha fazla ortaya çıkacağı belirtilir. Bunun nedeni, söz konusu federe yönetimin, izlediği politikalar ve talep ettiği koşullar, genel olarak federal sistemin tümüne yabancı olacağından, bunun sonucu olarak ortaya, federalizm uyumsuzlukları çıkacaktır.³⁷

Anayasal yetki paylaşımı, federal sistemi bir arada tutan bir yapı taşıdır. Çoklu hukuk düzenindeki aktörlerin, söz konusu anayasal yetki paylaşımını ihlal etmeleri, diğer bir hukuk düzenindeki aktörün yetkilerini etkilemektedir. Söz konusu etkileme, genellikle yetkinin kısıtlanması, kullanılmayacak hale gelmesi veya yetkileri ele geçirilen hukuk düzeninin egemenlik alanına müdahale edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bunun yanı sıra, yetki uyumsuzluklarının çözümü ya da ortaya çıkmasının engellenmesi bakımından bazı anayasal ilkeler bulunmaktadır. İlk olarak, uyumsuzluk halinde federal ya da federe yönetim hukuklarının üstün olduğuna ilişkin ilkedir. İkinci olarak da, anayasada sayılmayan, belirli bir yönetim düzenine verilmeyen, yeni ortaya çıkan bir yetki alanının bırakıldığı genel yetki kuralıdır.

³⁵ Hindistan’da Jammu ve Kashmir, Kanada’da Quebec federe yönetimlerinin, diğer federe yönetimlere oranla farklı alanlarda anayasal yetkilerinin bulunmaktadır.

³⁶ TARLTON, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation* , s. 868.

³⁷ TARLTON, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation* , s. 869.

Bu tür anayasal çözüm mekanizmalarına karşın, söz konusu ilkeler çoğu zaman işlevsizdirler. Bunun nedeni, yargının federal yönetime yetkileri kaydırmak adına federal hukukun üstünlüğü ilkesini bir çerçeve olarak belirlemesidir. Aynı şekilde artık yetkiler alanının belirsizliği de bu işlevsizliğe neden olmaktadır. Her iki ilkenin ise, federal sistemlerde “ulusallık” mevhumunun, giderek daha ciddi alanlarda büyüme göstermesi nedeniyle, kendilerinden beklenen çözüm fonksiyonlarını yerine getiremedikleri belirtilebilir.³⁸

Bu doğrultuda federalizm davalarında yüksek mahkemelerin, federal hukukun, federe hukukları geçersiz bırakması (*preempt*) ve üstünlük doktrini gibi uçsuz bucaksız bir alanla uğraşmak zorunda olduklarına işaret edilmektedir.³⁹ WEINBERG bu konuda, federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların her zaman, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin gölgesinde kalacağını belirtmiştir.⁴⁰

Aynı zamanda modern uyuşmazlık teorisiyle, federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların uyumlu olmadığına da değinilmektedir. Bunun nedeni, federal yönetimlerin, bir bütün olarak ulusun eşsiz, özel ve tüm ülkeyi temsil eden yetkilerin kaynağı olarak görülmeleridir. Durum bu olunca, yüksek mahkemelerin federalizm davalarında, uygulanacak hukuku seçmek için, çok az bir alanı bulacaktır.⁴¹

Uyuşmazlığın ortaya çıkışı genel olarak, yetki paylaşımının açık olmaması ya da belirli bir yönetim düzeninin açık olarak diğer yönetim düzeninin yetki alanında düzenleme yapmasından kaynaklanabilmektedir. Yetki paylaşımının açık olmaması, yetki alanlarının ya eksik belirlenmesi, ya hiç belirlenmemesi ya da belirlenmiş alanın açıkça yorum bırakabilecek esnek bir düzenleme içermesinden kaynaklanabilir. Bununla birlikte ortaklaşa yetkiler alanının, önemli derecede yetkilerin örtüşmesine neden olduğundan, farklı bir uyuşmazlık alanı olarak kabul edilebilir. SAGAR, federal sistemde ortaya çıkan uyuşmazlıkların, federal yönetimin veya bir yada daha fazla federe yönetimlerin, aynı faaliyet veya aynı yöne ilişkin olarak yasama girişiminde bulunmaları halinde ortaya çıkacağını belirtmektedir.⁴²

Federal sistemlerde yetki uyuşmazlığının tarafları, federal ve federe yönetimlerdir. Bunun yanı sıra uyuşmazlıkların doğasına göre bireylerin üçüncü bir taraf olarak

³⁸ WEINBERG, Louise, *The Federal-State Conflict Of Laws: 'Actual' Conflicts* , V: 70, *Texas Law Review*, 1992, 14. Atf, s. 1748.

³⁹ Yazar burada ayrıca, alıntı yapılan devlet yasalarını da (*borrowed state law*) burada belirtmiştir. WEINBERG, *The Federal-State Conflict of Laws: 'Actual' Conflicts* , s. 1751. Ancak bu durum, eyaletlerarası ya da federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkindir. Alıntı ya da ödünç alınan yasalar, temel olarak Amerika'daki dava zamanasımı sürelerine ilişkindir. ABD her federe yönetimin çeşitli uyuşmazlıklara ilişkin olarak kabul ettikleri zamanasımı süreleri farklılık arz etmektedir. Bir çok federe yönetim doğru bulmadıkları usulen gerekli olan zamanasımı sürelerinin sonuçlarından kaçınmak için, ödünç alınan ya da alıntı yapılan yasalar (*borrowing statutes*) kabul etmişlerdir. Böylelikle söz konusu yasa kapsamında bir federe yönetimin, diğer bir federe yönetimde ortaya çıkan eylem nedeniyle, o federe yönetimin daha kısa olan zamanasımı süresine alıntı yapabilmektedir. Bu durum genellikle eyaletlerarası ya da federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkindir. WANI, Ibrahim J., *Borrowing Statutes, Statutes of Limitations and Modern Choices of Law* , *UMKC Law Review*, Vol. 57, 1988-1989, s. 683.

⁴⁰ WEINBERG, *The Federal-State Conflict of Laws: 'Actual' Conflicts* , s. 1752.

⁴¹ WEINBERG, *The Federal-State Conflict of Laws: 'Actual' Conflicts* , s. 1752-1753.

⁴² SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field* , s. 3.

federalizm davalarına konu olabildikleri görülmektedir. Kısacası federalizm davaları, federal ve federe yönetimlerinin yetki, hak ve menfaatlerine ilişkin olabildiği gibi, bireylerin de hak ve menfaatlerine ilişkin olabilir.

Federasyon ve federe yönetimlerin vatandaşları, kendilerine uygulanan ya da uygulanacak olan mevzuatın içeriğine göre, o mevzuatı oluşturan yönetim düzeninin yetkisi içerisinde olmadığını ileri sürebilmektedirler. Nitekim, bireyler herhangi bir yetki alanında, federal veya federe yönetim mevzuatlarının uygulanmasından veya uygulanmamasından kaynaklanan ihlallere maruz kalabilmektedirler. Burada eğer federal yönetim tarafından kabul edilmiş bir mevzuat söz konusu ise, bu normun federe yönetimin yetkileri içerisinde olduğu ya da tam tersi olarak uyuşmazlığa konu olan norm federe yönetimin yaptığı bir düzenleme ise, bu konunun federal yönetimin yetki alanında olduğu iddiası söz konusudur. Nitekim, bireyler herhangi bir yetki alanında, federal veya federe yönetim mevzuatlarının, uygulanmasından veya uygulanmamasından ortaya çıkan ihlallere maruz kalabilmektedirler.

Bu doğrultuda, bireylerin taraf olduğu önemli içtihatlarla yer yer değinilecektir ancak, bu tür değerlendirmelerin özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin ayrı bir çalışmayla ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle bu tezde, federal ve federe yönetimlerin taraf oldukları ve federal sistemin dengesini etkileyen önemli uyuşmazlık faktörlerine odaklanılacaktır. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklerle, federal sistem bağlamında yapılan en önemli eleştiriler, anayasaların, bireyler yerine federe yönetimlerle yapılmış birer anlaşma olmasına yöneliktir. Burada federasyon anayasalarının çoğu zaman, federe yönetimleri koruma altına almakla, bireyleri koruma altına alma arasına sıkıştığı ileri sürülmektedir.⁴³

Söz konusu eleştiriler, federasyonun zaten birinci meclislerin federasyon halkının seçimiyle oluştuğuna ve federe yönetimlerin siyasi mekanizmada zaten korunduklarını ifade etmektedir.⁴⁴ Bu görüşlerin, federal sistemlerin siyasal koruma teorisini ön plana çıkardıkları görülmektedir. Teoride bireylere ilişkin olarak, mahkemelerin federalizm uyuşmazlıklarını ve özellikle federal yönetimi ön plana çıkarmayı, temel hak ve özgürlüklerin önünde tuttuğu belirtilmektedir. Buna göre mahkemeler bu tür uyuşmazlıklarda sergiledikleri aktivist tutumları, asıl olarak temel hak ve özgürlükler kapsamında ortaya çıkarmalıdır. Teoriye göre açıkça, “yargının, *federe yönetimlerin yetki alanlarına korumak adına, federal yönetimin anayasa aykırı olarak bu yetki alanlarına el atmasına müdahale etmemesi*” gerekmektedir.⁴⁵

⁴³ HARRİS, *A New Constitution For Australia* , s.130-132.

⁴⁴ Örneğin Avustralya Anayasasının 7. bölümünün, Queensland federe yönetimine, kendi içinde senatörler seçmeye izin vermesi, 95. bölümde Western Australian Batı Avustralya'nın gümrük vergileri ile ilgili özel düzenleme yapılması gibi maddeler belirtilebilir.

⁴⁵ YOO, *Judicial Review and Federalism* , Prg. I.

Nitekim federasyonlarda anayasalarla belirlenen yetki paylaşımları kaçınılmaz olarak aşılma, yönetim düzenleri arasında yetki uyuşmazlıkları çıkmaktadır.⁴⁶ MUELLER, paylaştırılmış yetki sınırları ne olursa olsun, ekonomi ve kamu yararı gibi alanlar nedeniyle, bir yönetim düzeninden diğerine yetkilerin, kaymasının muhtemel olduğunu belirtmektedir.⁴⁷

Bununla birlikte genel olarak uyuşmazlık kavramı, iki farklı kategoride incelenmektedir. Siyasi uyuşmazlıklar olarak ilki, uyuşmazlığa taraf olanların güçlerinin belirleyici olduğu yargısal süreçlerle değil, müzakere yöntemiyle çözülebilen uyuşmazlıklardır. İkinci olarak hukuki uyuşmazlıklar ise yargısal süreçlerle, uyuşmazlığın bir yargıcın müdahalesinin gerekli olduğu, kuralların, normların ve standartlara bağlı olarak yargılama sürecinde geçen uyuşmazlık çözüm sürecini ifade eder.⁴⁸

Hatırlanacağı üzere, federasyonların işleyişine ilişkin olarak belirtilen siyasi ve yargısal koruma teorileri, temel özellikleri bakımından daha önce ifade edilmiştir. Bu doğrultuda da federasyonlarda yetki uyuşmazlıklarının çözümü hukuki ve yargısal yollarla çözülebilen uyuşmazlıklardır. Bu uyuşmazlıkların, en üst yargı organının çözülmesi gereken bir uyuşmazlık olması ise federasyon yapısına özgü bir koşuldur. Federasyonların güvencesi bu tür yetki uyuşmazlıklarının yüksek mahkemelerin hakemlik ve garantörlük teminatı altında olması da ilgilidir. Burada ise, federal sistemlerde yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yargının rolü üzerinde durulacaktır.

TARLTON, federal sistemlerde, çeşitliliğin hakim olduğu durumları, sistemin “ayrılma-potansiyeli” yüksek olduğu dönemler olarak kabul etmektedir. Bu tür bütünlük bozucu durumların üstesinden gelmek için merkezkaç eğilimler ve güçlerin varlığı gerekecektir. Federal sistemin bir bütün olarak uyum gösterdiği dönemler, federe yönetimler arasındaki farkların, simetriyi zorlayıcı faktörlerle aracılığıyla gölgede bırakıldığı dönemlerdir. Buna karşılık uyuşmazlıkların en sık yaşandığı dönemler ise, federe yönetimlerden birinin ortak konularda bağımsız olarak kendini koruma ve ifade etme hakkının çiğnendiği durumlarında gelişmektedir. Söz konusu dönemler, özellikle federe yönetimlerin bazı özel çıkarları ve sorunları geliştiği zaman ortaya çıkmaktadır.⁴⁹

Yazar, federal sistemlerde, federalizm uyuşmazlıklarının ortaya çıktığı bir diğer durumun, federalizm en ciddi şekilde sorgulandığı yönetimlerin bulunmasına bağlamaktadır. Bu tür federe ya da bölgesel yönetimlerin, kendi anayasal özerkliklerini

⁴⁶ WECHSLER, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, s. 543-560.

⁴⁷ MUELLER, *Constitutional Democracy*, s. 81.

⁴⁸ KELSEN, Hans, *Compulsory Adjudication of International Disputes*, *The American Journal of International Law*, Vol. 37, 1943, s. 398. GÖNENÇ, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, s.22.

⁴⁹ TARLTON, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, s. 873.

savunduklarını, ulusal eğilime karşı ciddi bir karşıtlık geliştirme eğiliminde oldukları ileri sürülmüştür. TARLTON, bu tür federe yönetimlerin olduğu federal sistemlerde, var olan simetri ya da uyumun yok olma potansiyeli bulunduğu dikkati çekmektedir.⁵⁰

Genel olarak federasyonlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların, üç düzeyde meydana çıktığı belirtilir. Bunlardan ilki, federe ve federal yönetimler arasında, asıl dayanağının dikey kuvvetler ayrılığı olduğu, “dikey gerilimler” (*vertical tensions*)dir. Buradaki uyuşmazlıklar asıl olarak, federal ve federe yönetimlerin paylaşılmış yetkilerine ilişkin meselelere yönelmektedir. İkinci uyuşmazlık noktası, federe yönetimlerin, belirli konularda kendi politik ve sosyal değerleri ışığında farklı yaklaşımlar benimsemelerine karşılık federal yönetimin, aynı konulara, siyasi bütünlük sağlamaya dönük yaklaşımından kaynaklanan gerilimlerdir. Her iki yönetim aynı konulara farklı amaçlarla baktığından, siyasi süreçte bu farklılık, yönetim düzenleri arasında uyuşmazlığa neden olabilmektedir. Diğer bir uyuşmazlık düzeyi ise federalizmin, 18. yy. sonları ve 20. yy. başlarına kadar olan süreçte, daha muhafazakâr ortama doğru değişen siyasi durumudur.⁵¹

Federasyonlarda yetki uyuşmazlıkları ve bunun çözümü hukuksal nitelik taşıyan bir uyuşmazlık türüdür. Federal ve federe yönetimler arasında yetki uyuşmazlıklarının çözümü, sistemin sürdürülebilirliği açısından hayati önem taşımaktadır. Bu hayati önemin yanı sıra, her ne kadar yetki paylaşımları önceden anayasalarla belirlenmiş olsa da, yetkiler arasında çakışmalar olacağı gibi, federasyon anayasalarında yetki anlamında bazı noktalar eksik ya da hiç düzenlenmemiş de olabilmektedir. Bununla birlikte anayasa koyucuların, belirli alanlarda örtüşme olabilecek kadar yetki konularını ayırdıkları görülmektedir. Örneğin federal yönetimlerin ceza hukukuna ilişkin yetkiler, federe yönetimlerin bir çok yetki konusuyla uyuşmazlık çıkarabilmektedirler. Bu durumlarda federe ve federal yönetimlerin hangisinin mevcut konularda yetki sahibi olduğunu yüksek mahkemeler çözecektir. Yüksek mahkemelerin çözüm yetkisi, dikey kuvvetler ayrılığının güvencesi olma prensibine bağlanmaktadır. Çoğu zaman dikey kuvvetler ayrılığını dengeleme, yatay kuvvetler ayrılığı üzerindeki denetimden daha fazla önem arz etmektedir.

II. YARGISAL ÇÖZÜM MEKANİZMASI

Anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli bağımsız ve tarafsız yargı organı, federasyonlarda anayasayla yapılmış güvenceli yetki paylaşımının bir bakıma teminatı niteliğindedir.

⁵⁰ TARLTON, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation* , s. 873.

⁵¹ MORGAN, DAVIES, (Ed.), *Federal Nation: Perspectives on American Federalism* , s. 2.

Federal sistemin başarılı olmasında, iki önemli aygıtın uygulanması etkilidir. Bunlardan ilki, federal yönetimin tüm vatandaşları üzerinde doğrudan otoritesini ve yetkilerini kullanabilmesi, ikinci olarak da, anayasayı yorumlayarak yetki uyuşmazlıklarını çözecek bir hakem varlığıdır. Söz konusu hakemin ise, bağımsız ve tarafsız yüksek mahkemelerdir.⁵² Bireylerin zihinlerinde yasal bir alışkanlık oluşturması bakımından bu ilkeler, önemli mekanik/siyasi düzenekler olarak kabul edilmektedir.⁵³

DUCHACEK, sistemi koruma altına almanın önemli bir unsuru olarak kabul edilen yargı organının garantörlük yetkisini, federasyonun kurucu unsurları arasında saymaktadır.⁵⁴ Yargı ve federalizmin arasındaki sıkı ilişki, yüksek mahkemelerin, federal sistemin olmazsa olmaz asli unsuru ortaya konulmasına dayanmaktadır.⁵⁵ Federal sistemde yargının rolü, güvenceli yetki paylaşımı unsurunu desteklemektedir.⁵⁶

Yargısal güvence olmaksızın, nasıl ki anayasanın üstünlüğü tam olarak sağlanamazsa, yetki paylaşımının tam olarak güvence altına alındığı da söylenemez. Bu yönde federasyonların özelliklerinden biri de, federalizm uyuşmazlıklarında, yüksek mahkemelerin anayasal hakemlik yetkisidir. Yüksek mahkemeler, söz konusu hakemlik yetkisini yerine getirirken, federal sistemin denge unsuru açısından, olmazsa olmaz bir işlevi üstlenmektedirler.

Federal sistemde, federe ve federal yönetimler arasındaki dengenin korunması oldukça önemlidir. Korunmayı sağlayacak mekanizmalar, federal sistemin tasarımında ortaya konulmuş, yazılı ve katı anayasalarla güvence altına alınmıştır. Buna göre, siyasi ya da yargısal mekanizmalarla sistemi koruması, birlik ile çeşitlilik arasında denge kurulması gerekmektedir. Tarafsız ve bağımsız yargı organı, sistemin sigorta işlevini üstlenmektedir. Federal sistemi tasarlayanlar, aynı zamanda çift meclis, anayasa değişiklik usulleri veya veto yetkileri gibi mekanizmaların da, sistemi koruma ve dengeleme işlevi göreceğini ifade etmişlerdir.

Burada federasyonun işleyişine ilişkin iki teorinin tekrar ifade edilmesi gerekmektedir. Bu teorileri sistemin işleyişine etki ettikleri gibi, doğrudan doruya yargısal çözüm mekanizmasıyla, siyasi çözüm mekanizmasına yönelik iki tercihi ortaya koymaktadırlar. Federal sistemin anayasa yargısı yoluyla korunması yöntemini benimseyen ve savunanlar, yargısal koruma teorisinde birleşmektedirler.⁵⁷ Buna

⁵² PATTERSON, C. Perry, *Judicial Review as a Safeguard to Democracy*, **The Georgetown Law Journal**, Vol. 29, 1940-1941, s. 857.

⁵³ BRYCE'a göre söz konusu düzeneklerin gerçek değerleri, kendi marifetlerinden değil, kendileri için oluşturulmuş kişilere uygulanabilmelerinden kaynaklanmaktadır. WRIGHT John S. F, *Anglicizing the United States Constitution: James Bryce's Contribution to Australian Federalism*, **Publius: The Journal of Federalism**, Vol. 31, Number 4, (Fall 2001), s. 109 vd.

⁵⁴ DUCHACEK, **Comparative Federalism**, s. 255.

⁵⁵ DICEY, **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, s. 5, VERNEY, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India*, s. 84.

⁵⁶ Burada ayrıca federe yönetimlerin anayasa değişikliklerine katılması unsuru da ifade edilebilir. LIJPHART, **Demokrasi Motifleri**, s. 183

⁵⁷ Bu konuda Yargısal Koruma Teorisi Başlığına bakılabilir.

karşılık, federal sistemin korunması adına siyasi mekanizmaların yeterli güvence sağladığını ileri süren görüşler, siyasal koruma teorisinde birleşmektedirler.⁵⁸

Federal sistemin yargısal olarak koruma teorisinin gerekliliğini eleştiren siyasal koruma teorisi, federe yönetimlerin rolleri ve özerkliklerinin, siyasi partiler ve federe yönetimlerin ulusal siyasi sürece katılım olanakları gibi ulusal politika araçlarına katılımları sağlanmaktadır. Dolayısıyla federe yönetimler, federal sistem içerisinde kapsamlı bir şekilde dikkate alınmakta ve bu da söz konusu özerklikleri bakımından yeterli bir koruma sağlamaktadır.⁵⁹

Siyasal koruma teorisinin, federal sisteme özgü bir teori olmasının yanı sıra bir anlamda anayasaya yargısı literatüründe ifade edilen siyasi denetim işleviyle de örtüştüğü görülmektedir. ONAR, kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimini, “*kanunun yasama organında yapımı sırasında veya yapımından sonra devlet başkanı tarafından yürürlüğe sokulma aşamasında gerçekleştirilen denetim*”⁶⁰ olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla siyasi denetim mekanizmasıyla, federal sistemin siyasal koruma teorisinin genel anlamda aynı çerçevede oldukları görülebilir.

Federal sistemin siyasal koruma teorisi içerisinde, sistemin korumasının bir kaç yolla sağlanabileceği ileri sürülmüştür. Bunlarda ilki, federal sistemlerin zorunlu unsuru olan ikinci meclislerdir. Özellikle ikinci meclislerin, federe yönetimleri temsil ettikleri düşünüldüğünde, bu korumanın oldukça yeterli olabileceği ifade edilmektedir. ONAR siyasi denetim mekanizmalarından biri olarak çift meclisi, “*ikinci meclisle, birinci meclisin aşırılıklarının frenlenmesi, orada kabul edilen bir kanunun, gerek yerindelik (opportunité), gerek anayasaya uygunluk açısından ikinci meclis tarafından gözden geçirilmesi ve varsa gerekli düzeltmelerin yapılması*”⁶¹ şeklinde ifade etmektedir.

Federal sistemin siyasal koruma teorisi ise bu işlevin, bütünüyle federe yönetimlerin ikinci meclislerde temsiliyeti bakımından değerlendirmektedirler. Teoriye göre ikinci meclisler, federe yönetimlerin eşit ya da eşit sayılabilecek derecede seçilmiş ya da atanmış temsilcilerinden oluşmaktadır. Bunlar, siyasi süreç içerisinde federal yönetimi etkileyebilecek güce sahip olduklarını ileri sürmektedirler.⁶²

Federal sistemin siyasal koruma teorisinin bir diğer mekanizması, kanunların yapılış sürecine ilişkindir. Siyasal koruma teorisinde bu mekanizma usulü koruma ya

⁵⁸ Bu konuda Siyasal koruma Teorisi Başlığına bakılabilir.

⁵⁹ MENDELSON, Nina A., *Chevron and Preemption*, *Michigan Law Review*, Vol. 102, 2003-2004, s. 757.

⁶⁰ ONAR, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi Ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, AÜHFY, Ankara, 2003, s. 19.

⁶¹ ONAR, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi Ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, s. 28.

⁶² Söz konusu görüşlerden biri ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528, 1985 kararıyla verilmiştir. Ayrıca bu konuda bkz. KRAMER, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, s. 215-293. WECHSLER, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*.

da güvence (*procedural safeguard*) olarak ifade edilmektedir.⁶³ Aynı mekanizmanın, yasaların anayasaya uygunluğunun siyasi denetiminde de ifade edildiği görülmektedir.

Bunun yanı sıra, siyasi denetim mekanizmasında gösterilen devlet başkanlarının veto yetkisi de siyasal koruma teorisi içerisinde değerlendirilmektedir. ONAR bu denetimleri, “*kanunlaşma sürecinde yasama organında yer alan komisyonlar, özellikle anayasa komisyonu eli ile sürdürülen denetim ve devlet başkanının anayasaya aykırı bulunduğu bir kanunu yürürlüğe sokmayıp, bir kez daha görüşülmesi için yasama organına geri göndermesi yoluyla işletebileceği denetim*”⁶⁴ şeklinde ifade etmektedir.

Federal sistemin siyasal koruma teorisinde, devlet başkanlarının veto yetkilerinden çok ikinci meclislerin birinci meclisler üzerindeki veto yetkilerinin savunulması ön plandadır. Ancak, devlet başkanın bazı sistemlerde önemli bir veto noktası ya da veto kapısı olarak görüldüğünü de belirtmek gerekmektedir.⁶⁵

Federasyonların yargısal koruma teorisi, federalizm davalarında yargının müdahale etmesini desteklemektedir. Bu yönde mahkemelerin, yönetimlerarası anlaşmazlıklarda yargının objektif olacağına, zira yargının etkisiyle uyuşmazlıkların çözümü birbirine karışmamaktadır.

Siyasal koruma teorisinde ise, özel çıkarlarla yetki uyuşmazlıklarının birbirini etkilediği belirtilmektedir. Siyasal koruma teorisi, somut siyasi öncelikleri, federalizm güvencelerinin üzerinde tutmaktadır. Bu nedenle federal sistemin siyasal koruması, güvenilir, kusurlu ve tek bir koruma alanı olarak düşünülmemelidir. Bu bağlamda siyasal korumanın her zaman için yaptırım uygulanması uygun değildir. Bu nedenle tek başına siyasal koruma olmayarak, yargısal yaptırımdan yoksun olması bakımından da yetersizdir.⁶⁶

Federal sistemin siyasi olarak korunmasının mümkün, ancak yetersiz olacağına ilişkin görüşler, federasyonun kuruluş sürecinde de kendini göstermektedir. HAMILTON Federalist Yazılar’da, yasama organının kendi yetkilerinin anayasal yargıçları olamayacağı, bunun anayasanın hiçbir hükmünden kaynaklanmadığını belirtmiştir. Bu yönde, yasama organının yetkilerini kullanırken, kendisine çizilen sınırlar içerisinde kalmasını, yargı organı sağlayacaktır. HAMILTON, yargıçlar tarafından Anayasa’nın, temel bir kanun olarak görülmesi gerektiğini ve bu sebeple, yasama organın düzenlediği bir kanunun anlamıyla birlikte, Anayasa’nın anlamının ne

⁶³ CLARK, *The Procedural Safeguards of Federalism* , s. 1686, 1702.

⁶⁴ ONAR, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi Ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler** , s. 20.

⁶⁵ Karşılaştırmalı hukukta devlet başkanlarının veto yetkilerine ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. ONAR, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi Ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler** , s. 48 vd. Ayrıca, Türkiye’de kanun yapma usulü bakımından veto durakları açısından bir inceleme için bkz. GÖNENÇ, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı* , s. 4-5.

⁶⁶ BEDNAR, **The Robust Federation** , s. 118- 119.

olduğuna karar vermek yargıçlara ait olacaktır. Eğer bu ikisi arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkarsa, bu durumda Anayasa tercih edilecektir.⁶⁷

Anayasaya uygunluk denetiminin daha etkin bir şekilde yapılması, bu konuda yargısal mekanizmayı zorunlu kılmaktadır. ONAR, siyasi denetim yerine, bu konudaki esas yetkinin yargı organında bulunması, mevcut uyuşmazlıklarda hukuki bir sorunun varlığına dayandırmakta, daha açık bir ifadeyle, farklı hukuk kurallarının uyuşamazlığının, ancak yargı organınca özömlenebileceğine işaret etmektedir.⁶⁸

Federal sistemin korunması bakımından da, aynı değerlendirmelerin yapılması mümkündür. Nitekim siyasi mekanizmanın yerel bağlılıkları, siyasi parti bağlılıklarına çevirebilecek kadar güçlü olabilmektedir. Dolayısıyla sistemin korunması, siyasi mekanizmaların inişli çıkışlı doğasına bırakılmayacak kadar önemlidir. Bu nedenle, yargı organının koruma işlevi ön plandadır.

Federasyonlarda, yargısal çözüm mekanizması yerine farklı uygulamaların bulunduğu da görölmektedir. Federalizm uyuşmazlıklarının çözümü bakımından, yargısal mekanizmanın dışında iki farklı yöntem dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, Rusya Anayasası'nın 85. maddesine göre, devlet başkanına verilen uyuşmazlık çözme yetkisidir.⁶⁹ Madde de başkanın, federal ve federe yönetim düzenleriyle, bunların devlet organları arasındaki uyuşmazlıkları, uzlaşma prosedürleriyle özöbileceği belirtilmektedir.⁷⁰ Maddeye göre uyuşmazlıkların, ancak *“uzlaşma kararının alınamaması durumunda”* başkan tarafından ilgili mahkemeye devredebileceği belirtilmektedir. Bu arada maddenin devamında başkanın, federe yönetimlerin *“yürütme organları düzenlemelerinin yürürlüğünü”*, anayasaya, federal kanunlara ve uluslararası yükümlölöklere aykırı olduğunda veya *“sorun ilgili mahkemede özömlenmeden, insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin ihlali durumunda”* bu

⁶⁷ Hamilton mahkemelerin, bireylerle yasama organı arasında yer alacak bir biçimde oluşturulduğunu ifade etmiştir. HAMILTON'ın değerlendirmesi için bkz. ONAR, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi Ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 95-96.

⁶⁸ ONAR, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi Ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 91.

⁶⁹ Rusya, 2003 yılının sonlarına kadar, yargı organlarının iki farklı düzeyde bulunabilmeleri ve federe yönetimlerin anayasa mahkemeleri kurabilmelerine ilişkin 1996 yılında kabul edilen yasal düzenlemelere rağmen, 89 federe yönetimden sadece 15 tanesinin anayasa mahkemeleri (*constitutional/charter courts*) kurduğu görölmektedir. Federasyonların kurucu unsurlardan biri devlet yetkilerinin federal ve federe yönetimler arasında bölüşülmesidir, bunun doğal bir sonucu olarak, her yönetimin bu yetkileri yerine getirebilmek için kendi devlet organlarının bulunması gerekmekte ve Rusya'da yasal olarak federal düzende düzenlemeler öngörölmesine rağmen federe yönetimlerin özellikle yargı organı bakımından bu prensibinden yoksun olduğu görölmektedir.

Bunun nedeni olarak, federe yönetimlerinden bazılarının bilinçli bir şekilde bu tür yargı denetimi yapabilecek organları oluşturmaktan kaçınılışlardır. Bu yönde, *mevcut siyasi aktörlerin, özellikle istikrarsız federal politikaları nedeniyle, kendi uygulama ve eylemlerinin anayasa mahkemeleri aracılığıyla denetim ve gözetimine tabi olmasını arzu etmedikleri* belirtilmektedir. Rusya federasyonunda, *federe yönetimlerin anayasa yargısı anlamında son derece zayıf kurumsal organlar oldukları ve federal yönetim yetkililerine son derece bağımlı oldukları* ifade edilmektedir. Bunun nedenleri, *federal yönetimin bölgesel yargı organlarının bölgelerdeki ayrılığı istekleri hukukileştirdiği konusunda şüpheleri olduğu ve bu mahkemelerin üye seçilmelerinin ve mali desteğinin federal merkez tarafından engellenmesinden çekinmeleri* olarak aktarılmaktadır. TROCHEV, Alexei, *Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia*, **Law & Society Review**, Volume 38, Number 3, 2004, s. 513-514, 540. Ayrıca, Rusya Federasyonu Yargı Organının işleyişine ilişkin olarak bkz. **AB-Rusya Merkezi Kaynakları**, İnternet Kaynak: <http://www.eu-russiacentre.org/russia/judicial-system>, Son Erişim Tarihi: 07-12-2011.

⁷⁰ Madde açıkça Başkan'ın, *Rusya Federasyonu devlet organları ve Rusya Federasyonu federe unsurlarının devlet organları arasında, ayrıca Rusya Federasyonu federe unsurlarının devlet hakimiyet organlarının aralarındaki uyuşmazlıkları özömek için uzlaşma prosedürlerini kullanabileceğini* belirtmektedir.

düzenlemelerin yürürlüğünü durdurabilecektir.⁷¹

Devlet başkanı burada, hem uyuşmazlıkların yargı önüne gitmeden uzlaşma prosedürüyle çözümünde, hem de federe yönetimlerin düzenlemelerinin tek taraflı olarak durdurulması konusunda yetkili kılınmaktadır. Son fıkra da ifade edildiği gibi, başkan yargısal mekanizmaya gidilmesine gerek olmaksızın, federe yönetimlerin düzenlemelerini durdurma yetkisi de bulunmaktadır.

Buna karşılık, yetki uyuşmazlıkların çözümünde İsviçre’de tam tersi bir yöntem görülmektedir. İsviçre federasyonunda, 1874 İsviçre Anayasasıyla İsviçre Federal Mahkemesi’nin federal kanunların değil, sadece kanton yasalarının anayasaya uygunluğu denetlemesi söz konusudur. Günümüzde, yetki uyuşmazlıkları konusunda yetkili olan İsviçre Yüksek Mahkemesi, uyuşmazlık durumlarında, yalnızca kantonal düzenlemelerin yetkilerinin kapsamı içerisinde yapıлып yapılmadığı konusunda denetim gerçekleştirmektedir. Eğer uyuşmazlığa konu olan düzenleme, federal yönetime aitse, burada yetkinin aşılıp aşılmadığı konusundaki denetim, halk tarafından referandumla karara bağlanır. İsviçre federasyonunun ayrıcalığı olan halkın referandumu uygulaması, federasyonların yetki uyuşmazlıkları konusu ideal bir örnek olarak gösterilmektedir.⁷²

İsviçre’de demokratik ilkeler sadece toplum için etkili ve meşru kararlar üretmeye yönelik değil aynı zamanda İsviçre’nin çok kültürlü bir toplumda yer alan farklı topluluk katmanları arasındaki potansiyel çatışmaları yönetmek için bir araç olarak işlev görmektedir. İsviçre hükümet sisteminin bu nedenle demokratik bir yapı üzerinde yer alması gerektiği ve bu demokratik yapının da hukukun üstünlüğüne öncelik verilmesi ve belli bir ölçüde devlet-hükümet üzerinde sınırlı bir yönetimin öngörülmesi anlamına gelmektedir. Bu öncelik, diğer iyi yönetim değerlerinin üzerinde demokrasiye önem verilmesini ifade etmektedir.⁷³

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi’nin bu yapısına ilişkin olarak, federal ve federe hukuk düzenlerinin üstünlüğü ve birbirleriyle olan ilişkilerinin durumuna bir çözüm arandığı düşünülebilir. Bu anlamda, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi’nin üzerindeki yükü hafifletilmiştir. Mahkeme federe yönetimlerin hukuklarının geçersiz kılınabileceğine hükmederken federal yönetimin hukukunun geçersizliği daha üstün bir iradeye millet iradesine bırakılmaktadır. Ayrıca bu, federal sistemlerde sıklıkla görülen yüksek mahkemelerin üzerindeki gerilimi azaltacak bir yöntemdir. Dolayısıyla bu gerilimin diğer bir noktası, İsviçre Yüksek Mahkemesi’nin federal yönetime karşı daha az sorumluluk hissetmesi, dolayısıyla bağımsız ve tarafsızlığı açısından daha bağımsız

⁷¹Ayrıca, Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanı görevleri arasında Anayasanın 83. maddesine göre; Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi üyelerini Federasyon Konseyine önerme ve diğer federal mahkemelerin hakimlerini göreve atama da bulunmaktadır.

⁷² BZDERA, Andre, *Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory Of Judicial Review* , **Canadian Journal of Political Science**, Vol. 26 (1), 1993, s. 29.

⁷³ FLEINER, Thomas, *Swiss Confederation* , s. 4.

olabilmesine de yol açmaktadır. Aynı yönde DURCHSLAG, federal yönetim mahkeme üzerinde ne bir baskı kurabilecek, ne de mahkemenin üzerinde bir gerilim odağı olarak yer alabilecektir.⁷⁴

Yüksek mahkemelerin kaynağı, federasyon anayasalarıdır. Kendilerinden sonra gelen daha alt seviyelerdeki mahkemeler, genellikle federasyonun yönetim düzenleri tarafından oluşturulan yasal kaynaklara dayanırlar. Her ne kadar yüksek mahkemelerin oluşumunda, federal yönetimlerin ağırlıklı olarak etkileri görülse de, mahkemelerin “federal yüksek mahkemeler” olarak kabulü önemli ölçüde eleştirilebilir. Bu durumda, mahkemelerin sistemin garantörü olma işleviyle, federal yönetimin bir organı olarak kabul edilmesi bakımından ortaya bir çelişki çıkmaktadır. Mahkemeler, federal yönetimin birer yargı organı olarak kabul edilirse, bu durumda yargının durması gereken taraf açıkça seçilerek, bağımsızlığı ve tarafsızlığı önünde önemli bir engel olacaktır.

Yüksek mahkemeler, iki yönetim düzeni arasında uyumsuzluk konularındaki nihai denge ya da hakemlik işlevi, federal sistemin tasarımından kaynaklandığı gibi, aynı işlev bir çok sistemde anayasadan kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, yüksek mahkemelerin birer federal ya da federe yargı organı olması, hem hakemlik işlevi hem de anayasa yargısıyla federalizm arasındaki ilişki bakımından kusurludur.

Avustralya Yüksek Mahkemesi, 1956 yılında vermiş olduğu bir kararda, yargı organının federasyonun diğer yönetimleri olan “federal ve federe yönetim düzenleri” gibi eşit öneme sahip olduğunu ve bu yönetim düzenleri gibi sınırlarının federasyon anayasasında çizildiğini ifade etmiştir. Mahkemenin bu kararı, federasyonda yüksek mahkemelerin “federal” ya da “federe” yönetim mahkemeleri olarak algılanmamasına işaret etmektedir. Bu yönde mahkemelerin kaynağı, federasyon anayasasıdır.

Mahkeme ayrıca, iki yönetim düzeni arasında federasyon anayasasıyla belirlenen yetki paylaşımının aşıp aşılmadığını yani federal yönetimin federe yönetimlerin yetki alanına ya da federe yönetimlerin federal yönetimin yetki alanlarına müdahale edip etmediklerini, söz konusu yönetimlerin yargı organlarının verebileceği bir karar olmadığına işaret etmiştir. Mahkeme böylelikle, federasyon Yüksek Mahkemesi’nin herhangi bir yönetimin yargı organı olmadığını, bu konudaki algının yerinde olamayacağını belirtmektedir. Herhangi bir yönetimin yargı organı olması haline uyumsuzluk konularında, “tarafsız” olamayacağını da belirtmekte, dolayısıyla uyumsuzluğun çözümünün “belirli bir yönetimin yargı organına bırakılmayacağına”⁷⁵ işaret etmektedir.

⁷⁴ DURCHSLAG, *Federalism and Constitutional Liberties*, s. 723.

⁷⁵ Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *R v. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia*, HCA 10; (1956) 94 CLR 254 2 Mart 1956, Karar metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1956/10.html>.

Yüksek Mahkemenin, bu kararı yargının ve federasyon kuvvetler ayrılığı ilkesinin hem yatay hem de dikey anlamda önemini ortaya koymaktadır. Aynı zamanda kararlar, dikey kuvvetler ayrılığı dengesinde yargının önemine ve yargının yönetimlerarası ilişkilerindeki tarafsız konumuna vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla, federasyonlarda yüksek mahkemelerin federal yargı organı olarak kabul edilmesi, uyuşmazlığın çözüm yeri olan yüksek mahkemelerin bu işlevi ile bir ironi oluşturmaktadır. Bunun daha ötesinde, bu durumda mahkemelerden beklenen denge kurma işlevinin yerine getirilmesinde yeterli olmayacağı düşünülebilir.

Aynı sorunun ABD Yüksek Mahkemesi bakımından da var olduğunu belirtmek gerekir. Mahkemenin, ulusal yani federal olarak algılanmasının, verdiği kararlar neticesinde ortaya çıkmış olduğu ve “mahkemenin bu eğilimlerinin etkisinin, onun ulusal bir sembol görüntüsü çizmesinden daha endişe verici”⁷⁶ olduğu belirtilmektedir. ABD federasyonunun ilk kurulduğu yıllarda, federalizm konusunun, mahkemenin değil anayasal politik alanının konusu olduğu belirtilir. 1790’lı yıllarda JEFFERSON’ın önderliğindeki Cumhuriyetçi Parti’nin en önemli konusu, federe yönetimlerin haklarıdır. Bunun karşısında ise, ulusal yani merkezi otoritenin güçlendirilmesi çabasında olan Federalist Partililer bulunmaktadır. Söz konusu dönemlerde federalizmin dengesi, öncelikli siyasi bir çekişme konusu olarak ortaya çıkmıştır.⁷⁷

Nitekim, yetkilerin anayasaya uygun bir şekilde kullanılmasını sağlayacak güvence olarak yargı organı, önemli ölçüde gelişme göstermiştir. Kuvvetler ayrılığı, kontrol-denge sistemi gibi ilkeler, bu nedenle benimsenmiştir. Bu sistem içerisinde, tüm organlar birbirlerini denetleyecek, iktidarı elinde bulunduran her organ, birbirlerine dayanmak zorunda olacaklardır. Bu, “karşılıklı düzenlemeye dayanan bir sistem” olarak kabul edilir. Sistemin şüpheli olarak başarılı olabileceği, organların işbirliği yaparak hukuka aykırı bir işlem tesis edebilecekleri varsayılır. Bu bağlamda, tüm organların yasal sınırları dolanmak için bir pazarlık sistemi kurması mümkün olabilir.⁷⁸

Ancak bunu engellemenin yolu, anayasal bir çözüm olarak görülmektedir. Bu anlamda, yargının kendi yetkileriyle ilgili olarak pazarlık yapması gerekmediği ve kendisine ait siyasi menfaatleri bulunmadığına dikkati çekilmektedir. Yargı organı, devletin her düzeyi içinde örgütlenmiş, iktidarı kullanan organların anayasal yetkileri içerisinde hareket etmelerini sağlar.⁷⁹

Yargı denetimiyle, milletin iradesini yansıtan temel siyasî ve hukukî belgeye (Anayasaya) uygun bulunmayan yasama işlemleri, mahkeme tarafından geçersiz

⁷⁶ YARBROUGH, Tinsley E, *The Rehnquist Court and the Constitution*, Oxford University Press, 2000, USA, s. 268.

⁷⁷ FINKELMAN, Paul, (Ed.), *Congress and the Emergence of Sectionalism: From the Missouri Compromise to the Age of Jackson*, içinde, BENEDICT, L. Michael, *States’ Rights, State Sovereignty and Nullification*, Ohio University Press, USA, 2008, s. 162.

⁷⁸ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 78.

⁷⁹ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 80.

kılınabileceğini savunulmaktadır.⁸⁰ Federal sistemlerde anayasal belgenin karakteristik özelliği yetki paylaşımı olduğundan, yargının bu işlevi aynı zamanda, sistemin sıkı sıkıya bağlı olduğu yetki paylaşımına uyulmasını sağlayacaktır.

Burada, yargısal çözüm mekanizmasıyla anayasa yargısının doğuşu arasındaki ilişki ortaya konulacak olup, yetki uyuşmazlıklarının çözüm mekanizması olarak anayasa yargısının federasyon örnekleri bakımından organizasyonlarına ve işlevlerine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

A. ÇÖZÜM MEKANİZMASI OLARAK ANAYASA YARGISININ DOĞUŞU

Kanunların ve diğer normların anayasaya aykırı olmamaları, anayasaya uygunluk; buna karşılık, söz konusu normların, anayasaya uygun olup olmadıklarının yargı organın tarafından denetimi ise, “anayasa uygunluk denetimi” ya da “anayasa yargısı” olarak bilinmektedir. Anayasa yargısının, federal sistemlerle esaslı bir ayrılmazlığı bulunmaktadır. Federasyonda bulunan tüm anayasal aktörlerin, temelde anayasa yargısı kavramıyla bağlı oldukları, gerek tarihsel gerekse sistemin kurumsal bir gereksinimi, söz konusu ayrılmazlığı ortaya çıkmıştır.

Federal sistemlerde, çözüm mekanizması olarak anayasaya yargısının ortaya çıkışının, kurumsal bir zorunluluk olmasının yanı sıra, teorik bir takım temellere de dayanmaktadır. Bu başlık altında, söz konusu temellerin genel bir çerçevesi çizilecektir. Öncelikle çözüm mekanizması olarak anayasa yargısının ortaya çıkmasındaki teorik kökenleri genel bir çerçevede sunmak gerekmektedir. Bununla birlikte anayasaya yargısının, federal sistemin kurumsal zorunluluğu gereği ortaya çıkmasının, tarihsel kaynaklarına da değinilecektir.

1. Çözüm Mekanizması Olarak Anayasa Yargısının Teorik Çerçevesi

LOCKE’un sosyal sözleşme kavramı, yasa yapma hakkı şeklinde tasavvur edilmekte ve yasamanın üstünlüğü fikrine vurgu yapılarak, yasama ve yürütme organlarının ayrılmasının gerekliliğine işaret edilmektedir. MONTESQUIEU’nun, Kanunların Ruhu eseriyle kuvvetler ayrılığı ilkesini ifade ettiği görülmektedir. Devlet organlarının birbirlerini frenlemesi anlayışına vurgu yapılan bu görüşler, özgürlüklerin bu yolla korunacağı düşüncesindedirler. Ayrıca, teorik nedenler bakımından J.J. Rousseau Sosyal Sözleşme eserinin de bu görüşlerin kaynaklık ettiği çalışmalardan biri olarak kabul edilmektedir. Anayasa yargısının ortaya çıkmasına neden olan bu teorik fikirlerin temelinde, “devlet yönetiminde keyfiliğin değil, kanunların hakim olması

⁸⁰ Bu bağlamda, yasama organının işlemleri ile halkın üstün anayasası arasında bir ayrılık olursa, yargıçlar halkın kurucu istek ve onamına uyacaktır. Yargıçlar kararlarını anayasaya dayanarak vereceklerdir. KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, *Anayasa Yargısının Önemli Sorunları*, AÜHFD, Cilt 25, Sayı 3-4, 1968, s. 91.

gerektiği, fikirler mutlakıyetçi yönetimleri sona erdirerek, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile yönetimde kanuniliğin hürriyetler açısından bir garanti”⁸¹ olduğunu belirtmişlerdir.

Bu gelişmelerin, ABD Anayasası'nın kuvvetler ayrılığına⁸² ve fren ve dengeler sistemini benimsemesine kaynaklık eden, federe yönetim anayasalarının da katkısı olmuştur. ABD federasyonunda, anayasal federasyona ve kuvvetler ayrılığına gidişatın federasyonun ve ABD Anayasası'nın kabul edilmesiyle başlamamıştır. Bu yönde konfederasyon birliği üyeleri olan eyaletlerin bu yönde kendi anayasalarını oluşturması, Amerikan federasyonu ve anayasasına kaynaklık etmiştir.⁸³

Anayasa yargısının ortaya çıkışında, genel olarak, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve kuvvetler ayrılığı gibi ilkelere dayandırılmaktadır.⁸⁴

a. Anayasanın Üstünlüğü

Bununla birlikte, federal sistemin anayasal yetki paylaşımına ilişkin temel unsuru, söz konusu temel prensiplerle ilişkilidir.⁸⁵ Anayasal yetki paylaşımının, güvenceli olma unsuru, hukuksal açıdan yazılı ve katı bir anayasanın varlığını gerektirmektedir. Katı anayasalar prensip gereği, üstün ve bağlayıcı olduklarından, anayasanın üstünlüğü ilkesinin hem anayasa yargısının hem de federal sistemin önemli bir prensibidir. Söz konusu güvence, aynı zamanda bağımsız ve tarafsız bir yargı organının, sistemi korumasına ihtiyaç duymaktadır.

Anayasaya uygunluk düşüncesinin varlığı, temel olarak, hiyerarşik bir yapıda bulunan hukuk normlarının, bu yapının en üstünde bulunan anayasalara aykırı olmamalarına dayanmaktadır. Hukuk normlarının hiyerarşik düzeninde, her alt normun kaynağı, kendinden önce gelen diğer norma dayanır. ONAR bunu, “*farklı bir deyişle, bir normun geçerli oluşu, onun başka bir norma dayanıyor olmasına, o normun verdiği yetki uyarınca çıkarılmış olmasına bağlılığı*”⁸⁶ ile açıklamaktadır.

Dolayısıyla anayasa yargısı, bir hukuk sistemi içerisinde sistemin temel hukuk kuralı olan anayasaya uyulmasını garanti etmek, üstün ve bağlayıcı anayasalar yoluyla,

⁸¹ TUNÇ, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı : Denetimin Kapsamı ve Organları* , s. 28.

⁸² ABD’nde anayasal hareketlerin henüz başlangıcında Madison; yasama, yürütme ve yargı erklerinin bir elde toplanmasının Tiranlık anlamına geleceğini bildirdiği gibi, Amerikan federasyonunun federalist yazılarında da her ne kadar, köklü bir iddia olmasa da, çoğunluğun azınlık üzerine baskı kurması konusunda endişeler dile getirilmiştir.

⁸³ TUNÇ, buna örnek olarak 1780 tarihli Massachusetts Anayasası’ nın 30. maddesini ve 1776 tarihli Virginia Anayasası’nın 3. maddesini örnek göstermektedir. Massachusetts Anayasası’ nın 30. maddesi Yasama, yargı ve yürütme organlarının birbirini denetleyemeyeceği ve bu yolla kanunların devletin kurulabileceği, fertlerin devletin önleneceği düzenlenmiştir. bkz. TUNÇ, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları* , s. 28.

⁸⁴ Bu konudaki detaylı değerlendirmeler için bkz. TUNÇ, Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı : Denetimin Kapsamı ve Organları* , Yetkin Yayınları, 1997, s. 27 vd. GÖNENÇ, Levent, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı* , Tepav, Anayasa Çalışma Metinleri 2, 2010- s. 1 vd. ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi* , s. 70-71.

⁸⁵ Federal sistemlerin katı ve yazılı bir anayasanın varlığı gibi kurucu unsurları, üstün ve bağlayıcılığı anayasa yönünde kurgulanmıştır. Federal sistemin anayasal yetki paylaşımının güvenceli olabilmesi, kuvvetlerin yatay olarak kurgulandığı federal sistemin korunmasını içerisinde barındırmaktadır.

⁸⁶ ONAR burada, DUCHACEK’in *anayasalar, kanunlar ve yürütme organının düzenleyici işlemleri gibi diğer bütün ikincil kurallara kaynaklık eden normatif bir çerçeme* ifadesini de aktarmaktadır. ONAR, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi Ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler* , s. 17.

sınırlı iktidara ulaşma ve bu iktidarın anayasaya uymasını sağlama yöntemidir.⁸⁷ GÖNENÇ, hukuk sistemi içerisinde, anayasaların bu üstün konumunu korumak için etkili bir mekanizma bulunması gerektiğine işaret etmektedir. Aksi halde, normlar hiyerarşisinde en üst sırada yer alan “anayasaların üstünlüğünün” anlamsızlığına vurgu yapmaktadır.⁸⁸

Bununla birlikte anayasa yargısının doğuşuna kaynaklık eden anayasanın üstünlüğü ilkesi, federal sistemin kurucuları tarafından ortaya atılmıştır. Federalist Yazılarda HAMILTON, anayasaya aykırı olan hiçbir yasama işleminin geçerli olamayacağını, tersini savunmanın ise, halkın temsilcilerinin onlardan üstün olduğunu savunmak anlamına geleceğini belirtmiştir.⁸⁹

Anayasa yargısı ya da anayasaya uygunluk denetimi, yasama işlevlerinin her türlü hukuki eylem ve işleminin, anayasaya uygunluğunu denetleyen ve anayasaya aykırı olan bir işlemin geçersiz kılınmasıyla sonuçlanan en etkili yargı denetimi örneğidir.

Anayasacılık açısından hukuk devleti ilkesinin en önemli göstergesi olarak kabul edilen anayasanın üstünlüğü ilkesinin doğal sonucu, sadece yasamanın tüm işlevlerinin anayasaya uygun olması gerektiği değil aynı zamanda, yasa koyucunun da anayasaya aykırı hareket edemeyeceğidir.⁹⁰ Yasa koyucunun sınırlanması bakımından, önemli bir ilke olmakla beraber anayasaya uyulmasının gerekliliğini sağlayacak yani üstün anayasaya uyulması konusunda denetimi gerçekleştirecek olan, yüksek mahkemeleri de önemli bir konuma getirmektedir.

b. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Anayasa yargısının doğuşu da federasyonların işleyişi ve insan haklarının savunulması prensiplerine dayanmaktadır. Mahkeme karmaşık kurumsal ilişkiler bütününde dengeleyici ve yenileştirici işleve sahiptir. Bu işlev de iki ana eksenle kendini gösterir. Bunlar; anayasal dengelerin sürdürülmesi ve hak ve özgürlüklerin korunarak geliştirilmesidir.⁹¹

Federasyonların işleyişi ve insan haklarının savunulması prensiplerine de dayanmaktadır. Karmaşık kurumsal ilişkiler bütününde yüksek mahkemelerin, dengeleyici ve yenileştirici işleve sahip oldukları belirtilerek, KABOĞLU tarafından bu işlev, anayasal dengelerin sürdürülmesiyle, hak ve özgürlüklerin korunarak geliştirilmesi şeklinde ifade edilir.⁹² Dolayısıyla, anayasa yargısının devlet organlarının

⁸⁷ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 70-71.

⁸⁸ GÖNENÇ, Levent, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, **Tepav**, Anayasa Çalışma Metinleri 2, 2010-s. 1 vd.

⁸⁹ Federalist No: 78, GOLDMAN, Lawrence, (Ed.), *The Federalist Papers*, Oxford World's Classics, Oxford University Press, 2008, USA, s. 49.

⁹⁰ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 88.

⁹¹ KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, İmge Kitabevi, 4. Baskı, 2007, s. 169-176

⁹² KABOĞLU, *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, s. 169-176.

anayasaya uymalarını sağlama amacı gibi, temel hak ve özgürlükleri koruma altına alma amacı da bulunmaktadır.

Burada PROUDHON'un, otorite ve özgürlük kavramları arasındaki çatışmaya, ancak federalizmin cevap olabileceğine ilişkin değerlendirmesini aktarmak gerekir. Bu yönde iktidarın sınırlanması ve dengelenmesi, federalizm ilkesine bağlandığı gibi, otorite ve özgürlük kavramlarının, anayasal bir sözleşmeyle dengelenerek, aralarındaki çatışmanın son ereceği ileri sürülmektedir.⁹³

Federalist Yazılar'da, federal ve federe yönetimler arasındaki uyumsuzluklarda nihai hakemin, "halkın eğilimini" ortaya koyacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, federal sistemlerde güç dengesinin korunması için, insanların sivil üstünlüğünün önemine vurgu yapılmaktadır.⁹⁴ Dolayısıyla federal sistemlerde anayasal yetki paylaşımı, sadece federe ve federal yönetim düzenleri yararına değil, fakat onların vatandaşları yararına da paylaşım yapmaktadır. Bu yönde hangi devlet biçiminde ortaya çıktığına bakılmaksızın anayasa yargısının temel işlevi, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır.

SCHAPIRO, zamanla federalizm anlayışları değişmiş olsa da, federalizmin temel amaçlarının sabit kaldığını belirtmektedir. Yazar göre federalizmin amaçlarından biri de, bireyler için gelişmiş bir koruma sağlamaktır.⁹⁵

Federasyonda anayasaya uygunluk denetimi, ulusal güç dengesini korumaktan çok, federalizmin sınırlarını korumayla ilgilidir. Anayasa uygunluk denetiminin benimsenmesi, anayasal yetki paylaşımının korunması bakımından önemli bir rol oynadığı gibi, aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere ilişkin federal normların, tüm federe yönetimlere, hatta ısrarcı olanlarına bile empoze edilmesini sağlamıştır.⁹⁶

Buna en iyi örnek, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *City of Rome v. United States* kararıdır. Kararda, federal yönetimin yasalarla federe yönetimler üzerinde zorlama gücü olabileceğine karar vermiştir. Karar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup Mahkeme, bireysel demokratik hakları, federe yönetimlerin haklarından üstün tutmuş, bu konuda, federal yönetimin zorlama gücü uygulama alanı bulabilmektedir.⁹⁷

Kararda, siyahların oy hakkına ilişkin federe yönetim düzenlemesinin, Anayasa'nın 15. değişikliğine aykırı olduğuna karar verilmiştir.⁹⁸ Federal yönetimi

⁹³ Proudhon'un görüşleri için bkz. WARD, WARD, *The Ashgate Research Companion to Federalism*, s. 288 vd. Ayrıca bkz. SIMON, Yves, KUIIC, Vukan, *Note on Proudhon's Federalism* *Publius*, Vol. 3, No. 1 (Spring, 1973), s. 23 vd.

⁹⁴ WARD, WARD, *The Ashgate Research Companion to Federalism*, s. 169.

⁹⁵ SCHAPIRO, Robert A., *Interjurisdictional Enforcement of Rights in a Post- Erie World*, *William and Mary Law Review*, Volume 46, Issue 4, Article 9, 2005, s. 1401.

⁹⁶ RAKOVE, Jack N., *Judicial Federalism: A Quick Sketch*, *OAH Magazine of History*, Organization of American Historians, Volume 13, No 1, Fall 1998.

⁹⁷ *City of Rome v. United States* - 446 U.S. 156 (1980). Karara ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/446/156/case.html>, Erişim Tarihi: 09-08-2011.

⁹⁸ 15. değişikliğin 1. fıkrası; *Birleşik Devletler vatandaşlarının oy kullanma hakkı, ırk, renk veya daha önce köle olarak çalışmış olmaları nedeniyle, Birleşik Devletler ya da herhangi bir eyalet tarafından reddedilmeyecek ya da kısıtlanmayacaktır.* Maddenin 2. fıkrasına göre, *Kongre, uygun yasalar ile bu maddeyi uygulama yetkisine sahip olacaktır.* Eskiden köle olan Afrika kökenli Amerikalılar, Anayasanın 14. değişikliği uyarınca vatandaş olmuşlar, 15.değişiklik ile de, bir seçmenin ırk nedeniyle oy hakkından

temsil eden ABD Başsavcısı, 1966 yılında Georgia Meclisi'nin, City of Rome bölgesindeki seçim sürecini değiştirmesiyle, siyahların seçme ve seçilme haklarını ortadan kaldırdığı iddiasında bulunmuştur. 1870 yılında onaylanan ABD Anayasa'nın 15. değişikliği, siyahların oy hakkına ilişkin olup, Birleşik Devletler'de tek tip yasayla uygulanması adına federal yönetim tarafından, *Voting Rights Act* düzenlemesi yapılmıştır. Söz konusu yasada, federe yönetimlerde oy hakkına ilişkin ayrımcı seçim değişiklikleri yasaklanmıştır. Mahkeme, yakın tarihlerde Afrikalı-Amerikalılar tarafından kazanılan oy haklarının, geri alma ya da yasaklanmasına yönelik düzenlemelerin, ortadan kaldırılmasının etkili bir yöntem olduğunu belirtmiştir. Mahkeme federalizm ilkelerinin, uygun bir yasayla İç Savaş sonrası değişiklikleri uygulamak için yetkili kılınan federal yönetime engel olabileceğini belirtmektedir.

Mahkemeye göre Anayasa'da yapılan söz konusu değişiklikler, İç Savaşın ardından gerekli olan düzenlemelerdir ve bunların amacı federe yönetimlerin egemenlikleri üzerinde, federal yönetim yetkileri ve zorlama gücünü genişletmektir.⁹⁹ Mahkeme özellikle, İç Savaş döneminin ulusal anlamda bazı gereklilikleri bulunduğunu ve bu yönde bir takım anayasal değişiklikler yapıldığını belirtmiştir. Bu yönde Mahkeme İç Savaşın etkisiyle, hem federal yönetimin yetkilerinin genişletilerek federe yönetimler üzerindeki zorlama gücünü desteklediği, hem de bu dönemin sosyal ve ekonomik gerçeklikleriyle yüzleştiği görülmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı, federal sisteme ilişkin kurumsal zorunluluğu da aşabilmektedir. Buna örnek olarak Almanya'da, anayasa yargısının ortaya çıkışında asıl meselenin, kurumsal zorunluluktan ziyade temel hak ve özgürlükleri koruma amacıdır.¹⁰⁰ Temel hak ve özgürlüklerin güvencesi altına alınması prensibi, federasyonlar bakımından iki kutupludur. Burada anayasa yargısı hem kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, hem de federe yönetimlerin haklarını koruması bakımından önemlidir. Burada ayrıca bireylerin temel hak ve özgürlükleri bakımından "eşitlik" sorunu da ayrı bir alana işaret etmektedir.

Bu yönde mahkemelerin, bir federe yönetimin vatandaşlarına sağlanan hak ve özgürlüklerin, diğer tüm federe yönetimler bakımından da geçerli olabilmesi ilkesini önemle gözetmek durumundadırlar.¹⁰¹ Dolayısıyla anayasa yargısının, hem

yoksun bırakılmayacağı belirtilmiştir. Güney eyaletlerin bazıları, bu değişikliğe rağmen, 1960'lı yıllara kadar Afrikalı Amerikalıların oy kullanmalarını engellemiştir. Söz konusu dönemde Kongre, bu değişikliğin uygulanması için yasalar çıkarmış ve Yüksek Mahkeme bu değişikliğin dolaylı yollardan engellenmesinin, Anayasa'ya aykırı olduğunu beyan etmiştir. PELTASON, **Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı**, s. 84.

⁹⁹ *City of Rome v. United States*, Page 446 U. S. 174.

¹⁰⁰ ERGÜL, Almanya'da ki durumu, Nazi döneminde yaşananlar nedeniyle temel hak ve özgürlükleri koruma amacının daha önemli olduğuna be Almanya'da, anayasa yargısı temel işlev olarak temel hak ve özgürlükleri korumayı kendisine hedef seçtiğine işaret etmektedir. ERGÜL, **Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, s. 112.

¹⁰¹ Anayasaların federasyonlarda tüm yönetim vatandaşları bakımından temel hak ve özgürlükleri koruyucu bir üstün norm olarak kabul edilmesi sistem açısından hayli önemlidir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi federasyonun kurulduğu dönemlerde sık sık bu tür davalarda kararlar üretmiştir. Özellikle siyah ve beyazlar arasında yaşanan ayrımcılık, oy hakkı, kölelik gibi kararları tam da temel hak ve özgürlüklerin korunması prensibine ve bunun federasyonda her federe yönetim bakımından ortak olmasına ilişkindir.

federalizmin zorunluluklarından, hem de federalizmin başarılı işleyebilmesi için anayasa yargısına ihtiyaç vardır.¹⁰²

Federasyonlarda, giderek federal yönetimlerin büyümeleri ve güçlenmeleri, temel hak ve özgürlükler bakımından ayrıca değerlendirilmektedir. Bunun nedeni, federal yönetimin yetki alanlarının genişlemesinin, birlik ve çeşitlilik arasındaki dengelerin tartışılmasına neden olmasıdır. Bununla birlikte, federal yönetimin yetki alanlarının genişlemesi, federal sistemde bir bütün olarak herkese, aynı uygulamaların yapılması bakımından önemlidir. Bu yönde, federal yönetimin büyümesinin federasyon birliği içerisindeki çeşitliliği ve ya benzerliklerin de büyümesi anlamına gelmektedir. Böylelikle tüm ulus üzerinde, geliştirilmiş kamu politikalarının uygulanabilmesinin en iyi yolu, federal yönetimlerin güçlü olmasına bağlı olmaktadır. Aynı zamanda federal yönetimdeki büyüme, birey haklarına ilişkin farklı yaklaşımları benimseyen federe yönetimlerin, merkezden uzaklaşma eğilimlerini de engellemektedir. Dolayısıyla bunun, demokrasi ve eşitliğin korunması bakımından önemli olduğunu dile getirmektedirler.¹⁰³

Bu yönde Amerika'da federal yönetimin büyümesinin, Anayasa'nın ticareti düzenleme, vergi, harcama ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin yetkileri federal yönetim vermesi ve Yüksek Mahkeme'nin bu yetkileri oldukça geniş yorumlamasına bağlanmaktadır.¹⁰⁴

Buna karşılık, federal yönetimin büyümesiyle, bir bütün olarak her federe yönetime, yani tüm ulus üzerinde uyguladığı geliştirilmiş politikalar, federe yönetimlerin hepsinin kendilerine özgü yapı ve çeşitliliklerine uygun olmayabilir. Bu yönde federal yönetimin genişlemesini eleştirenler, “federasyon, farklı devlet düzenlerinin eşitliliğini koruyacak şekilde bir araya gelmesiyse, bu durumda geliştirilmiş siyasi kuralların, her federe yönetim düzeni bakımından uygulanabilir olmayacağını” belirtmektedirler.

Bu geliştirme yani bir bakıma merkezileştirme, federasyonların oluşumuna ve ruhuna da ters düşmektedir. Bunun nedeni federasyonların; dil, din, kültür, mezhep ve ırksal farklılık ve çeşitlilikleri besleyerek, farklı devlet yönetimlerinin bir araya gelmesiyle oluşan devlet şekli olmalarıdır. Yazarlar burada, demokrasi anlamında anayasal dengenin, çoğunluk tarafından seçilen iktidarlar karşısında azınlık haklarının güvence altına alınmasıyla sağlanacağına dikkati çekmektedirler. Federasyonlarda da, çoğunluğu yansıtan federal yönetimin, azınlığı yansıtan federe yönetimler üzerinde baskın olmamaları gerekmektedir. Bu dengeyi koruyup gözetecek olan, yüksek mahkemelerdir. Bu yönde mahkemelerin kararlarıyla, çoğunluk karşıtı eylemlerinin ön plana çıkmasının, gerekliliğine dikkat çekilmektedir.¹⁰⁵

¹⁰² ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 112.

¹⁰³ MORGAN, DAVIES, (Ed.), *Federal Nation: Perspectives on American Federalism*, s. 3.

¹⁰⁴ MCCLORY, Toni, *The Expansion of National Power*, İnternet Kaynak: http://www.tonimccclory.com/wp-content/uploads/2010/06/Factsheet_Federal-Expansion.pdf, Erişim Tarihi: 09-10-2012.

¹⁰⁵ MORGAN, DAVIES, (Ed.), *Federal Nation: Perspectives on American Federalism*, s. 3.

Federal sistemlerde yüksek mahkemeler, hem uyumsuzluğa konu olan normun içeriğine hem de normu oluşturan yönetim düzeninin, yetkileri arasında olup olmadığını değerlendirmektedirler. Söz konusu norm, yetki alanının aşılması (*ultravires*) sonucu ortaya çıkmışsa, yani yönetim düzeni kendisine ait olmayan bir yetkiyi kullanmışsa, anayasal yetki paylaşımına aykırılık sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu yönde, Anayasa'nın aslında pozitif hükümlerine aykırı olmayan, temel hak ve özgürlükler bakımından önemli bir normun dahi, yetki alanının aşılması nedeniyle iptal edilebilmektedirler. Dolayısıyla temel de bireylerin yararına olabilecek bir norm, yetki paylaşımına aykırılık nedeniyle iptal edilebilmektedir.¹⁰⁶

Bu durumda örnek olarak ABD Yüksek Mahkemesi'nin *United States v. Morrison* kararı belirtilebilir. Bu karar, *United States v. Lopez* kararının devamı olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Burada federal yönetimin "ticareti düzenleme" yetkisi altında çıkardığı 1994 *Violence Against Women Act* düzenlemesi, yetki aşımı iddiasına konu olmuştur.¹⁰⁸ Kararda davalının, bahsi geçen yasa kapsamında cinsiyete dayalı şiddet suçu nedeniyle cezalandırılması söz konusudur. Davalının somut olaya ilişkin tek iddiası, söz konusu yasanın federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinden kaynaklanamayacağıdır. Yüksek Mahkeme, bahsi geçen suçun mağduru aleyhine fakat federal sistem lehine olacak şekilde, federal yönetimin bu tür bir yasayı ticareti düzenleme yetkisi kapsamında olmayacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu kararı federal yönetim yetkisinin daraltılması bakımından önemlidir.¹⁰⁹

Bununla birlikte somut olay, hem kadın hakları savunucularının hem de kamunun ciddi anlamda ilgisini çekmiştir. Mahkeme buna rağmen, söz konusu yasanın, federal yönetimin "*eyaletler arası ticareti önemli ölçüde etkileyecek*" bir düzenleme olmadığını belirtmiştir. Nitekim Mahkeme, yasayı iptal etmiştir. Dolayısıyla, söz konusu suçun faili, söz konusu yasanın ortadan kalkması sebebiyle davada iddiasını kanıtlayan taraf olmuştur.¹¹⁰

Temel hak ve özgürlüklerle federalizmin dengesine ilişkin tarihsel kaynakları, Federalist Yazıların 78. sayısında değerlendirildiği görülmektedir. HAMILTON'a göre, anayasanın federal yönetimin yetkilerini sayarak (*enumerated*) sınırlaması konusunda, adil yargılanma hakkı ya da kanunsuz suç ve ceza olmayacağına ilişkin bazı temel

¹⁰⁶ Birey hakları ve federalizmin çatışmasına ilişkin bir değerlendirme için bkz. NOONAN, John T. Jr., **Narrowing the Nation's Power: The Supreme Court Sides with the States**, University of California Press, London, 2002, s.121 vd.

¹⁰⁷ *United States v. Morrison Opinion*, 529 U.S. 598, (2000). İnternet Kaynak: [http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1999_99_5/](http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1999/1999_99_5/), Erişim Tarihi:03-10-2011

¹⁰⁸ Söz konusu federal yasa, ceza hukuku alanında, federe yönetimlerin sıradan yönetiminde yapılan bir hatayı düzeltmek için yürürlüğe girmiştir. Yasayla, Amerika Birleşik Devletleri içinde cinsiyet suçlarından kaynaklanan şiddete maruz kalan tüm kişilerin, özgürce, böyle bir suçun failine karşı tazminat davası açma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. İlgili Yasanın Amaç kısmında, yasanın Kongre'nin anayasada sayılan (madde 1 bölüm 8) ticareti düzenleme Commerce Clause yetkisinden kaynaklandığı belirtilmektedir.

¹⁰⁹ NOONAN, John T, **Narrowing The Nation's Power: The Supreme Court Sides With the States**, University of California Press, USA, 2000, s. 120-137.

¹¹⁰ Bu konuda aynı zamanda Ticareti Düzenleme Yetkisi başlığına bakılabilir. *United States v. Morrison Opinion*, 529 U.S. 598, (2000). İnternet Kaynak: [http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1999_99_5/](http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1999/1999_99_5/), Erişim Tarihi:03-10-2011.

ilkeler gibi, sıra dışı durumlarda, yasama yetkisinin sınırları içerisinde kalması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu durumun pratikte, yargı tarafından gözetileceğini belirtmektedir. Federalist Yazılarda tartışılan yasama ve yürütme dengesi arasında anayasaya aykırı uygulamalardan çok, federal ve federe yönetim düzenlerinde yer alan organlara ilişkindir. Bu ikili yapı, anayasa yargısı gibi bir kurumu ve yüksek mahkemelerin güçlü duruşunu ortaya çıkarmaya yetmiştir. HAMILTON'ın anayasa yargısı savunması, aynı zamanda federal yönetimin anayasada sayılan sınırlı yetkilerinin, yargı organı tarafından gevşek yorumlanması bakımından bir alan bırakmaktadır.¹¹¹

Yargının bu gücü, federasyonların kendi oluşum sürecinde dahi bazı eleştirilere muhatap olmuştur. Federasyonlar açısından, sistemin yargı organının bu gücüne gereksinim duyduğunu savunanlar olduğu gibi, diğer organların seçimle ve belirli aralıklarla oluşan organlar (yasama ve yürütme) olmaları nedeniyle, daha güvenilir oldukları ve bu organlara daha fazla güç aktarılmasının gerektiğini savunanlar da olmuştur. Bu yönde kurulacak nihai karar mercii olarak Yüksek Mahkeme yargıçlarının hangi organlarca seçilmesi gerektiği de tartışılmıştır.¹¹²

Federal sistemlerde, nihai karar verici olarak yüksek mahkemelerin varlığı, temel hak ve özgürlükler bakımından da gereklidir. Dilsel, dinsel ya da kültürel çeşitliliklerin, ya da nicelik olarak farklı federe yönetimlerin bulunduğu federal sistemlerde, temel hak ve özgürlükler bakımından, herkese eşit koruma sağlamak için tek yol bunların anayasayla korunmasıdır. Özgürlüklerin koruyucusu anayasalar olduğuna göre, anayasanın koruyucusu ve yorumcusu olarak da bağımsız yargı organının varlığı gerekmektedir.¹¹³

Bu yönde, yüksek mahkemelerin, federal ve federe yönetim uyumsuzluklarında dahi yönelmesi gereken alanının, temel hakların güvence altına alınmasıdır. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerle federalizm ilişkisini ortaya koyan çalışmalar, uyumsuzlukların temel haklara ilişkin boyutu söz konusu olduğunda mahkemelerin federalizmi, özgürlükleri koruma yönünde formüle etmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar.¹¹⁴

Federal sistemin özünü oluşturan anayasal yetki paylaşımının, federal ve federe yönetim düzenleri arasındaki ilişkileri, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkilemeyecek şekilde kurarak kontrol altına alması gerekmektedir. Bunu sağlamanın

¹¹¹ EPSTEIN, *The Political Theory of The Federalist*, s. 44-45.

¹¹² İlgili süreçler hakkında detaylı bilgi için bkz. ZIMMERMAN, Joseph F., *Interstate Disputes: The Supreme Court's Original Jurisdiction*, State University of New York Press, 2006, USA, s. 8 vd.

¹¹³ WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, s. 2.

¹¹⁴ Bu dönemin yani 1937'nin öncesinde ABD Yüksek Mahkemesi'nin genel tutumu, anti-regülasyoncu, aktivist federal yönetime karşı ve kapitalizme müdahale etmeme (laissez-faire) doktrininin savunmasını oluşturması şeklinde özetlenmektedir. CUSHINAN, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of A Constitutional Revolution*, s. 5 vd.

yolu ise, federasyon anayasalarının kesinliği ya da netliğiyle gerçekleştirilebilir.¹¹⁵ Ne var ki zamanla gelişen diğer faktörlerin etkisi, sistemin gerçek işleyişiyle kesinlik olgusunun uyuşmadığı göstermektedir. Dolayısıyla, federal sistemin anayasal yapısını incelemek, sistemin gelişimini tahlil etmede, destekleyici olamamaktadır. PAGANO bunu, federal sistemlerde, üniter devlet biçimlerinde olduğundan daha fazla katılımcı ve aktörün bulunmasına bağlamaktadır.¹¹⁶ Bu yönden bakıldığında, federal sistemde anayasa yargısına, hem federalizmin zorunlulukları, hem de federalizmin başarılı bir şekilde işleyebilmesi için ihtiyaç vardır.¹¹⁷

2. Çözüm Mekanizması Olarak Anayasa Yargısının Kurumsal Çerçevesi

Federal sistemlerle anayasa yargısı arasındaki sıkı ilişki, sistemin kurumsal tasarımına dayanmaktadır.¹¹⁸ Bu yönde, anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştirmekle görevli olan yüksek mahkemelerin, federal sistemlerde birincil rolü, federe ve federal egemenlik ile federe yönetimlerin egemenlikleri arasındaki sınırdır.¹¹⁹ Federal sistemlerde, anayasa yargısının kurumsal boyutu, zamanla gelişen tarihsel süreçlerin de birer ürünüdür. Bu yönde, federal sistemin kuruluşu ve sistemin anayasa yargısıyla ilişkisi; yetki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tarihsel gelişim ve kurumsal bağlantısı yönünde incelenecektir.

a. Kurumsal Zorunluluğun Gelişimi

Federal sistemlerde anayasal güvenceli yetki paylaşımı, anayasa yargısının birincil işlevidir. Öğretide yaygın olarak, yasaların anayasaya uygunluk denetiminin başlangıç noktası, Amerika’da 1803 yılında *Marbury v Madison* davası olduğu ifade edilir. Ancak mahkemelerin bu işlevinin, tarihsel gelişim sürecinde de gözetildiği görülmektedir. Bu yönde, 19. yüzyılda başlayan federal yapılanmalarda, mahkemelerin yetki paylaşımına uyulması konusunda önemli yetkiler üstlendikleri görülmektedir.

Bağımsızlık Bildirgesi’nin hemen ardından, Amerika’da federal bir sistem kurulana değin, bağımsız eyaletlerin kendi anayasalarını oluşturdukları gibi, kendi yargı organlarını da oluşturdukları görülmektedir.¹²⁰ Üstelik bunun yanı sıra bir çok eyalette, yüksek mahkemelerin yargısal denetim yönünde, bir takım kararlar verdikleri de görülmektedir. Örneğin 1780 yılında New Jersey Yüksek Mahkemesi’nin, *Holmes v. Walton* kararında, on yedinci yüzyıl kaynakları ve geleneklerinin, “ülkenin en üstün yasası” (*supreme law of the land*) olarak kabul etmiş, bu yönde eyalet yasasını ihmal

¹¹⁵ Bu federal sistemlerin hukuksal yaklaşımlarla ifade edildiği teorilere ilişkin genel bir düşünce olmakla beraber bu teoride genel eğilim, federal sistemlerin, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından seçkin bir devlet biçimi olarak kabul edilmesidir. PAGANO, *In the Eye of the Beholder*, s. 9.

¹¹⁶ PAGANO, *In the Eye of the Beholder*, s. 9.

¹¹⁷ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 111.

¹¹⁸ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 99.

¹¹⁹ KRAMER, Larry D., *But When Exactly Was Judicially Enforced Federalism Born In The First Place?*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 22, 1998-1999, s. 123.

¹²⁰ Söz konusu sürece ilişkin olarak, Tarihsel Gelişim başlığına bakılabilir.

etmiştir.¹²¹ Günümüz ABD AY.da, ülkenin en üstün yasası kaydının, anayasanın üstünlüğü ilkesi (6. madde) olarak düzenlendiği görülmektedir. Üstelik, anayasa yargısının ortaya çıktığı ifade edilen *Marbury v Madison* kararının en önemli dayanağı, söz konusu hükme dayanmaktadır.¹²²

Aynı şekilde 1787 tarihinde, *Rhode Island's Superior Court of Judicature* tarafından verilen *Trevett v. Weeden* kararıyla, kağıt para basılmasına ilişkin yasanın, eyaletin 1663-1842 yılları arasında uygulanan orijinal statüsüne (*original charter*) aykırı olduğuna karar vermiştir.¹²³

Bunun yanı sıra, merkezileşmiş anayasa yargısı modelinin, ilk kez ortaya çıktığı Avusturya'da, yetki uyuşmazlıklarına ilişkin yargısal işlevin, 1867 yılında kurulan İmparatorluk Mahkemesi'ne (*Reichsgericht*) dayandığı görülmektedir. O dönemde İmparatorluk Mahkemesi, federe yönetimlerin (*lander*) İmparatorluğa karşı açtığı davalarda yetkili kılınmıştır. Mahkemenin yetkileri arasında; federe ve federal (o dönem için ulusal) yönetimlerin, adli ve idari yetkileri arasında ortaya çıkan yetki uyuşmazlıkları; diğer hukuk yollarının tüketilmesinden sonra, anayasal hakları ihlal edilen vatandaşların açtığı davalar, yani günümüzde bireysel başvuru yolu olarak kabul edilen yetkileri bulunmaktadır.¹²⁴

Yetki uyuşmazlıklarına ilişkin denetim, yargı organının en eski işlevlerinden biridir. Almanya İmparatorluğu Bismarck egemenliği döneminde, ulusal ve yerel yönetimler arasındaki anlaşmazlıklar *Bundesrat* tarafından çözümlenmekteydi. 1919 Alman Weimar Anayasası'nda, açıkça anayasaya uygunluk denetimi öngören bir mekanizma bulunmamaktaydı.¹²⁵ Ancak bu dönemde, uyuşmazlık çözümünde ilişkin yetkinin yeni kurulan yüksek mahkeme (*Staatsgerichtshof*) verildiği görülmektedir.¹²⁶ 1871 Alman İmparatorluğu döneminde, federe yönetimlerin mevzuatlarının, anayasa ve imparatorluk mevzuatlarıyla çatıştığı durumlarda mahkemeler, federe yönetim mevzuatlarını uygulamayı reddedebiliyorlardı.¹²⁷

O dönemde, günümüz 1949 Alman Anayasası'nın 31. maddesinde bulunan federal hukukun üstünlüğü ilkesine ilişkin olarak, federal yasalarla, federe yönetim mevzuatlarının anayasaya uygunluğu tartışma konusu olmuştur. 1925 yılında Alman

¹²¹ *Holmes v. Walton* kararı için bkz. *Holmes v. Walton: Case Files* , İnternet Kaynak: http://njlegallib.rutgers.edu/hw/case_files_index.html, Erişim Tarihi:05-01-2013.

¹²² *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803), Page 5 U. S. 138, İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>, Erişim Tarihi:05-01-2013.

¹²³ LEVY, Leonard W., *Judicial Review, History, And Democracy: An Introduction* , İnternet Kaynak: <http://staffweb.wilkes.edu/kyle.kreider/Levy.doc>, Erişim Tarihi:05-01-2013.

¹²⁴ COLE, Taylor, *Three Constitutional Courts: A Comparison* , **The American Political Science Review**, Vol. 53, No. 4 (Dec, 1959), s. 966.

¹²⁵ Her ne kadar anayasanın hazırlanması sırasında, Anayasa'nın baş mimarı olan Dr. Hugo Preuss gibi bazı konvansiyon üyeleri, anayasaya uygunluk denetimini ele alsalar da, açıkça anayasa metninde yer almamıştır. DEENER, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems* , s. 1086.

¹²⁶ DAVIS, Richard, BURNHAM, D. Jeffrey, *The Role of the Federal Judiciary in the Development of Federalism in West Germany and the United States* , **Boston College International and Comparative Law Review**, Vol. 12, Is. 1, Art. 4, 1989, s. 78.

¹²⁷ DEENER, David, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems* , **The American Political Science Review**, Vol. 46, No. 4, Dec., 1952, s. 1084.

İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, İmparatorluk yasalarının esas bakımından anayasaya uygunluğunun denetlenebileceğine karar vermiştir. Bununla birlikte, 1933 yılından önce sadece çok az sayıda federal yasanın anayasaya aykırı olduğuna karar verilmiştir. Daha sonraki gelişmeler, Hitler'in iktidara yükselmesi, Nazi doktrininin anayasa yargısının gelişmesiyle uyumlu olmaması nedeniyle baskılanmıştır.¹²⁸

Federasyonlarda anayasa yargısı, anayasayla kurulan yetki paylaşımı esasına uyulmasını sağlamaktadır. Yetki paylaşımı, federasyonlarda federal ve federe yönetimler düzeyinde anayasayla yapılan ve devlet yetkilerinin hangi düzeyde kullanılabilirliğini belirleyen esaslardır. Bu paylaşımı korumak için tarafsız bir organın varlığı prensibi federasyonlarda yüksek mahkeme ya da anayasa mahkemelerinin kurulmasını zorunlu kılmıştır. Yüksek mahkemeler, anayasayla federal ve federe yönetimler arasında belirlenen yetki paylaşımının koruyucusu ve dolayısıyla anayasa hükümlerinin koruyucusu haline gelmiştir.

Avrupa modeli merkezileşmiş anayasa yargısının ilk örneği Avusturya'da, 1920 Anayasası'nı hazırlayan Kurucu Meclis, mahkemelerin bu işlevini değerlendirmiştir. Bu yönde, federal bir cumhuriyet olarak tanımlanan Avusturya'da, Anayasa Mahkemesi'nin üsteleneceği önemli görev, yönetim düzenleri arasındaki yetkilerin korunmak ve federal veya federe yönetimlerin, anayasadan kaynaklanmayan bir yetki alanını düzenlemeleri halinde, bu işlemi iptal etmektir.¹²⁹

Federasyonlarda yönetimlerarası uyuşmazlıkları çözücü organın örgütlenmesi, yapılanması ve işlevi ile ilgili çalışmaların bir kısmında, uyuşmazlığı çözmekle görevlendirilmiş organın yapısı ile federal ilkelerin örtüşmediği eleştirileri yapılmakta, hatta bu eleştiriler bir adım ileriye giderek ülkenin federal yapısının dahi eleştirilmesine neden olmaktadır. Bazı federal ülkelerde yönetimler arası uyuşmazlıklara bakan organ anayasa mahkemesi olarak belirlenirken (Almanya ve Avusturya), bazı ülkelerde de söz konusu uyuşmazlıkların çözümü için en üst temyiz mahkemesi, görevlendirilmiştir. (Amerika, Avustralya, Kanada ve Hindistan). Adı geçen ülkelerde söz konusu uyuşmazlıkların çözümü yüksek mahkemelerce gerçekleştirilirken, diğer bazı ülkelerde hakem heyetine (1980 yılına kadar Belçika) başka ülkelerde ise halka (İsviçre) danışılmaktadır.

Anayasa yargısının kaleleri olarak kabul edilen Anayasa Mahkemelerinin yetki uyuşmazlıkları konusundaki görevleri de düşünüldüğünde, federasyonlarda denge görevi bakımından mahkemeleri daha önemli bir aktör haline gelmektedirler. Bu

¹²⁸ Bununla birlikte Sovyetler Birliği 1924 Anayasası'nda, Sovyet Yüksek Mahkemesi'nin federal yasaları yorumlama yetkisi bulunmaktaydı. Ne var ki 1936 Stalin Anayasası uyarınca yorumlama yetkisi yasama organının bir parçası olan Başbakanlık Heyeti'ne (presidium) verilmiştir. DEENER, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems*, s. 1086.

¹²⁹ Nitekim günümüzde, Avusturya Anayasası'na göre, anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvurular federal yönetimin ihlalleri için federe yönetimlerce, federe yönetimlerin ihlalleri için federal yönetimce yapılmaktadır. ÖHLINGER, Theo, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, **Ratio Juris**, Vol. 16, No. 2, June 2003, s. 212-213.

yönde, normların anayasaya uygunluk denetiminde; bazı ülkelerde sadece bu iş için özel kurulmuş yetkili organ tarafından denetim gerçekleştirilmekte ve bu modele, *Avrupa modeli* ya da *merkezileşmiş denetim* sistemi adı verilmektedir. Bazı ülkelerde de, anayasaya uygunluk denetimi tüm mahkemelerce, yani yaygın olarak gerçekleştirilmektedir ki bu tür anayasa yargısı modeline de, *Amerikan modeli* anayasa yargısı denilmektedir.

Avrupa modeli anayasa yargısı, Avusturyalı hukukçu KELSEN tarafından önerilen, normlar hiyerarşisi ile anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerinin, anayasa yargısı öğretisinde ilk örneği olan Yüksek Anayasa Divanının 1920 Avusturya Anayasasıyla kabul edilmesiyle ortaya çıkmıştır.¹³⁰

ABD Anayasası'nın kabulü sürecinde, oluşturulacak Anayasa'nın temel amaçlarından bazıları, "*bireylerin ve eyaletlerin haklarına saygı, halk eliyle yönetim, kilise ile devletin ayrılması ve ulusal hükümetin üstünlüğü*" ilkelerinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bu yönde kabul edilen Haklar Bildirgesi, Anti-federalistlerin, muhalefeti ve "kararlı eylemlerinin" bir sonucu oluşmuştur. Anti-federalistler bu eylemlerini siyasi süreç içerisinde yer alarak gerçekleştirmişler ve daha sonraki seçimlere katılmışlardır. Anti-federalist, siyasi sürece katılarak, Haklar Bildirgesini hükümetin meşru zemini yerleştirerek, Federalistlerden taviz kazanmışlar ve anayasanın kabulü yönünde de maddi katkıda bulunmuşlardır.¹³¹ Bu tarihsel anayasa geçmişi anti-federalist ve federalist iki denge, Amerikan siyasetinin bugünkü iki partili yapısının kaynağını da işaret etmektedir. Anayasa onaylanınca Anti-federalistler yenilgiyi kabul ettiler ve Anayasa kuralları çerçevesinde iktidara ulaşma çabalarına giriştiler. Anti-Federalistler anayasanın onaylanması sürecinde ortaya çıkan muhalif görüşleri, siyasette değişmeyen bir geleneği başlatmış ve muhalefetliklerini siyasi sürece de aktarmışlardır.¹³²

Amerikan hukuk doktrininde bazı yazarlar, fren-dengeler sistemi gibi, anayasa yargısı metodunun, federalizmin, kuvvetler ayrılığı kuramının, İnsan Hakları Beyannamesi (*Bill of Rights*) ve yazılı anayasalar gibi hukuksal olguların, kendilerinden esinlenerek birçok ülkede ve hatta üniter devletlerde de benimsendiğini ve bunun sonucu olarak da kendilerinin dünyada tek ve en büyük kamu hukuku

¹³⁰ Örneğin Bosna örneğinde en yetkili yargı organı olan Anayasa Mahkemesi dokuz üyeden oluşmaktadır. Dört üye Bosna Hersek Federasyonu temsilciler kurulunca, iki üye de Bosna-Hersek Sırp Cumhuriyeti'nin ulusal meclisince seçilirken, Bosna Hersek'li olmayan üç üye ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı'nca seçilmektedir. Anayasa Mahkemesi, Bosna Hersek'in bütünlüğüne ilişkin en üst düzey kanunların, anayasaya, yani Dayton Anlaşması'nın ruhuna uygunluğunu denetlemektedir. Bu ikili yapılanma mahkemenin işleyişine etkisi ve bu etkilerin değerlendirilmesi örneğin Kıbrıs'ta bir birleşme olması halinde önem arz etmektedir. Bu tür çok katmanlı toplumlar bakımından kültürel, etnik, dini veya dilsel toplulukların olması mahkemelerin rolünü ilişkin ne gibi etkileri ortaya çıkarabilecektir. Örneğin federal ülkeler arasında yetki uyuşmazlıklarına bakan organ olarak İsviçre Yüksek Mahkemesi yalnızca kanton yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olmakla birlikte, federal yönetimin yasalarının denetimi konusunda halk karar vermektedir. İsviçre'de ayrı bir özellik bakımından, hem federal, hem de federe yönetimlerden bağımsız bir uygulama olan referandumun, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde dikkat çekici bir yöntemdir.

¹³¹ BOYD, Steven R, *Antifederalists and the Acceptance of the Constitution: Pennsylvania, 1787-1792*, Publius, Republicanism, Representation, and Consent: Views of the Founding Era, Vol. 9, No. 2, Spring, 1979, s. 134.

¹³² BOYD, *Antifederalists and the Acceptance of the Constitution: Pennsylvania, 1787-1792*, s. 123-137

ihracatçıları olduklarını belirtmektedirler.¹³³

Amerika’da bir federal sistem olarak kurulmadan önce, en büyük eksikliğin bu ilkelerin bulunmamasıyla, federal düzeyde bir yargı sisteminin bulunmaması olduğu da belirtilmektedir. Federasyonun kuruluşunda bazı delegeler, federal bir yargı sisteminin kurulmasına ilişkin yeni bir anayasa değişikliği önermişlerdir. Her ne kadar bu değişikliğe tepkiler olmuş olsa da yeni ve özel bir yargı alanının kabulü, en azından federe yönetimler arası yetki uyumsuzlukları bakımından kabul edilmiştir.

Bu dönemde iki eyaletin önerileri dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki olan Virginia Planı’dır. Bu plana göre, yargı düzeninde hem yetkili bir Yüksek Mahkemenin kurulması hem de ilk derece federal mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür.¹³⁴

İkinci plan olan New Jersey Planı’nda ise, özellikle sadece ilk derece federal mahkemelerin kurulması fikrine karşı gelinmiştir. Bu planının savunucuları, ilk olarak her türlü uyumsuzluğun çözümü için eyalet mahkemelerinin yetkili olması gerektiğini belirtmişlerdir. Aynı zamanda, her türlü konuda Yüksek Mahkemeye başvuru yani temyiz hakkının olması gerektiği önerisinde bulunmuşlardır. Bu düzenlemenin, ulusal hakların korunması ve ülke içerisinde düzenli bir yargılama birliğinin sağlanması açısından yeterli olduğu ileri sürülmüştür.¹³⁵

Yargı alanının düzenlenmesine ilişkin olarak New Jersey Planı’nda ileri sürülen yargısal önerilerin yanı sıra, federal hukukun üstünlüğü ilkesi de kabul edilmiştir. Buna göre federe yönetimlerdeki yargıçlar, federal hukukla kendi anayasalarındaki karşıt hükümlere rağmen federal normları uygulayacaklardır. Bu durum, ABD Anayasası’nın 3. maddesinde yer alan ABD yargı yetkisi başlıklı madde de yer almaktadır. Maddeye göre, ABD yargı yetkisinin başında bir Yüksek Mahkeme bulunacak ve Kongre’nin gerektiğinde ikinci derecede alt mahkemeler kurabilecektir.¹³⁶

Federe yönetimlerin mahkemeleri özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarla cezaların infazıyla ilgili davalarda birincil yetkiye sahiptir. Federal yönetim mahkemeleri ise tam tersi olarak anayasanın yetki paylaşımını tasarımında kurucu iradelerin öngördüğü gibi, daha sınırlı bir yargı yetkisine sahiptirler. Federal yargılamanın kaynağı ve doğası ABD Anayasasıyla Kongreye verilmiş yetkilerden kaynaklanmakta ve sınırlı federal yargı kavramı federal-ulusal yönetimin, temel anayasal ilkelerle artık yetkilerin federe yönetimlere bırakıldığı delege olarak yetkilerle donatılmış bir yönetim olduğu

¹³³ ACKERMAN, Bruce, *The New Separation of Powers*, **The Harvard Law Review**, January 2000, Volume 113, Number 3, s. 635.
¹³⁴ PRAKASH, Saikrishna B., YOO, John C., *The Origins of Judicial Review*, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 70, No. 3 (Summer, 2003), s. 940.
¹³⁵ PRAKASH, YOO, *The Origins of Judicial Review*, s. 935.
¹³⁶ *History and Organization of the Federal Judicial System*, İnternet Kaynak: <http://www.america.gov/st/usg-english/2008/May/20080522212957eafas0.9853327.html>, Erişim Tarihi: 14-05-2008. Amerikan ikili mahkeme-yargı sistemi, federal ve federe düzeyde, her birimin kendi mahkeme sistemine sahip olması bu ikili mahkeme düzenini özelliğidir. Bu nedenle her birimin her yönetimin kendi yargı düzeni olduğu gibi bir de ulusal yani federal düzeyde ayrı bir yargı düzeni mevcuttur. Bazı hukuksal problemler yerel yargı sistemi içerisinde çözümlenirken diğerleri ise bütünüyle federal yargı düzeninde çözümlenmektedir. BALO, Yusuf Solmaz, *Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme Teşkilatı*, **AÜHFĐ**, S. 61 (3), 2012, s. 974, 1010. ERGÜL, **Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, s. 70-71.

anlayışına dayanmaktadır. Bu nedenle Amerikan federal sisteminin bu temel görünüşü federal yönetim mahkemelerinin, federe yönetim mahkemelerinin yerine geçmeye çalışan kurumlar olmadığı aksine onları destekleyen kurumlar olduğu görüşünü takip etmektedir. ABD Anayasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrası “davalar ve anlaşmazlıkları” federal yönetimin yargı gücünü geniş tutarak arttırmasına rağmen, Anayasayı hazırlayanlar federal mahkemelerin yargılama yetki alanlarını akıllıca azaltarak bunu Kongrenin takdirine bırakmışlardır.¹³⁷

Federal sistemde birbiriyle uyumlu çalışan iki ayrı yargı sisteminin varlığı ve birbiriyle uyumlu çalışan iki ayrı yargı sistemini gerekli kılar. Bu tip ikili yargı düzeninde, uyuşmazlıkların hangi yönetim düzeninin yargı organınca çözümleneceği sorunlarını gündeme getirebilmektedir. Hem federal hem de federe yönetim yargı organlarının yetkilerine ilişkin meseleler, yargısal federalizm (*judicial federalism*) şeklinde ifade edilmektedir.¹³⁸ Yargısal federalizm, “*federe ve federal yönetim mahkemelerinin Amerika’da adaletin yaygınlaşması için bütünleşmiş bir sistemden oluştukları ilkesine*” dayanmaktadır.¹³⁹

Yüksek Mahkemeler, nihai yargı organları olarak siyasi etkileri bakımından hafife alınmayacak kadar önemli bir konumdadırlar. Federasyonlarda, yüksek mahkemelerin hukuki kaynağının federal, federe veya yerel olması fark etmeden, halkın temsilcilerinden olan seçilmiş erkelerin işlemlerini nihai olarak geçersiz kılabilmesi, anayasaya yargısının ve dolayısıyla mahkemelerinin çoğunluk karşıtı (*counter-majoritarian*) tartışmalarının gündemine getirmektedir.¹⁴⁰ Seçilmiş iradelerin, atanmış bir grup yargıç tarafından nasıl geçersiz kılınabileceği, bu tartışmaların ve anayasa yargısının meşruiyetinin dahi kaynağını sorgulattır hale gelmiştir.

Yüksek mahkemelerin anayasa yargısı modelleri bakımından, yaygın denetim anlayışının benimsendiği sistemler ABD ortaya çıkmıştır. Böylelikle İngilizce konuşan ülkeler coğrafyasında, hızlı bir şekilde anayasa yargısının bu merkezileşmemiş sistemi benimsenmiştir.¹⁴¹ Bu sistemlere örnek olarak, ABD, Avustralya, Hindistan ve Kanada federasyonlarını belirtmek gerekir.

Bununla birlikte federal sistemlerde yönetim düzenleri arasındaki egemenlik tartışmalarının, anayasalar kadar eski bir mesele olduğu belirtilir. Ancak yetkilerin,

¹³⁷ The Judicial Conference of the USA Papers, **Chapter Four Judicial Federalism**, İnternet Kaynak : <http://www.uscourts.gov/> s. 2

¹³⁸ WILKERSON, William R., **The New Judicial Federalism, State Supreme Courts, and Regulatory Takings Decisions, 1975-1994**, A Dissertation University at Albany, State University of New York, Nelson A. Rockefeller College of Public Affairs and Policy Department of Political Science, **UMI Number: 9728790**, USA, 1997, s 10 vd.

¹³⁹ The Judicial Conference of the USA Papers, **Chapter Four Judicial Federalism**, İnternet Kaynak : <http://www.uscourts.gov/>

¹⁴⁰ Ayrıntılı Değerlendirme için bkz. LINDQUIST, Stefanie A, SOLBERG, Rorie Spill, *Activism, Ideology, and Federalism: Judicial Behavior in Constitutional Challenges Before the Rehnquist Court, 1986-2000*, **Journal of Empirical Legal Studies**, Volume 3, Issue 2, 237-261, July 2006, s. 238.

¹⁴¹ Bu konuda bkz. ERGÜL, **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, s. 100-102.

kaçınılmaz bir şekilde federal yönetime kayması, siyasi, sosyolojik, ekonomik alanlara ilişkin gelişmelerin özellikle ulusal seviyede ele alınmasından da kaynaklanmaktadır.¹⁴²

b. Anayasa Yargısının Kurumsal Zorunluluğu

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, yargı organı anayasaya uyulmasını sağlayacak bir organ biçiminde tasarlanmasına ışık tutmaktadır. Gerek yatay gerekse dikey anlamda kuvvetlerin ayrılmasında, yargının bağımsız olması esastır. Bu organda gücünü ve dayanağını anayasadan almaktadır. Dolayısıyla bilhassa federal sistemde, yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyen unsurlar, onun sistem içerisinde üstlendiği işleve de yansiyacaktır. Bu yönde, anayasa yargısının kurumsal zorunlulukları arasında, hem kuvvetler ayrılığı prensibi hem de, kuvvetlerin dikey ayrılmasının sonucu olarak federal sistemin ortaya çıkması sayılmaktadır.¹⁴³

i. Dikey Kuvvetler Ayrılığı

Amerikan federasyonunun ilk kuruluşundan bu yana kurucu iradelerin ehemmiyetle üzerinde durdukları konu, çoğunluğun azınlığın üzerinde tahakküm kurması ve bununla birlikte hukuk dışı uygulamalarla vatandaşların temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması endişeleridir.¹⁴⁴ Federal sistemlerde yetki uyuşmazlıkları, kaynağını, federasyon anayasasından alan, nihai karar mercii yüksek mahkemelerce çözümlenir. Anayasa yargısının en eski ve en temel görevi devlet organları arasında yatay kuvvetler ile dikey kuvvetler arasında dengeyi sağlamaktır.

Yüksek mahkemelerin federal ve federe yönetimler arasında, yetki uyuşmazlıkları konusundaki yetkisi, federasyonlarda egemenliğin iki yönetim düzeni arasında ayrılması ya da paylaşılmasına dayanmaktadır. İktidarın sınırlandırılması amacı, anayasa yargısının ortaya çıkmasındaki düşünsel temel olarak görülmektedir. Federasyonda iktidar iki ayrı düzlemde paylaşılır. Böylelikle, gücün belirli bir organ ya da yönetimde aşırı yoğunlaşmasının engellenmesi sağlanmış olacaktır. Bu doğrultuda, anayasacılık, kuvvetler arasında kademeli bir hukuk düzeni kurulması ve üstün hukuk fikrine ilişkin ilkelerin yönlendirmesi ile yükselen bir alan olarak kabul edilir.¹⁴⁵

Federal sistemin kurucuları, kurumsal mekanizmanın korunması açısından, yargısal denetimin gerekliliği üzerinde tartışmışlardır. Federalist Yazılar'ın 39. sayısında HAMILTON, federal ve federe yönetimlerin yetkilerine ilişkin sorunların, "nihai karar mercii" olarak ABD Yüksek Mahkemesi tarafından çözüleceğine işaret

¹⁴² Bu yönde örnek olarak ABD federasyonunun, uyuşmazlığın sosyalleşmesine bir örnek olduğu belirtilir. MORGAN, DAVIES, (Ed.), **Federal Nation: Perspectives on American Federalism**, s. 2.

¹⁴³ ERGÜL, anayasa yargısının ortaya çıkmasında, kuvvetler ayrılığı ve federalizmi kurumsal zorunluluk tezi olarak belirtmiştir. Aynı tezi benimseyerek, anayasa yargısının gelişimini bu yönde değerlendireceğiz. ERGÜL, **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, s. 99.

¹⁴⁴ Federalist Yazılar 10: GOLDMAN, Lawrence, (Ed.), **The Federalist Papers**, Oxford World's Classics, Oxford University Press, 2008, USA, s. 49.

¹⁴⁵ ERGÜL, **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, s. 74.

etmiştir.¹⁴⁶

Federal sistemlerin anayasalarla kopmaz bir ilişkisi bulunmaktadır. Anayasa fikrinin doğuşu, devlet iktidarının sınırlanması ve bireylerin yararına düzenlenmesini temel almıştır. Anayasalarla güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerle kuvvetler ayrılığı, federal sistemlerin tasarımında ek bir muhafaza alanı olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁷

Federal sistemi tanımlayan bir unsur olarak anayasa, kuvvetleri yatay ve dikey anlamda birbirinden ayırmaktadır. Kuvvetlerin ayrılmasının bir gereği olarak, her yönetim düzeni ve her devlet yetkisini kullanan organ, kendisine verilen anayasal sınırı aşmaması gerekmektedir. Bu kurumsal tasarımda, anayasa yargısının en temel görevi, devlet organları arasındaki, yatay ve dikey kuvvetlerin dengede kalmasını sağlamaktır.

Federasyonlarda kuvvetlerin yatay ve dikey ayrılığı, hem devlet organlarının hem de yönetim düzenlerinin yetkilerini, anayasanın gösterdiği sınırlar içerisinde kullanmalarını gerektirmektedir. Anayasaya uyulmasını sağlayacak ve anayasanın üstünlüğü mekanizmasını işletecek olan organ, yargı organıdır ki, bu işlev, anayasaya uygunluk denetimi aracılığıyla gerçekleştirecektir.

Federasyonun kurucuları, anayasanın onaylanarak federal sistemin kurulmasında, bazı koruma mekanizmaları üzerinde tartışmışlardır.¹⁴⁸ Kurucular öncelikle, federe yönetimlerin korunması açısından siyasi korunmanın gerekli olduğunu fakat tek başına bu mekanizmanın yeterli olmayacağını belirtmişlerdir. O dönemde, federal sistemin korunmasıyla, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına eşit derecede değer verilmektedir. Kuruculara göre, federal sistemin işleyişi içerisinde temel hak ve özgürlükleri ihlal etmemek adına, federal yönetim kendisini sınırlayacaktır.¹⁴⁹ Aynı zamanda kurucular, yüksek mahkemelerin, anayasal yetki paylaşımını koruması ve anayasaya uyulmasının sağlanması suretiyle, siyasal koruma mekanizmasının da destekleneceğini ümit etmişlerdir.¹⁵⁰

Siyasi sistemi dengeleme unsuru veya işlevi, iktidarın hem yatay hem de dikey bölünmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Sonuçta, sistemde dengelenmesi gereken iktidarlar bir çok alanda bölünmüştür. Her kuvvetin kendine ait alanlarda, hareket etmelerinin sağlanması gerekmektedir. Federal sistemde, kuvvetlerin dikey ayrımı,

¹⁴⁶ The Federalist No. 39. CORWIN, Edward S, *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review* , 12 *Michigan Law Review*, 1913-1914, s. 563.

¹⁴⁷ YOO, *Judicial Safeguards of Federalism* , s. 1385.

¹⁴⁸ Burada federasyonun ilk kurucularının, ABD Federalist ve Anti-Federalistleri olduğu ifade edilmiştir. YOO, *The Judicial Safeguards of Federalism* , s. 1379.

¹⁴⁹ Alexander Hamilton tarafından yazılan Federalist Yazılarının 78. si, bu görüşleri içermektedir. Hamilton, anayasanın ve birey haklarının korunmasında yüksek mahkeme yargıçlarının sürekli görevde kalmaları ve bağımsız olmaları gerektiğini ifade ederek, bu vesileyle bireyler arasında tehlikeli değişiklikler ya da ciddi baskılara karşı korunma sağlanacaktır. GROFMAN, Bernard, WITTMAN, Donald, (Eds.), *The Federalist Papers and the New Institutionalism* , içinde SHAPIRO, Robert Y, PAGE, Benjamin I, *Restraining the Whims and Passions of the Public* , Agathon Press, USA, 1989, s. 54.

¹⁵⁰ YOO, *Judicial Review and Federalism* , s. 1.

karakteristik olarak kuvvetlerin yatay ayrımını da kapsamaktadır.¹⁵¹ Federal ve federe yönetim düzenlerinin ayrı ayrı yatay anlamda örgütlenmiş devlet organları (yasama, yürütme ve yargı) bulunacaktır. Dolayısıyla bu çok yönlü yapıda, anayasaya uyulmasını sağlayıcı bir organın varlığı gerekmektedir. Yüksek mahkemeler, bu sınırları gözetken ve yetki aşımını dengeleyerek koruyan bir organ olarak çoklu hukuk düzenlerinin, anayasaya uyulmasını sağlamaktadırlar. Mahkemeler, federalizm davaları yoluyla, yetki paylaşımı kataloglarının hakemi olmaktadır. Böylelikle federal sistemi kuran aynasal anlaşmaya bağlılığın devamı sağlanmaktadır.

Anayasal yetki paylaşımı kataloglarının “açık” olması, kuvvetlerin dikey ayrılığı bakımından son derece önemlidir. Yetki paylaşımının belirsiz ve dağınık olduğu federal sistem anayasalarında, kuvvetlerin dikey ayrımı konusunda uyuşmazlıklar daha belirgin olarak ortaya çıkabilecektir. Bu yönde MURPHY, Amerika’da organlar arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü konusunda, “*kuvvetler ayrılığı öğretisinden işe yarayacak sonuçlar*” çıkarılmayacağını, çünkü ABD Anayasa’sının kuvvetleri ayırmamış, harmanlamış olduğuna işaret etmektedir.¹⁵²

Dolayısıyla federal sistemde mahkemeler, devlet düzenlerinin anasadaki sınırlar içerisinde kalarak yetkilerini yerine getirmelerini sağlamada güvence mekanizması olarak görülmektedirler. Yüksek mahkemeler, federasyonlardaki dikey kuvvetler ayrımının güvencesi olduklarından, mahkemelerin bu yetkisinin, yatay kuvvetler ayrılığına ilişkin denetim yetkisinden daha önemli olduğuna dikkat çekilmektedir.¹⁵³

ii. Federal Sistem

KELSEN’e göre, siyasi bir fikir olarak federalizmin, ancak anayasa yargısı denetiminin sağlanmasıyla bir anlam ifade edebileceğini belirtmiştir.¹⁵⁴ Federal sistemler, siyasi yetkilerin iki veya daha fazla yönetim düzenleri arasında bölünmesi, paylaşılması, veya dağıtılması şeklinde en basit siyasi yapılarını tanımlayan bir ortak paydayı paylaşmaktadırlar.¹⁵⁵ Kuvvetlerin dikey olarak ayrılması, federal sistemlerde anayasal yetki paylaşımı ilkesiyle desteklenir. Yetki paylaşımı ise, federal ve federe yönetimler düzeyinde anayasayla yapılan ve devlet yetkilerinin hangi düzeyde kullanılabilirliğini belirleyen esaslardır.

Yetki paylaşımı kısmında ifade edildiği üzere, federal sistemlerde anayasal yetki paylaşımı katalogları ile uygulamadaki yetki paylaşımı katalogları arasında belirgin

¹⁵¹ Burada iki istisna olarak, Avusturya ve Hindistan’da yargı organlarının federe yönetimler düzeyinde benimsenmemiş olduğunu belirtmek gerekir. Bu iki istisnai durum, federal sistem bakımından önemli bir merkezileşme odağı olarak ifade edilebilir. Avusturya Anayasası’nda yargı tamamıyla federal yönetimin yetkileri arasındadır. Hindistan’da ise bağımsız yargı organının en üstünde Yüksek Mahkeme bulunmakta ve diğer mahkemeler ona bağlı olarak bu örgütlenmenin altında yer almaktadırlar. Hindistan’da federe yönetimler düzeyinde görev yapan Yüksek Mahkemeler bulunmakta ve bunların yargıç atamalarında, Hindistan Yüksek Mahkeme’si önemli bir görev üstlenmektedir.

¹⁵² MURPHY *Amerikan Yüksek Mahkemesine Düşen Görevlerde Değişmeler*, s. 56.

¹⁵³ KABOĞLU, İbrahim, *Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı*, T.C. Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 190.

¹⁵⁴ PAULSON, Stanley L., *Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, June 2003, s. 236.

¹⁵⁵ ERK, *Review: Does Federalism Really Matter?*, s. 103.

farklar bulunmaktadır. Anayasal yetki paylaşımının işleyişi, genellikle siyasi uygulama ve siyasi süreç tarafından değiştirildiği belirtilmektedir.¹⁵⁶

Federasyonlarda söz konusu anayasal yetki paylaşımını korumak için, tarafsız bir organın varlığına ve bu yönde yüksek mahkemelerin kurulmasına neden olmuştur. Anayasa yargısının, yaygın denetimin bir örneği olarak sürdürüldüğü ve ilk ortaya çıktığı Amerika'da dahil, mahkemenin kuruluş amacı söz konusu hakemlik yetkisine dayanmaktadır.

Özellikle, sert yetki paylaşımının benimsendiği Amerika ve Avustralya gibi federal sistemlerde anayasaya yargısının, dört amaca hizmet ettiği ifade edilir. Her zaman için anayasa yargısının amacı olmayabilir ancak, yeni bir federal sistem kurmak ve inşa etmenin bu amaçlardan ilki olduğu belirtilir. İkincisi, bu federal yönetim ile federe yönetimler arasındaki ilişkileri ayarlamak ki buna “federal denge” denilmektedir. Üçüncü olarak, federe yönetimlerin kendi aralarındaki ilişkileri düzenlemek ve son olarak, hükümet-federe yönetimler ya da federal yönetim ya da her ikisinin, bireylerle olan ilişkilerini düzenlemektir.¹⁵⁷

Bir yandan katı anayasa prensibiyle desteklenen anayasal yetki paylaşımı, diğer yandan da sosyo-politik alanlara, işbirliği içerisinde uyum sağlaması beklenen iki farklı federasyon yönetim düzenleri bulunmaktadır. Federasyonlar statik yapılar değildir, bu nedenle gelişen ve değişen durumlara yorum yapılabilmesini gerektirmekte, bu da anayasa yargısı ve anayasanın yorumlanması metotlarıyla aşılmaktadır. Ne var ki bu iki yöntem, bazı görüşlere göre tehlike olarak ya da rahatsız edici mekanizmalar olarak da görülebilmektedir.¹⁵⁸

Bu iki mekanizma, yüksek mahkemelerin denetim ve yorumlama işlevlerini karşımıza çıkarmaktadır. Bu yönde BAIER mahkemelerin, “*yetki uyuşmazlıklarında, güçler ayrılığını yani yetki kataloğunu doğrudan basit bir kararla değiştirerek ya da bu süreçte federalizmin alışkanlıklarını ve anlamını değiştirerek*”¹⁵⁹ gerçekleştirdiklerini belirtmektedir.

Mahkemelerin yetki uyuşmazlıklarına ilişkin değerlendirmeleri yaparken temel görevleri, “*bu konuda yasal olarak yetkili olanın federal ya da federe yönetimlerden*

¹⁵⁶ WATTS, *Comparative Conclusions* , s. 325.

¹⁵⁷ Avustralya'nın ayrıldığı nokta, son amaca ilişkindir. Avustralya Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler rejimi, ABD olduğundan biraz daha farklıdır. Bu nedenle son amaca ilişkin olarak Avustralya'nın işlevler konusunda Amerika'dan ayrıldığı ileri sürülmektedir. ROSS, G. W. C., *The Constitutional Law of Federalism in the United States and Australia* , *Virginia Law Review*, Vol. 29, 1942-1943, s. 884. Üstelik, federasyonlara ilişkin olarak yüksek mahkemelerin tek işlevi artık hukuki olmaktan öte, sosyal, siyasi ve ekonomik alanlara ilişkin ülkenin sorunlarını giderici bir rol daha üstlendiği görülmektedir. Bu konuda KARAMUSTAFAOĞLU, *Demokratik kamu kuruluşları bir yandan kamu oyunun...örgütlü veya örgütsüz sosyal, siyasi ve ekonomik grupların etki ve baskısı altında işlemek zorundadırlar. Kamu organlarının bütün eylem ve işlemleri yine kamunun gözetim ve denetimi altında yürütülür...Mahkemeler de birer kamu organıdır* , görüşünü ifade ederek, mahkemelerin diğer tüm kamu organları gibi eleştirel yanlarının bulunabileceğini vurgulamıştır. KARAMUSTAFAOĞLU, *Anayasa Yargısının Önemli Sorunları* , s. 214.

¹⁵⁸ BAIER, *Courts and Federalism* , s. 10-11.

¹⁵⁹ BAIER, *Courts and Federalism* , s.11.

*biri olup olmadığını tespit ederek, mevzuatın anayasal olup olmadığını karar vermesine*¹⁶⁰ yöneliktir.

Anayasa yargısı ile federasyonların ilişkisi bakımından, Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bir kararı belirtmek gerekir. Kararda, federasyonlara özgü bazı temel ilkeler özetlenerek, “*herhangi bir üniter sistem ya da parlamentonun üstünlüğüne dayanan esnek anayasal bir düzende, bilinmeyen bir pozisyonda yerleştirilen yargı organının, federal bir devlet sisteminin zorunlu bir parçası olduğunu*” belirtilmiştir.¹⁶¹

Avustralya Yüksek Mahkemesi kararıyla, federasyon anayasalarının katı olması gerektiği, anayasanın üstün olduğu, yönetimlere verilen yetkilerin anayasadan kaynaklandığı ve bu yetkilerin aşılmayacağını belirtmiştir.¹⁶² Dolayısıyla Mahkeme, anayasal yetkilerin aşılmaması ve yetki paylaşımı kataloğunun korunması konusunda, katı anayasa prensibiyle, anayasanın üstünlüğü ilkesini ortaya koymaktadır.

Mahkeme, federal bir sistemde anayasa yargısının olan ihtiyacı, “*...belirli bir alanda mevcut olan ve farklı eylem alanlarında yetki kullanabilen bağımsız özerk yönetimlerin yetkilerinin, hukuksal olarak dikkatlice tanımlanması gerektiği*”, aynı zamanda bu tür bir düzenlemede, “*yönetim düzenlerinin yetkilerinin sınırlarına ilişkin nihai karar sorumluluğunun, yargı organı olmadığı sürece, pratik etkilerinin başarılı olamayacağı*” konusunun altı çizilmektedir.¹⁶³

ABD Kurucu Meclisi'nde federal yönetimin, federe yönetimlerin kanunları üzerinde veto yetkisinin olması teklif edilmiştir. Konvansiyonda, böyle bir teklifin yapılmasının nedeni, merkezi yönetimin, federe yönetimleri kontrol edilerek değiştirilebilecekleri ve federe yönetimlerin arızalı birer küçük cumhuriyet olarak kalacakları endişesidir. Söz konusu veto yetkisine ilişkin teklif, Federalist Yazıların 10.da ifade edilmiştir. Burada MADİSON veto yetkisinin gerekçesini, anayasal sınırlamaların federe yönetimler üzerinde yetersiz kalabileceği ve federal düzeyde yargı organının bulunmasının, federe yönetimlerin yasalarını geçersiz kılma konusunda etkisiz kalması olarak belirtmekte, bu nedenle federal yönetimin bir veto yetkisinin olmasını önermiştir.¹⁶⁴

Amerika'nın genişletilmiş bir cumhuriyet olarak geniş bir alana yayılabilmesi için tek zorunluluk, federal yönetimin siyasi arenanın temelinde olmasıdır. Federal yönetimin siyasi arenada mümkün olabildiğince aktif olabilmesi için, çerçeve bir anayasada geniş yorumlanabilecek alanlar bırakılmasına ve federal hukukun üstünlüğü gibi ilkeler getirilmesine neden olmuştur.¹⁶⁵

¹⁶⁰ BAIER, **Courts and Federalism** , s. 11-12.

¹⁶¹ Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *R v. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia*, Karar No: HCA 10; (1956) 94 CLR 254, Karar metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1956/10.html>, Erişim Tarihi: 20-10-2011.

¹⁶² *R v. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia*.

¹⁶³ *R v. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia*.

¹⁶⁴ EPSTEIN, **The Political Theory of The Federalist** , s. 102.

¹⁶⁵ EPSTEIN, **The Political Theory of The Federalist** , s. 109.

Federasyonların istikrarı, yüksek mahkemenin anayasal hakemlik rolüne bağlanmaktadır. Anayasa yargısının tarihsel gelişim sürecine bakıldığında da, ilk olarak en eski federasyon uygulaması bulunan Amerika’da içtihat yoluyla geliştirilmiştir.

Anayasaya uygunluk denetiminin yaygın olarak Amerikan federasyonunda *Marbury v. Madison* davasıyla ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bu karardan önce, Amerikan konfederasyonunda bazı eyaletlerin, kendi anayasalarına uygunluk bakımından bir takım kararlar verdikleri ifade edilmektedir.¹⁶⁶

Marbury v. Madison kararında Yargıç MARSHALL,“..Anayasa, ya bayağı kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün, yüce bir kanundur.....Yazılı anayasaları düzenleyen kimselerin hepsi, hiç kuşkusuz anayasanın ülke içinde temel ve üstün bir kanun olması ereğini gütmüşlerdir ve bundan dolayı da her hükümet sisteminde bu teoriye göre anayasaya aykırı bir yasama işleminin (bir kanunun) geçersiz olması” gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁷

ABD Yüksek Mahkemesi’nin, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirdiği *Marbury v. Madison* davasında, Hakim MARSHALL yasama organının yetkilerinin neler olduğunun, anayasada açıkça ifade edildiğini ve anayasanın bu sınırların iyi bilinmesi ve aşılmaması amacıyla yazılı olarak yapıldığını belirtmiştir. MARSHALL, “...eğer anayasadaki bu sınırlar, sınırlandırılması gereken organlarca aşılabırsa, iktidarın sınırlandırılması veya sınırlamanın yazılı yapılmasının ne anlamı olacaktır..”¹⁶⁸ ifadeleriyle, bir bakıma federal yönetimin yasa yapma yetkisi ve sınırlarını değerlendirmektedir. Karada somut uyuşmazlık, federal yönetimin 1789 *Judiciary Act* düzenlemesine ilişkin olduğundan, burada federal yönetimin anayasada açıkça sayılarak sınırları ortaya konulan yetkileri kullanabileceğine işaret edilmiştir. Yasayı yapan federal yasama organı, kendisine verilen yetki alanlarını aşamayacağı, aksi halde bunların Yüksek Mahkeme tarafından geçersiz kılınacağı anlaşılmaktadır.

ABD Yüksek Mahkemesi’nin dönüm noktası niteliğinde kabul edilen *Marbury v. Madison* davası, anayasa yargısının ortaya çıktığı ilk karar olarak kabul edilmektedir. Anayasa yargısı denetiminin ilk örneği olan bu kararın, federalizmin kaynağı olarak da kabul edildiği görülmektedir. Bunun nedeni söz konusu kararla Yargıç MARSHALL’ın, ilk kez federal yönetimin bir yasasını geçersiz kılınmasıdır.¹⁶⁹

¹⁶⁶ ÖZTÜRK, Fatih, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekliliği mi?*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 14.

¹⁶⁷ GÖZLER, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 34.

¹⁶⁸ Hakim John Marshall’ın *Marbury Madison* kararının Türkçe çeviri için bkz. GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 435-436.

¹⁶⁹ Federalist Belgelerin 78. sayısında, yargının ifade edildiği görülmektedir. Anayasa yargısı konusunda, ABD Yüksek Mahkemesi’nin kurulduğu zamandan günümüze ciddi görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Federalistler (bugünkü Demokrat Parti) ile bazı Anti federalistler (bugünkü Cumhuriyetçi Parti) arasında başlayan tartışmalar, genel olarak güçlü bir yargı organının tehlikeli olabileceğine ve yargının güçlü olmasının tehlike doğurmayacağına ilişkin iki ana eksendedir. *Federalism - Judicial Review*, İnternet Kaynak: <http://law.jrank.org/pages/6816/Federalism-Judicial-Review.html>, Erişim Tarihi: 20-10-2011.

MARSHALL, “Yasanın ne olduğunu belirlemek açıkça yargı organının yetkisi ve görevi içinde” olduğunu, aynı zamanda “iki yasanın uyumsuzluğu halinde, hangisinin uygulanacağına, Mahkemelerin karar vereceğini” açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla, federal sistemle anayasa yargısının ilişkisi önemli ölçüde bu kararlar ortaya konulmuştur.¹⁷⁰ Kararda bu görevin, mahkemelerin Anayasa’ya aykırı olduğu düşünülen federal yönetim kararlarının dahi iptal edilebileceği sonucuna varılmıştır. Amerikan İç Savaşına kadar (1861–1865), Yüksek Mahkeme’nin anayasa konusundaki içtihadı, büyük ölçüde federalizmle ilgili konular üzerinde yoğunlaşmıştır.¹⁷¹

Marbury v. Madison davasıyla anayasa yargısının ilk kez Amerika’da ortaya çıkması bu anlamda hiç de sürpriz değildir. Bu yöntemin mahkemenin yorum yoluyla geliştirilmesi anayasaya uygunluk denetiminin sadece demokrasinin doğasına uygun olması değil Amerika’nın federasyon yapısının federal yönetimin Kongre iradesinin ve federe yönetimlerin özerkliği karşısında bir denge sağlamasına duyulan ihtiyaçtır.

Söz konusu kararla, Britanya’da yasaların üstün hukuk fikrine uygunluğuna ilişkin değerlendirmelere bir sınır çekilmiş, üstün hukuk fikrinden, anayasal düzene geçişin göstergesi olmuştur. TUNÇ bunu, “yasamanın üstünlüğü fikri ile hak ve hürriyetler açısından yasamanın temel teminat oluşturduğu kabulü, yerini devletin üstün organlarının özellikle yasama tasarruflarının yargı organlarıncaya denetlenmesi gerektiği düşüncesine terk etmiş”¹⁷² olduğu şeklinde ifade etmektedir.¹⁷³

Kararda, federal yönetimin güçlendirilmesi politikası ve Marshall’ın Federalist Partinin son kalan temsilcilerinden olması gibi önemli etkenlerinde varlığı bulunmaktadır.¹⁷⁴ Böylelikle, anayasaya uygunluk denetimini ilk kez Başyargıç MARSHALL’ın kararıyla ortaya çıktığı gibi, anayasal demokrasinin gerekliliği prensibine de dikkat çekilmiştir.¹⁷⁵

ABD Anayasası’nın 3. maddesinin 2. fıkrası, anayasa yargısının tahsis edildiği karar olarak kabul edilen *Marbury v. Madison* davasına dayanmaktadır. Yargıç MARSHALL’ın vermiş olduğu kararda, anayasaya uygunluk denetimi söz konusu madde de yer alan “bu Anayasadan doğan” ibaresine dayanmaktadır. Yüksek Mahkemenin, Kongre’den geçen tüm yasaları denetleyebilmek yetkisinin temelini

¹⁷⁰ MARSHALL, sistemin belirli yetkileri farklı organlar arasında böldüğünü ve bu yetkilerin sınırsız olmayacağını belirtmiştir. Bu yönde kararda, Anayasa’yla verilen yetkilerin sınırlıdır ve söz konusu yetkilerin sınırlarının Anayasa olduğuna işaret edilmiştir. Bu nedenle MARSHALL, federal yönetimin Anayasa’da kendisine verilen sınırları aştığı gerekçesiyle Judiciary Act 1789 düzenlemesini geçersizliğine karar vermiştir. *Marbury v. Madison* - 5 U.S. 137 (1803), Page 5 U. S. 177, 178 ve 180. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>, Erişim Tarihi: 09-10-2012.

¹⁷¹ HOWARD, A.E. Dick. *Hukukun Ne Olduğunu Belirlemek: Anayasa Uygunluğu Belirleyen Hakem Olarak Yüksek Mahkeme*, içinde *Demokrasi ile ilgili Meseleler*, ABD Dış İşleri Bakanlığı Yayınları, E Journal USA, Nisan, s. 6.

¹⁷² TUNÇ, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı : Denetimin Kapsamı ve Organları*, s. 28-29.

¹⁷³ *Marbury v. Madison* davasına kadar olan süreçte, Britanya’da ki Dr. Bonham kararının, anayasaya uygunluk denetiminin ilk örneği olduğunu belirtmek yerine, üstün hukuk fikrine aykırılık ya da hukukun üstünlüğü ilkesine ilişkin bir örnek olduğunu belirtmek gerekmektedir. Ayrıca literatürde, İngiltere’de Dr. Bonham kararının sonucuna ulaşmakta başarısız olduğu, buna karşın anayasaya uygunluk denetiminin ortaya çıkacak sonucun, *Marbury v. Madison* kararıyla gerçekleştirildiği yaygın olarak kabul edilen bir görüştür. DEENER, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems*, s. 1082.

¹⁷⁴ ÇAĞLAR, *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, s. 25 vd.

¹⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. HOMBURGER, Adolf, *Judicial Review in the Contemporary World*, Reviewed work(s): Judicial Review in the Contemporary World by Mauro Cappelletti, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 120, No. 3 (Jan, 1972), s. 578-583.

oluşturmuştur.¹⁷⁶

Yüksek mahkemelerin, dolayısıyla anayasa yargısı denetiminin ortaya çıkması, sistem içerisinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne getirilen yöntemle bağdaşmaktadır. Yönetim düzenleri arasındaki yetki aşımı veya ihlallerinin engellenmesiyle, bir bütün olarak devlet yetkilerinin eşit dağılımı kaygısı, son karar mercii olarak yargı organının kurulmasını gerektirmiştir. Bu doğrultuda mahkemeler, anayasaya aykırı normların sistemden kaldırılması yönünde kararlar geliştirmişlerdir.

Amerikan konfederasyonundan federal sisteme geçiş aşamasında, federe yönetim mahkemelerinin hem federe hem de federal yönetimle ilgili davalara bakabilecekleri, ayrıca bir yüksek mahkeme kurulmasının düşünülmeyeceği belirtilmektedir. Ancak, federe yönetimler arası uyuşmazlıkların çözülmesinin sadece federe yönetimlerde örgütlenmiş mahkemeler aracılığıyla çözümlenemeyeceğine karar verilmiştir. Bu yönde kurulacak olan ABD Yüksek Mahkemesi, devletlerin yeni birliğinin mahkemesi olarak hizmet edecek ve ondan daha altta bulunan mahkemeleri oluşturma konusunda, federal yönetime yetki verileceği kararlaştırılmıştır.

Bu yönde HAMILTON Yüksek Mahkemeye duyulan ihtiyacı, *büyükelçileri, diğer diplomatik görevlileri ve konsolosları ilgilendiren bütün davaların ve iki veya daha fazla eyalet arasındaki anlaşmazlıkları* bakımından gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin bu kapsamda, iki federe yönetim arasındaki davaları çözümlene yetkisi ve *bir Eyalet ile başka eyalete mensup vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıklar*¹⁷⁷ bakımından önemli olduğunu belirtmiştir.

Bu tartışmalar özellikle federalizmin siyasi korunma teorisi çerçevesinde, anayasal yetki paylaşımı, yetkilerin eşit dağılımı, mahkemenin oluşumuyla, sistem içerisinde üstlendiği yaşamsal rolü eleştirilmektedir. Yüksek mahkemeler, kuvvetler arasında gerginlik yarattığı gibi, mahkemelerin kompozisyonlarına ilişkin yargısal aktivizm, yargıçlar hükümeti veya yargılama sınırının aşılması gibi eleştirilerin de odağı olmuşlardır.¹⁷⁸

Doktrinde, anayasa yargısının ortaya çıkışın MARSHALL'ın kararından önce İngiltere'de Hakim Edward COKE'un 1610 yılında Dr. Bonham Vakası olarak adlandırılan davada verdiği karar ön plana çıkmaktadır.¹⁷⁹ Anayasa yargısının ortaya

¹⁷⁶ İlgili madde, ileride Yüksek Mahkemelerin İşlevi başlığında ifade edilmiştir.

¹⁷⁷ İtalik olarak yazılan kısımlar ABD Anayasası'nın 3.maddesinin 2. fıkrasında belirtilen Yüksek Mahkemeye ilişkin hükümlerdir.

¹⁷⁸ Bu eleştirilerin yanı sıra, ABD Yüksek Mahkemesi kendi içinde dahi bazı uyuşmazlıkların olduğunu, bunların da, i- *gizli ve kamusal*, ii- *gizli ve kamusal olmayan* ve iii- *üstü örtülü, çok gizli* olmak üzere üç alanda ortaya çıktığı belirtilir. Mahkemenin kendi içerisinde ki bu uyuşmazlıkların davalara ve kararlara yansdığı da belirlemektir. DANIELSKI, David J, *Conflict and Its Resolution in the Supreme Court*, **The Journal of Conflict Resolution**, Vol. 11, No. 1, Law and Conflict Resolution (Mar, 1967), s. 71-86.

¹⁷⁹ Hakim Edward Coke bir kanunun hak ve mantığa aykırılığı halinde Common Law'a aykırıdır ve geçersiz sayılmalıdır. Parlamento üstünlük prensibini benimseyen İngiltere'de dahi parlamentonun Common Law'ı üstün hukuk kabul edip ona aykırı düzenleme yapamayacağını ifade eden Coke, bu durumda ortak hukuka aykırı parlamento düzenlemelerinin de geçersiz sayılması gerektiğini belirtmiştir. Ortak hukuk, yazılı hukuk ve gelenekler -customs- şeklinde üç tip hukuk sistemi olduğuna değinen Coke, ortak hukuk'un diğer hukuk tiplerini de içerdiğini ve yazılı hukuk ile geleneklerin aykırılık oluşturamayacağını ifade etmiştir. Bu tür diğer hukuk

çıkışı konusunda pratik nedenlerden olarak kabul edilen bu süreçte, Amerika'ya göç edenlerin aşına oldukları hukuk düzenini, zamanla kendi içlerine de kurlmalarını sağlamıştır.İngiliz kolonilerinin kraliyet kanunların uygun olması prensibi burada da kendisini göstererek 1696 ile 1782 yılları arasında İngiliz Kraliyet Konseyi tarafından (*Privy Council of the King*) İngiliz kanunlarına aykırı bulunan 600'den fazla kanunun geçersiz sayıldığı belirtilmektedir. İngiltere'nin kendi hukukun üstün kılma çabaları zamanla Kuzey Amerika kolonilerinin bağımsızlık kazanarak üstün hukuk prensibinin Anayasalarıyla hayata geçirmeyi uygun bulmalarıyla yer değiştirmiştir.¹⁸⁰

Amerika'nın bağımsızlık mücadelesiyle aslında önceden tanıştığı üstün hukuk kuralı ilkesi Anayasa'da hem üstün ulusal çıkarlar nedeniyle federal hukuk üstünlüğü hem de bağımsızlık ve temel hak ve özgürlükler bakımından anayasanın üstünlüğü ilkesiyle karşımıza çıkmaktadır.

MARSHALL'ın 1800'lü yıllarda geliştirmiş olduğu kararlar ve federal yönetim yetkileri lehine yaptığı geniş yorumlar oldukça dikkat çekicidir. MARSHALL, sadece *Marbury v. Madison* kararına değil, federal sistem adına bir çok dönüm noktası niteliğinde karara imza atmıştır. Bunlardan biri 1810 tarihli *Fletcher v. Peck* kararı ve 1819 tarihli *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, kararlarıdır. Her iki kararda, federe yönetimlerin anlaşmalar konusundaki yetkileri ve sınırlarının çizildiği, Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan sözleşme hükmünün (*contract clause*) yorumlanmasına ilişkindir.¹⁸¹

Anayasa'nın 1. maddesinin 10. fıkrasında yer alan hüküm, *Fletcher v. Peck* kararıyla, ilk kez bir federe yönetim yasasının anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁸²

Georgia federe yönetiminin, Amerikan devrimi ve Paris Anlaşmasını takiben kendi topraklarının batısında yer alan *Yazoo Lands* topraklarının kendisine ait kamu malı olduğunu ileri sürerek,¹⁸³ *Yazoo Land Act of 1795* düzenlemesiyle, söz konusu toprakların birer taşınmaz yardımı "*land grant*" olduğunu onaylamıştır.¹⁸⁴

kurallarında ortaya çıkan aykırılıkların hakimler tarafından saptanarak geçersiz sayılması gerekecektir. İngiltere'de baskın olan parlamenter üstünlük ve 1688 tarihli *Glorious Revolution* adıyla anılan değişiklikler Common Law'a aykırı düzenlemelerin geçersiz kılınacağı fikrini etkisizleştirmiştir. TUNÇ, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları**, s. 29-31.

¹⁸⁰ Coke'un üstün hukuk prensibi ve ona aykırı düzenlemelerin geçersiz kılınacağı görüşü tabii hukuk doktriniyle bütünleşerek, Amerika'da kolonilere kadar gidecek bir uygulamalar zincirini ifade edeceği belirtilmektedir. TUNÇ, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları**, s. 31.

¹⁸¹ Anayasanın 1. maddesinin 10. fıkrasında 1. kısmı şu şekildedir. *...Eyaletler herhangi bir anlaşma, ittifak, veya konfederasyon anlaşması yapmayacak; düşman gemilerine saldırı izni vermeyecek; para gibi kullanılan senet çıkarmayacak; borç ödemek için altın ve gümüş paradan başka bir şeyi teklif etmeyecek; ağır suç ya da ihanet suçları nedeniyle yargılamadan cezalandırma ve mahkûmun bütün mallarına el koyma kararı almayacak, geriye dönük, ya da sözleşmelerin bağlayıcılığını bozan bir yasa çıkarmayacak, veya herhangi bir asalet unvanı vermeyecektir...*

¹⁸² *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810), İnternet Kaynak: http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1810/1810_0, <http://www.lawnix.com/cases/fletcher-peck.html>, Erişim Tarihi: 12-01-2012.

¹⁸³ Bu topraklar daha sonra, Alabama ve Mississippi federe yönetimlerinin olmuştur.

¹⁸⁴ Georgia Meclisi bu yasayı, milletvekillerinden biri hariç diğer tüm vekillerce ezici bir çoğunlukla onaylamıştır. Yasanın, özel yatırımcıların talebi üzerine belirli rüşvet karşılığında onaylandığı ortaya çıkmış ve skandalın sonunda seçmenler bir sonraki seçimde, görevde bulunan milletvekillerini (*incumbents*) seçmeyi reddetmişlerdir.

Kurulan yeni meclis, 1796 yılında kamuoyunun tepkisini alan bu olaya ilişkin olarak, “*Yazoo Land Act of 1795*” yasasını yürürlükten kaldırarak, yeni İptal Yasasıyla (*Rescinding Act*), söz konusu yasaya dayanılarak yapılan tüm işlemleri ve yasayla kazanılan tüm hak ve alacak iddialarının da geçersiz olduğu kararını vermiştir. Dolayısıyla yeni kurulan Meclis, “*Yazoo Land Act of 1795*” yasasını ve bu yasaya bağlı olarak gerçekleştirilen işlemlerinin iptal edilmesine ya da hükümsüz kılınmasına (*nullifying*) ilişkin bir yasa kabul etmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesi, davada federe yönetim yasama organının, bir yasayı ve işlemleri yürürlükten kaldırması veya iptal etmesinin geçersiz olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, yeni meclis tarafından çıkartılan, 1796 tarihli İptal Yasasını anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme, daha önceki yasaya uygun olarak iyi niyetli alıcıların olması ve sözleşmelerin kutsal ve bağlayıcılığına dayandırmıştır. Bu maddeye göre; sözleşmeler yasadışı olsalar dahi güvence altındadır. Karar, açıkça ABD Anayasası’nın, madde I bölüm 10’da ifadesi bulunan “...eyaletler...geriye dönük ya da sözleşmelerin bağlayıcılığını bozan bir yasa çıkarmayacak,” hükmüne dayandırmıştır. Yasama organı halkın baskısı karşısında, mülkiyet haklarına daha fazla koruma getirecek düzenlemeler de bulunsa dahi, sözleşmeler geçersiz olamaz. Mahkemenin anayasayla çatışan veya aksi halde anayasaya aykırı olabilecek federe yönetim yasaların geçersizliği konusunda vermiş olduğu ilk karardır. Kararda çoğunluk görüşüne katılan Hakim Johnson, federe yönetimlerin sözleşmeleri geçersiz kılmayacakları fakat sözleşmeleri etkileyebilecek yasaları yürürlüğe koyabileceklerini ifade etmiştir. Sonuçta Yüksek Mahkeme federe yönetimin yasa ile iradesinin sınırını açıkça belirlemiş ve anayasaya aykırılığı açık olan bir yasayı iptal etmiştir.¹⁸⁵

MARSHALL’ın önemli bir diğer kararı *Dartmouth College v. Woodward*’ında yapılan sözleşmeyle ilgilidir.¹⁸⁶ *Dartmouth College v. Woodward* kararında, daha ince ifade ettiğimiz ABD Anayasası’nın Sözleşme maddesinin özel şirket veya tüzel kişilere uygulanmasıyla ilgilidir. Dartmouth College başkanının ve mütevelli heyeti tarafından görevden alınmasıyla, New Hampshire Meclisinin bazı milletvekilleri, Koleji, bir kamu kurumu halinde çalışması için zorlamaya başlamış, bu yönde de kolejin mütevelli heyetine yapılacak üye seçiminin, valinin yetkisinde olduğuna karar vermiştir. Kolejin tüzüğü 1769 tarihinde Kral III. George tarafından onaylanarak kabul edilmiştir. Yüksek

¹⁸⁵ Kararın çoğunluk görüşüne katılan yargıçlardan, mahkeme başkanı Marshall ve yargıç Bushrod Washington o dönemin Federalist Partisinden, ABD Başkanı olan John Adams tarafından atanmışlardır. Diğer yargıçlar, William Johnson, Brockholst Livingston, Thomas Todd ise çoğunlukla Anti-federalist olduğu yönünde görüşler bulunan ve Haklar Bildirgesini kaleme alan 5 kişilik ekipten biri olan Başkan Thomas Jefferson tarafından atanmışlardır. Thomas Jefferson, gerek sonraki uygulamaları gerekse görüşleri bakımından taban tabana zıt olmasa bile, John Adams’ın muhalifi olarak bilinir. Karara katılmayan William Cushing ve Samuel Chase ise George Washington tarafından atanmışlardır. İdeolojik olarak, Marshall Federalist kökenli olarak bilinmekle beraber, Jefferson atamalarıyla gelenler de kararın çoğunluk görüşüne katılmışlardır. *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810), İnternet Kaynak: http://www.ovez.org/cases/1792-1850/1810/1810_0, <http://www.lawnix.com/cases/fletcher-peck.html>, Erişim Tarihi: 20-11-2010.

¹⁸⁶ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819), İnternet Kaynak: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=17&invol=518>, Erişim Tarihi: 02-12-2011.

Mahkeme Kolejin, New Hampshire federe yönetiminin kurulmasından daha eski bir geçmişi olduğundan, orijinal sözleşmesinin (*original charter*) üstün olduğunu ileri sürerek, onamıştır. 1819 tarihinde verilen karar, özel tüzüklere karşı kamu tüzüklerinin yapısına ilişkin olup, Amerikan ticari iş şirketlerinin ani yükselişi ile sonuçlanmıştır. Kararda bu kolejin sözleşmesinin, New Hampshire yasama organı tarafından bozulamaz ya da zarar verilemez (*impaired*) niteliktedir.¹⁸⁷

Bu yönde söz konusu iki kararın, Amerika'nın kapitalist sisteme geçişinde önemli bir yeri olduğu ifade edilmektedir. On dokuzuncu yüzyılında, Yargıç MARSHALL'ın sanayicilik genişlediği bir dönemde, merkezi ve ulusal siyasi bir kurum olarak yargının, kapitalizmin güçlerini kurma peşinde desteklediği ifade edilir.¹⁸⁸ MARSHALL içtihadının, kapitalizm ve anayasacılık arasında stratejik bir bağ kurduğu, JEFFERSON, MADİSON ve MONROE'nun, tarımsal ekonomik vizyonundan daha açık bir şekilde ticari kapitalizmin dinamik kuvveti olduğu belirtilmektedir.¹⁸⁹

Federasyon, gerek tarihsel gerekse sistemin bir gereksinimi olarak, anayasa yargısı kavramını ortaya çıkarmış, hatta anayasa yargısı bu olgunun olmazsa olmaz bir unsuru haline gelmiştir. Bu yönüyle, anayasa yargısının federal sistemlere köklü bir bağlılığı bulunduğu gibi, federal sistemde bulunan tüm anayasal aktörler de, anayasa yargısıyla bağlıdırlar.

Anayasa yargısının işlevi öncelikle anayasanın üstünlüğünü sağlamaktır. Mahkemeler ise, uyuşmazlıkları anayasayı yorumlamak suretiyle çözer ve bunu yaparken de demokratik, temsili ve liberal ilkeleri de bağdaştırmayı hedeflemektedirler. Bu yönüyle yüksek mahkemeler, anayasal değişimin de önemli birer aracı haline gelmekte ve bu rolleri itibariyle yargısal/yarı siyasi organlar olarak önemli roller üstlenmektedirler.¹⁹⁰

B. FEDERASYONLARDA YÜKSEK MAHKEMELERİN ÖRGÜTLENMESİ VE İŞLEVİ

Federasyonlarda anayasa yargısının gerekliliği, özellikle federe yönetimlerle ilgili üstlendiği rol, federal yasama üzerinde anayasal denetim uygulanması bakımından

¹⁸⁷ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).

¹⁸⁸ 1775 yılında Amerikan Devrimi sırasında, Minutemen alayına katılarak General George Washington'a Teğmen olarak hizmet etmiştir. Terhis olduktan sonra (1781), Virginia yasama meclisi ve Virginia yürütme kurulu (1782-1795) görev yaparak, Federalist bir lider olarak ün kazanmıştır. Federe yönetimlerin, ABD Anayasası'nın onaylandığı Kongre'de, onaylamayı destekleyen tarafta bulunmuştur. John Adams'ın Başkanlığı sırasında, kendisine devlet sekreteri (1800-1801) olarak görev yapmıştır. Sekreterliğini yürüttüğü Adams, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'ne Baş Yargıç olarak ismini önermiştir ve ölümüne değin bu görevi sürdürmüştür. Yüksek Mahkeme Başkanlığı sırasında, 519'nun kendisi tarafından yazıldığı, 1.000 'den fazla kararlara katılmış ve Görev süresi boyunca anayasa yargısı kurumunu oluşturduğu çığır açan kararları *Marbury v. Madison* gibi, federasyonlar bakımından son derece önemli ima edilen yetkiler yani *zımnî yetkiler* Anayasa doktrinini ileri sürdüğü, *Maryland v. McCulloch* kararı, federe yönetim hükümet düzenlemelerine karşı özel işletme ve şirketlerin koruma altına alınmasını sağladığı *Dartmouth College* kararı ve *Gibbons v. Ogden* kararlarıyla da Kongre ticareti düzenleyen hakkına, federe yönetimlerin müdahale edemeyeceklerini belirlemesi ile Anayasa Mahkemesi, hükümetin ana yapısı belirleyen bir kurum olmuştur. Marshall, ABD anayasa hukuku sisteminin başlıca kurucusu olarak anılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Marshall John, **Britannica Concise Encyclopedia**.

¹⁸⁹ Thomas Jefferson Amerikanın 3. Başkanıdır. James Madison, Amerikanın 4. Başkanı ve James Monroe ise Amerika'nın 5. Başkanıdır.

¹⁹⁰ ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 107.

önemlidir.¹⁹¹ Devlet biçimi olarak federal sistemlerin tercih edilmesi, sistem içerisinde yüksek mahkemelerin rollerinin arttırması bakımından önemli bir gerekçe olarak görülür.¹⁹² Bu nedenle mahkemelerin örgütlenmesi ve üstlendikleri işlevlerin, federalizm ya da federal sistem bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Yüksek Mahkemelerin Örgütlenmesi

Yüksek mahkemelerin, nasıl oluştukları, yetkileri, kimlerden ve hangi yöntemlerle oluştuğu, üyelerin belirlenmesinde hangi yöntemlerin kullanıldığı, federasyon istikrarı hatta popülerliğinin irdelenmesi bakımından önem taşımaktadır. Yüksek mahkemelerin örgütlenmesi, özellikle mahkeme yargıçlarının seçilmesinde kullanılan yöntemlerin, yargıç kararlarına ve yargının yetki uyuşmazlıklarındaki rolünü, önemli ölçüde etkileyeceği ileri sürülmektedir.

Bu başlıkta dikkati çekilmek istenen, yüksek mahkemelerin federal sistemi dengede tutma rolüyle, mahkemelerin örgütlenme biçimlerinin örtüşmesidir. Federal sistemde bulunan her iki yönetim düzeninin, “sistemin denge unsuru” olan mahkemelerin örgütlenmesinde de, eşit katılımları olması beklenir. Ayrıca, federal sistemlerin temel özelliklerinden biri, federe yönetimlerin katılım haklarının bulunması olduğuna göre, bu prensibin mahkemelerin örgütlenmesinde de sağlanması gerekmektedir.

Aşağıda, federasyon mahkemelerine ilişkin olarak hazırlanan tabloya göre, görev süreleri en uzun olan yargıçların, ABD Yüksek Mahkemesi olduğu görülmektedir. Amerika’da Yüksek Mahkeme’nin kaynağı ve üye seçimiyle ilgili temel hükümler federasyon anayasasında belirlenmektedir.¹⁹³ Yüksek Mahkeme kaynağını, ABD Anayasası’nın 3. maddesinin birinci fıkrasında bulmakta, daha alt düzeyde kurulacak olan mahkemeler ise, federal yönetim tarafından yasayla oluşturulacaktır.¹⁹⁴ Mahkeme yargıçların atanması, ABD Başkanı’nın yetkileri arasında sayılmaktadır.¹⁹⁵

ABD Anayasası’nın 3. maddesinde, göre, Yüksek Mahkemenin dokuz yargıcı, iyi hallerini sürdürdükleri sürece görevde kalır ve görevde buldukları sürece, hizmetleri

¹⁹¹ HARUTYUNYAN, G, MAVCIC, A, **The Constitutional Review and Its Development in the Modern World: A Comparative Constitutional Analysis** , Yerevan-Ljubljana, 1999, İnternet Kaynak: <http://www.concourt.am/english/library/cclibrary/index.htm>, Erişim Tarihi: 20-09-2009.

¹⁹² LEVITAN, David M, *The Effect of the Appointment of a Supreme Court Justice* , **University of Toledo Law Review**, Vol. 28, 1996-1997, s.45.

¹⁹³ Anayasa madde 1 bölüm 8 uyarınca, Yüksek Mahkemeden sonra gelen, daha alt mahkemeler örneğin Birleşik Devletler bölge mahkemeleri ve Birleşik Devletler Temyiz Mahkemeleri gibi kaynağını, federal yönetim tarafından oluşturulan *Judiciary Act* ile belirlenmektedir.

¹⁹⁴ *Birleşik Devletlerin yargı yetkisi bir Yüksek Mahkemeye ve Kongre’nin zaman zaman atayacağı ve kuracağı alt mahkemelere verilecektir. Yüksek Mahkeme ve alt mahkeme yargıçları, iyi halleri sürdürdüğü sürece görevde kalır, ve görevde buldukları sürece hizmetleri karşılığında belli zamanlarda, azaltılmayacak bir maaş alacaklardır*

¹⁹⁵ Buna göre ABD Başkanı, *Senato’nun tavsiye ve rızası ile, ve mevcut senatörlerin üçte ikisinin onayı ile,.....Yüksek Mahkeme yargıçları ile bu Anayasa’nın öngörmediği ve yasalarla kurulacak Birleşik Devletleri makamları için bütün görevlileri önerecek ve Senato’nun tavsiye ve rızası ile bunların atamalarını yapacaktır: ancak Kongre uygun gördüğü alt düzeydeki görevlilerin atanmasını yasa ile, yalnızca Başkan’a, mahkemelere ya da Yönetim bölümlerinin başkanlarına verebilecektir.* Aynı madde de yer alan, ABD Başkanın diğer görevleri, anlaşmalar yapma yetkisi, ve büyükelçileri, diğer diplomatik kişi ve konsolosları atama görevleridir.

karşılığında belli zamanlarda, azaltılmayacak bir maaş alacaklardır.¹⁹⁶ Bu durumda Anayasa, diğer organların müdahalesinden korumayı amaçlayarak, yargıçların “iyi halleri” süresince görevde kalacaklarına ilişkin bir bakıma güvence sağlamaktadır. PELTASON bu kuralın, görev süreleri içinde, kendilerini atayan Başkan’ın veya diğer Başkanların görevden alma tehditlerine karşı yargıçları koruduğunu ve maaşlarının azaltılmayacağına ilişkin kuralın da, federal yönetimin maaşı istifaya neden olacak derecede indirme tehdidine karşı yargıçı koruduğunu belirtmiştir.¹⁹⁷

Yargıçlar, Senato’nun rızası ve onayıyla Başkan tarafından atanmaktadırlar. Burada Başkanın aday göstermesiyle, Senato’nun rızası ve onayı ayrı ayrı değerlendirilir.¹⁹⁸ Senato’nun oluşturmuş olduğu *Senate Judiciary Committee* tarafından sözlü olarak değerlendirmeye alınan adaylar, kamuya açık bir sözlü değerlendirmeyle senato onayı alabilmektedirler. Söz konusu sorgulamalar yargıcın politik tercihlerinin belirlenmesinden ziyade özel hayatına ilişkin de değerlendirmelere kadar derinleşebilmektedir. Bu nedenle yargıçların onaylanması sürecinin hayli uzadığı da belirlenmektedir.¹⁹⁹

Avusturya Anayasa Mahkemesi üyeleri, federal hükümet, Ulusal Meclis ve Federal Meclis tarafından önerilip, Federal Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Her ne kadar yargıçların önerilmesinde Federal Konsey, ifade edilse de, yargıçların büyük çoğunluğu (başkan, başkan yardımcısı ve 6 yargıç) federal hükümet tarafından seçilmektedir. Geriye kalan 6 hakim ve 3 yedek üye ise, birinci meclis olan Federal Meclis ve kısmen de olsa, ikinci meclis olan Federal Konsey’in tavsiyesi üzerine atanmaktadırlar.²⁰⁰

Avusturya’da, Mahkeme yargıçlarının belirlenmesinde, federal yönetimin daha baskın rolü bulunmaktadır. 14 yargıcın görev aldığı bir mahkemede, sadece üç yargıcın federe yönetimlerin temsil edildiği Federal Konsey tarafından belirlenmektedir. Burada, parlamenter bir sistem olan Avusturya’da, Cumhurbaşkanı, çoğunluğu Federal Meclis tarafından seçilen yargıçları atamaktadır. Dolayısıyla, Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin, federal ve federe yönetimler arasında federasyon dengesini

¹⁹⁶ Bu yönde öncelikle Amerika’da anayasaya uygunluk denetimi, yaygın denetim yoluyla gerçekleştirilmektedir. Federe yönetimler düzeyinde kurulmuş olan yüksek mahkemelerde de (*State Supreme Courts*) anayasaya uygunluk denetimi yapılmaktadır. Bu sistem içerisinde nihai ve en yetkili merci ABD Yüksek Mahkemesi (*U.S. Supreme Court*) dir. ABD Yüksek Mahkemesi için genellikle, Federal Yüksek Mahkeme ifadesi kullanılmaktadır. Ancak, yukarıda belirttiğimiz gibi, federe yönetimlerin katılımı prensibiyle, Yüksek Mahkeme’nin sistemi dengeleme işleviyle örtüşmemektedir.

¹⁹⁷ PELTASON, J.W., **Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı** , s. 77.

¹⁹⁸ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. EPSTEIN, Lee, SEGAL, Jeffrey A., **Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments** , Oxford University Press, USA, 2005.

¹⁹⁹ Örneğin Yargıç Powel görev süresinin solmasıyla boşalan yerine yeni yargıç atanmasıyla ilgili görüşmeler Eylül 1987 yılında başladığı ve Ocak 1988’de tamamlanmıştır. ŞAHİN, Ergin, **Siyaset ve Hukuk Arasında Anayasa Mahkemesi** , İz Yayıncılık, 2010, İstanbul, s. 46, 4. Atıftan naklen.

²⁰⁰ COLE, *Three Constitutional Courts: A Comparison* , s. 968.

sağlamadaki hakemlik yetkisi, yargıçların belirlenmesi usulü bakımından benimsenmemiştir.²⁰¹

Avusturya'da yargıçların bağımsızlıkları konusundaki teminatlar, Anayasayla güvence altına alınmıştır. Yargıçların azledilemeyeceği ve görevden alınamayacakları anayasal güvenceye alınmıştır. 70 yaşından önce bir yargıcın görevden alınabilmesi konusunda, Avusturya Anayasası'nın 147. maddenin 7. fıkrasında belirtilen durumlarda, sadece mahkemenin bu yönde alacağı kararla mümkün olabilir.²⁰² Uygulamada, bu hüküm gereğince şimdiye dek hiç bir yargıcın görevden alınmadığını belirtmek gerekir.²⁰³

Kanada Yüksek Mahkeme yargıçlarının da, atama usulü ile belirlendiği görülmektedir. Kanada Anayasası'nda, anayasanın değiştirilmesinin zorlaştırıldığı alanlarından biri ise Yüksek Mahkeme'nin kompozisyonudur.²⁰⁴ Kanada Yüksek Mahkeme yargıçları, Genel Vali tarafından atanmaktadırlar. Ne var ki uygulamada Genel Vali, hükümetin ve en önemlisi Başbakanın belirlediği isimleri atama yoluna gitmektedir.

Kanada Anayasası'nın 96. maddesi, Kanada'da bulunan tüm yüksek, bölge ve şehir mahkemeleri yargıçlarının, Genel Vali tarafından atanacağını düzenlemektedir. Hükümde bir istisna ile Nova Scotia ve New Brunswick federe yönetimlerinin, vasiyetnamelerle ilgili konularda yetkili olan *Court of Probate* yargıçları ayrı tutulmuştur.

Bu nedenle uygulamada Başbakan'ın, Yüksek Mahkeme Başkanı ve yargıçlarıyla, federe yönetimlerin yüksek mahkeme başkanlarını ve Federal Mahkeme ile Vergi Mahkemesi yargıçlarının atanmasına doğrudan dahil olduğu görülmektedir. Parlamenter hükümet sistemi olan Kanada'da, Başbakan'ın adayların belirlenmesinde, Adalet Bakanı'yla danışmaktadır. Teorik olarak, Adalet Bakanı ve Başbakanı'nın

²⁰¹ Ayrıca, Yüksek Mahkemelerin, mali yönden bağımsızlıkları da en azında federasyonda belirli bir yönetimin iradesine bağımlı olmaları bakımından önemlidir. Avusturya Anayasa Mahkemesi, diğer tüm kurumlar gibi Avusturya Federal Bütçe Yasasıyla bütçesi belirlenen bir organdır. Bu konuda iradede şüphesiz ki yasama yetkilerinin önemli ve büyük çoğunluğunu elinde tutan federal yönetimdedir. Anayasanın 51. maddesi Ulusal Konsey'in, yani federal meclis ile federe meclislerin –iki meclisin bir araya gelmesi-sonucunda Federal Bütçe Yasasının onaylanacağını ifade etse de, 51. maddenin 1. ve 2. fıkrası sırasıyla; *Milli Konsey Federal Bütçe Yasasını oylar. Kanunun görüşmelerinde Federal Hükümetin taslağı esas alınır ve Federal Hükümet, bir sonraki mali yılda uygulanacak Federal Bütçe Yasa taslağını bir mali yılın sona ermesinden en az on hafta önce Milli Konseye sunmak zorundadır* hükmüyle, önemli bir iradenin, mali açıdan federal yönetimde olduğunu ifade etmektedir. Uygulamada, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin gelir-gider ve harcamalarının, Federal Bütçe Yasasına uygun olması gerektiği ve her yıl Mahkemenin, Avusturya Maliye Bakanlığına danışarak, kendi bütçesini belirlediği ifade edilmektedir. Mahkemenin kendisinin belirlediği bu bütçe, her yıl Federal Bütçe Yasasının ekine konmak suretiyle onaylanır. SCHNIZER, *The Austrian Constitutional Court*, s. 3-4.

²⁰² Avusturya Anayasa Mahkemesi Yasası **Constitutional Court Act 1953 – VfGG**, İnternet Kaynak: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/justices1.html>, Erişim Tarihi: 22-09-2011.

²⁰³ SCHNIZER, Johannes., *The Austrian Constitutional Court*, **Conference of European Constitutional Courts**, National report prepared for the XVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts: Constitutional Justice: Functions and Relationship with the Other Public Authorities.

²⁰⁴ Kanada Anayasası'nın 41. maddesi söz konusu hükmü düzenlemektedir. 38 ve 42. madde de ise, Anayasa değişiklikleri için genel prosedürü belirleyerek, federe yönetimlerin nüfuslarının yüzde elli ile meclislerinde en az 3/2 oranında alacakları kararlarla değişiklik yapılabilmesi ya da Temsilciler Meclisi ve Senato'nun kararlarıyla değişiklik yapılabileceği hükmüne bağlanmaktadır. belirli hükümlerin değiştirilebilmesi için özellikle Genel Vali tarafından değişiklik önerisinin gerçekleştirilmesi ve bu önerilerin Senato ve Temsilciler Meclisi ile her federe yönetimin yasama organlarının oybirliği ile kabul edilmesine bağlanmıştır. Bu hükümde

parlamentoya karşı hesap verilebilirlikleri, uygulamada bu yetkiyi kullanmalarına neden olmuştur.

Kanada’da, Başbakan ve Kabinenin önerisi üzerine, Genel Vali tarafından yazılı bir emirle atanırlar.²⁰⁵ Kanada Yüksek Mahkeme Yasasının 4. maddesinin 1. fıkrası bir Yüksek Mahkeme Başkanı ile sekiz yargıçtan oluşacağını, 2. fıkra ile yargıçların, Genel Vali tarafından Kanada Mührü (Resmi Mührü) altında, yazılı bir emir ile Konsey’de atanacağı belirtilmektedir. Burada ifade edilen Konsey, Anayasa’nın 9. maddesine göre yürütme gücü altında düzenlenen, Kanada hükümetine yardımcı olma ve tavsiyelerde bulunabilecek, Kraliçe'nin Kraliyet Danışma Meclisi (*Privy Council*) tarzında bir Konsey olacaktır. Konsey üyeleri, belirli zamanlarda Genel Vali tarafından atanıp, yine Genel Vali tarafından görevden alınabileceklerdir. Ayrıca Yasanın 5. maddesi, yargıçların hukukçu olmaları gerektiğine ilişkin hükmü düzenlemektedir.²⁰⁶

Tabloda gösterildiği üzere, Kanada federasyonunun asimetrik özelliği gereği, bu geleneksel uygulamaya bir denge getirilmiştir. Bu denge Kanada Yüksek Mahkeme Yasasının 4. maddesinin 3. fıkrasına göre, Quebec federe yönetiminin Temyiz Mahkemesi veya Yüksek Mahkemesi hakimleri arasından üç yargıcın, Yüksek Mahkeme yargıcı olarak atanmalarını zorunlu kılmaktadır. Mahkeme yargıçlarının, ülkenin beş büyük bölgesini temsil ettiğini ve üç Quebec yargıcının ise kendi hukuk sisteminin tanınması bakımından temsiliyet sağladıkları belirtilmektedir.²⁰⁷ Quebec federe yönetiminin, Kanada’nın diğer federe yönetimlerinin aksine, Kıta Avrupa’sı Hukuk sisteminde olduğundan bu tür bir gereklilik ortaya çıkmıştır.²⁰⁸

Bu ilkenin, Kanada’nın asimetrik federalizm doğasına uygun bir düzenleme olarak kabul etmek gerekir. Ayrıca ilkeyle asimetrik özelliklerin yargısal alanda da sağlanmış olduğu görülmektedir.²⁰⁹ Dolayısıyla, Kanada’nın asimetrik özelliğinin bir getirisi olabilecek Quebec federe yönetimlerinin yargıçlarının Kanada Yüksek Mahkemesi’nde bulunmaları federalizm ilkesi bakımından önemlidir.

Kanada AY. m. 99. ve Kanada Yüksek Mahkeme Yasası’nın m. 9. f. 1 ile, yargıçların görev sürelerini, “...hakimler iyi davranışlarını sürdürmeleri koşuluyla görev yapabileceklerini, ancak görevden alınmalarının Senato ve Temsilciler Meclisinin (Avam Kamarası) başvurusu üzerine Genel Vali tarafından mümkündür.

²⁰⁵ Burada Başbakan’ın ve Kabine’nin önerisi zorunlu bir koşul olmamakla birlikte, Mahkemeye atanan yargıçların federal yürütme iradesinden kaynaklandığı görülmektedir. Bu prensip tamamıyla uygulamaya dönük olup, Kanada Anayasası ile Kanada Yüksek Mahkeme yasasında düzenlenmemektedir.

²⁰⁶ **Supreme Court Act.**

²⁰⁷ *Supreme Court Act R.S.C. 1985, c. S-26, s.6.*, Yüksek Mahkeme Yasası, bölüm 26, fıkra 6., Ayrıca bkz, COUNTISS, Anne, CHEUNG, Wai-lam, *The Process of Appointment of Judges in Some Foreign Countries:Canada*, **Research and Library Services Division Legislative Council Secretariat**, 2001, s. 3.

²⁰⁸ RUSSELL, Peter H., ZIEGEL, Jacob S., *Federal Judicial Appointments: An Appraisal of the First Mulroney Government's Appointments and the New Judicial Advisory Committees*, **University of Toronto Law Journal**, N:41, 1991, s. 5.

²⁰⁹ **Supreme Court of Canada Act, Supreme Court Act R.S.C., 1985, c. S-26**, İnternet Kaynak: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-26/page-2.html#h-4>, Erişim Tarihi: 02-11-2010.

*İkinci fıkrada ise, yargıçların 75 yaşına geldiklerinde görev sürelerinin sona ereceği” hükme bağlanmaktadır.*²¹⁰

Yargıçların seçilmesi konusunda benzer düzenlemeler, Commonwealth federasyonlarından biri diğeri olan Avustralya’da görülmektedir. Yüksek Mahkemenin federe yönetimler bakımından önemli yetkileri bulunduğundan, Yüksek Mahkeme yargıçlarının tercihlerinin federe yönetimler üzerinde önemli bir payı olduğu belirtilmektedir. Ne var ki federe yönetimlerin Yüksek Mahkemenin yargıç seçiminde anayasal bir rolü bulunmamaktadır. Mahkemenin, sadece federe yönetimlerin alanlarına özgü yetkileri dışında, federal düzen bakımından da önemli bir işlevi olduğu düşünüldüğünde, sistem içerisinde federe yönetimlerin bu bakımdan dışlandıkları görülmektedir. Sadece bu yönde 1978 yılından beri federal başsavcı (adalet bakanı) atanmasında, federe yönetimlerin aynı düzeydeki karşıtlarına sembolik olarak danışılmaktadır.²¹¹

Bunun haricinde Avustralya’da yüksek yargı organlarına yargıç atanmasında, anayasa gereği Genel Vali’nin yetkilendirildiği görülmektedir. Anayasa’da sadece Genel Vali görevlendirildiği halde, Kanada federasyonunda olduğu gibi, Genel Vali Federal Yürütme Kurulu’nun tavsiyesi üzerine, mahkeme üyelerini atması uygulamada her zaman kabul edilmektedir.²¹² Bu uygulamaya ilişkin olarak, Anayasa’da sadece Genel Vali tarafından atama yapılabileceği ifade edilmektedir. Genel Vali bu atamayı İngiliz Danışma Meclisi (*Privy Council*) ile gerçekleştirmektedir.²¹³ Avustralya’da ne anayasa ne de uygulamada federe yönetimlerin Yüksek Mahkemenin oluşumunda katkıları görülmediği gibi, temsiliyetleri bakımından önemli bir eksiklik olduğu görülmektedir.

Hindistan Yüksek Mahkeme üyeleri, genellikle federe yönetimlerin yüksek mahkemelerinde kıdemli olarak görev yapan yargıçlar arasından seçilmektedir. Özellikle yargıçların seçiminde coğrafi temsiliyetin sağlanabilmesi, yani federe yönetimler ve bölgelerden gelecek yargıçlara, Yüksek Mahkeme’de görev verilmesi konusunda az da olsa bir çaba olduğu belirtilmektedir.²¹⁴ Hindistan toplumsal olarak dil, din ve kültürel anlamda heterojen ya da çok katmanlı bir federasyon olduğundan, sistemde bulunan her katmanın temsiliyetinin sağlanması önemlidir. Örneğin 2001 yılı itibarıyla, Hindistan Yüksek Mahkemesi’nde 136 yargıç olarak görev yapmış,

²¹⁰ **Supreme Court of Canada Act.**

²¹¹ SAUNDERS, *Commonwealth of Australia* , s. 32.

²¹² Ayrıntılı bilgi için bkz, *About the Justices* , **High Court of Australia** , İnternet Kaynak: <http://www.hcourt.gov.au/justices/about-the-justices>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.

²¹³ *About the Justices* , **High Court of Australia** , İnternet Kaynak: <http://www.hcourt.gov.au/justices/about-the-justices>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.

²¹⁴ NEUBORNE, Burt, *The Supreme Court of India* , **International Journal of Constitutional Law**, Volume 1, Issue 3, July 2003, s. 480.

Bunlardan 115'i Hindu, 13'ü Müslüman, 4'ü Hıristiyan, 2'si Sih ve 2'si de Parsi dinlerine mensup yargıçlardır.²¹⁵

Hindistan'ın Yüksek Mahkemesi Başyargıcı, diğer görevlerinin yanı sıra Yüksek Mahkeme ve diğer mahkemelere (*High Court*) yargıçların atanması konusunda önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir. Yargıçlar 65 yaşından önce, parlamentonun üçte iki oy ile yargıçlıktan çıkarılabilirler. Yüksek Mahkeme yargıçları, yeterli maaş ve emeklilik hakkına sahiptirler. Bu anlamda yargıçlar için, Parlamentonun müdahalesine karşı ayrıca mali koruma sağlanmaktadır.

Hindistan Anayasası'nın 124. maddesinin 1. fıkrası, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin bir Yüksek Mahkeme Başkanı ile federal yönetim tarafından bir yasayla aksini belirleyene kadar, 7'den fazla olmayan yargıçlardan oluşmaktadır. 1986 *Amendment Act*'in 22. maddesiyle değişiklik yapılarak, sayı 25'e yükletilmiştir. Başyargıçla birlikte bu sayı 26 olarak belirtilebilir. Anayasa'nın ilk halinde belirtilirken 7 yargıç sayısına ilişkin hüküm, anayasa değişikliği ile beş kez arttırılmıştır.²¹⁶

Aşağıda verilen tablo, federal sistem örneklerinin yüksek mahkeme örgütlenmelerini özetlemektedir. Tablo'da federe yönetimlerin mahkemenin örgütlenmelerinde katılımı ve mahkemenin yetki uyuşmazlığına ilişkin işlevinin kaynakları özellikle gösterilmiştir. Bununla birlikte yargıçların görev süreleri de tabloda gösterilmektedir.

Tablo 4: Federasyon Örneklerinde Yüksek Mahkeme Örgütlenmeleri

Federasyon	Üye Sayısı	Görev Süreleri	Mahkeme Üyelerinin Seçilme Yöntemleri	Uyuşmazlıkların çözümünde Yetkili Organ Olmasına İlişkin Hukuki Düzenleme
Almanya (<i>Bundesverfassungsgericht</i>)	16	12 yıl, 68	Federal Meclis (8) Federal Konsey (8) Federe yönetimler mahkemenin örgütlenmesinde, önemli bir yere sahip olarak, yargıçların yarısını kendileri belirlemektedirler.	Alman Anayasası'nın 93. maddesi, "2. <i>Federal Hükümetin, bir eyalet hükümetinin veya Federal Meclis üyelerinin dörtte birinin isteği üzerine, Federal hukuk veya eyalet hukukunun asli veya şekli bakımından bu Anayasaya veya eyalet hukukunun sair federal hukuka uygunluğu konusundaki görüş ayrılıkları veya kuşku halinde; 2 a. Federal Konseyin, bir eyalet hükümetinin veya parlamentosunun başvurusu üzerine, bir yasanın 72. maddenin 2. fıkrasının varsayımlarına uyup uymadığına (ortaklaşa yetkiler); 3. Federasyon ve eyaletlerin hak ve yükümlülükleri, özellikle federal hukukun Federasyon adına eyaletlerce yürütülmesi ve Federasyon nezaretinin uygulanmasından çıkan görüş ayrılıkları konusunda; 4. Federasyonla eyaletler arasında, eyaletlerin kendi aralarında veya başka bir yasa yolu bulunmadığı takdirde bir eyalet içinde çıkan kamu hukuku uyuşmazlıkları konusunda;" Anayasa Mahkemesini görevlendirmektedir. Benzer hükümler Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 68. maddesinde de düzenlenmiştir.</i>
Avusturya (<i>Verfassungsgerichtshof</i>)	14+ 6 Yedek	70 yaş	Federal Hükümet + Federal Cumhurbaşkanı (6 asıl, 3 yedek), Ulusal Konsey (3+2), Federal Konsey (3+1). Federe yönetimler mahkemenin örgütlenmesine, sadece	Avusturya Anayasası'nın 138/c) maddesine göre, Anayasa Mahkemesi "Eyaletlerin kendi aralarındaki ve ayrıca bir eyalet ile federasyon arasındaki yetki uyuşmazlıklarını çözümler. (2) Anayasa Mahkemesi ayrıca, Federal Hükümetin ya da bir Eyalet Hükümetinin müracaatıyla, bir yasama veya yürütme işleminin federasyon, ya da eyaletten hangisinin

²¹⁵ Günümüz Yüksek Mahkemesi yargıçlarının yirmi bir tanesi Hindu, iki tanesi Müslüman, bir tanesi Hıristiyan ve diğer bir tanesi de Parsi dinlerine mensupturlar. *Supreme Court of India Practice & Procedure*, A Handbook of Information, Third (Revised) Edition 2010.

²¹⁶ NEUBORNE, *The Supreme Court of India*, s. 480.

			üç yargıcın belirlenmesiyle katılmaktadırlar.	sorumluluk sınırına girdiğini tayin eder ²¹⁷ .
ABD (<i>U.S. Supreme Court</i>)	9	Ömür Boyu	Başkan'ın teklifi ve Senato'nun onayı ile (<i>Tavsiye ve Rıza</i>) üzerine atanmaktadırlar.	ABD Anayasası'nın madde 3 bölüm II'ye göre; <i>Birleşik Devletlerin taraf olacağı anlaşmazlıklarla; iki veya daha fazla eyalet arasındaki anlaşmazlıklar</i> ; konusunda yetki sahibidir. Bu konuda açık düzenleme <i>Judiciary Act 25</i> . bölüm'de düzenlenmiştir. Buna göre federal yada federe yönetimlerin yetkilerine ilişkin uyumsuzluklarda, nihai karar organı Yüksek Mahkemedir. Yaygın denetimin gereği olarak, yetki uyumsuzlukları mahkemenin temyiz yetkileri (<i>appellate jurisdiction</i>) içerisinde yer almaktadır.
Kanada (<i>Supreme Court</i>)	9	75 yaş	Başbakan ve Kabinenin önerisi üzerine, Quebec federe yönetiminin Temyiz Mahkemesi veya Yüksek Mahkemesi hakimleri arasından en az üç yargıcın, olması koşuluyla Genel Vali tarafından atanırlar. Federe yönetimlerin mahkemenin örgütlenmesine katkıları, sadece kendilerine danışılması hususuyla sınırlıdır.	Kanada Yüksek Mahkeme Yasasının 35. maddesi " <i>Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararıyla, federal ve federe yönetimlerle, iki veya daha fazla federe yönetimin kendi aralarındaki uyumsuzluklarda</i> ", Yüksek Mahkemenin temyiz makamı (<i>appellate jurisdiction</i>) olarak nihai yargı organı olduğu düzenlenmektedir.
Avustralya (<i>High Court</i>)	7	70 Yaş	Başbakan ve Kabinenin önerisi üzerine, Genel Vali tarafından yazılı bir emirle atanırlar. Federe yönetimlerin mahkemenin örgütlenmesine katkıları, sadece kendilerine danışılması hususuyla sınırlıdır.	Avustralya Anayasası'nın 76. maddesinde <i>Yüksek Mahkemenin doğrudan/asli yargı yetkisine (original jurisdiction)</i> giren alanlar sayılmaktadır. Bunlar; <i>Anayasa çerçevesinde ortaya çıkan ya da Anayasa'nın yorumlanmasını gerektiren, Parlamento tarafından yapılan herhangi bir kanun çerçevesinde ortaya çıkan, aynı-konu ile ilgili farklı federe yönetimlerin yasalarına ilişkin taleplerdir.</i> bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 73. maddesinde federe yönetim yüksek mahkemelerinin kararları, Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin temyiz yargı (<i>appellate jurisdiction</i>) yetkindedir. Ayrıca Avustralya 1903 tarihli Judiciary Act, 38. maddesi, Yüksek Mahkemenin münhasır yetkilerini ifade etmektedir. Söz konusu hükmün c ve d fıkralarında, federal yönetim tarafından federe yönetimlere karşı açılan davalarda ve federe yönetim tarafından federal yönetime karşı açılan davalarda münhasır yargı yetkisinin Yüksek Mahkeme'ye ait olduğu ifade edilmektedir.
Hindistan (<i>Supreme Court</i>)	28 ²¹⁷	65	Devlet Başkanı tarafından atanırlar. Başkan, seçeceği üyeleri Yüksek Mahkeme Başyargıcına danışmaktadır. Federe Yönetimlerin mahkemenin örgütlenmesine katkıları, neredeyse hiç yoktur. Fakat uygulamada yargıçların belirlenmesinde din, dil gibi farklılıklar gözetildiği görülmektedir.	Hindistan Anayasası'nın 131. maddesi uyarınca, federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyumsuzluklarda yetkili olduğu belirtilmektedir. Maddede, herhangi bir yasa ya da fiilden kaynaklanan uyumsuzluklarda, Yüksek Mahkemenin ilk derece (münhasır) yargı yetkisinde bulunacağı düzenlenmektedir. Hindistan'da yetki uyumsuzluklarına ilişkin mahkemenin yetkisinin, asli yargı yetkisi (<i>original jurisdiction</i>) içerisinde olduğu görülmektedir.

Federal sistemlerde, yüksek mahkemelerin ortaya çıkması ve anayasa yargısı geleneğinin önemli nedenlerinden biri de, federal ve federe yönetimler arasındaki yetki

²¹⁷ Hindistan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının sayısı, 1986 Anayasa değişikliği ile 25 olarak belirlenmiştir. 2008 değişikliği ile bu sayı 30'a çıkarılmıştır. Mevcut mahkeme üyelerinin sayısı ise 28 olarak görülmektedir. **Supreme Court of India**, İnternet Kaynak: <http://supremecourtindia.nic.in/judges/judges.htm>, Son Erişim Tarihi:03-11-2012. *The Supreme Court (Number of Judges) Amendment Act 2008*, No 11, İnternet Kaynak: [http://supremecourtindia.nic.in/thesupremecourt\(number_of_judges\)20amenmentact,2008.pdf](http://supremecourtindia.nic.in/thesupremecourt(number_of_judges)20amenmentact,2008.pdf), Son Erişim Tarihi:03-11-2012.

uyuşmazlıklarının çözümlüdür. Federasyonların kurucu unsurlarında belirtilen, “güvenceli yetki paylaşımı” ilkesinin, anayasaların yazılı, katı ve üstün olmadığı durumlarda yönetim düzenleri bakımından yeterli bir teminat sağlamayacağı açıktır.

Dolayısıyla anayasalarda paylaşılarak sınırlanan yetki mekanizmasının koruyucusu olarak yargı organının, federal ve federe yönetimlerden bağımsız bir yargı organının varlığını gerektirmektedir.²¹⁸ Bu yönde mahkemelerin örgütlenmesine ilişkin eleştiriler, çalışmanın son kısmına ele alınacaktır.

2. Yüksek Mahkemelerin İşlevleri

Anayasaya yargısının, federalizm uyuşmazlıkları bakımından üstlendikleri işlev, “anayasal federalizm” kavramıyla ifade edilmektedir.²¹⁹ Genel olarak federal sistemlerde, anayasa ya da yüksek mahkemelerin üç işlevi bulunmaktadır. Bunlar; federal ve federe yönetim düzenleri arasındaki yetki uyuşmazlıkları, anayasaya aykırı işlemlerin denetimi ve kişilerin anayasalarla güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlali halinde, anayasa şikayeti yoludur.²²⁰ Federasyonlarda federal ve federe yönetim düzenleri arasındaki uyuşmazlıklar ve yasalarla, bazı koşullar halinde, idari düzenlemelerle anayasa arasındaki uyuşmazlıklarda yüksek mahkemelerin işlevlerindedir.²²¹

Federasyonlarda yüksek mahkemelerin işlevleri, anayasaları yorumlama ve hukuk birliğini teşvik etmek gibi iki farklı işlevi gerçekleştirmek açısından gerekli olduğu ileri sürülmektedir.²²² Bu doğrultuda yüksek mahkemelerin hukuk düzenlerinin birliğini teşvik etmede üstlendikleri roller farklılık arz etmektedir.

Örnek federal sistemlerden Avustralya, Hindistan ve ABD ortak hukuk geleneğinde bulunan sistemlerdir. Buna karşılık Kanada'nın karma bir sistem olarak kamu hukuku alanında ağırlıklı olarak ortak hukuk karakteri vardır. Almanya ve Avusturya ise kıta Avrupa'sı hukuk sistemindedirler. Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde hukuk kurallarının temel kaynağı mevzuata dayanmaktayken, ortak hukuk sisteminde hukuk kuralları mevzuat veya içtihadi etkisi bulunan yargı kararlarından türemiştir. Hukuk sistemlerinin federal sistemin yargı organına olan etkisi, yüksek mahkemelerin işleyişi ve organizasyonunda farklı biçimlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.²²³

²¹⁸ WALUCHOW, W. J., *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge University Press, USA, 2007, s. 22.

²¹⁹ Yazar bu kavramın, *hukuken ya da yargısal olarak zorlanan federalizm (Judicially Enforced Federalism)* şeklinde ifade edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. KRAMER, *But When Exactly Was Judicially Enforced Federalism Born In The First Place?*, s. 123.

²²⁰ Çalışmada, seçilen örneklerimizin orijinal olarak yüksek mahkemeleri farklı isimlerle adlandırılmaktadır. Hindistan, ABD ve Kanada'da Supreme Court, dilimize Yüksek Mahkeme şeklinde çevrilmektedir. Avustralya High Court, Almanya ve Avusturya'da Constitutional Court yani Anayasa Mahkemeleri olarak çevrilir. Çalışmamızda genel olarak kullanılan yüksek mahkeme kavramını bu şekilde anlaşılması gerekir.

²²¹ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 111.

²²² FREUND, Paul A., *Supreme Court in a Federation: Some Lessons from Legal History*, *Columbia Law Review*, Vol.53, No:5, 1953, s.598.

²²³ SAUNDERS, Cheryl, *Comparative Conclusions*, içinde, **Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries** KİNCAID, John, SAUNDERS, Cheryl, LE ROY, Katherine, (Eds.), International Association of Centers for Federal Studies, Forum of Federations, McGill-Queen's Press, Canada, 2006, s. 365-366.

Federalizmi savunanlar, federal sistemlerin mantığına uygun olarak, devlet yetkilerinin federal ve federe yönetimler arasından paylaşılmasının ve ayrıca federal ve federe yönetimlerin yargı organları arasında paylaşılmasının, gelişmiş bireysel sivil özgürlüklerin korunması için potansiyel bir uygulama olduğunu dile getirmektedirler. Federasyonlarda, yargı organlarının işleyişinin temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından çok önemli olduğu, ayrıca Avrupa'daki federasyonlarda yargı organının işlevleri ve kararlarının etkisiyle federalizmin artan bir oranda temel haklar ve özgürlükleri koruduğu ifade edilmektedir. Federasyonlarda yargı organının diğer önemli bir işlevi ise, federasyonun sürdürülebilirliği açısından ortaya çıkmaktadır. Federasyonların yargı organları aracılığıyla temel hak ve özgürlükler bakımından daha fazla korumacı olduğu fikri, yargı organının, federe yönetimlerin ya da belirli toplulukların korunma aracı olarak görünmesinden kaynaklanmaktadır.²²⁴ Özellikle çok katmanlı toplumlarda, siyasi aktörlerin yargı organlarının güçlendirilmesi için ve dolayısıyla güçlerini korumak için mahkemelerin yetkisi birleştirmeye yöneldikleri ifade edilir.²²⁵

Kanada ve Avustralya federasyonlarında yüksek mahkemeler, genellikle federe yönetimlerin mahkemeleri bakımından genel bir temyiz mahkemesi olarak kabul edilmektedirler. Bu sistemlerde tekdüzeliğin sağlanmasında, yüksek mahkemelerinin temyiz yetkileri içerisinde, federe yönetimlerin yasaları ve ortak hukuka (*common law*) ilişkin kararlarının yorumuyla denetlenmesidir. Buna karşın, Amerika'da özellikle federal ortak hukuk kavramından uzaklaşmış olması nedeniyle, Yüksek Mahkeme'nin tekbiçimlilik ya da hukukun tekdüzeliğinin sağlanmasında, daha sınırlı bir rolü olduğu ileri sürülmektedir. Bununla birlikte Avrupa federal sistemlerinden yüksek mahkemelerin işlevleri bakımından, hukuk düzenlerinin tekbiçimliliği konusunda çok daha sınırlı oldukları belirtilmektedir.²²⁶

Federasyonlarda, anayasa yargısı yöntemi ulusal devlet içerisinde güç dengesini korumaktan çok, daha fazla federalizmin, dolayısıyla sistemin sınırlarını korumayla ilgilidir. Anayasaya uygunluk denetiminin, federasyonlarda uygulanmaya başlamasıyla, zamanla sadece federal ve federe birimler arasında yetki alanlarının bölüşülmesinde önemli rol oynamamış, aynı zamanda sivil hak ve özgürlüklere ilişkin federal normların ve tüm federe birimlere ve direnen federe yönetimlere de empoze edilmesini sağlamıştır.²²⁷

²²⁴ HOWARD Robert M, GRAVES Scott E, FLOWER Julianne, *State Courts, the U.S. Supreme Court, and the Protection of Civil Liberties*, **Law & Society Review**, Volume 40, Number 4 (2006), s. 845-846.

²²⁵ TROCHEV, Alexei, *Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia*, **Law & Society Review**, Volume 38, Number 3 (2004), s. 516.

²²⁶ FREUND, *Supreme Court in a Federation: Some Lessons from Legal History*, s.615-615.

²²⁷ RAKOVE, Jack N, *Judicial Federalism: A Quick Sketch*, **OAH Magazine of History**, Volume 13, No 1, Fall Organization of American Historians, 1998, s. 8.

Federal sistemlerde anayasa yargısı, federal sistemin çekirdeğini oluşturan yetki paylaşımına uyulması konusundaki işleve yöneliktir. Böylelikle mahkemeler, mevcut federal düzenlemelerin bir yandan üniter bir oluşuma, diğer yandan konfederal bir yapıya dönüşmesini önlemektedir. Üstelik federal sistemlerin, federe yönetimlerin varlığına rağmen üniter bir yapıya dönüşmesinin, sistemin en tehlikeli boyutunu oluşturmaktadır.²²⁸

Çalışmada seçilen federal örneklere ilişkin değerlendirmelerde, gerek söz konusu örneklerin bağlı oldukları hukuk geleneğine ilişkin değerlendirmeler, gerekse federal sistemin yargı organına ilişkin kendine özgü değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu federal sistem örneklerini, hem bağlı buldukları hukuk geleneği bakımından hem de anayasa yargısı modelleri bakımından değerlendirilecektir.

a. Yaygın Denetim-Ortak Hukuk (*Common Law*) Örnekleri

Federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, yüksek mahkemelerin nihai karar organı oldukları görülmektedir. Anayasa yargısının, Avrupa modeli ya da Amerikan modeli denetim sistemlerinde, yetki uyuşmazlıklarının çözümü bakımından fark bulunmamaktadır, yani her iki sistemde de nihai olarak yetki uyuşmazlığının çözümü, yüksek mahkemelerindedir. Ancak Kıta Avrupa'sı geleneğinde ve merkezleşmiş sistemlerde bu işlev, mahkemelerin ilk yargı yetkisindeyken, ortak hukuk geleneğinde bulunan ve yaygın denetim sistemlerinin hüküm sürdüğü federal sistemlerde bu işlev, genellikle yüksek mahkemelerin temyiz yetkileri içerisinde kabul edilmektedir. Bununla birlikte, gerek merkezleşmiş, gerekse merkezleşmemiş anayasa yargısı modellerinde, yüksek mahkemelerin anayasal güvenceli yetki paylaşımının garantörü oldukları görülmektedir. Bu yönde örnek federal sistemlerden, ABD, Avustralya, Kanada ve Hindistan merkezleşmemiş anayasa yargısı modeline oldukları gibi, ortak hukuk geleneğindedirler. Söz konusu federal sistemlerde yüksek mahkemeler, (*Supreme Court* veya *High Court*) anayasal dahil tüm uyuşmazlıkların çözümünde, nihai temyiz mahkemesi olarak yargı hiyerarşisinin en üst sırasında yer almaktadırlar.

Merkezleşmemiş ya da yaygın denetimi benimseyen federal sistemlerde, federe yönetim düzenlerinde de anayasa uygunluk denetimini gerçekleştirilmektedir. Federe yönetim mahkemeleri, federal ya da federe yönetim düzenine ait olup olmadığına bakılmaksızın uyuşmazlığa konu olan normu, federasyon anayasasına uygunluğu denetlenecektir.²²⁹

²²⁸ JOVIĆIĆ, Miodrag, *Savremeni Federalizam – Uperednopravna Studija*, 1973, Belgrad, s. 253'den altı yapan STANKOVIĆ, Marko, *Judicial Review in the Federation and the Principle of Participation of Federal Units*, *Instituto de Investigaciones Jurídicas Publications*, İnternet Kaynak: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/8/150.pdf>, Erişim Tarihi:02-11-2011.

²²⁹ Burada mahkemeler, federe yönetim düzenlerinin, normlarının federe anayasalara uygunluğunu da denetleyebilmektedirler. ABD AY'nın 6. m. 2. f. hem üstünlük bendini hem de federe yönetim düzenlerinin anayasaya uygunluk denetimi görevlerini düzenlemektedir. Madde; (2) *Bu Anayasa ve bu Anayasa uyarınca yapılacak Birleşik Devletler yasaları; ve Birleşik Devletlerin yetkisi altında yapılmış ya da yapılacak, bütün anlaşmalar, ülkenin en üstün yasası olacak; ve bütün eyaletlerdeki yargıçlar, herhangi bir*

Hindistan, ABD, Avustralya ve Kanada yüksek mahkemelerinin üstlendiği işlevler, ilk derece yargı yetkisi (*original jurisdiction*) veya temyiz yargı yetkileri (*appellate jurisdiction*) arasında görülmektedir. Federalizm davalarının söz konusu mahkemelerde, genellikle temyiz yargı organı (*appellate jurisdiction*) olarak incelendiği görülmektedir.

Yüksek mahkemeler, özellikle yasama ve yürütmeye ilişkin yetkilerin dağıtımının sürdürülmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu yönde yüksek mahkemelerin federal ve federe yönetimlerin yetki uyuşmazlıklarında, tarafsız olarak anayasanın yorumlanması ve özellikle yetki paylaşımı kurumunu değişen koşullara adapte edilmesi konusunda belirgin işlevler üstlenmektedirler.

Avustralya, Hindistan ve ABD gibi özellikle ortak hukuk geleneğinde bulunan yüksek mahkemeler, yasamanın anayasallaştırılması konusunda belirleyici bir role sahiptirler.²³⁰ Özellikle ABD Yüksek Mahkemesi'nin söz konusu belirleyicilik rolü, çoğunlukla hukuku ifade etmeyi aştığı gerekçesiyle yargısal aktivizmle eleştirilmektedir.²³¹ Yargının aktivist tutumlarına ilişkin değerlendirmeler, yetki uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarında da görülmektedir. Bu bakımdan, federal sistemin şekillenmesinde önemli bir işlev üstlenmiş bulunan ABD Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararlar ön plana çıkmaktadır. Diğer taraftan, özellikle federalizm uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarda, Avustralya, Kanada ve Hindistan Yüksek Mahkemeleri'nin, özellikle önemli kararlar vermeleri halinde, ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına sıklıkla atıf verdikleri görülmektedir.²³²

Anayasaya uygunluk denetiminin tüm mahkemeler tarafından yaygın olarak yapıldığı Amerikan modelinde, yüksek mahkemelerin asli ve temyiz yetkilerine ilişkin iki ayrı yetki alanında, önemli yetkilerinin ise temyiz yargı yetkisine ilişkin olduğu görülmektedir.²³³ Mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlığa konu olan normun, anayasaya uygun olup olmayacaklarına kendileri karar vereceklerdir. Ancak, bu kararın nihai karar mercii olarak yüksek mahkemelere taşınması, genellikle temyiz yetkileri kapsamında gerçekleştirilmektedir.

eyaletin anayasası ya da yasalarındaki karşıt hükümlere rağmen bu üstün yasaya uyacaklardır. YOO, *The Judicial Safeguards of Federalism*, s. 1372. Ancak burada bir istisnayı belirtmek gerekir. Yaygın denetim modelinde olan Hindistan'da federe yönetimler düzeninde kendilerine ait ayrı bir yargı örgütü bulunmamaktadır.

²³⁰ BLAUSTEIN, *ABD Anayasası: Amerika'nın En Önemli İhracatı*, A.B.D. Dışişleri Bakanlığı Elektronik Dergisi: Demokrasi Konuları, C. 9, S. 1, s. 12.

Yeni Doğan Demokrasiler ve Anayasallaşma

²³¹ WEİDEN, David L., *Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia*, s. 344.

²³² Örneğin Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *Australian Communist Party v. Commonwealth* (1951) 83 C.L.R. 1, 262. kararı. Bu konuda bir değerlendirme için bkz. GALLIGAN, B., *Judicial Review in the Australian Federal System: Its Origin and Function*, **Federal Law Review**, Vol. 10, 1979, s. 368. Kanada Yüksek Mahkemesi'nin kararları için bkz. **Canadian Legal Information Institute (CanLII)**, İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/>, Erişim Tarihi: 12-10-2012. Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin kararları için bkz. **Legal Information Institute of India (LIOfIndia)**, İnternet Kaynak: http://liiofindia.org/cgi-bin/sinosrch.cgi?query=federalism%20and%20united%20states&mask_path=+in/cases/cen/INSC+&method=boolean&meta=/liiofindia, Erişim Tarihi: 12-10-2012.

²³³ MURPHY *Amerikan Yüksek Mahkemesine Düşen Görevlerde Değişmeler*, s. 56-57.

Yargı alanının düzenlenmesine ilişkin tarihsel süreçte, federe birimlerin savunucularıyla, federal birimin yani milliyetçilerin savunucuları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, ortak bazı alanlarda uzlaşmaya varılarak çözümlenmesiyle, Anayasa'nın yargıya ilişkin hükmü düzenlenmiştir.²³⁴ Bu yönde Amerikan Anayasa'nın 3. maddesinin 2. fıkrası, Yüksek Mahkeme'nin Anayasa'dan doğan tüm hukuksal ve adli davalarda yetkisi bulunduğunu düzenlemektedir. Maddede;

“Birleşik Devletler yasalarından, bunlardan alınan yetki ile yapılmış veya yapılacak anlaşmalardan ortaya çıkacak, yasalar ve emsaller kapsamına giren bütün davaları; büyükelçileri, diğer diplomatik görevlileri ve konsolosları ilgilendiren bütün davaları; bütün deniz hukuku ve deniz davalarını; Birleşik Devletlerin taraf olacağı anlaşmazlıkları; iki veya daha fazla eyalet arasındaki anlaşmazlıkları²³⁵; aynı eyaletten olup da değişik eyaletlerden toprak bağışları iddiasında bulunan vatandaşlar arasında ve bir eyalet veya o eyalet vatandaşları ile yabancı devletler, arasındaki anlaşmazlıklar” bakımından yetkili olduğunu düzenlemektedir.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin asli yargı yetkisine sahip olduğu ve kurulacak tali mahkemelerinde, federal yönetimin iradesiyle oluşturulabileceği görülmektedir. Maddenin ikinci bölümünde, Mahkeme'nin asli yargılama yetkisiyle, (*original jurisdiction*)²³⁶ temyiz yargılama yetkisi (*appellate jurisdiction*) düzenlenmiştir.

Maddede sayılan tüm alanlarda ilk derece yargı yetkisi, sadece Yüksek Mahkeme'de değildir.²³⁷ Yüksek Mahkeme bu alanda sayılan bazı konularda, temyiz mahkemesi olarak görev yapabilmektedir. Anayasa'nın aynı maddesinin 2. fıkrasının 2. bendinde, *“Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda ilk yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'ye”* ait olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca madde de sayılan diğer bütün

²³⁴ *History and Organization of the Federal Judicial System*, İnternet Kaynak: <http://www.america.gov/st/usg-english/2008/May/20080522212957eafas0.9853327.html>, Erişim Tarihi: 14-05-2008

²³⁵ Söz konusu madde de bir eyalet ile başka eyalete mensup vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıklar hükmü, Anayasa'nın 11. değişikliği ile iptal edilmiş ve vatandaşları bir eyalete karşı açtığı davaları federal mahkemelerin ilgi alanından çıkarmıştır. Anayasa'nın ilgili hükmü, *Birleşik Devletler eyaletlerinden birine karşı diğer bir eyalet vatandaşları ya da yabancı bir devlet vatandaşı veya yabancı uyruğu olanlar tarafından açılmış ya da devam etmekte olan herhangi bir hukuk veya hakkaniyet davasını kapsayan biçimde yorumlanmayacaktır* şeklinde olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme bir eyalet vatandaşının başka bir eyalet aleyhine federal mahkemede dava açmasını olanaksız kılan bu değişiklikle ilgili olarak bir karar vermiştir. 1793 tarihinde Güney Carolina'da bir kişinin miras yüzünden Georgia eyaletini mahkemeye verdiği *Chisholm v. Georgia* davasında, Georgia eyaleti, federal bir mahkemede kendi aleyhine dava açılmayacağını iddia etmiş, ancak, Yüksek Mahkeme açabileceği kararını vermişti. Ancak, şunu açıkça ifade etmek gerekir, şahıslar bu hükmü rağmen yine de Anayasal haklarından mahrum edildikleri gerekçesiyle eyalet makamları aleyhine federal mahkemede dava açabilmektedirler. Kararda, Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 10. değişikliği ile anayasada sayılmayan yetkilerin federe yönetimlere ve Birleşik Devletler Halk'ına ait olduğunu, üstün ve egemen gücün Georgia federe yönetiminin tüzel kişiliğinde olmadığı, vatandaşların kendisinde olduğunu ifade etmiştir. Anayasa, söz konusu döneme kadar bir federe yönetim vatandaşının, başka bir federe yönetim vatandaşını federal seviyede bir mahkemede dava açabileceği konusunda açıktır ve federe yönetimler anayasalılık denetime konu olabilirler. Bu karardan sonra, Georgia eyaleti, bu değişikliğin Anayasa'ya eklenmesi için bir girişime önderlik etmiş ve Anayasanın 11. değişikliği gerçekleştirilmiştir. Karar için bkz. *Chisholm v. Georgia*, Karar No: 2 U.S. 419 (1793), İnternet Kaynak: http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1793/1793_0, Erişim Tarihi:02-10-2011.

²³⁶ *Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda ilk yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'nin olacaktır. Aynı eyaletten olup da değişik eyaletlerden toprak bağışları iddiasında bulunan vatandaşlar arasında ve bir eyalet veya o eyalet vatandaşları ile yabancı devletler, arasındaki anlaşmazlıkları, bu Anayasa'dan doğan tüm hukuksal ve adli davaları, Birleşik Devletler yasalarından, bunlardan alınan yetki ile yapılmış veya yapılacak anlaşmalardan ortaya çıkacak, yasalar ve emsaller kapsamına giren bütün davaları; büyükelçileri, diğer diplomatik görevlileri ve konsolosları ilgilendiren bütün davaları; bütün deniz hukuku ve deniz davalarını; Birleşik Devletlerin taraf olacağı anlaşmazlıkları; iki veya daha fazla eyalet arasındaki anlaşmazlıkları;*

²³⁷ Maddede temyiz yargılama yetkisine ilişkin olarak, *Daha önce sayılan bütün diğer davalarda, Kongre'nin getireceği istisnalar ve koyacağı kurallar çerçevesinde, hem hukuk hem de fiil bakımından, Yüksek Mahkeme temyiz yetkisine sahip olacaktır.* ABD Anayasası'nın 3. maddesinin 3. bölümü için bkz. PELTASON, *About America: The Constitution Of The United States Of America With Explanatory Notes*.

davalarda, federal yönetimin getireceği istisnalar ve koyacağı kurallar çerçevesinde, hem hukuk hem de fiil bakımından, Yüksek Mahkeme sadece temyiz yetkisine sahip olacaktır. Kısaca Yüksek Mahkeme'nin ilk derece yargı yetkisi, “*Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalar*”dır.

Mahkemenin asli ve temyiz yetkilerine ilişkin detaylar, *Judiciary Act* ile belirlenmiştir. Federal yönetim bu yetkisine dayanarak düzenlemiş olduğu 1789 tarihli *Judiciary Act* güçlü ve aktif federal yönetim taraftarları olan ulusalcıların ya da daha doğru bir ifadeyle federalistlerin, o dönem ki en büyük zaferi olarak kabul edilmiştir.²³⁸

Cumhuriyetin neredeyse birinci yüzyıl içinde Anayasa çerçevesinde ortaya çıkan konularda, ABD yasaları ve anlaşmaları ve yakın bir zamana kadar çözümlenemeyen federal sorunlara ilişkin davalarda, federal mahkemelerin genel anlamda ilk derece yargı yetkisi bulunmadığı belirtilmektedir. Federal sorunlara ilişkin davalar, ABD federal kurum ve federal görevlilere karşı, resmi görevlerine ilişkin açılacak davalardaki uyuşmazlıkları içermektedir. Bu tür davalarda yargı yetkisinin saptanması bakımından 1980 tarihli *Federal Question Jurisdictional Amendments Act* düzenlemesi yapılmıştır. O yüzden federalizme ilişkin yetkilerin Anayasa'dan kaynaklanan (Madde 1 Fıkra 8) yasama çerçevesiyle Anayasa'nın 3. maddesiyle federal mahkemelerin yetkisine uygun paylaşımı yargı çerçevesinde olmak üzere iki kısma ayrılabilir.²³⁹ 1789 *Judiciary Act* ile Yüksek Mahkeme'nin asli yargılama yetkisinin bulunduğu ancak, münhasır yargılama yetkisinin bulunmadığı alanlar, federal ve federe yönetimler arasındaki tüm uyuşmazlıklarda yargılama yetkisi bulunmaktadır.²⁴⁰

Anayasa'nın yargı yetkisine ilişkin bu düzenlemesiyle, federal yönetimin *Judiciary Act* düzenlemesi, anayasa yargısının ilk kez ortaya çıktığı *Marbury v. Madison* kararı bakımından önemlidir. Maddede, federal mahkemelerin “*bu Anayasa'dan doğan*” davalara bakma hakkı, Yüksek Mahkeme'nin federal yönetimin yasalarının da, anayasaya aykırılığını denetleyebilmenin temelini oluşturmuştur. Böylelikle anayasa yargısı konusunda denetim yetkisi, Yüksek Mahkeme Başkanı John Marshall'ın 1803 yılında tarihi kararıyla kurumlaşmıştır.²⁴¹

Anayasa yargısı federasyonlarda tüm bu anayasal dengeyi kurmayı ve korumayı amaçlar. İlk federasyon örneği olan ABD, Yüksek Mahkemesi, *yananın Anayasa'ya*

²³⁸ Söz konusu dönemler, aynı zamanda federal hukukun üstünlüğü ilkesi üzerinde ciddi tartışmalara dayanmaktadır. Federalist Parti yandaşları Hamilton, hem federasyonun hem de ulusal gücün üstünlüğünü savunmaktadırlar. Bunların karşısında federe yönetim haklarını savunan Demokrat- Cumhuriyetçi parti kurucuları Jefferson ve Madison bulunmaktaydı. Özellikle federal yönetimin, *Judiciary Act* ve Ulusal Bankaları kurmasına ilişkin yetkilerine karşı çıkan bu aktörler, federal hukukun üstünlüğü ilkesini açıkça bir tehlike olarak görmekteydiler. EDWARDS, Percy L, *The Federal Judiciary and Its Attitude Towards the People*, **Michigan Law Journal**, 1896, Vol. V, N: 6, s. 183-185.

²³⁹ **Judicial Federalism**, s. 21. İnternet Kaynak: <http://www.famguardian.org/PublishedAuthors/Govt/JudConfOfUS/CH04.pdf>. Erişim Tarihi:02-10-2010.

²⁴⁰ ZIMMERMAN, **İnterstate Disputes**, s. 15; ABD Anayasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrası ve *Judiciary Act*.

²⁴¹ PELTASON, **Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı** s. 67.

uygun olup olmadığını inceleme yetkisine sahiptir. Yani, bir yasa'yı Anayasa'ya aykırı görebilir. *Madison v. Marbury* davasından bu yana Yüksek Mahkeme, 125'in üzerinde federal yasa ve yüzlerce eyalet yasasının Anayasa'ya uygun olmadığına karar vermiştir.²⁴²

Anayasa'da Yüksek Mahkeme'nin doğrudan yetkili yani ilk derece yargı yetkisi dışındaki konularda Yüksek Mahkeme, temyiz yargılama yetkisine sahiptir. Bu davalara önce, federal ya da federe yönetim düzenlerinin alt mahkemelerince bakılır. Federal yönetim Yargı Yasası ile Yüksek Mahkeme'nin temyiz yargımla yetkisine giren alanları düzenlediğinden, federal yönetimin temyize izin verdiği konular bakımından Yüksek Mahkeme'ye başvuru mümkündür. Bu yönde federal yönetimin, Yüksek Mahkeme'nin ilk derece yargı organı olarak baktığı davaları ortadan kaldırıp, değiştiremeyeceği ancak, bu Mahkeme'nin temyiz yargılama yetkisini geri alabileceği veya temyizde bulunabilmek için yerine getirilmesi gereken koşulları kararlaştırabileceği ifade edilmektedir.²⁴³

Avustralya Yüksek Mahkemesi (*High Court of Australia*), tüm yasal anlaşmazlıklarda gidilecek en son itiraz mahkemesidir. Yüksek Mahkeme'nin önemli işlevlerinden biri, Anayasası'nın yorumlanmasıdır. Bu yönde Mahkeme'nin, parlamentonun yetkisinin ötesinde bir yetkiyle, yasaların Anayasa'ya aykırılığı yönünde karar verebileceği, bu durumda yasanın hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir.²⁴⁴

Avustralya Anayasası, federal yasalara ilişkin uyuşmazlıklar, siyasi partiler ya da hükümetlerin farklı yetkileriyle, federal yönetimin taraf olduğu konular, doğrudan doğruya federal yargı yetkisi içerisine girmektedir. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin, ABD Yüksek Mahkemesi'nde olduğu gibi hem temyiz, hem de ilk derece yargı yetkisi yani asli yargı yetkileri bulunmaktadır. asli Yargılama yetkisi bakımından başka mahkemelerin konuları arasında gösterilmiş fakat doğrudan doğruya anayasayla ilgili konular, Yüksek Mahkeme'ye başvuru yapılması bakımından yeterlidir. Yüksek Mahkeme'nin temyiz yetkisi, hem federal mahkemelerden hem de federe yönetim mahkemelerinden gelebilecek uyuşmazlıkları içermektedir.²⁴⁵ Avustralya, anayasa yargısının yaygın denetim modelinin benimsemesi nedeniyle, federal ya da federe yönetimlerin anayasaya aykırı düzenlemelerinin tüm mahkemelerce iptal edilmesi mümkündür. Bu doğrultuda, mahkemelerin tavsiye niteliğinde kararlar veremeyecekleri ifade edilmektedir.²⁴⁶ Bu yönde Yüksek Mahkeme, federe yönetimlerin anayasaları,

²⁴² PELTASON, (Ed.) **Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı** , s. 68.

²⁴³ PELTASON, J.W., **Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı** , s. 67.

²⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Avustralya Parlamentosu İnternet Kaynak: www.aph.gov.au, Avustralya Seçim Komisyonu İnternet Kaynak: www.aec.gov.au, Avustralya Yüksek Mahkemesi İnternet Kaynak: www.hcourt.gov.au.

²⁴⁵ Avustralya Anayasası bölüm 75 ve 76.

²⁴⁶ KİNCAID, John, TARR, G. Alan, (Eds.), **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries** içinde SAUNDERS, Cheryl, *Commonwealth of Australia* , s. 31.

federe yönetim mevzuatlarının yorumlama yetkisi, ortak hukuk'un geliştirilmesi ve uygulanmasından kaynaklanan konularda nihai söz sahibidir.²⁴⁷

Avustralya'da, federe ya da federal yönetimin yasalarının geçersiz sayılması, sadece Anayasa'nın öngördüğü sınırlı yasama yetkilerini aşmaları gerekçesiyle değil, aynı zamanda imparatorluk parlamentosu tarafından tanınan yasama yetkilerini aştıkları için de geçersiz olacaktırlar.²⁴⁸

Avustralya Anayasası'nın 74. maddesine göre, bir Commonwealth ülkesi olarak Avustralya'da en yüksek temyiz Mahkemesi'nin, *Privy Council* olarak kabulü edilmesini sağlamıştır. Aynı uygulama diğer Commonwealth federal sistemleri olarak Hindistan ve Kanada'da da görülmektedir. Ancak Avustralya'da Konsey'in temyiz yetkisine ilişkin sınırlamalar kabul edilmiştir. Bahis geçen sınırlamalar, federal ve federe yönetimler arası yetki uyuşmazlıklarını da kapsamaktadır. İlki 1968 ve daha sonraki 1975 yılında olmak üzere iki farklı yasayla, Konsey'e ilişkin başvurular tamamıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre Avustralya Yüksek Mahkemesi, federal ve federe yönetimler arası yetki uyuşmazlıklarının Konsey tarafından belirlenmesi gerektiğini onaylamadığı sürece, Konsey'e hiçbir temyiz başvurusu yapılmasına izin verilmemektedir.²⁴⁹

Avustralya federal sisteminin kurulduğu ilk dönemlerde, federe yönetim yüksek mahkemeleriyle, Avustralya Yüksek Mahkemesi kurulana kadar ki süreçte, tarihsel nedenlere bağlı olarak federalizm davaları, *Privy Council*'da çözümlenmiştir. Ancak daha sonraları yetki uyuşmazlıklarının çözümü konusunda, Konsey'e başvurulması Anayasa'nın 74. maddesiyle sınırlandırılmıştır.²⁵⁰

Federasyonlarda yetki uyuşmazlıkları; federal ve federe yönetimler arasında anayasayla yapılmış yetki paylaşımının aşılması, ortak yetki alanlarının üst üste düzenlenmesi, yetki paylaşımı ilkelerinin o konuda herhangi bir yönetimi belirlememesi ve söz konusu yetkilerin yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenlerle ortaya çıkan yetki uyuşmazlıklarının çözümü, yüksek mahkemelerin denetimindedir.

Kanada Yüksek Mahkemesi 1875 yılında yasayla kurulmuştur ancak ilk zamanlar, nihai karar organı olmaması nedeniyle işlev yönünden zayıf kalmıştır. Bu dönemde nihai karar organı olarak Londra'da bulunan *Judicial Committee of Privy Council* görev yapmıştır. Özellikle ülke sınırları dışında bir mahkeme ve yargıçlardan oluşan bu

²⁴⁷ SAUNDERS, Cheryl, *Commonwealth of Australia*, s. 31.

²⁴⁸ Bu konuyla ilgili olarak Avustralya Yüksek Mahkeme kararlarına örnek olarak, *Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co Ltd* (1920) 28 CLR 129, 149-150, İnternet Kaynak: <http://ww2.fwa.gov.au/education/doc-apprenticeships>, Erişim Tarihi: 03-10-2012. SELWAY, Bradley, WILLIAMS, John M., *The High Court and Australian Federalism*, **Publius**, Summer, 2005, s. 473.

²⁴⁹ Commonwealth of Australia Constitution Act (The Constitution), Section 74, Avustralya Anayasası'nın **Office of Legislative Drafting, Attorney-General's Department, Canberra**, 2003,

²⁵⁰ İlgili hükmün 3. f.da, Yüksek Mahkemenin *Privy Council* için temyiz onayını, bir onay belgesiyle gerçekleştirileceği belirtilmektedir. Böyle bir belge bugüne değin sadece bir kez, *Kirmani* davasıyla açıkça verilmiştir. Ne var ki, ilgili 1985 tarihli *Kirmani v. Captain Cook Cruises (No. 2)* 159 CLR 461, kararında üçüncü fıkra altında kabul edilen onay belgesiyle *Privy Council* temyiz hakkının kaldırılmasına karar verilmiştir. TAYLOR, *Federalism in Australia*, s. 172.

organın, yargılama konusunda daha adil kararlar ürettiği ve ülkenin mevcut sosyal, siyasi ve ekonomik koşullarından etkilenmediğinden, tarafsızlık ve bağımsızlık bakımından önemli bir konumda olduğu kabul edilmektedir.²⁵¹ *Privy Council* sistem içerisinde o kadar etkili bir hale gelmiştir ki, çoğu davanın Yüksek Mahkeme’de açılmadan doğrudan söz konusu yargı komitesinde açılmasına neden olmuştur. 1950’li yıllara kadar *Privy Council* sistem içerisindeki etkisini sürdürmüştür. Konsey’in, özellikle federalizm davalarında verdiği kararlar, güçlü federe yönetimler anlayışı üzerinden, yerelliğin korunmasına yönelik olmuştur. Bu kararlar çoğu zaman ulusalcılar tarafından eleştirilmekte, federal yönetimin yetkilerini azalttığı yönünde komiteyi eleştirmişlerdir.²⁵²

Kanada’da yargı örgütünün en üstünde, Kanada Yüksek Mahkemesi’nin bulunduğu görülmektedir. Burada, atamaların federal yönetim tarafında n gerçekleştirildiği üst ve temyiz mahkemeleriyle (*superior and appeal courts*) birlikte, federal yönetime entegre edilmiş olması söz konusudur. Bu nedenle, ABD ve Avustralya gibi federal sistemlerin yargı örgütü açısından, daha merkezileşmemiş oldukları belirtilmektedir.²⁵³

Bununla birlikte, bazı yönlerden Kıta Avrupa’sı geleneğine ilişkin özellikleri bakımından Kanada Yüksek Mahkemesi’nin tavsiye niteliğinde görüş vermesinin mümkün olduğu görülmektedir. Aynı özellik Hindistan Yüksek Mahkemesi bakımından da geçerli olduğu görülmekle beraber, ABD ve Avustralya yüksek mahkemeleri bakımından geçerli değildir. Ayrıca Hindistan, ABD ve Avustralya yüksek mahkemeleri, yazılı emir (*writ of mandamus*) verebilmeleri mümkündür.

Dünya üzerinde bulunan en uzun ve en kapsamlı anayasanın, yorumlayıcısı olan Hindistan Yüksek Mahkemesi, ortak hukuk sisteminin etkisindedir. Bu bakımdan mahkeme, anayasa yargısının Amerikan modeli olarak bilinen yaygın denetim sistemini benimsemektedir.

Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin, görev alanı son derece geniş ve çeşitlilik arz etmektedir. Anayasa’nın 132. ve 136. maddeleri, Yüksek Mahkeme’nin, daha alt derecedeki yüksek mahkemelerden (*High Courts*) temyiz yoluyla (*appellate jurisdiction*) gelen davaların yanı sıra, Anayasa’nın 143. maddesi uyarınca devlet başkanının isteği üzerine, herhangi bir uyuşmazlık ya da uyuşmazlığın ortaya çıkma ihtimallerinde danışma görevini de yerine getirmektedir. Hindistan Anayasası’nın 32. maddesine göre, Anayasa’da belirtilen temel hak ve özgürlüklerin savunulması adına Yüksek Mahkeme’nin, eşitlik, ifade özgürlüğü ve toplanma hakkı gibi bir çok temel

²⁵¹ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 28.

²⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, MCCORMICK, Peter, **Supreme At Last: The Evolution of the Supreme Court**, James Lorimer Company & Publishers, 2000, Canada, s. 6-30.

²⁵³ SIMEON, PAPILLON, *Canada*, s. 16.

hak ve özgürlüğe ilişkin olarak yazılı emir verme yetkisi (*writ of mandamus*), asli yetkileri (*original jurisdiction*) arasındadır.²⁵⁴

Hindistan Anayasası'nın 131. maddesi Yüksek Mahkeme'nin asli yargı yetkisinde bulunan konuları düzenlemektedir. Maddede, federal ve federe yönetimler ya da federe yönetimlerin kendi aralarında herhangi bir fiil ya da yasadaki kaynaklanan düzenlemelere ilişkin uyuşmazlıkların Yüksek Mahkemenin yargı yetkisi içerisinde görülmektedir. Anayasa'nın 132. maddesi ise, Anayasa'nın yorumlanmasına ilişkin nihai yargı organı olarak Yüksek Mahkeme'nin, temyiz yetkileri belirtilmektedir.

Anayasa yargısı ve yargısal yorumun özellikle yetki paylaşımı kataloglarının sert olarak benimsendiği federasyonlarda, anayasal yetki paylaşımı evriminde daha önemli bir hale gelmektedir. Yargısal yorum aynı zamanda ortak hukuk geleneğinden gelen federasyonlar bakımından da ayrı bir öneme sahiptir. Buna rağmen Kıta Avrupa'sı Hukuk geleneğindeki federasyonlarda, anayasal yetki paylaşımının yargısal yorum aracılığıyla uyarlanması konusunda yargıya daha az rol düşmektedir.²⁵⁵

Federal sistemlerin kurucu unsurlarından biri olan anayasanın katılığı prensibi ile federe yönetimlerin iradesi olmaksızın, federasyon anayasasının değiştirilememesi ilkeleri nedeniyle, yetki paylaşımı kataloglarının yorumlanmasında yargının daha fazla rol üstlendiği ifade edilmektedir.²⁵⁶ Bu yönde, yüksek mahkemelerin, Avustralya, Amerika, Hindistan ve Kanada gibi *ortak hukuk* geleneğinde olan federal sistemlerin, yargısal yorum ve denetim açısından daha fazla rol oynadıkları tespit edilmiştir.

b. Merkezileşmiş Denetim-Kıta Avrupa'sı Örnekleri

Kıta Avrupa'sı hukuk geleneğindeki federal sistemlerde, anayasanın yorumlanması konusunda uzmanlaşmış bir yüksek mahkeme bulunması söz konusudur. Burada mahkemeler genellikle, anayasa mahkemesi olarak adlandırılırlar. Anayasa mahkemelerinin merkezi organlar olarak kurulduğu federal sistemler, Almanya, Belçika ve Avusturya olarak belirtilmektedir.²⁵⁷

²⁵⁴ Anayasanın 32. m. ile Yüksek Mahkeme'nin asli yetkilerinden, temel hak ve özgürlüklere ilişkin kesin emri yetkisi, Amerika'da gündeme gelmiştir. *Marbury-Madison* davasından ABD Yüksek Mahkemesi, AY'nın 3. m.de yer alan yargı yetkisinin kesin emri yetkisini içermediğini, bu tür bir düzenlemenin başta anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırı olduğu kabul etmiştir. USA Supreme Court *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). ABD Yüksek Mahkemesi'nin, kendisinden daha alt mahkemelere writ of mandamus ve writ of prohibition kararları verebilmesi, *Judiciary Act*, m. 13'de düzenlenmiştir. Hint Anayasası'nın yargısal yapılarına tabi temel haklara ilişkin hükümleri, Anayasa'nın 3. b. 4. kısmında yer almaktadır.

²⁵⁵ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 14.

²⁵⁶ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 344.

²⁵⁷ Federasyonlarda bulunan hakemlik göreviyle öne çıkan yüksek mahkemelerin bir üçüncü eşsiz örneğinin İsviçre'de olduğuna da değinen çalışmalar İsviçre Federal Mahkemesi'nin federe yönetimlerin –kantonal- hukukun geçerliliği hakkında karar verebileceğini fakat federal hukukun geçersizliği hakkında karar vermeyeceği örneğini dile getirmişlerdir. Burada federal hukukun geçersizliği yasama referandum yoluyla belirlenmektedir. Bu yönüyle İsviçre federasyon yüksek mahkemesi diğer türlerden farklı bir özellik taşımaktadır. İsviçre federasyonunda ortaya çıkan çoğu sosyal ve kültürel uyuşmazlıklar (kürtaj gibi) anayasal ilkelere ya da Anayasa Mahkemesi kararlarıyla değil, doğrudan doğruya halkın demokratik araçları kullanarak halkın demokratik kararları çözülmüştür. FLEINER, Thomas, *Swiss Confederation*, Forum of Federations Documents, İnternet Kaynak: <http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/Belgrade/Switzerland.pdf>, Erişim Tarihi: 20-02-2010, s. 4. AKHTAR, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**, s. 183.

Avusturya’da ilk kez benimsenen merkezileşmiş anayasa yargısı modeli Avrupa ülkelerinin bir çoğunda benimsenerek uygulanmıştır. Federasyon örneklerinden Almanya ve Avusturya, bu türden anayasa mahkemeleri olarak incelenecektir.

Anayasa mahkemelerinin işlevleri anayasanın üstünlüğü ve anayasal değişim mimarı olmasını yanı sıra temel hak ve özgürlüklerin korunması gibi demokratik işlevler üstlendikleri gibi, bazı ülkelerde ikincil işlevler de (seçimlerin denetimi- Avusturya-Almanya, referandumların denetimi- Almanya, Yüce Divan görevi- Almanya Avusturya) üstlenirler.²⁵⁸ Bu tür ikincil işlevlerin, özellikle merkezileşmiş anayasa yargısı modellerinde daha sitemli olarak karşımıza çıktığı görülmektedir.

Kıta Avrupa’sı hukuk geleneğinde bulunan diğer federal sistemlerde, yetkilerin yargısal paylaşımı konusunda yargıya daha az görev düşmektedir. Yine de bu değerlendirmenin istisnası olarak, Kıta Avrupa’sı hukuk sistemi geleneğinde bulunan Alman federasyonunda, Anayasa Mahkemesi yetki uyuşmazlıklarının çözümünde, diğer mahkemelere göre nispeten daha önemli rol oynamaktadır.²⁵⁹

Alman AY. m. 93. f. 1 b. 3, yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkması ve bunun çözüm yeri olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda karar verici olduğu düzenlenmektedir. Buna göre; “*federasyon ve eyaletlerin hak ve yükümlülükleri, özellikle federal hukukun federasyon adına eyaletlerce yürütülmesi ve federasyon nezaretinin uygulanmasından çıkan görüş ayrılıkları konusunda*” Federal Anayasa Mahkemesi karar verir. Burada ifade edilen, federal ve federe yönetimlerin hak ve yükümlükleri konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Federal ve federe yönetimlerin hak ve yükümlülükleri, anayasayla sağlanmış yetkilerini ifade etmektedir. Bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlık konuları, anayasa kapsamında önemli bir hukuki ilişki içerisinde bulunan federal ve federe yönetimlerin, anayasada düzenlenen hukuksal konularını ihlal eden eylem ve ihmaller, veya federal ve federe yönetimlerin hukuksal konularına yönelik açık ve direkt bir tehdidin varlığı halinde ortaya çıkmaktadır.²⁶⁰

Anayasa yargısı alanında Avusturya gibi belirli bir geleneği olan federal sistemlerde, anayasal denetim konusunda yetkili olan yargı organı sadece federal düzeyde ortaya çıkmaktadır. Buna karşın benzer sistemlere sahip olan Alman federasyonunda, yargı organı her iki yönetim düzeninde de buldukları gibi, anayasal denetimin hem federal, hem de federe yönetimler düzeninde ortaya çıkmaktadır.

Federasyonlar arasında, hem federal yönetim düzeninde, hem de federe yönetimler düzeninde merkezileşmiş anayasa yargısı modelinin ilk benimsenmiş sistemi Almanya’da ortaya çıkmıştır. Alman federasyonunda, Federal Anayasa Mahkemesi’nin

²⁵⁸ ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi* , s. 108.

²⁵⁹ WATTS, *Comparative Conclusions* , s. 344.

²⁶⁰ JAEGER, R, BROB, S, Report of the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany , *Conference of European Constitutional Courts XIIth Congress*, 2001, s. 6-7.

(*Bundesverfassungsgericht*) yanı sıra, federe yönetimlerin kendi Anayasa Mahkemeleri kurulmuştur. Federe yönetimlerin anayasa mahkemelerine, “Devlet Mahkemesi” (*Staatsgerichtshoo*) ya da “Anayasa Mahkemesi” (*Verfassungsgerichtshoo*) adı verilmektedir. Almanya’da Schieswig-Holstein hariç, tüm federe yönetimler anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştirmektedirler.²⁶¹

Bu yönde Alman Anayasa Mahkemesi’nin, Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun’un 1. maddesiyle tanınarak, diğer bütün anayasal organlardan bağımsız olduğu belirtilmiştir. Ancak Mahkemenin daha önceleri Adalet Bakanlığının idari gözetimi altında bulunmaktaydı. 1950 yılının ortalarında, yargıçların bunu anayasaya aykırı bulmalarıyla, parlamento kabul ettiği yasayla mahkeme tam bağımsızlığını kazanmıştır. Buna göre artık Mahkeme, kendi bütçesi ve diğer iç idari meseleleri hakkında tam kontrol yetkisine sahip olmuştur.²⁶²

Alman Anayasa Mahkemesi, merkezileşmiş bir denetim modeli öngörüldüğünden soyut ve somut norm denetiminin yanı sıra bireysel başvuru alanında denetim işlevini gerçekleştirmektedir. Federalizm davalarına ilişkin konular, soyut norm denetimi kapsamında Mahkeme’nin önüne gitmektedir.²⁶³ BOYAR, Mahkemenin geniş anlamda işlevlerini de belirtmek adına, yargılama yetkisindeki davaları; “*yüksek devlet organları arasındaki anlaşmazlıklar (erkler ayrılığı uyuşmazlıkları), federal devlet ile Land’ler (federe yönetimler) arasındaki çatışmalar, soyut norm denetimi, somut norm denetimi ve anayasa şikayetleri*” olarak belirtmektedir.²⁶⁴

Alman AY. m. 93, Mahkeme’nin bu denetim yetkisini içermektedir. Maddede, federal ve federe yönetim hükümetlerinin yanı sıra “...*Federal Meclis üyelerinin dörtte birinin isteği üzerine, Federal hukuk veya eyalet hukukunun asli veya şekli bakımından bu Anayasaya veya eyalet hukukunun sair federal hukuka uygunluğu konusundaki görüş ayrılıkları veya kuşku halinde*” Mahkeme’ye başvurabileceklerini düzenlemektedir. Bunun yanı sıra, Mahkeme’nin anayasaya aykırı olduğuna karar verdiği norm ya da normun herhangi bir kuralı, kısmen ya da tamamen iptal edilir. İptal kararları, herkes için sonuç doğuran (*erga omnes*) nitelikte kararlardır.²⁶⁵

²⁶¹ Bu yönde en son Berlin Anayasa Mahkemesi’nin 8 Kasım 1990 Anayasa Mahkemesi Kanunu ile kurulmasıyla, Berlin federe yönetiminin de kendi anayasa mahkemesini oluşturduğu belirtilmektedir. HARUTYUNYAN, MAVCIC, **The Constitutional Review and Its Development in the Modern World (A Comparative Constitutional Analysis)** , İnternet Kaynak: <http://www.concourt.am/english/library/cclibrary/index.htm>, Erişim Tarihi: 20-09-2009.

²⁶² Mahkeme bu dönemde, *Bundestag, Bundesrat*, Federal Başkan ve Federal Hükümet arasında uyum sağlama yetkisini de almıştır. Bu düzenlemelerin, Mahkemenin sistem içerisindeki rolünü güçlendirdiğini, hatta 1968’de olağanüstü hallere ilişkin düzenleme yapılırken, olağanüstü dönemlerde de Mahkeme’nin statüsünün ve faaliyetlerinin zarar görmesini yasaklayan bir hüküm de kabul edilmiştir. BOYAR, **Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum** , s. 167.

²⁶³ KOMMERS, Donald P., *German Constitutionalism: A Prolegomenon* , **Emory Law Journal**, Vol. 40, 1991, s. 841.

²⁶⁴ BOYAR, **Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum** , s. 173.

²⁶⁵ Maddede federal ve federe yönetimlere ilişkin olarak ayrıca, *2a. Federal Konseyin, bir eyalet hükümetinin veya parlamentosunun başvurusu üzerine, bir yasanın 72. maddenin 2. fıkrasının varsayımlarına uyup uymadığına; 3. Federasyon ve eyaletlerin hak ve yükümlülükleri, özellikle federal hukukun Federasyon adına eyaletlerce yürütülmesi ve Federasyon nezaretinin uygulanmasından çıkan görüş ayrılıkları konusunda; 4. Federasyonla eyaletler arasında, eyaletlerin kendi aralarında veya başka bir yasa yolu bulunmadığı takdirde bir eyalet içinde çıkan kamu hukuku uyuşmazlıkları konusunda; mahkemeye başvuruda bulunabileceği düzenlenmektedir.*

Yetki uyuşmazlıklarının yüksek mahkemeler tarafından çözümlenmesine ilişkin temel uygulamanın benzeri, 1867 yılında İmparatorluk Mahkemesi'nin kurulmasıyla Avusturya'da görülmektedir. Günümüz 1920 Avusturya Anayasası'yla, federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Avusturya Anayasa Mahkemesi yetkilidir.²⁶⁶ Avusturya, merkezi denetim yani özel bir mahkeme aracılığıyla anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı sistemin ilk kez geliştirildiği federasyondur. Tarihsel olarak bu sistemin geliştirilmesinde, anayasa mahkemesinin varlığının ilk nedeni federal ve federe yönetimlerin hukuk düzenleri arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek olduğu uygulanmıştır.²⁶⁷

Avusturya'da federal ve federe yönetim hukukları arasındaki ilişkilerin, cumhuriyet anayasasının son halinin belirlenmesi aşamasında ortaya çıkan temel tartışmalardan biri olduğu belirtilmektedir. Kurucu Meclis'te, federasyonun federe yönetim hukuklarını denetleme konusunda bir belge geliştirilmesi öncelikli bir görüş olarak ifade edilmiştir. Federasyonlarda yasama organları iki düzeyde bulunduğu için, bu iki düzey arasında da uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu tür uyuşmazlıkları çözmek için bir araç ya da hakem belirlenmesi de gerekli olmuştur. Bu nedenlerle Avusturya Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimiyle bu tür uyuşmazlıkları çözmek için tasarlanmış ve Avusturya federal sisteminin garantörü olması da amaçlanmıştır.²⁶⁸

Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin başlıca yetkileri; Anayasa'nın 144. maddesi uyarınca, idari işlemlerin denetlenmesi; bir başka ifadeyle “özel idari yargı işlevi” ve Anayasa'nın 140. maddesi uyarınca kanunların ve 139. maddesi uyarınca düzenleyici işlemlerin denetlenmesi; bir başka ifadeyle “norm denetimi işlevi” şeklinde belirlenmektedir.²⁶⁹ Nitekim Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne yasaların anayasaya uygunluğu açısından başvuru hakkı federal ve federe yönetimlere karşılıklı olarak tanınmıştır. Bu karşılıklılık federal yönetimin federe yönetimden hukuk düzeni olarak üstün kılınması değil tam karşıt bir ifadeyle eşit kılınması sonucunu doğurmuştur. Anayasanın yapılışı sürecinde KELSEN'in katkısıyla uygunluk denetimi için Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne re'sen inceleme (*ex officio*) başlatma yetkisi vermektedir.²⁷⁰

Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin, genel anlamda yetki uyuşmazlıklarına ilişkin işlevinin, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlendiği görülmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme'nin, uyuşmazlık çözümü konusundaki genel yetkilerinin; “mahkemeler ve

²⁶⁶ Ayrıca Anayasanın 10. maddesinin 1. paragrafında, federal yönetimin temel yetkileri arasında, *Federal Anayasa, özellikle Ulusal Konseyin ve Anayasa Mahkemesi seçiminde olduğu gibi Federal Anayasa tarafından öngörülen referandumlar* konularında yasama ve yürütme yetkilerinin de bulunduğu belirtilmektedir.

²⁶⁷ ÖHLINGER, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, s. 214.

²⁶⁸ ÖHLINGER, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, s. 212.

²⁶⁹ HOLZINGER, Gerhart, *Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No. 26, 2009, s. 75.

²⁷⁰ Avusturya Anayasası'nın 140. maddesi, 540 nolu atıf.

idari organlar arasındaki uyuşmazlıklar; İdare Mahkemesi ve diğer tüm mahkemeler, özellikle İdare Mahkemesiyle, Anayasa Mahkemesi'nin kendi arasındaki, ayrıca olağan mahkemeler ve diğer mahkemeler arasındaki; son olarak, federal ve federe yönetimler arasındaki”²⁷¹ uyuşmazlıklar şeklinde belirtilmektedir. Avusturya AY. m. 137 ile, Anayasa Mahkemesi'nin, federal, federe ve yerel yönetimler arasında ortaya çıkan mali uyuşmazlıklarda da çözüm yetkisi bulunmaktadır.²⁷²

Avusturya Anayasa Mahkemesi, hem soyut hem de somut norm denetimi aracılığıyla yetki uyuşmazlıklarına ilişkin denetim gerçekleştirir. Herhangi bir norm yürürlüğe girmeden önce, AY. m. 138. f. 2'den hareketle, anayasaya aykırılığı iddia edilen normun, federal veya federe yönetimlerin çıkartabilmeleri için yetkili olup olmadığına karar verebilir. Böyle bir başvuru, ya federal hükümet veya federe yönetimlerin hükümetleri tarafından yapılır. İlgili fıkrada, “...Anayasa Mahkemesi ayrıca, Federal Hükümetin ya da bir Eyalet Hükümetinin müracaatıyla, bir yasama veya yürütme işleminin federasyon, ya da eyaletten hangisinin sorumluluk sınırına girdiğini tayin..” edebilecektir. Mahkeme, ayrıca, herhangi bir norm yürürlüğe girdikten sonra, anayasallığı konusunda, aynı organların ya da yönetim düzenlerinin, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları mümkündür. Dolayısıyla Avusturya Anayasa Mahkemesi, federalizmi iki yönlü olarak şekillendirmektedir.²⁷³

Bununla birlikte KELSEN'in katkısıyla Anayasa'ya, federal bir yasa ile federe yönetim yasalarının uyuşmazlık çıktığı durumlarda, mahkemelerin bunu Anayasa Mahkemesi'ne götürebileceğine ilişkin somut norm denetimi de eklenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 140. maddesinde, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı düzenlemeler konusundaki yargı yetkisine başvurabilecek organlar da belirtilmektedir.²⁷⁴ Buna göre soyut norm denetiminde, federal yasaların aykırılığı için

²⁷¹ HUPPMANN, Reinhold, *Cases of Conflicts of Competence between State Powers before the Constitutional Court , The Procedure at The Austrian Constitutional Court in Cases Concerning Disputes Between Different Powers* Austrian Constitutional Court, **European Commission for Democracy Through Law**, Venice Commission Seminar, Armenia, 1999, s. 3 vd.

²⁷² Federe yönetimlerin, idari organları, federe yönetimlerin kendi yetki alanına giren konularda kanunlara uygun olmak koşuluyla, genel yönetmelikler-düzenlemeler (general ordinances-regulations) düzenleyebilirler. Avusturya Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı idari kararlarının yürürlükten kaldırılması konusunda özel bir yargılama yetkisi bulunmaktadır. Bunlar; herhangi biri tarafından, anayasaya güvence altına alınmış temel hakların ihlali veya anayasaya aykırı bir kanunun bu hakları ihlal etmesi durumlarında yargılama yetkisi yani bireysel başvuru yöntemi konusunda yetkilidir. Mahkeme ayrıca, kanunların anayasaya uygunluğu ve idari düzenlemelerin (yönetmelikler) yasalara uygunlukları konusunda yetkilidir. Mahkemenin bunun dışında norm denetiminden kaynaklanmayan görevleri de bulunmaktadır. Bunlar; yüce divan sıfatıyla yargılama yapma ve seçimlerdir. BRAND, *Federalism in Practice: Austria* , s. 20-23.

²⁷³ Avusturya Anayasası'nın 140. maddesi bu denetim yollarını düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrası, (1) *Anayasa Mahkemesi; Danıştay'ın, Yüksek Mahkemenin, yetkili bir temyiz Mahkemesi'nin, bir bağımsız idare Mahkemesi'nin, ya da Federal İhale Makamının müracaatıyla, bir Federal veya Eyalet Kanununun anayasaya aykırı olup olmadığına hükmeder. Ancak, Anayasa Mahkemesi bir derdest davada bu kanunu uygulayacak ise, bu incelemeyi resen gerçekleştirir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, Federal Hükümetin müracaatıyla bir Eyalet kanununun ve keza Eyalet Hükümetinin, Milli Konsey üyelerinin üçte birinin, ya da Federal Konsey üyelerinin üçte birinin müracaatıyla Federal Kanunların anayasaya aykırı olup olmadığına hükmeder. Eyalet Anayasası'nda, Eyalet Meclisi üyelerinin üçte birinin müracaatıyla eyalet kanunlarının anayasaya aykırılık itirazında bulunulabileceği hükmü vazedilebilir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, şikâyetle konu kanunun müracaat sahibine uygulanmış olması kaydıyla, bir kanunun şahsi haklarını doğrudan ihlal ettiği iddiasına sahip bir kişinin müracaatıyla, kanunların anayasaya aykırı olup olmadıklarını tayin eder. Mahkeme, bu tespiti yaparken herhangi bir yargı kararı almaz, ya da hüküm ihdas etmez. 89'uncu maddenin üçüncü fıkrası gerekli değişikliklerle bu türden müracaatlara uygulanır. GAMPER, Anna, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria* , **International Association of Centres for federal Studies (IACFS)**, Conference Paper, www.federalismi.it, 2005, s. 8.*

²⁷⁴ Anayasanın İngilizce'ye çevrilmiş orijinal metni için bkz. Published by the Federal Press Service, *Herausgegeben vom Bundespressdienst* Wien 2000, İnternet Kaynak: www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/.../englishverfassung.pdf, Son Erişim

federe yönetimler, federe yönetimlerin yasalarının anayasaya aykırılığı içinse federal yönetim tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları mümkündür. Anayasa Mahkemesi, yürütme federalizminin sistem içerisinde etkisini göz önüne getirilirse, kanunların yanı sıra, tüzüklerinde denetimini üstlenmektedir.

SCHNIZER, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve işleyişine ilişkin hükümlerin federal bir yasayla yürürlüğe gireceği, böyle bir yasanın kabul edilirken, Ulusal ve Federal Konsey'in herhangi bir sınırlamayla bağlı olmadığını ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak, kanun koyucu mahkemenin kuruluş ve işleyişi ile ilgili düzenlemeler yapmakta serbesttir. Ancak, Avusturya Anayasa'nın tüm temel hükümler içerdiğinden, kanun koyucunun bu bakımdan bağlı olduğu görülmektedir. Bu nedenle, mahkemenin yargılama karakterine ilişkin olarak, önemli ölçüde bir değişiklik yapılamayacağı iddia edilmektedir.²⁷⁵ Bu konuda uygulamada, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin Kanunu'nda, mahkemenin kuruluş ve işleyişine ilişkin değişikliklerin, şimdiye değin mahkeme başkanı vasıtasıyla yargıçlarla müzakere edilerek yapıldığını, geçmişte sadece "birkaç küçük" değişikliğin yargıçlara danışılmadan yapıldığı ifade edilmiştir.²⁷⁶

Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin iki yönetim düzeyi arasında yetki uyumsuzluklarına ilişkin diğer bir görevi, yönetimler arası anlaşmalara ilişkindir.²⁷⁷

Avusturya Anayasası, 139a maddesiyle federe yönetimlerin, federal yönetimin yasalarının hukuka aykırılığına, federal yönetimin ise federe yönetimlerin hukuka aykırı yasaları için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecekleri belirlemektedir.²⁷⁸

Bu durumda, federal yönetimin çıkarmış olduğu bir yasanın, Anayasa'nın öngördüğü yetki paylaşımını aşması yani yetki aşımı (*ultra vires*) olup olmadığına ilişkin bir yorumlayıcı karar alınabilmesi mümkündür. Burada Mahkeme, söz konusu yasanın hukuka aykırılığını tespit etse dahi, bu konuda herhangi bir yargı karar vermeyip, hüküm ihdas etmeyeceği düzenlenmiştir.

Avusturya Anayasası'na göre, anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvurular, federal yönetimin ihlalleri için federe yönetimlerce, federe yönetimlerin ihlalleri için federal yönetimce yapılmaktadır. Anayasanın ifadesi bu şekilde olsa da anayasanın ihlali için Anayasa Mahkemesi'ne

Tarihi:27-12-2011, Türkçeleştirilmiş Metni için bkz. Boğaziçi Avukatları Derneği, AB Üyesi Ülkelerde Anayasalar, Avusturya Anayasası, İnternet Kaynak:<http://katilimcianayasa.net/index.php/tr/component/content/article/64-ab-ueyesi-uelkelerde-anayasalar/215-avusturya-anayasas.html>, Son Erişim Tarihi: 02-12-2012.

²⁷⁵ SCHNIZER, *The Austrian Constitutional Court*, s. 3-4.

²⁷⁶ SCHNIZER, *The Austrian Constitutional Court*, s. 3-4.

²⁷⁷ Anayasa'nın 138a. maddesi, *Anayasa Mahkemesi; Federal Hükümetin ya da bir Eyalet Hükümetinin müracaatıyla, 15'inci maddenin birinci fıkrasında kastedilen anlamda bir anlaşmanın mevcut olup olmadığı ve bu anlaşmadan doğan yükümlülüklerin, maddi talepler hariç olmak üzere, ifa edilip edilmediği belirler. (2) 15'inci maddenin ikinci fıkrasında kastedilen anlamda bir anlaşmada buna ilişkin bir hüküm var ise, Anayasa Mahkemesi ayrıca, ilgili Eyalet Hükümetinin müracaatıyla, böyle bir anlaşmanın mevcut olup olmadığını ve bu anlaşmadan doğan yükümlülüklerin, maddi talepler hariç olmak üzere, ifa edilip edilmediği belirler*, hükmü ile mahkemenin anlaşmalara ilişkin yetkisini düzenlemektedir

²⁷⁸ Madde de, *..Anayasa Mahkemesi ayrıca, bir Eyalet Hükümetinin yürürlüğe koyduğu kanunların hukuka aykırı olup olmadığını Federal Hükümetin müracaatıyla, bir Federal Hükümetin yürürlüğe koyduğu kanunların hukuka aykırı olup olmadığını bir eyaletin müracaatıyla hükme bağlar. Anayasa Mahkemesi ayrıca, şikâyeteye konu kanunun müracaat sahibine uygulanmış olması kaydıyla, bir kanunun şahsi haklarını doğrudan ihlal ettiği iddiasına sahip bir kişinin müracaatıyla, bu kanunun hukuka aykırı olup olmadığını tayin eder. Mahkeme, bu tespiti yaparken herhangi bir yargı kararı almaz, ya da hüküm ihdas etmez hükmü düzenlenmiştir.*

yapılacak başvurular sadece, federal veya federe yönetimlerin anayasada belirtilen yetkileriyle sınırlı değildir. Anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili anayasal düzenlemede aynı zamanda, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin federal yönetim ile federe yönetimler arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda hakem rolü üstlendiği anlamına gelmektedir. Aynı zamanda, federasyonlarda, çift meclislilik unsurunun yasama organlarının aralarında uyuşmazlık çıkmasına neden olabilecek diğer bir etkidir. Bu uyuşmazlıkların giderilmesi için, bir aracın gerekliliğinden hareketle, Avusturya'da yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, iki düzeyde var olan yasama organları arasında ortaya çıkabilecek yetki uyuşmazlıklarını çözmek için olduğu ifade edilmektedir.²⁷⁹

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 139. ve 140. maddeleri uyarınca kanunların Anayasa'ya aykırılığı sorununun nasıl gündeme getirileceği konusunda farklı olasılıklara yer verdiği belirtilmektedir. Başvuru konusunda en yaygın usulün, Anayasa Mahkemesi'nin re'sen başlattığı inceleme olduğu ifade edilir. Re'sen Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı olabilecek bir normu Anayasa şikayeti yoluyla denetim alanına aldığı belirtilebilir. Anayasa Mahkemesi, incelemekte olduğu idari işleme dayanak teşkil eden yasa hükmünün, Anayasa'ya aykırı olabileceği kanaatine varırsa, söz konusu kanun için re'sen Anayasa'ya uygunluk denetimini başlatabilmektedir.²⁸⁰

Avusturya Anayasası'nın 139. maddesi; “...Mahkemelerin, Bağımsız İdari Kurulların ve Federal İhale Kurumu'nun başvurusu üzerine, bir Federal makam ya da Eyalet makamınca yapılan düzenleyici işlemlerin kanunlara aykırı olup olmadığını”²⁸¹ karara bağlamaktadır.

Aynı zamanda maddenin ikinci fıkrasında,

“..Eyalet makamlarınca yapılan düzenleyici işlemlere karşı Federal Hükümet, federal makamlarca yapılan düzenleyici işlemlere karşı ise Eyalet hükümetlerinin,” aynı zamanda, “Vesayet makamlarının Anayasa'nın 119a maddesinin 6. fıkrasına göre yapacakları düzenleyici işlemlere karşı, ilgili yerel yönetimlerin” Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecekleri öngörülmüştür.²⁸²

Anayasa Mahkemesi'nin yasaların anayasaya uygunluk denetimine ilişkin somut ve soyut norm denetimi yetkisi, Anayasa'nın 140. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre;

“(1) Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın, herhangi bir hukuki uyuşmazlığı ikinci

²⁷⁹ ÖHLINGER, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, s. 210, s. 212-213.

²⁸⁰ HOLZINGER, *Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru*, s. 68.

²⁸¹ Maddeye göre Anayasa Mahkemesi, Federal makamlarca ya da Eyalet makamlarınca yapılan bir düzenleyici işlemin Anayasa Mahkemesi'nde görülmekte olan bir davada uygulanacak norm olması şartıyla, Anayasa Mahkemesi bu düzenleyici işlemin kanunlara aykırılığını re'sen de inceleyebilir.

²⁸² Bununla birlikte, herhangi bir düzenleyici işlemin bir bütün olarak; yasal dayanaktan yoksun olduğu, yetkisiz makamlarca yapıldığı ya da, bildirim yasalarına aykırı bir şekilde yapıldığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, düzenleyici işlemin tamamını iptal eder. Madde de Anayasa Mahkemesi'nin bir düzenleyici işlemi kanunlara aykırı bularak iptal etmesi halinde, *Mahkeme'nin kararı Federal düzende veya Eyalet düzeyindeki yetkili makamlar tarafından gecikmeksizin yayımlanır.* HOLZINGER, Gerhart, *Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru*, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt No. 26, 2009, s. 75.

*derece mahkemesi sıfatıyla karara bağlayan Mahkemelerin, Bağımsız İdari Kurulların, İltica Mahkemesi'nin, Danıştay'ın*²⁸³ *ya da Federal İhale Kurumu'nun başvurusu üzerine, Federal kanunların ya da Eyalet kanunlarının Anayasa'ya aykırı olup olmadığını karara bağlar. Ayrıca, Eyalet kanunlarına karşı Federal hükümet, Federal kanunlara karşı ise Eyalet hükümetleri, Ulusal Meclis'in üye tamsayısının üçte biri oranında milletvekili veya Federal Meclis'in üye tamsayısının üçte biri oranında üyesi” Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir.*²⁸⁴

Ortak hukuk geleneğinde bulunan federasyonlarda yüksek mahkemelerin, özellikle yasama ve yürütme yetkilerinin, her iki yönetim düzeni arasında dağıtımının sürdürülmesinde önemli rol oynamaktadırlar. Mahkemelerin bu rolleriyle üç işlevi yerine getirdiği öne sürülmektedir. İlki, tarafsız olarak anayasanın yorumlanması, ikincisi yetki paylaşımı kurumunu değişen koşullara adapte edebilme ki bu işlev anayasa değişikliklerinin oldukça zor koşullara bağlandığı durumlarda ön plana çıkmaktadır. Son olarak da, çalışmamız bakımından önemli bir nokta olarak federal ve federe yönetimlerin kendi yetkileri içinde aralarında çıkan anlaşmazlıkların çözümüdür.²⁸⁵

Sonuç olarak anayasal yetki paylaşımının sağlanmasında anayasa yargısının rolünün son derece önemli olduğuna değinilerek, bunun federasyondan federasyona da değişiminin muazzam derecede olduğu ifade edilmektedir. Örneğin anayasa yargısının yetki paylaşımının sağlanmasında Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Almanya, Hindistan, ve Belçika gibi federasyonlar çok önemli bir rol oynamaktadır.²⁸⁶

Federasyonlarda, Yüksek Mahkeme ya da devletin başka üstün bir organı, federal sistemin devamlılığını sağlamaktan sorumlu olmalıdır. Özellikle, Yüksek Mahkemenin federasyonlardaki önemine ilişkin yapılan çalışmalar, anayasal birey-kişi haklarının korunmasına ve bunun Yüksek Mahkeme tarafından sağlanmasının önemine işaret etmektedirler. Bu çalışmalarda önemle vurgulanan konu, Yüksek Mahkemenin bilhassa birey haklarının korunmasına ilişkin yükümlülükleri ile federe yönetimlerin yetkileri konusunda ki yükümlülüklerini açıkça belirtilmesinin son derece önemli olduğunu ve bunların federalizmle ilgili sonuçlar doğurabileceğini belirtmişlerdir.

Federasyonlarda yetki paylaşımına ilişkin yargı organlarının başlıca görevi, , konunun federal veya federe yönetimlerin meşru yasama alanları içerisinde olan bir konu olup olmadığına, yasaların anayasal olup olmadığını belirleyerek karar vermeleridir. Yetki alanlarına ilişkin anlaşmazlıklar, mahkemeye sunulduğunda, yüksek mahkemeler söz konusu uyuşmazlık alanına ilişkin uygun yasama yetkisini atamak için, anayasada yer alan genellemeler üzerinde durmaktadırlar. Bu yönde

²⁸³ Almanca metinde kullanılan *Verwaltungsgerichtshof* terimine karşılık olarak, okurların anlamasını kolaylaştırmak amacıyla Danıştay ifadesini, aynı şekilde, 140/1. fıkranın başındaki *Oberste Gerichtshof* a karşılık olarak da Yargıtay ifadesi kullanılmıştır. HOLZINGER, *Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru* , s.77.

²⁸⁴ Avusturya Anayasası'nın 140. maddesi için bkz. Sayfa 503.

²⁸⁵ AKHTAR, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , s. 183.

²⁸⁶ Burada, Meksika, Brezilya, ve bölgesel devlet olarak İspanya'da yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yüksek mahkemelerin, daha küçük bir rol oynadığı belirtilmektedir. AKHTAR, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , s. 183.

BAIER federasyonlarda yüksek mahkemelerin gözetim ve federal düzenlemelerin yorumu konusundaki yetkilerini, iki şekilde yerine getirdiklerini ifade etmektedir. Bunlar; hukuki uyuşmazlıkların basit çözümüyle doğrudan yetki paylaşımında değişiklik yaparak ve bu süreç aracılığıyla federalizmin kelime anlamını ve alışkanlıklarını değiştirmektir²⁸⁷

Bu tür bir yargılamada mahkemeler ya yasal meşruiyeti verir ya da reddeder ve böylelikle kendilerine sunulan pratik düzenlemelerin, özellikle belirli mevzuatın etkin bir şekilde gayrimeşruluğu ilan edilir. Mahkemeler, birer aracı ya da temsilci olarak, bir federasyonda meşru değişiklikleri kendisi başlatmamaktadır. Bu değişiklikler, yasama organlarının kendi yetki alanlarını zorladığı zaman ortaya çıkar. Mahkemeler, bu değişiklikleri onayladığı veya reddettiği zaman, uygulamadaki gelişimi daha resmi bir hal almaktadır.²⁸⁸

III. FEDERASYONLARDA YETKİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ

Federasyonun yapısı gereği anayasal düzenlemelerin, birlik ve çeşitlilik arasında bir denge kurması beklenmektedir. Federasyon anayasasıyla böyle bir denge gerçekten sağlanabilmişse dahi, bu geçici olabilmektedir. Federasyonun anayasal dengesi, anayasa değişiklikleri, anayasaya uygunluk denetimi ve siyasi koruma mekanizmalarına bağlı olduğu görüşü gittikçe önem kazanmaktadır.²⁸⁹

Federasyonunun, federal ve federe yönetimler arasındaki anayasal yetki paylaşımı ile ilgili üç zorluğu bulunduğu tespit edilmektedir. Bunlardan ilki daha önce değindiğimiz yüksek mahkemelerin, sistem içerisindeki rolüdür. Gerçektende, anayasal yetki paylaşımını yorumlamada, yüksek mahkemelerin değişen kompozisyonun ne gibi etkileri olduğu önemli bir meseledir. İkinci olarak, federal siyasi sistemin özellikle siyasi partilerin rollerine ilişkindir. Burada federe yönetim siyasi partilerinin, federal yasama organı içerisinde azalan etki ve çıkarlarına dikkat çekilmektedir. Son olarak, gerek ulusallık gerekse uluslararası anlaşmaları gibi üyelikler nedeniyle, federe ve yerel yönetimler dayatılan sınırlardır.²⁹⁰

Bu yönde, örnek olarak benimsenen federal sistemlerde, genellikle uyuşmazlık çıkaran faktörler ve bunların çözümüne ilişkin tercihler aşağıda verilecektir.

A. YETKİ UYUŞMAZLIKLARINI ORTAYA ÇIKARAN FAKTÖRLER VE ÇÖZÜMLERİ

Federal sistemlerde yetki uyuşmazlıklarının çözümü ve yetki uyuşmazlıklarının karakteri, federal hukuka üstünlük ilkesi çerçevesinde yoğunlaşmaktadır. İlke,

²⁸⁷ BAIER, *Courts and Federalism*, s. 30 vd.

²⁸⁸ BAIER, *Courts and Federalism*, s. 43 vd.

²⁸⁹ SAUNDERS, Cheryl, *Constitutional Arrangements of Federal Systems*, *Publius*, Vol. 25, No. 2 (Spring, 1995), s. 61-79.

²⁹⁰ Yazar bu değerlendirmeyi daha spesifik olarak ABD üzerinden yapmaktadır. Burada örneğin uluslararası ticaret anlaşması olarak ifade ettiği *North American Free Trade Agreement*'tir. AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, s. 188.

federasyonlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların biçimini değiştirmiştir. Bu yönde birinci dereceden ve ikinci dereceden uyuşmazlıklar gibi iki farklı kategori ortaya çıkarılmıştır. Birinci dereceden uyuşmazlıkta, federal ve federe yönetim düzenlerinin normları arasında, gerçek anlamda çatışması söz konusudur.²⁹¹ Bu federal ve federe yönetimlerin yetki uyuşmazlıkları, genel olarak her iki yönetim düzeninin aynı yetki konusuna ilişkin norm koyma iradeleriyle gerçekleşmektedir.²⁹² Buradaki uyuşmazlık, iki yasanın birlikte yürütülememesi şeklinde doğrudan bir uyuşmazlık olabilmektedir.²⁹³

Federal ve federe yönetimler arasında, bir yönetim düzeninin yasasına uymanın, diğer yönetim düzeninin yasasına uymama anlamına geliyorsa ortada bir uyuşmazlık söz konusu olacaktır. Aynı şekilde bir yönetim düzeninin yasasının izin verdiğiğine, diğer yönetim düzeni açıkça yasak koyuyorsa ya da izin verilen konunun kullanılmasını imkansız kılıyorsa, yine bir yönetimler arası uyuşmazlık söz konusudur.²⁹⁴

Anayasaya uygun ve geçerli iki normun uyuşmazlığında, federal üstünlük ilkesi hangisinin öncelikli olarak uygulanacağını belirlemektedir. Burada öncelikli düzenleme yetkisi federal yönetimlere verilmiştir. Bu tür uyuşmazlıklar, Amerika'da çatışan geçersiz bırakma (*conflict preemption*) söz konusu olurken, Avustralya'da bu tür çatışmalar, doğrudan tutarsızlık (*direct inconsistency*), Hindistan'da aykırılık (*repugnancy*), Kanada'da doğrudan çatışma (*direct confliction*) ifadeleriyle tanımlanır.²⁹⁵

Bu tür doğrudan ya da açık uyuşmazlıklar, örneğin federal ve federe yönetimlerin aynı konu için farklı prosedürler öngörmeleri ya da birinin hak olarak verdiğini diğerinin öngörmemesi, bir düzenlemenin gereklilik olarak ortaya koyduğu bir koşul ya da bir yasaklamayı, diğer yönetim düzeninin koyduğu bir kuralla çatışması örnek olabilmektedir.²⁹⁶ Bu tür uyuşmazlıklar doğrudan bir uyuşmazlık ortaya çıkardığından, çözümü federal hukuka üstünlük çerçevesinde çözülmektedir.

Ancak federal sistemlerde ikinci dereceden uyuşmazlık olarak ifade edilen uyuşmazlıklarda, gerçek ve doğrudan bir çatışma söz konusu olmamaktadır.²⁹⁷ Burada örneğin, federe yönetim hukukun, federal yasanın ulaşmak istediği amaca engel olması gibi dolaylı bir şekilde de ortaya çıkabilmektedir.²⁹⁸

Bazı uyuşmazlıkların tespitini yapmak için, federal yönetimin uyuşmazlığa konu olan normuyla hangi amaca yöneldiğini, ya da aynı uyuşmazlıkta federe yönetim

²⁹¹ GARDBAUM, Stephen, *Congress's Power to Preempt the States*, *Pepperdine Law Review*, Vol. 33, 2005, s. 39.

²⁹² SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 3.

²⁹³ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 6.

²⁹⁴ HOGG, Peter W., *Paramountcy and Tobacco*, *Supreme Court Law Review*, 34 S.C.L.R. (2d), 2006, s. 340. SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 7.

²⁹⁵ HOGG, *Paramountcy and Tobacco*, s. 343. SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 7.

²⁹⁶ ZIMMERMAN, *Congressional Preemption*, s. 143 vd. SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 8 vd.

²⁹⁷ GARDBAUM, Stephen A., *The Nature of Preemption*, *Cornell Law Review*, Vol. 79, 1994, s. 813-814.

²⁹⁸ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 6.

normunun yöneldiği “gerçek amacı” tespit etmek gerekmektedir.²⁹⁹ Bu tür uyuşmazlıkların ortaya çıkarılarak, hangisinin uygulanacağına karar vermek şüphesiz ki yüksek mahkemelerin görevidir. SAGAR bu tür uyuşmazlıkların, federal normun amacını belirleme ve federe yönetim normunun bu amacın yerine getirilmesine engel olup olmadığını tespit ederek ortaya konulacağını belirtmektedir.³⁰⁰ Yüksek mahkemelerin, gerçek bir uyuşmazlık oluşmadan federal yönetimin amacını belirleme gibi tespit yapmaları ve bu yolla federe yönetimlerin düzenlemelerini geçersiz bırakmaları, yetki uyuşmazlıklarının karakterini değiştirdiği şeklinde yorumlanmaktadır.³⁰¹

Bunun yanı sıra yetki uyuşmazlıklarının çözümünde mahkemeler, federe yönetim düzenlemelerinin, federal düzenlemelerle benzer ve tamamlayıcı oldukları durumlarda uyuşmazlık çıkarmayacağı yönünde kararları da bulunmaktadır. Böylelikle federe yönetim düzenlemelerine, mahkemelerce yaşama şansı verilmektedir.³⁰² Federal ve federe yasalar arasında, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanabilmesi için gerçek bir uyuşmazlığın varlığı gerekmektedir.

Federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda ya da her iki yönetim düzeni arasındaki işbirliğinde farklı değişkenler bulunmaktadır. Bu değişkenler, başta ekonomik federe yönetimlerin nitelikleri bakımından (nüfus, boyut ve zenginlik) çıkarları; devletin ideolojik konumu (siyasi sistemin görüntüsü ve yönetim düzenleri içerisindeki dengeleyici rolü); devletin mevcut hedefleri (itibar kazanmak, suçlamalardan uzak kalmak ve kendi prestijlerini arttırmak); devletin farklı bakış açıları (özellikle siyasi perspektifler örneğin bir çoğunluk ya da azınlığın konumu, seçimlerin yakınlığı veya çıkar gruplarının ihtiyaçlarına duyarlı olunması gibi) şeklinde özetlenmektedir.³⁰³

Yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasındaki sebepler, federal sistemin tanımlanmasında kullanılan ilkelerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda öncelikle kurumsal mekanizmadan kaynaklanan sebepler olarak, öncelikle anayasal yetki paylaşımına ilişkin kusurlardan kaynaklanan uyuşmazlık çözümleri ifade edilecektir. Ancak uyuşmazlıkların temelinde, federal hukuka üstünlük ilkesinin bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle öncelikle bu ilke çerçevesinde gerçekleşen uyuşmazlıklar ve çözümleri ele alınacaktır. Federasyon anayasaları, dolayısıyla yetki paylaşımı katalogları incelendiğinde, ilk nazarda önemli yetki uyuşmazlığı çıkaran

²⁹⁹ Bu konuda Münhasır Yetkilere ilişkin uyuşmazlıklar başlığına bakılabilir.

³⁰⁰ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 8 vd.

³⁰¹ GARDBAUM, *The Nature of Preemption*, s. 784 vd.

³⁰² HOGG, *Paramountcy and Tobacco*, s. 338.

³⁰³ ESSELMONT, Anna L., *Family Matters: The Role of Partisanship in Federal-Provincial Relations in Canada*, **The University of Western Ontario, Graduate Program in Political Science**, School of Graduate and Postdoctoral Studies, , Canada, 2009, s. 300.

alanların, anayasal yetki paylaşımı kataloglarında yer alan yetki alanları ya da türleri olduğu görülmektedir.

Yetki paylaşımı kataloglarının kesinlikten uzak olması, mahkemelerin yorum alanını genişletmektedir. Üstelik federasyon anayasalarında benimsenen sert ya da esnek yetki paylaşımı modellerinin, uygulamada ortaya çıkan yetki paylaşımı modelleriyle ciddi farklılıklar arz etmektedir. Bu farklılıklar, özellikle federasyonlarda yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasında ve yetki paylaşımının “açık” olmamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim yüksek mahkemelerin uyuşmazlık çözümünde uyguladıkları sayısız yargı doktrininin, yetki paylaşımı kataloglarıyla, yetki uyuşmazlıklarının çerçevesini iyice belirsiz yapmaktadır. Bununla birlikte uyuşmazlıkların çözümünde, federasyon anayasalarında bulunan bazı esnek ya da yumuşak hükümlerin, yüksek mahkeme kararlarında sıklıkla kullanıldıkları görülmektedir. Anayasalarda yer alan geçirgen, esnek ya da yumuşak hükümlerin, yetki uyuşmazlıklarının çözümündeki rolleri de ifade edilecektir.

Literatürde, yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkması ve bunların çözümüne ilişkin genel çerçevenin ortaya koyulduğu bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu yönde federal sistemlerde uyuşmazlığın ortaya çıkışına ilişkin tespit edilen alanlar, şu şekilde ortaya konulacaktır.

Öncelikli olarak, yetki paylaşımı kataloglarının yeterli netlikten uzak olmaları, uyuşmazlıkların en önemli sebeplerinden biridir. Günümüzde, iki münhasır yetkinin birbiriyle çatışması dahi söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, yetki uyuşmazlığını ortaya çıkaran diğer ortaklaşa yetkiler ya da artık yetkilerin belirsizliğine ilişkin konuların, nispeten olağan kabul edilebilir. Bununla birlikte yetki uyuşmazlıklarında, federal yönetime verilen bazı yetkilerin oldukça geniş yorumlanması (ticareti düzenleme yetkisi) veya anayasal yetki paylaşımına etki eden ve siyasi aktörlere verilen yetkiler (olağanüstü yetkiler) olabilmektedir.

Ayrıca, uyuşmazlığın merkezinde ve yüksek mahkemelerin hayat kurtarıcısı olan üstünlük ilkesi, ayrı bir çalışma konusu oluşturacak kadar önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra, “ulusallık arz eden” konular, anayasalarda bulunan esnek ve genel nitelikteki düzenlemeler (*gerekli ve uygun* veya *barış, düzen ve iyi yönetim* gibi) de yetki uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılmaktadırlar. Hatta yüksek mahkemeler bundan daha ileriye giderek, yeni yetki türleri ya da alanları (*zımni* ya da *yan yetkiler*) ortaya çıkarmışlardır. Bu yönde tespit edilen yetki uyuşmazlıkları, yetki türleri arasındaki bulanıklığa bağlanabilir. Gelişen ihtiyaçlar, zamanla yetki türleri arasındaki sınırların iyice ortadan kalkmasına neden olmuştur.

Dolayısıyla yetki uyuşmazlıkları, iki münhasır yetki arasında çıkabileceği gibi,

(*ultra vires*)³⁰⁴ münhasır ve artık yetkiler alanında da çıkabilecektir. Artık yetkiler, her zaman için yeni yetki konularını kapsayamayabilir. Burada yapılacak düzenlemeler ya siyasi pazarlıklar ya da mevcut yetki konuları içerisinde değerlendirilmektedir. Artık yetkiler ve yeni yetki alanlarının ortaya çıkması arasındaki sorunsal, bu yetki alanının dar ya da geniş yorumlanmasına ya da yeni yetki türünün hangi yönetim düzeninde ele alınması gerektiğine ilişkin yargısal yorumlara göre değişiklik arz etmektedir.

Yetki uyuşmazlıklarının ortaklaşa yetkiler alanında da örtüşmeler yaşanmasına kaçınılmaz olarak tanıklık etmektedir. Burada da klasik yaklaşım federal hukukun üstünlüğü ilkesini uygulamasının gerekliliği yönündedir. Zira uygulamada mahkemeler, bu ilkeyi uyuşmazlığın her alanında uygulayarak, uyuşmazlık çözümünün merkezi haline getirmişlerdir.

1. Federal Hukukun Üstünlüğü İlkesine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü

Federasyonlarda, merkezi ve bölgesel yasama yetkilerinin çatışmasından kaynaklanan yasal sorunlarla karşı karşıya gelinmektedir. Bu tür uyuşmazlıkların giderilmesi adına, federasyon anayasasıyla genellikle hukuk düzelerinden birine öncelikli düzenleme yetkisi tanınmaktadır.³⁰⁵ Hukuk düzenlerinin çatışmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları çözenin ilk yolu, federasyon anayasalarında görülen bu üstünlük ya da öncelikli düzenleme yetkisidir.³⁰⁶ Genellikle federal yönetim lehine kabul edilen öncelikli düzenleme yetkisi, federal hukukun üstünlüğü ilkesinden kaynaklandığı gibi federal düzenlemelere, federe düzenlemeler karşısında öncelikli düzenleme yetkisi vermektedir.³⁰⁷

a. Genel Olarak

Çalışmada örnek olarak seçilen federal sistemlerde, Almanya Anayasası'nın 31., Avustralya Anayasası'nın 109., Hindistan Anayasası'nın 254. ve ABD Anayasası'nın 6. maddeleri, üstünlük prensibini, federal yönetimler lehine kabul etmektedirler.³⁰⁸ Bununla birlikte, Kanada Anayasası'nın 95. maddesi belirli alanlarda üstünlüğü federal yönetime vermekte, Anayasa'nın 94A maddesiyle de belirli alanlarda üstünlük ilkesini federe yönetimler lehine kabul etmektedir. Ayrıca, Kanada Anayasası'nın federal yönetimin münhasır yetkilerine ilişkin 91. maddesi, federal yönetime genel anlamda önemli yetkiler vermektedir. Bu yönüyle, Kanada'da genel olarak üstünlük ilkesinin federal yönetim lehine kabul edildiği, bunun yargı organı tarafından geliştirilmiş

³⁰⁴ Bu kavram sıklıkla, iki münhasır yetki listesi bulunan Kanada ve Hindistan'da kullanılmaktadır.

³⁰⁵ COLVIN, Eric, *Constitutional Law, Paramountcy, Duplication and Express Contradiction*, *Multiple Access Ltd. v. Mccutcheon*, *U.B.C. Law Review*, Vol. 17:2, 1983, s. 347.

³⁰⁶ SAMAR, Vincent J., *Two Understandings of Supremacy: An Essay*, *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol. 9:4, s. 340 vd.

³⁰⁷ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 3.

³⁰⁸ Kanada Anayasası'nın 94A maddesi, Yaşlılık Ödenekleri konusunda federal yönetim hukukuna karşılık, federe yönetimlerin haklarına üstünlük tanımaktadır. Buna ek olarak, Kanada Anayasa'nın 95. maddesi ortaklaşa yetki alanı olan Göç ve Tarım alanlarında, federal yönetim hukukunun üstünlüğü ilkesini ayrıca belirtmektedir.

olduğu görülmektedir.³⁰⁹

Avusturya'da ise, federal ve federe yönetimlerin hukukları birbirine eşit olarak kabul edilmekle beraber, anayasal herhangi bir üstünlük ilkesi benimsenmemiştir. İki hukuk düzeninin eşitliği ilkesine dayanan bu yapı yetki paylaşımının doğası gereği merkezileşmiş federal bir sistem olmasını değiştirmemektedir.

Federasyonlarda, genellikle federal hukukun üstünlüğü benimsenirken, bazı federal sistemlerde ise, federe yönetim hukuklarının üstünlüğü benimsenmektedir.³¹⁰ Federasyon anayasalarına getirilen bu üstünlük kaydında önemli olan, federasyon anayasasıyla üstün olduğu belirtilen yönetim düzeninin, hangi yetkileri alanları bakımından üstün olacaktır. Bu yönde klasik yaklaşım, ilkenin sadece ortaklaşa yetkiler alanında uygulanacağına işaret eder.³¹¹

Federal hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsenme amacı, federal sistemlerde yetki uyuşmazlıklarının çözümünde doğal bir anayasal yöntem olmasıdır. Günümüz federal sistemlerinin bir çoğunda federal yönetim lehine kabul edilen ve *preemption*, *paramountcy*, *supremacy*, *bricht* veya *inconsistency* olarak bilinen üstünlük prensibi, federe yönetimlerin başta yasaları olmak üzere tüm düzenlemelerini geçersiz kabul edilmesini sağlamaktadır. İlkenin, federal sistemlerin merkezileşme eğilimleri göz önüne alındığında, oldukça ekstrem noktalara geldiği görülmektedir. Bu doğrultuda, çalışmada seçilen örnek federasyonların klasik yaklaşım bakımından, federal hukuka üstünlük ilkesine ilişkin uygulamaları değerlendirilmelidir.

Federal hukukun üstünlüğü ilkesi, geçerli federal bir yasayla, geçerli bir federe yönetim yasası arasındaki, herhangi bir uzlaşmaz çelişki bulunması halinde, federal yasanın geçerli olmasını sağlamaktadır. Bu yönde, federal yasa geçerliliğini sürdürdüğü müddetçe, federe yönetimin ilgili yasası, geçersiz kabul edilecektir. Burada ki geçerlilik, ilkenin uygulanmasıyla ve klasik yaklaşıma ilişkin farklılığı ortaya koymaktadır. Klasik yaklaşım, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, sadece ortaklaşa yetkiler bakımından geçerli olabileceğini ileri sürdüğünden, dikey anlamda iki münhasır yetkinin uyuşmazlığı halinde, bunlardan birinin anayasaya uygun olmayan ve geçerliliği bulunmayan bir norm olduğu kabul edilir.³¹²

Kısacası, federal ve federe yönetimlerin münhasır yetkilerine ilişkin normların çatışması halinde, bunlardan ancak biri geçerli olacaktır. Zira normlardan birinin, anayasal yetki paylaşımında belirtilen münhasır yetki alanını aşması (*ultra vires*) söz

³⁰⁹ Bu konuda *Paramountcy* Doktrini başlığına bakılabilir. Ayrıca, Federal hukukun üstünlüğü ilkesi, sadece söz konusu federasyonlarda görülen bir ilke olmayıp, aynı zamanda 1999 İsviçre Anayasası ve 1993 Rusya Anayasası'nda da kabul edilerek, federal hukuka üstünlük tanımıştır.

³¹⁰ Örneğin Irak Anayasası ve kurulması düşünülen Kıbrıs Federasyonu için önerilen Annan Planı'nda da, federe yönetimlerin kendi alanlarındaki yetkilerde, federal yönetimin de kendi alanlarındaki yetkilerde üstün olacağı benimsenmiştir.

³¹¹ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 5.

³¹² Yaklaşıma ilişkin güncel bir değerlendirme için bkz. SAGAR, Arun, *Federal Supremacy and the Occupied Field: A Comparative Critique*, *Publius: The Journal of Federalism*, 2012, s. 5.

konusudur. Bu durumda da, anayasaya uygun olmayan bu normun geçersizliği söz konusudur. Ancak klasik yaklaşım bu yetki aşımını, federal hukukun üstünlüğü ilkesinden ayırarak, bu tür uyuşmazlıkların federal hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır. Yaklaşımına göre federal hukukun üstünlüğü söz konusu olduğunda, uyuşmazlık iki geçerli norma ilişkin olacaktır. Dolayısıyla yetki aşımına ilişkin uyuşmazlıklarla, federal hukukun üstünlüğüne ilişkin uyuşmazlıklar birbirlerinden ayrıdır. Ancak uygulamaya baktığımızda, her iki uyuşmazlık halinin birbirine karıştığı görülmektedir. Bu nedenle, federasyon örneklerimizde ilkenin nasıl uygulandığını tespit etmek gerekir.

Federal hukuk düzeniyle, federe hukuk düzenleri arasındaki uyuşmazlık, özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu durumda, bir yanda federal hukukun üstünlüğü ilkesi, diğer yanda federe yönetimlerin egemenlikleri bulunduğu gibi, üçüncü bir taraf olarak, bireylerin temel hak ve özgürlükleri karşı karşıya gelmektedir. Bu hallerde mahkemelerin, federal yönetimin yetkilerinden biri olduğu durumlarda, federal düzenlemenin geçerli ve üstün olacağına karar vermeleri gerektiği belirtilir. Uyuşmazlığa konu olan düzenleme, federe yönetimlerin yetkileri içerisinde ise mahkemelerin, federal çıkarları dengeleyerek, hangi yönetimin düzenlemesinin, bireyler açısından daha önemli olduğunu belirlemesi gerektiği ifade edilmektedir.³¹³

Bu durumda yargının, federasyon dengesini sağlama adına federe yönetimlerin hakları ile temel hak ve özgürlükleri koruma işlevleri arasında kalması muhtemeldir. Böyle bir durumda tarafsız bir hakem olarak yargı organı, o konunun hangi yönetimin düzenlemesinin meşru ve üstün sayılacağına karar vermesi beklenir.

Mahkeme, bu gibi hallerde, federe yönetim düzenlemesinin, kamu yararı ya da güvenliği açısından değerlendirecek ve federal yönetimin münhasır yetki alanlarına müdahale etmeyen bir alan olduğu kanısına varırsa, federe yönetimin kendi hukukunu, federal yönetimin hukuku yerine öncelikli uygulanacağına karar verebilmelidir. İlkenin, uyuşmazlıkları çözmek yerine, kendisinin başlı başına uyuşmazlık konusu olduğu belirtilmektedir.³¹⁴

Federasyonlarda, federal hukukunun üstünlüğü ilkesi, federe yönetim normlarının, federal yönetimlerin normlarıyla yer değiştirmesine ya da öncelikli olarak uygulanması prensibine dayanır. Eğer federe yönetim düzenlemeleri ile federal düzenlemelerle zıtlaşıyorsa, federal düzenlemelerin önceliği bulunmaktadır. Yani federal düzenlemeler olaya uygulanacak hükümlerdir. Ancak uygulamada, öncelikli uygulanmanın daha önemli sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Federal yönetim hukukunun, federe

³¹³ RICHARDS, *The Supreme Court Rules on Medical Device Liability - Or Does It?* .

³¹⁴ RICHARDS, *The Supreme Court Rules on Medical Device Liability - Or Does It?* .

yönetim hukukuna üstünlüğü ilkesi, uygulamada aldığı biçim, federe yönetim normlarının ve bu normlara ilişkin yetkilerin geçersiz kılınması (*preemption, override, paramountcy, inconsistency*) sonucunu doğurmaktadır.

Dolayısıyla, federal hukukun üstünlüğü gereği öncelikli uygulanacak norm alanında, yetkilerin hangi alanda (ortaklaşa ya da artık yetki) ya da hangi yönetim düzeninde olduğuna bakılmaksızın, federe yönetimler ancak ve ancak federal yönetim “izin verirse” düzenleme yapabilmektedirler. Amerikan yargı kararlarıyla federal hukukun üstünlüğü ilkesinin aldığı biçim, federal yönetimin geçersiz kılma yetkisi (*federal preemption*) şeklinde adlandırılır. Federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, ABD federal sisteminde, zamanla geçersiz kılma yetkisine dönüşmesi, 1960lı yıllarla birlikte başlamış olduğu ifade edilmektedir.

Federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, özellikle yetki uyuşmazlıklarında önemli bir çerçeve oluşturduğu görülmektedir. Bu nedenle, yetki uyuşmazlıklarının çözümü, sıklıkla bu ilkeye dayandırılmaktadır. İlke, ABD Yüksek Mahkemesi için çoğu zaman hayat kurtarıcı bir anayasal hüküm haline gelmiştir. Ne var ki, ilkenin uygulama biçiminin, federalizm anlayışından kesin bir sapma olduğu görüldüğü gibi, federal sistemden de sapmalar yaşanmasına neden olmaktadır. Her federal sistemde farklı ifade ve uygulama biçimleriyle ortaya çıkan bu ilke, öncelikle Amerika’da ortaya çıktığı gibi, burada yaygın olarak kullanıldığı da görülmektedir.

b. Öncelikli Düzenleme Yetkisi (*Preemption Doktrini - ABD*)

ABD Anayasası’nın “üstünlük ilkelerini” düzenleyen maddesi, “Anayasa’nın dingil çivisi” olarak tasvir edilmekte, bunun, bütün yapıyı bir arada tutan mekanizma olduğu belirtilmektedir.³¹⁵

ABD Anayasası’nın 6. maddesinin 2. fıkrası “*Ulusal Yönetimin Üstünlüğü*” başlığıyla düzenlenmiştir. İlgili fıkarda,

“Bu Anayasa ve bu Anayasa uyarınca yapılacak Birleşik Devletler yasaları; ve Birleşik Devletlerin yetkisi altında yapılmış ya da yapılacak, bütün antlaşmalar, ülkenin en üstün yasası olacak; ve bütün eyaletlerdeki yargıçlar, herhangi bir eyaletin anayasası ya da yasalarındaki karşıt hükümlere rağmen bu üstün yasaya uyacaklarını”

belirtilmektedir. Federal hukukla, anayasanın üstünlüğü ilkesinin, aynı fıkarda düzenlendiği görülmektedir. Madde’de öncelikle, “Anayasa, Anayasa’ya uygun olarak yapılmış federal yasalar ve Birleşik Devletler’in yetkisi altında yapılmış ya da yapılacak, bütün antlaşmalar” üstünlük ilkesinin koruması altında oldukları görülmektedir. Bununla birlikte, federal anayasaların üstün olmasının, federe yönetimleri geçersiz bırakacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bunu ifade etmemizin nedeni, diğer federal sistemlerde bu detayın açıkça belirtilmiş olmasıdır.

³¹⁵ PELTASON, *Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı*, s. 28.

Ayrıca fıkarda önemli diğeri bir nokta, “*bütün eyaletlerdeki yargıçlar, herhangi bir eyaletin anayasası ya da yasalarındaki karşıt hükümlere rağmen bu üstün yasaya uyacaklardır*” ifadesinin, federal yasalara mı, yoksa, Anayasa’ya mı ilişkin olduğu açık değildir.

Bu sorunun cevabını Yargıç MARSHALL, *McCulloch v. Maryland* kararında vermektedir. MARSHALL, anayasaya uygun olarak yapılmış federal yönetim yasalarının üstün olduğunu, bu önemli anayasa ilkenin, federe yönetimlerin yasalarını olduğu gibi, anayasalarını da kontrol altında tuttuğunu belirtmiştir. Üstelik MARSHALL, ilke çerçevesinde, federasyon Anayasa’sı ve Anayasa uyarınca yapılan federal yasaların, federe yönetimler tarafından “kontrol edilemeyeceğini de” ifade etmiştir.³¹⁶ Böylelikle MARSHALL, ilkenin uygulama alanını genişleterek, Amerikan federasyonunun, merkezileşmenin önündeki önemli engelleri aşmasına önderlik etmiştir.

Başyargıç MARSHALL, 1821 yılında, *Cohens v. Virginia* kararıyla da federe yönetimlerin yasalarının anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmiştir. Marshall’ın daha önce ifade edilen *McCulloch v. Maryland* davasında da, federal hukukun kendi alanlarındaki yetkileri bakımından üstünlük ilkesi ilk kez vurgulanmıştır. 1824 yılında *Gibbons v. Ogden* kararı, federal yönetimin yetki alanına giren federe yönetimler arası ticareti düzenleme yetkisinin alanı genişletilmiş, dolaylı olarak federe yönetimlerin kendi içlerinde yetkileri bulunduğu eyaletler içi ticareti düzenleme yetkilerine de etki etmiştir.

Federal hukukun üstünlüğü ilkesi, federe yönetimlerin yasaları ile federal yönetim yasaları arasında uyumsuzlukta, federal yasalara üstünlük sağladığı gibi, federal yasasının üstün olabilmesinin tek koşulu, Anayasa’ya uygun olmasının gerekliliğidir.

Federal yönetim hukukunun, federe yönetim normlarını geçersiz bırakması, yani federal düzenlemelerin öncelikli olarak uygulanması (*preempted*), hukuk normları arasında hiyerarşik bir düzen gözetilmeksizin uygulanmaktadır. Örneğin federal yürütme organının düzenleyici bir işlemlerle, federe yönetimlerin yasa ve hatta anayasaları geçersiz olacaktır. Geçersiz kılma ilkesi, günümüzde o kadar farklı bir biçim almıştır ki, ilkenin, federal hukukun üstünlüğü (*supremacy*) ilkesini aşarak, farklı bir boyuta geldiğine işaret edilir. Federal sistemde ortaya çıkan uyumsuzlukların değişik alanlarda ve biçimlerde gelişmesi, ulusallık arz eden konularda yaşanan kaygılar, geçersiz kılma ilkesinin, üstünlük ilkesinden farklı bir boyuta taşımıştır.³¹⁷ Buna karşın, geçersiz kılma ilkesi yada doktrinin, üstünlük ilkesinin kaynağı ve bu ilkenin bir sonucu olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır.³¹⁸

³¹⁶ ABD Yüksek Mahkemesi’nin *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) kararı, Opinions: MARSHALL, C.J., Opinion of the Court, Prg. 426. Karara ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <http://constitution.org/ussc/017-316a.htm>, Erişim Tarihi: 20-11-2010.

³¹⁷ GARDBAUM, *Congress’s Power to Preempt the States*, s. 39.

³¹⁸ ZİMMERMAN, *Congressional Preemption*, s. 2.

Bu yönde GARDBAUM, Amerikan federasyonunda yetki uyuşmazlığının önemli bir kaynağı olarak gördüğü bu ilkenin, “azılı doktrinsel bir labirent” olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, geçersiz kılma ilkesine dair şu hususlar, daha dikkatli değerlendirilmelidir.³¹⁹

a- *Öncelikli düzenleme yetkisinin bir sonucu olarak geçersiz bırakma (preemption) ve federal hukukun üstünlüğü ilkelerinin, temelde birbirinden ayrı ve farklı kavramlar olduğu;*

b- *Bunların, farklı kavramlar olmasına rağmen, her ikisinin de federe yönetim hukuklarının yerine geçme ya da geçersiz bırakarak yerini almasıyla ilgili olduğu;*

c- *İlkelerin federe yönetimlerin hukuklarının yerine geçme fonksiyonları, farklı şekil ve farklı yollarla gerçekleştirdikleri;*

d- *Dolayısıyla geçersiz bırakma yaptırımı açısından, Amerikan Anayasası'nda yer alan federal hukukun üstünlüğü düzenleyen maddenin, büyük ölçüde ilgiyi başka yöne çekmek için öne sürüldüğü ve;*

d- *Bu ilkelerle ilgili asıl noktanın ise, federe yönetim hukuklarını geçersiz bırakabilen veya ortadan kaldırabilen, federal yönetimin sahip olduğu yetkilerin doğası, kaynağı ve sınırları” olduğunu ifade etmiştir.*

Her iki ilkenin, farklı olması bir yana, temelde geçersiz kılma ilkesinin, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, uygulama biçimindeki farklılıklardan ortaya çıktığı açıktır. Federal hukuka üstünlük veren düzenlemelerin, mahkeme kararlarıyla katı katıya ve sınırsızca uygulanması, onu federe yönetimlerin yetki alanlarını geçersiz kılabilecek boyutlara taşımıştır. Bu nedenle geçersiz kılma ifadesinin, mevcut uygulamayı daha iyi karşılayabilecektir.

Aslında bu farklılık, federal sistemin ilk dönem Yüksek Mahkeme kararlarına bakıldığında, görülebilmektedir. Federal hukukun üstünlüğüne karar verilen alanlarda, federe yönetimlerin hukukunun uygulanmasının durdurulacağı görülmektedir. Federal yönetimin söz konusu alanda düzenlemesinin yürürlüğe girmesiyle, aynı konuyu düzenleyen bir federe yönetim düzenlemesi iptal olunmamakta, sadece federal yasanın yürürlükte kaldığı sürece geçersizliği söz konusu olmaktadır. Federal yasa yürürlükten kaldırılması halinde, söz konusu federe yönetim mevzuatı, federe yönetim tarafından yeni bir yasa düzenlenmesine gerek kalmaksızın, eski düzenlemesi yeniden yürürlüğe girecektir.³²⁰ Federal hukukun üstünlüğü ilkesi, zaman içerisinde gelişerek yeni bir ilkeye büründüğü görülmektedir. Her iki halde de, söz konusu federe yönetim düzenlemesi geçersiz olacağı gibi, federe yönetimin o alanda herhangi bir düzenleme yapabilmesi, ancak federal yönetimin irade göstermesini gerektirecektir.

İlke, federe yönetimlerin normları ve yetkileri üzerinde, farklı biçimlerde sonuç doğurmaktadır. Söz konusu biçim ya da şekiller ise, Yüksek Mahkeme kararlarıyla ortaya çıkmışlardır.

³¹⁹ GARDBAUM, *Congress's Power to Preempt the States*, s. 40.

³²⁰ WOODBURY, Westel, *The Constitutional Law of the United States*, Baker, Voorhis & Company USA, 1910, p.41. İnternetKaynak:<http://chestofbooks.com/society/law/The-Constitutional-Law-Of-The-United-States/41-Exclusive-And-Concurrent-Federal-Powers.html#ixzz2H1J7j6Am>, Erişim Tarihi: 10-12-2012.

İlk olarak, federal yönetimin, belirli bir alanı geçersiz kılma yönündeki iradesi, oluşturduğu bir yasayla mümkün olmaktadır. Federal yönetimin belirli bir konuda, oluşturduğu düzenlemeyle, açıkça o alandaki federe yönetim düzenlemelerini yasaklama amacını ortaya koymaktadır. Böylelikle, federal yönetim o alanı açık bir şekilde kendi yetkileri arasında değerlendirerek, açıkça ya da açık öncelikli düzenleme yetkisi iradesini ve amacını ortaya koyar. Bu durumun doğal sonucu açık geçersiz bırakma (*express preemption*) yaptırımını ortaya çıkarmaktadır.

Ancak Yüksek Mahkeme, federal düzenlemelerde geçersiz bırakma yaptırımına bağlanan (*preempted*) açık bir öncelikli düzenleme hüküm bulunmadığı hallerde, “federal yönetimin amacını” araştırmaya yönelmektedir. Mahkeme “federal yönetimin amacını” esas alarak, federe yönetim düzenlemelerini geçersiz kılmaktadır. Mahkeme uyuşmazlığa konu olan federal düzenlemede, federal yönetimin söz konusu alanı geçersiz kılma amacı olduğunu, kendisi tespit etmiştir. Mahkeme’nin bu yorumu, federal hukukun, federe yönetim hukukunu geçersizliğine ilişkin “açık” düzenlemelerinin bulunmadığı alanlarda dahi, kendiliğinden federal yönetim düzenlemelerinin geçersiz olduğuna karar vermiştir.³²¹ Örneğin, *The Public Health and Welfare (U.S.C. Title 42)* düzenlemesi, federe yönetimlerin söz konusu yasa hükümlerine aykırılık teşkil eden her federe yönetim düzenlemesinin açıkça geçersiz olacağını (*null and void*) düzenlemiştir.³²²

İkincisi ise federal yönetimin, bir alanı bütünüyle kapsayacak kadar detaylı bir düzenleme oluşturmasıyla, zımnen, federe yönetimlerin o alanda düzenleme yapmasını engellemesi ya da o alanda, federe yönetimlere yer vermeyecek kadar doldurmasıdır. Bu geçersiz kılma biçimi ise, zımni geçersiz kılma (*implied preemption*) olarak ifade edilmektedir.³²³

Burada, federal yönetimin düzenlemesi açık bir şekilde geçersiz kılma hükmü öngörmediği halde Yüksek Mahkeme, federal yönetimin geçersizlik yönünde amacını tespit ederek, federe yönetimlerin düzenleme ve geniş anlamda da yetkilerini geçersiz bırakabilmektedir. Mahkeme bu analizi, federal yönetimin yöneldiği niyeti ya da amacını (*Congress’s intention*) tespit ederek ortaya koymaktadır.

Yetki uyuşmazlıklarına ilişkin olarak, federal yönetimin düzenlemesinde açıkça ifade edilmiş bir geçersizlik hükmü bulunmadığında Mahkeme, zımnen böyle bir geçersizlik kararına hükmetmektedir. Yüksek Mahkeme’nin *Retail Clerks v. Schermerhorn* kararında, belirli bir federe yönetim normunun geçersizliğine ilişkin

³²¹ Members of U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Federal Statutory Preemption of State and Local Authority : History, Inventory, and Issues* U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations, 1992, USA, s. 1, 40.

³²² Madde *Lead-Based Paint Poisoning Prevention* (Chapter 63), bölümünde yer almakta ve § 4846 - *State laws superseded, and null and void* şeklindedir. İlgili Yasaya erişmek için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/4846>, Erişim Tarihi: 10-11-2012.

³²³ Bu durumda, yüksek mahkemenin implied preemption ve exclusive preemption prensibleri var olduğu ifade edilebilir.

yapılacak analizde, federal yönetimin amacını, “nihai mihenk taşı” kabul etmiştir.³²⁴ Bu durumda Mahkeme, federal yönetimin, federe yönetimlerin normları ya da yetkileri üzerinde, açıkça geçersizlik iradesini belirtmese dahi, Mahkeme, federe yönetimlerin düzenlemelerinin geçersizliğine karar verebilecektir.

Mahkeme zımnî geçersiz kılma alanını git gide geliştirerek, farklı biçimlerde uygulanması yönünde kararlar vermektedir. Dolayısıyla zımnî geçersiz kılmanın, kendi içerisinde bazı alt türleri ortaya çıkmıştır. Bu yönde öncelikle, belirli bir alanda federal yönetimin kapsamlı bir mevzuat oluşturarak, federal yönetimin bu alanı tamamen işgal etmesine (*occupied the field*) yönelik durumdur. Burada, federal yönetimin amacı, federe yönetimlerin düzenlemesi için yer bırakmamaktır ki bu da, geçersiz kılma amacının zımnî ortaya konulması anlamına gelecektir. Bu tür, alanın geçersizliği ya da geçersiz kılınması (*field preemption*) adı verilmektedir.³²⁵

Zımnî geçersiz kılmada uygulanan diğer bir tür, ihtilafli geçersiz kılma (*conflict preemption*) olarak ifade edilmektedir. Burada federal yönetimin amacının, belirli bir alanda çatışma çıkaracak şekilde düzenleme yapmasından kaynaklanmaktadır.³²⁶

Federal hukukun üstünlüğü ilkesi, sıkı bir federalist olan MARSHALL tarafından, sıklıkla ele alınan bir ilke olmuştur. MARSHALL’ın *Gibbons v. Ogden* kararında, belirli bir alanda, federal ve federe yönetimlerin yaptıkları düzenlemelerin her ikisinde uyulmasının mümkün olmadığı durumlarda, ortada gerçek bir ihtilaf ya da uyuşmazlık olduğuna karar verilmiştir.³²⁷ Mahkeme, federal yönetim ile federe yönetim hukukları arasında, doğrudan bir çatışma ya da ihtilaf olması nedeniyle, federal hukukun üstün (*conflict preemption*) olduğuna karar vermiştir.³²⁸

Doktrinde yaygın olarak kabul edilen dördüncü bir geçersiz kılma türü, federe yönetimlerin, federal yönetimin amacını haksız bir şekilde aksatacak düzenlemeleri olduğu durumlarda Mahkeme, engelleyici geçersiz kılma (*frustration-obstacle preemption*) kararı verecektir.³²⁹ Bu yönde MARSHALL’ın, ihtilafli ya da çatışma geçersiz kılma yetkisini kullanarak, bu ilkenin gelişmesine neden olduğu ifade edilmektedir.³³⁰

Diğer bir ihtimalde, federal yönetimin çıkarı gibi, belirli faktörlere bağlı olarak federal yönetim tarafından, örtülü ya da zımnî olarak, federe yönetim hukukunu

³²⁴ *Retail Clerks v. Schermerhorn* - 375 U.S. 96 (1963), Page 375 U. S. 104. Ayrıca bu kararın değerlendirildiği başka bir karar, *Medtronic, Inc. v. Lohr* - 518 U.S. 470 (1996). İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/470/case.html>, Erişim Tarihi:10-11-2012.

³²⁵ EPSTEİN, Richard A., *The Case For Field Preemption Of State Laws In Drug Cases*, **Northwestern University Law Review**, Vol. 103, No. 1, 2009, s. 464.

³²⁶ VERCHICK, Robert, MENDELSON, Nina A., *Preemption And Theories of Federalism*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 98, 2007, s. 15.

³²⁷ EPSTEİN, *The Case For Field Preemption Of State Laws In Drug Cases*, s. 467. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 9 Wheat. 1 1 (1824). İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/1/case.html>, Erişim Tarihi:09-01-2011.

³²⁸ WESTERFIELD, Marilyn P, *Federal Preemption And The FDA: What Does Congress Want?*, **Cincinnati Law Review**, Vol. 58, 1989-1990, s. 264.

³²⁹ Örnek karar olarak, *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 67 (1941). İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/312/52/1>, Erişim Tarihi:09-01-2011.

³³⁰ PURSLEY, Garrick B., *The Structure of Preemption Decisions*, **Nebraska Law Review**, Vol.85, Is. 4, Art.3, 2007, s. 923 vd.

geçersiz kılma (*implied preemption*) girişiminin bulunduğunu tespit edecektir.³³¹

Geçersiz kılma ilkesinin farklı uygulama biçimleri bir yana, uygulandığı yetki alanları bakımından daha kritik bir hal almıştır. Öncelikle, federal hukukun kendisine ait yetki alanlarında, şüphesiz ki üstün hukuk olarak kabul görecektir. Bununla birlikte bu ilkenin, sert yetki paylaşımının, uygulamadan kaynaklanan ortaklaşa yetkiler ve daha sonra federe yönetimlerin artık yetki alanlarında da uygulandığı görülmektedir.³³²

Yargıç DOUGLAS, *Rice v. Santa Fe Elevator Corp* kararında, federal yönetim, federe yönetimlerin artık yetkileri alanında bulunan, “geleneksel olarak” düzenledikleri bir alanda (ambar ve toptan satış yerlerine ilişkin hasılatlar), yasa düzenlemiştir. Mahkeme burada, “biz, federal yönetimin açık ve belirgin bir federal yönetim amacı olmadıkça, federe yönetimlerin geleneksel kolluk yetkilerinin, federal yasayla geçersiz kılınamayacağı karinesinden hareket ediyoruz”³³³ ifadeleriyle, belli ve açık federal yönetim amacı, federal yönetimin federe yönetimlere ait her alanda düzenleme yapabileceğini açıkça ortaya koymaktadır.

Bu önemli kararla birlikte hem federe yönetimlerin artık yetkilerine ilişkin sınır ortadan kalkmış hem de federal yönetimin idari organlarının federe yönetimlerin egemenliği ve federalizm konularının merkezinde yer almalarına neden olmuştur. Zira federal idari organlar, federal yasayla öncelikli düzenleme yetkisine ve bunun yaptırımını olarak geçersiz bırakma kararlarını kendi düzenlemeleriyle uygulamaktadırlar.³³⁴ Federal idari organlar, yapıları gereği federe yönetimlerin çıkarları gereği tasarlanmamıştır. Dolayısıyla söz konusu organların idari düzenlemelerine, federe yönetimler etki etmemektedirler.³³⁵ Bu nedenle idari organların öncelikli düzenleme yetkisine ilişkin uygulamaları, federe yönetimlerin egemenlikleri önünde en büyük tehlike olarak kabul edilmektedir.³³⁶ Ayrıca geçersiz bırakma kararları, federe

³³¹ ABD Yönetimlerarası İlişkiler Danışma Komisyonu Üyelerinin hazırladığı tabloda bu konuda detaylı bilgiler görülebilir. Members of U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Federal Statutory Preemption of State and Local Authority : History, Inventory, and Issues U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations*, 1992, USA, s. 9, 36.

³³² Federe yönetimlerin artık yetkileri alanında bulunan geleneksel yetki alanlarının, geçersiz kılındığına ilişkin Yüksek Mahkeme kararlarından bazıları, *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113; *Davies Warehouse Co. v. Bowles*, 321 U. S. 144, 321 U. S. 148-149'dır. *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.* - 331 U.S. 218 (1947), P.331, İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/331/218/case.html>, Erişim Tarihi:09-01-2010.

³³³ *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.* - 331 U.S. 218 (1947), P.331.

³³⁴ Nina A. MENDELSON, *Chevron and Preemption*, *Michigan Law Review*, Vol. 102, 2003-2004, s. 741.

³³⁵ Federal yasaların oluşumuna, ikinci meclisler aracılığıyla katılan federe yönetimler, federal idari organların düzenlemeleri sürecinden tamamen uzak kalmaktadırlar Amerika'da federal idari organlar, tarım; atom enerjisi, bankacılık; çevre koruma; işgücü, sağlık ve güvenlik, doğal kaynaklar ve ulaşım ve kamu işleri gibi bir çok önemli alanda düzenleme yapmaktadırlar. Bunlardan FDA (Food and Drug Administration) ve NLRB (National Labor Relations Board) gibi idari organlarının geçersiz bırakma ilkesine ilişkin önemli düzenlemelerin en fazla tartışma konusu olanlardır. Bu yönde, National Labor Relations Board'un geçersiz kılma karar vermesi ve federe yönetimlerin tepki olarak anayasalarında değişiklik yapmaları kamuoyunda oldukça ilgi görmüştür. NLRB federe yönetimlerin anayasalarının geçersiz olduğuna ilişkin yargıya başvuruda bulunmuştur. Bu sürece ilişkin detaylı bilgi için bkz. David MADLAND, National Labor Relations Board Maintains Consistency in Preemption: Suits Filed Against Arizona and South Dakota Laws Restricting Card Check, *Center for American Progress Action Fund*, İnternet Kaynak: <http://www.americanprogressaction.org/issues/labor/news/2011/05/09/9698/national-labor-relations-board-maintains-consistency-in-preemption-2/>, Erişim Tarihi: 04-05-2012.

³³⁶ Ernest A. YOUNG, Executive Preemption, *Northwestern University Law Review*, Vol. 102, No. 2, s. 901.

yönetimlerin anayasalar, yasaları, mahkeme kararları, idari kararlar ve düzenlemeler gibi herhangi bir hiyerarşiye bakılmaksızın uygulanmaktadır.³³⁷

Yüksek Mahkeme *Rice v. Santa Fe Elevator Corp* kararında, bu tür geçersiz kılma durumlarının, farklı yollarla kanıtlanabileceğini belirtmektedir. Mahkeme, özellikle zımnî geçersiz kılma ilkesine işaret ederek, federal yönetimin belirli bir alanı bütünüyle düzenlemesi halinde, federe yönetimlerin yetki alanlarının geçersizliğine ilişkin çıkarım yapabilmeyi kolay olduğunu belirtmektedir.³³⁸

Bununla birlikte, federal yönetimlerin açıkça sayılan yetkileri dışında, hemen her alanda ilkenin uygulandığı görülmektedir. Federal yönetimlerin sonradan elde ettikleri, zımnî yetki alanları ya da yan yetkiler gibi (*implied powers*) yeni yetki alanlarında da federal yönetimin öncelikli düzenleme yetkisinden hareketle aynı geçersiz bırakma kararları verilmektedir. Bu yönde, federal yönetimin, “*federe yönetim hukuklarını preempt etme, yani yürürlükten kaldırma yetkisi bulunmakta, fakat Kongre’nin bu yetkisini sadece anayasada belirtilen alanlar bakımından geçerli olduğuna ve böyle bir kavramın dahi kullanılmaması gerektiğine*”³³⁹ dikkat çekilmektedir.

Geçersiz kılma ilkesinin uygulandığı hukuk normları, kendisiyle çatışan hukuk kuralının yasa, yargı kararları, idari organ ya da kararları veya anayasadan kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın uygulanır. Günümüzde ilkenin, Anayasa’da belirtildiği gibi, sadece federal yönetimin yasalarıyla değil, federal yönetimin idari organlarıyla da kullanıldığı görülmektedir. Federal idari organlar, kendilerine yasayla verilen yetkilerini kullanırken, federe yönetimlerin yetki alanlarına da müdahale etmektedirler. Bu müdahale günümüz Amerikan federalizminin, düzenleyici federalizm (*regulatory federalism*) olarak kabul edilmesine yol açmaktadır.³⁴⁰

Bu yönde çeşitli örnekler vermek gerekirse, *Riegel v. Medtronic, Inc.* ve *Medtronic, Inc. v. Lohr*, kararlarında, Federal Gıda ve İlaç Dairesi (FDA)³⁴¹ tarafından geçersiz kılınan federe yönetimlerin tıbbi cihazlarına ilişkin düzenlemelerini gereği, bireylerin federe yönetimlerin düzenlemeleri çerçevesinde dava açmayacaklarına karar vermiştir. *Medical Device Amendments* oluşturduğu mevzuat gereğince, tıbbi cihazlara pazarlama öncesi onay vermek FDA’in yetkisindedir. Bu yönde, federe yönetimlerin düzenlemeleri geçersiz bırakıldığından, bireyler tıbbi cihazların “emniyet veya

³³⁷ Preemption , Cornell University Law School, Legal Information Institute, (LII), İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/wex/preemption>, Erişim Tarihi:02-03-2011.

³³⁸ *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.* - 331 U.S. 218 (1947), P.331, Karada, bu türden mahkeme kararlarına örnek olarak, *Pennsylvania R. Co. v. Public Service Comm'n*, 250 U. S. 566, 250 U. S. 569; *Cloverleaf Butter Co. v. Patterson*, 315 U. S. 148. kararlarını göstermiştir.

³³⁹ GARDBAUM, *Congress's Power to Preempt the States* , s. 41 vd.

³⁴⁰ Bu konuda, Yetki Paylaşımından Kaynaklanan Federasyon veya Federalizm Türleri başlığına bakılabilir.

³⁴¹ Amerikan federal sisteminde FDA, gıda güvenliği, tütün ürünleri, besin takviyeleri, reçete ve reçetesiz ilaçlar, aşular, Biyofarmasetik, kan nakli, tıbbi cihazlar, elektromanyetik radyasyon düzenleme ve denetleme yoluyla kamu sağlığını korumak ve teşvik sorumludur yayan cihazlar ve veteriner ürünleri gibi oldukça geniş alanların yürütülmesi ve kontrolü görevini üstlenmektedir. **U.S. Food and Drug Administration** İnternet Kaynak: <http://www.fda.gov/ForFederalStateandLocalOfficials/StateActionInformationNewsletterSAIL/default.htm>, Erişim Tarihi: 03-10-2011.

etkinliğine” ilişkin dava açamayacaklardır. *Medical Device Amendments* düzenlemesinin geçersiz kılma hükmü (*preemption clause*), federe yönetimlerin ilgili düzenlemeleri kapsamında, dava açmaya engel teşkil etmektedir.³⁴²

Öncelikli düzenleme yetkisi ve bunun yaptırımı olarak geçersiz kılma ilkesinin, Anayasa'nın federal hukuka üstünlük veren ilkenin çerçevesini çoktan aşmış olduğu belirtilir. Her iki ilkenin sonuçları bakımından, geçersiz bırakma ilkesinin, federe yönetimler üzerinde üstünlük ilkesine oranla daha radikal etkileri bulunduğunu belirtmektedir.³⁴³ Bu ilkenin uygulanması için federal yönetimin bir alanı geçersiz bırakması için o alanda herhangi bir uyuşmazlık çıkmış olmasına gerek yoktur.

Bu yönde GARDBAUM, her iki ilkenin sonuçları bakımından farklılıklarını şu şekilde ortaya koymaktadır. Federal üstünlüğü ilkesi, federe yönetimlerin belirli bir alanda önceden var olan ortaklaşa yetkilerinden mahrum etmemekte, sadece çatışmanın var olduğu alanda federal hukukun uygulanmasını sağlamaktadır. Bu durumda örneğin federal bir yasayla, gerçek bir çatışmaya konu olan federe yönetim düzenlemelerinin, söz konusu alanda yasama işlevlerini korumak ve çıkar çatışmasından kaçınmak için federe yönetimlerin mevzuatlarını değiştirme güçlerini korumaktadırlar. Ancak geçersiz kılma ilkesi uygulandığında, böyle bir sonuç ortaya çıkmamaktadır.³⁴⁴

Öncelikli düzenleme yetkisinin yaptırımı olarak geçersiz bırakma nedeni ile federe yönetimler, belirli alanlarda yasa yapma güçlerinden tamamıyla mahrum kalabilmektedirler. İlke, herhangi bir yetki uyuşmazlığı olmadan da uygulanabilmektedir. Federal yönetimin geçersiz bırakma aracılığıyla elde ettiği belirli yetki alanında, federe yönetimler yasa koyucu olamayacaklardır. Böylelikle geçersiz bırakma, belirli alanlarda uyuşmazlık çözümü ile ilgilenen üstünlük ilkesinin aksine, yetki alanlarının ortadan kaldırılması (*jurispathic*) anlamına gelmektedir.³⁴⁵

Dolayısıyla federal hukukun üstünlüğü ilkesi, sadece gerçek çatışmaları çözmekte fakat uygulamada sadece geçerli bir düzenlemenin, yani bu durumda federal yönetim düzenlemesinin bulunduğu suni çatışmaları, geçersiz bırakma ilkesi çözmektedir.

İlkenin yaygın olarak idari organların, federal hukukun üstünlüğü çerçevesinde kararlarıyla daha da tartışılır bir duruma gelmiştir ve özellikle idari uygulamalar nedeniyle federe yönetimlerin düzenlemelerinin geçersiz kılınması, federe yönetimlerin ciddi tepkisine neden olmaktadır. Örneğin, 2001 yılında oluşturulan Döviz-Para Denetleme Kurulu'nun, (*Office of the Comptroller of the Currency -OCC-*) çeşitli

³⁴²Riegel v. Medtronic, Inc. S.Ct 2008 WL 440744 (2008), P. 8–17. İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-179.ZS.html>, Erişim Tarihi: 03-10-2011. Bilgi için bkz. D'IMPERIO, Dominic Riegel v. Medtronic, Inc. , İnternet Kaynak: <http://sstlr.syr.edu/wp-content/uploads/dimperio2.pdf>, Erişim Tarihi: 03-10-2011.

King and Spalding Law Firm, *Supreme Court Finds MDA Preemption Clause Bars Common Law Claims Which Challenge the Safety or Effectiveness of PMA Medical Devices* , www.kslaw.com. s. 1-2.

³⁴³ GARDBAUM, *The Nature of Preemption* , s. 770 vd.

³⁴⁴ GARDBAUM, *Congress's Power to Preempt the States* , s. 41 vd.

³⁴⁵ GARDBAUM, *The Nature of Preemption* , s. 772 vd.

düzenlemelerle, federe yönetim yasaları ile federal yönetim yasa ve uygulamalarına yönelik değişiklikler oluşturmuştur. Bunlardan en öne çıkanı ise, 2003 yılında OCC'nin federe yönetimlerin Tüketicinin Korunmasına yönelik mevzuatlarının ve aynı konumda bulunan sair düzenlemelerinin, federal hukukun üstünlüğü ilkesine dayanarak geçersizliğine karar vermiştir. Kurum söz konusu düzenlemelerinin, sadece ulusal bankalara ait ipotek (*mortgage*) kredileri için geçerli olmadığını, aynı zamanda, federe yönetimlerin bankalarına ilişkin düzenlemelerin de geçeriz kılındığını belirtmiştir.³⁴⁶

2008 yılına kadar, yedi farklı idari organ tarafından ve çoğu zaman, “İdari Usul Kanunu” gereği kamuoyunun görüşleri almadan, 56 farklı idari düzenleme ya da kararlarla, federe yönetimlerin mevzuatları geçersizliğine karar verilmiştir. İdari makamlar bu kararlarını, federal hukukun üstünlüğü ilkesine bağlamaktadırlar. Burada, federal hukukun üstünlüğü çerçevesinde, geçersiz bırakma yetkisinin, ABD Anayasası'yla sadece federal yönetimin yasalarına verilemiş bir yetki olduğunun altı çizilmektedir. Üstelik, federal yönetimlerin söz konusu idari organlara açıkça bu tür yetki vermedikleri durumlarda dahi, söz konusu kurumların, geçersiz bırakma kararlarının, federal yönetimin amacına dayandırdıkları belirtilmektedir. Bu tür durumlarda idari organların “zımnen geçersiz kılma” (*impliedly preempted*) doktrinine dayandıkları görülmektedir. Halbuki federal yönetimin açıkça belirli olmadığı durumlarda, “amacı” tespit edilecekse, bunu yorumlamak sadece Yüksek Mahkeme'nin yetkisinde olmalıdır. İdari kurumların düzenlemeleri, federe yönetimlerin yetki alanlarını kısıtlamaktadır.³⁴⁷

Günümüzde federal hukukun üstünlüğü gereğinde, federe yönetimlerin artık yetkileri olarak kabul edilen alanlarda, bir çok yetki federal yönetime aktarılmıştır. Bunu en önemli nedeni, federe yönetimlerin yetki alanlarının belirsiz ve sadece geleneksel kolluk yetkileri olarak kalmasıdır. Dolayısıyla, açık yetki paylaşımının en büyük engeli, belirsizlik olmaktadır. Örneğin Amerika'da federe yönetimlerin “geleneksel artık yetkileri” arasında, çevre konusunun bulunduğu görülmektedir. Ne var ki, federal yönetim idari organlar oluşturduğu ve bu organları faaliyetleri için, federe ve yerel yönetimler üzerinde geniş yetkiler verildiği görülmektedir.³⁴⁸

³⁴⁶ İdari kurumlarca verilen bu tür kararlar federe yönetimlerce ciddi tepkiler almıştır. Bu tepkilerin bir kısmı özellikle OCC'nin bu uygulamasına karşılık tüm federe yönetim Başsavcılık birimleri Yüksek Mahkeme'ye başvuru yapılmasıyla sonuçlanmıştır. Yine buna benzer diğer bir uygulama, 2006 yılında İç Güvenlik Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmiştir. Bakanlık, yüksek risk taşıyan kimyasal tesis güvenliği konusunda ilgili tarafların geçerli olabilecek hangi bir prosedür ilanı yetkisinin kendisinde olduğunu, bu konuda federe yönetim yasalarının geçersiz bırakıldığını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MENDELSON, b *A Presumption Against Agency Preemption*, s. 694-726.

³⁴⁷ American Assosiation for Justices Publications, *The Facts—Wyeth vs. Levine : Preemption 2008*, İnternet Kaynak: <http://www.justice.org/cps/rde/xchg/justice/hs.xsl/2677.htm>, Alındığı Tarih: 28/06/2011. Ayrıca İdari Kurumların-Organların federal hukukun üstünlüğü ilkesini kullanarak federe yönetim yetkilerini nasıl ihlal ettiklerine dair ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. MENDELSON, Nina A, *A Presumption Against Agency Preemption*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 102, No. 22008, s. 698.

³⁴⁸ Örneğin, Food and Drug Administration organı, İlaç Üreticileri ve tüketici bireyler arasında ortaya çıkan haksız fiile ilişkin davalara kadar etki eden düzenlemeler yapmaktadır. Federe yönetimlerin kendi haksız fiile ilişkin sorumlulukları, bu idari organın düzenlemelerinden etkilenmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi ise çeşitli davalarda alt derece mahkemelerinde yaşanan bu karmaşayı önlemeye yönelik kararlar vermiştir. RICHARDS, Edward P, *The Supreme Court Rules on Medical Device Liability - Or Does It?*,

Burada federal idari organları kuran federal yönetim yasasından kaynaklanan yetkilerini aşmamaları gerektiği, yasaların dışında herhangi bir federe veya yerel düzenlemede bulunan ihtilaflı, uzlaşmaz farklılıkların çözümü için, resmi olarak federal yönetime bildiriye bulunmaları gerekmektedir.³⁴⁹

Dolayısıyla federal idari organlar, kendilerine ilişkin yasaların uygulanması adına oluşturacakları idari düzenlemelerde, yasanın dışına çıkmadan düzenleme yapmalıdırlar. Yasanın öngördüğü hallerin dışında uyuşmazlık çıkaran alanlarda ise, öncelikle federal yönetimin yasayla düzenleme yapması gerekmektedir. Zira, ABD Anayasası'nın federal hukukun üstünlüğü ilkesine dayanılarak geçersiz bırakma girişimleri, Anayasa'ya, federal yasalara ve uluslararası anlaşmalara tanınmıştır.³⁵⁰

Burada, Amerikan federal sistemine özgü olan saklı, münhasır, zımnî ortaklaşa yetkiler gibi yetki alanlarına ilişkin sınırların bulanıklaştığı görülmektedir. En önemlisi, federe yönetimlerin artık yetkileri varsa, bu alanda federal yönetimin geçersiz bırakma kararlarının, Mahkeme'ce anayasal yetki paylaşımına aykırı olduğu tespit edilmelidir. Zira sadece federal yasayla geçersiz bırakılacak bir yetki alanında, ilgili federal yasanın ya da geniş anlamda federal düzenlemelerin, Anayasa'ya uygun olması gerekmektedir.

Üstünlük ilkesi uygulamada, sistemin federal olarak işleminde önemli kaymalar yaşanmasına neden olmaktadır. Federe ve yerel yönetimler genellikle kendi düzenleyici otoriteleri üzerinde, federal yönetimin sürekli olarak üstün kabul edilmesi ve geçersiz bırakılması uygulamalarına maruz kalmaktadırlar. Dolayısıyla sistem, değil federal, üniter benzeri çalışmakta, aynı zamanda federal kurumların, federe yönetimler üzerinde baskı kurmalarına neden olmaktadır.³⁵¹ Bu ilkenin pratikteki uygulaması bakımından, federal idari otoriteler federe yönetimlerin kurucu oldukları anayasaları üzerinde dahi, baskı kurabilmektedirler. Bu nedenle söz konusu ilkenin uygulamasından hareketle, ilkenin bir tür federal el koymaya (*federal usurpation*) dönüştüğünü belirtmek mümkündür.³⁵²

Özellikle, federal hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan geçersiz bırakma uygulamaları, yani federe yönetim hukuklarının, normlar hiyerarşisine bakılmaksızın geçersiz kılınması, ABD federasyonunu öncelikle ikili ve işbirliğine dayalı federalizm anlayışından, zorlayıcı federalizm ve düzenleyici (*coercive ve regulatory federalism*) modeline dönüştürmüştür.³⁵³ Söz konusu zorlayıcılığın federalizm ilkesinin öngördüğü

IEEE Engineering in Medicine and Biology Magazine, 1997, İnternet Kaynak:<http://biotech.law.lsu.edu/IEEE/ieee25.htm>, Erişim Tarihi: 05-01-2011.

³⁴⁹ KUERSTEİNER, Richard Lee, SULLIVAN, Paul M. Sullivan, *Coastal Federalism: The Role of the Federal Supremacy Doctrine in Federal and State Conflict Resolution*, **JAG Journal**, Issue 33, Summer 1984, s. 39-40.

³⁵⁰ ABD Anayasası'nın 6. maddesinin 2.fikrası. CLARK, *The Procedural Safeguards of Federalism*, s. 1681 vd.

³⁵¹ ZIMMERMAN, *National-State Relations*, s. 21.

³⁵² PIERCE, federal yönetimin bir çok el koyma noktasının olduğu, bu durum karşısında anayasanın doğal koruma özelliğinin bulunmadığını belirtmektedir. Yazar, ABD Başkanın sahip olduğu yetkileri, federal hukukun ve anlaşmaların üstünlüğünü ve nihai karar verici olarak Yüksek Mahkemenin yorum yetkisini, bir tür federal el koyma olarak kabul etmektedir. PIERCE, Franklin, **Federal Usurpation**, D. Appleton and Company, New York, 1908, s. 79-121, 209.

³⁵³ Bu konu hakkındaki değerlendirme için bkz. WATTS, *Contemporary Relevance of the Federal Idea*, s. 113.

çeşitlilik içinde birlik anlayışıyla örtüşmediği gibi, federasyonun istikrarı için gerekli olan gönüllülük esasını da karşılamamaktadır.

Federal yönetim bir çok yasasında, federe yönetimlerin söz konusu düzenlemelere uymalarına ilişkin “zorlayıcı emir” hükümleri bulunmaktadır. Bunun en güncel örneğin, “Obamacare” olarak bilinen “*Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA)*,” sağlık düzenlemesidir. İlgili yasada federal yönetim, “ulusal çapta bir sağlık yönetim planı” zorunluluğuna, her Amerikan vatandaşının, “sağlık sigortası satın almak zorunda olduğuna” ve “bu koşulu yerine getirmeyenlerin ağır para cezası ödeyeceklerine” hükmetmektedir.³⁵⁴ Bunun yanı sıra federe yönetimlere de, bu kurallın uygulanması yönünde zorlayıcı hükümler getirilmiştir. Yasa, Yüksek Mahkeme’nin kararıyla onaylanmıştır. Kamuoyunda ciddi tepki almasına rağmen liberal yargıçların (5), muhafazakar yargıçlara (4) sayıca üstün gelmesiyle yasa anayasaya aykırı bulunmamıştır.³⁵⁵ Kararda Başyargıç ROBERTS, “*federe yönetimlerin egemenliklerinin, sadece kendi içinde bir sonuç doğurmayacağını, Aksine federalizmin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almasının, egemenlik yetkisinin paylaşılmasından kaynaklandığını*”³⁵⁶ belirtmiştir.

Üstelik Yüksek Mahkemenin, federal yönetimin “birlik” adına yetkilerini geniş yorumlama eğilimi, sadece federasyonun merkezi bir hal almasına neden olmamakta aynı zamanda, federal yönetimin mahkemenin kendisine olan tabiiyeti konusunda da güven ilişkisi kurmasına neden olur. Bu bağlılık ve güven ilişkisi, federal yönetimin daha sonradan gerçekleştireceği yetki aşımına (*ultra vires*) ilişkin eylemlerini arttırmasına da neden olmaktadır.

Muhafazakar yargıçlar, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin, bireyler üzerinde özel bir şirketten sağlık sigortası satın almayı dayatan bir yetki içermediğini ifade etmişlerdir. Ancak liberal yargıçlar söz konusu yasanın, sağlık ve mali açıdan eşsiz olan düzenlemenin, bireysel emir düzenlemesi, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisini aşmadığına karar vermişlerdir. Yargıçlar bu zorunlu emirlerin, bir tür vergilendirme olduğuna kanaat getirmişlerdir.³⁵⁷ Genel olarak, “*az gelirliler için sağlık koşullarının eksikliği, federal yönetimin bu alanda düzenleme yapmasını gerektirdiği şeklinde değerlendirilmektedir. Bunun ulusal bir sorun olduğu ve ancak,*

³⁵⁴ *Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA)*, [[Page 124 STAT. 207]], İnternet Kaynak: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ148/html/PLAW-111publ148.htm>, Erişim Tarihi:23-08-2012.

³⁵⁵ RYAN, Erin, *Obamacare and Federalism's Tug of War Within*, RegBlog, 2012, İnternet Kaynak: <https://www.law.upenn.edu/blogs/regblog/2012/06/21-ryan-federalism.html>, Erişim Tarihi: 28-11-2012.

³⁵⁶ Başyargıç burada Yüksek Mahkeme’nin *New York v. United States*, 505 U. S. 144, 181 (1992) kararına atıfta bulunmaktadır. *National Federation Of Independent Business Et Al. V. Sebelius, Secretary Of Health And Human Services* No. 11–393. Argued March 26, 27, 28, 2012—Decided June 28, 2012, 567 U. S. (2012), s. 4

³⁵⁷ *National Federation Of Independent Business Et Al. V. Sebelius, Secretary Of Health And Human Services* No. 11–393. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/11-393/>Erişim Tarihi: 28-11-2012. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BLUMSTEIN, James F., *Enforcing Limits on the Affordable Care Act’s Mandated Medicaid Expansion: The Coercion Principle and the Clear Notice Rule*, *Cato Supreme Court Review*, s. 68 vd.

*federal yönetim tarafından çözülebilecek ulusal bir sorun olduğuna işaret edilerek, federe yönetimlerin, ulusal sorunları çözemeyecekleri*³⁵⁸ ifade edilmektedir.

PPACA düzenlemesiyle, federe yönetimlerin sağlık sigorta sisteminin genişlemesine katılımları zorunlu olarak belirtilmiştir. Federal yönetim, bu zorunluluğu yerine getirmeyen federe yönetimlerin, *Medicaid*³⁵⁹ fonundan yoksun bırakılacağını belirtmiştir. Mahkeme, mali yardımdan yoksun bırakılmak suretiyle federe yönetimleri zorlama hükmünü ise, Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Kararda açıkça, “*federal yönetimin tüm özel kuralları düzenleyen ticaret, vergi veya harcama yetkilerine ilişkin kavramsal sınırlar ne olursa olsun, federe yönetimleri, federal yönetimin programlarının yöneticileri gibi çalışmaya mecbur edemeyeceği*” belirtilmiştir.³⁶⁰

PPACA ilişkin Yüksek Mahkeme kararından önce, Beyaz Saray'ın Sözcüsü tarafından, davaya ilişkin yapılan açıklama hayli ilginçtir. Sözcü, Başkan'ın “yasayı imzalamakla tereddüt etmediğini, yasanın Anayasa'ya aykırı olmadığını ve Yüksek Mahkeme'nin de kendilerinin bu görüşüne katılacaklarına emin olduklarını” ifade etmiştir.³⁶¹ Burada dikkati çeken, Yüksek Mahkeme'nin, federalizm davalarında 1937 yıllarıyla 1990 yıla kadar federal yasaların hiçbir şekilde anayasaya aykırı bulunmamasıdır. Mahkeme'nin söz konusu 60 yıllık süreçte, federalizm açısından federe yönetimler lehine karar vermemiştir.³⁶²

Nitekim Mahkeme, bu karardan önce 2005 yılında verdiği başka bir kararda, federal yönetimin, federe yönetimlerde tıbbi alanlarda kullanılmasına izin verdiği tıbbi uyuşturucuları (*medical marijuana*) dahi yasaklayabileceğine karar vermiştir. Mahkeme'nin bu doğrultuda istikrarlı kararlar üretmediğini belirtmek gerekir.³⁶³

Gerçekte, ABD Yüksek Mahkemesi'nde, federe yönetim haklarının savunucusu olarak kabul edilen muhafazakar yargıçlarının, daha önceki davalarında, söz konusu ilkenin uygulanması bakımından daha fazla ihtiyatlı davranmaktadırlar.

Örneğin *Gregory v. Ashcroft* kararında, federe yönetimlerin kendi anayasalarındaki hükümlerinin, federal yasalar tarafından geçersiz kılınmasına karşı çıkmıştır.³⁶⁴ Her ne kadar federal hukuk üstün kabul edilse de, anayasanın bir devletin

³⁵⁸ MARİNER, Wendy K. GLANTZ, Leonard H. ANNAS, George J., *Reframing Federalism — The Affordable Care Act (and Broccoli) in the Supreme Court*, Health Law, Ethics, and Human Rights, New England Journal of Medicine, 367, 1154-1158, 2012.

³⁵⁹ *Medicaid*: 1966 yılından beri yürütülen ve federal yönetimin, mali yardım gerektiren kişiler için geliştirdiği ve federe yönetimlerle beraber yürüttüğü sağlık sigortası sistemidir. **Britannica Concise Encyclopedia, 10. th Ed.**

³⁶⁰ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012), İnternet Kaynak: http://www2.bloomberglaw.com/public/document/Natl_Federation_of_Independent_Business_v_Sebelius_No_Nos_11393_1, Erişim Tarihi: 02-10-2012.

³⁶¹ BENDERY, Jennifer, White House Spokesman Recasts Obama's Comments On Possible 'Unprecedented' Health Care Ruling , **Huff Post on Politics**, 14-4-2012. İnternet Kaynak: http://www.huffingtonpost.com/2012/04/04/obama-health-care-ruling_n_1403763.html, Erişim Tarihi:02-10-2012.

³⁶² BOLDİN, Michael, *On Obamacare: Don't Trust the Courts to Uphold the Constitution!* , İnternet Kaynak: <http://tenthamentcenter.com/2011/11/16/on-obamacare-dont-trust-the-courts-to-uphold-the-constitution/>, Erişim Tarihi:02-10-2012.

³⁶³ *Gonzales v. Raich* (03-1454) 545 U.S. 1 (2005) 352 F.3d 1222, İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-1454.ZO.html>, Erişim Tarihi: 02-03-2011.

³⁶⁴ *Gregory v. Ashcroft - 501 U.S. 452 (1991)*, İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/452/case.html>, Erişim Tarihi:05-10-2010.

kendi halkının iradesiyle oluşturulduğunu, bunun da federe yönetimlerin federasyon anayasasında kendilerine verilen yetkilerin daha ötesinde olduğunu belirtmiştir. Kararda, federe yönetimin kendi anayasal düzenlemelerinin, “*egemenliğin varlığı bakımından en temel sonuç*” olduğu dile getirilmiştir.³⁶⁵ Mahkeme, federal yasanın federe yönetim anayasa hükmünü geçersiz kılmasını, bu “*federal ve federe yönetimler arasındaki olağan anayasal dengeyi değiştireceğinden*”³⁶⁶ reddetmiştir.

Federal yönetimin zorunlu yasalarıyla federe yönetimlerin normalde düzenledikleri yetki alanlarına ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. Bu düzenlemelerin önemli bir kısmı da, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olabilmektedir. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi’nin *Cipollone v. Liggett Group, Inc.* kararında, federal yönetimin yasayla sigara paketleri ve reklamlarda yer alacak uyarıları zorunlu hale getirmesine ilişkindir. Federe yönetimlerin uyarma görevi ile ilgili olmayan haksız fiile ilişkin davaları kapsamadığı, bu alanın federal yönetim tarafından geçersiz kılınmadığına (*preempt*) hükmetmiştir. Dolayısıyla bu tür bir uyuşmazlıktan kaynaklanan zararları bakımından, federe yönetimlerin sorumluluklarının, devam edeceğine karar verilmiştir.³⁶⁷

Kararda geçen 1969 tarihli federal yasada, doktorlar tarafından sigara paketlerinin üzerinde kişilerin sağlığı için tehlikeli olduğunun belirtildiği bir uyarı içermesi ve Amerikan Federal Haberleşme Komisyonu (*Federal Communications Commission-FCC*) yetkisine tabi olarak, elektronik iletişim ortamlarında sigara reklamlarını yasaklamıştır.³⁶⁸

Kararda davacı, sigara üreticisi olan firmaya, annesinin ölümüne sebebiyet veren sigaranın tehlikelerine karşı ihmalkârlıkları nedeniyle, federe yönetimlerin ortak hukuk iddiaları (*common law claims*) dava açmıştır. Davalı sigara üreticisi ise, federal yasaların ilgili alanı geçersiz kıldığını savunarak, ihmalkarlık nedeniyle sorumlu tutulamayacağını ileri sürmüştür.

Bu yönde, federe yönetim hukuklarını açıkça geçersiz bıraktığına (*explicitly preempt*) ilişkin açık bir hüküm içermektedir. İlgili hükme göre, “Bu kanun hükümlerine uygun olarak sınıflandırılan sigara paketlerinin reklam ve tanıtımıyla ilgili olarak sigara ve sağlığa ilişkin gereklilik veya yasaklamaya ilişkin hiç bir devlet yasasına izin verilmez” düzenlemesi, açıkça geçersiz kılınmasına ilişkin bir düzenlemedir.³⁶⁹

³⁶⁵ *Gregory v. Ashcroft* - 501 U.S. 452 (1991), Page 501 U. S. 461.

³⁶⁶ *Gregory v. Ashcroft* - 501 U.S. 452 (1991), Page 501 U. S. 461.

³⁶⁷ *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 112 S.Ct. 2608 (1992), İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-1038.ZS.html>, Erişim Tarihi:02-10-2011.

³⁶⁸ *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 112 S.Ct. 2608 (1992), İnternet Kaynak: <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/limits-on-state-regulatory-and-tax-power/cipollone-executor-of-the-estate-of-rose-d-cipollone-v-liggett-group-inc/>, Erişim Tarihi:02-10-2011.

³⁶⁹ *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, Prg. 13.

Davanın esası, federal yasalarla, geçersiz kılma iradesinin açıkça belirtildiği durumlarda bile, federe yönetimlerin ortak hukuk alanlarının hepsinin değil, sadece bir kısmının geçersiz olduğu şeklinde yorumlanabilmesidir.³⁷⁰ Ayrıca Yüksek Mahkeme bu davada, federal yönetimin geçersiz kılma yetkisinde belirtilen federe yönetim yasaları ifadesinden, ortak hukuk, tüzük ve yönetmelikler gibi geniş anlamda mevzuatın anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.³⁷¹

Aynı türden 1984 yılında, *Silkwood v. Kerr-McGee Corporation* davasında, nükleer tesislerin güvenliği alanında federal yönetimin yaptığı ve ulusal seviyede “üstün hukuk kuralını” belirlediği yasayla ilgili yasa nükleer tesislerin güvenliği ile ilgili düzenlemeler, geçersiz bırakılma iradesiyle federal yönetime aittir. Nükleer tesislerin güvenliği konusunda verilecek lisanslar, federal yasa düzenlendiği şekilde federal idari organlar tarafından verilecektir.³⁷²

Davada, nükleer santralde çalışan bir işçinin bu santralde maruz kaldığı plütonyum maddesi yüzünden uğradığı zararın tazmini söz konusu olmuştur. Bu dava, bir federe yönetim mahkemesinde açılmış ve mahkeme, federal yönetim tarafından üstün hukuk kuralının belirlendiği bu alanda, tazminata hükmetmiştir. Söz konusu olayda, ilk derece mahkemesi olarak görev yapan federe yönetim mahkemesi, ağır bir para cezasına hükmetmiştir. Nükleer santrali yöneten şirket bunu Temyiz Mahkemesi’ne taşıyarak, federe yönetimlerin bu tür bir yetkisi olmadığını, çünkü ilgili alanın federal hukukun üstünlük ilkesi gereğince federal yönetime bırakılmış bir alan olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, federal yönetim hukukunun üstün olduğu ve federe yönetimlerin düzenlemelerinin geçersiz olduğu bir alanda, federe yönetim mahkemelerinin tazminata hükmedemeyeceğini iddia etmiştir.

Söz konusu karar, Yüksek Mahkeme’nin temyiz yetkileri çerçevesinde tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme söz konusu nükleer santrallere ilişkin asıl yetkilinin federal yönetim organları ve hukuku olmasına rağmen, burada ki federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, federe yönetim yargı organlarının cezai tazminata karar veremeyeceği anlamına gelmediğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme ise temyiz mahkemesinin bu kararını bozmuş ve federal hukukun üstünlüğü ilkesinin kabul edilmesine rağmen söz konusu yasal mevzuat incelendiğinde, federal yönetimin açıkça federe yönetimlerin tazminata hükmedemeyecek şekilde alanı düzenlemediği ve dolayısıyla tamamıyla geçersiz bırakma sonucunun doğmadığını belirtmiştir.³⁷³ Burada

³⁷⁰ *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, Prg. 13.

³⁷¹ *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 112 S.Ct. 2608 (1992), İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-1038.ZS.html>, Erişim Tarihi:02-10-2011.

³⁷² Karar için bkz. *Silkwood v. Kerr-McGee Corporation*, İnternet Kaynak: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=464&invol=238>, Erişim Tarihi: 30-06-2011.

³⁷³ Söz konusu *Silkwood v. Kerr-McGee Corporation* kararı için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.lawnix.com/cases/silkwood-kerr-mcgee.html>, Erişim Tarihi: 30-06-2011. Kararın ayrıntılı metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=464&invol=238>, Erişim Tarihi: 30-06-2011.

önemli olan, federal ve federe yönetimlerin dengelerinin sağlanması adına kişi haklarının engellenmemesi ve bu dengeler arasında birey haklarının yok olmaması konusunda geliştirilen hassasiyettir.³⁷⁴

Tam tersi olarak Yüksek Mahkeme'nin önemli kararlarından biri olan *Ingersoll-Rand Co. v. McClendon* davasında, işveren tarafından emeklilik fonuna katkı yapmaktan kaçınmak amacıyla, işçilerin, haksız olarak işten çıkarılmayacağına ilişkin federe yönetim iş hukuku düzenlemelerinin, federal yönetimin 1974 tarihli *Employment Retirement Income Security Act* (ERISA) düzenlemesiyle geçersiz bırakıldığına (*preempt*) karar vermiştir.³⁷⁵

Mahkeme'nin, *Howlett v. Rose* kararına göre, federal hukukun üstünlüğü kapsamında, federe yönetimlerin dokunulmaz egemenlikleriyle (*sovereign immunity*) korunan- örtülü olan (*school district*), bölgelere karşı açılan federal sivil haklara ilişkin davaları kabul etmeleri gerekmektedir.³⁷⁶

California v. Federal Energy Regulatory Comm'n, federe yönetimlerin federal hidroelektrik projesi lisanslı nehirlerinde, minimum akış için belirlediği koşulların, *Federal Power Act* yasasında düzenlenen engelleyici madde (*saving clause*) kapsamında geçersiz bırakılmasına karar vermiştir.³⁷⁷

1990'lı yıllarda, federe yönetimlerin haklarının savucusu olan Başyargıç REHNQUIST dönemine kadar, federal hukukun üzerinde herhangi bir yargısal sınırlama neredeyse öngörülmemiştir. Söz konusu yıllarda, Yeni Düzen'in etkisi yavaş yavaş dağılmış ve Başyargıç REHNQUIST önderliğinde, federe yönetim mahkeme yargıçları için getirilen zorunlu emeklilik yaşı,³⁷⁸ federe yönetimlerin federal radyoaktif atık programına zorlayıcı katılımları,³⁷⁹ federal silah kontrolü yasalarının yürütülmesi gibi federal hukuka üstünlük sağlayan düzenlemelere, federal yönetimin yetkilerini aştığı gerekçesiyle sınır koyulmasını sağlamış, bir bakıma federal yönetimin bu yetki konularına müdahalesini engellemiştir.³⁸⁰

³⁷⁴ *Wisconsin Pub. Intervenor v. Mortier*, 111 S.Ct. 2476 (1991), İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1905.ZS.html>, Erişim Tarihi:02-10-2011. Bunun yanı sıra örneğin Yüksek Mahkeme, *Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act (FIFRA)* yasasının geçersiz kılma kurallarının, yerel yönetimlerin düzenlemelerinde pestisit kullanımını geçersiz bırakılmadığına karar vermiştir. *Ingersoll-Rand Co. v. McClendon*, 111 S.Ct. 478 (1990), İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1298.ZS.html>, Erişim Tarihi:02-10-2011.

³⁷⁵ *Ingersoll-Rand Co. v. McClendon*, 111 S.Ct. 478 (1990), İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1298.ZS.html>, Erişim Tarihi:02-10-2011.

³⁷⁶ *Howlett v. Rose*, 496 U.S. 356 (1990), İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/356/>, Erişim Tarihi:02-10-2011.

³⁷⁷ *California v. Federal Energy Regulatory Comm'n*, 495 U.S. 490 (1990), İnternet Kaynak: <http://openjurist.org/495/us/490/california-v-federal-energy-regulatory-commission>, Erişim Tarihi: 12-11-2012. Ayrıca Mahkeme, *United Steelworkers v. Rawson*, 495 U.S. 362 (1990) kararında, mayın-maden ocağı denetlenmesinde sendikal ihmale ilişkin federe yönetimlerin dava açma haklarının, Labor Management Relations Act düzenlemesiyle geçersizliğine (*preempted*) karar vermiştir. Federal yönetimin geçersiz kılma yetkisinin kullanıldığı davalara örnek olarak bkz. *Pacific Gas & Elec. Co. v. State Energy Resources Comm'n*, 461 U.S. 190 (1983)

³⁷⁸ *Gregory v. Ashcroft* - 501 U.S. 452 (1991), İnternet Kaynak: <http://openjurist.org/495/us/490/california-v-federal-energy-regulatory-commission>, Erişim Tarihi: 12-11-2012.

³⁷⁹ *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), İnternet Kaynak: http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1991/1991_91_543, Erişim Tarihi: 12-11-2012.

³⁸⁰ CALABRESİ, Steven G. *A Government of Limited and Enumerated Powers : In Defense of United States v. Lopez*, **Michigan Law Review**, vol. 94, s. 755.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlüklerle, federalizme yönelik kaygıları çeşitli şekillerde tezahür etmektedir. Ancak daha önemli olarak bu durumun, federalizmden beklenen faydayı aksattığı ileri sürülmektedir. Bu değerlendirmeye, mahkeme kararlarında hukuki yorum yerine, federal yasama organının herhangi bir yasayı oluştururken neyi amaçladığını belirlemeye ilişkin kararları en önemli gerekçe olarak gösterilir. Mahkeme'nin söz konusu doktrini, “*federal yönetimin amacı*” olarak kabul edilmektedir. Bu tür kararlara örnek olarak, 1978 tarihli *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.* kararında, belediyeler üzerinde antitröst yasalarının kapsamını incelerken ya da 1977 tarihli *Jones v. Rath Packing Co.* kararında, *Fair Packaging and Labeling Act* düzenlemesinin federe yönetimlerin geleneksel alanlarında olup olmadığını ölçerken, veyahut da 1975 tarihli *Fry v. United States* kararında, *Economic Stabilization Act* düzenlemesinin federe yönetimlerin egemenlik alanlarına müdahale derecesini belirlerken Mahkeme, federal yönetimin bu yasalarla neyi amaçladığını tespit etmiştir.³⁸¹ Özellikle liberal düşünürler, yüksek mahkemelerin federal ve federe yönetimlerin ayrıcalıklarını korumaya çalışmasını, bireysel hakların korunması temelinde tutarsız olarak kabul etmektedirler.³⁸²

Ayrıca, Yüksek Mahkeme federe yönetimlerin yasama ayrıcalıklarının geçersiz bırakılmasını önlemek için federal yönetimin mevzuatlarını dar yorumlama konusunda eleştirilmemektedir. Hatta, federal yönetim yetkilerinin anayasal sınırlamaları konusunda mahkemenin çok az veya hiç rolü olmadığı da ileri sürülmektedir. Mahkemenin, federalizm davalarında ve özellikle de geçersiz bırakma kararlarında kullanan, yasama organının amacına ilişkin, “*federal yönetimin amacı*” doktrinini federalizmle ilgili tarihsel ve doktrinsel referans olmadan kullanması düşünülemez. Üstelik mahkeme federal yönetimin oluşturduğu bir yasanın amacını belirlerken, bunu federal yönetimin rehberliğinde gerçekleştirilmemektedir.³⁸³

Özellikle federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, kendisini aşan bir uygulama olarak geçersiz bırakma gibi farklı sonuçlar doğuran ilkeler haline gelmesi ve ilkenin uygulayıcısı olanların, federal idari organlar olması ciddi bir kusur olarak kabul edilebilir. Bu durumda, siyasal koruma teorisinin temel argümanını tekrar gözden geçirmek gerekir. Teori, yasaların oluşturulması sürecine federe yönetimlerin dahil olmaları nedeniyle yargısal korumanın gereksizliğine işaret etmektedir. Ancak ilkenin, idari organlarca uygulanabilmesi, federe yönetimlerin usulü güvenceleri olmaksızın

³⁸¹ *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.*, 435 U.S. 389, 411-13 (1978); *Jones v. Rath Packing Co.*, 430 U.S. 519, 543-49 (1977); *Fry v. United States*, 421 U.S. 542, 547-48 & n.7 (1975). Ayrıca Mahkemenin, federal yasamanın amacını değerlendirdiği diğer kararlarına örnek olarak *Rewis v. United States*, 401 U.S. 808, 812 (1971) kararında, Travel Act düzenlemesinin federal ve federe yönetim düzenlerinin hassas ilişkileri üzerindeki etkilerini ölçmede federal yönetimin niyeti doktrinini kullanmaktadır. *Fay v. Noia*, 372 U.S. 391, 415-26 (1963); *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, 350-52 (1943); *United States v. Five Gambling Devices*, 346 U.S. 441, 449-52 (1953). Kararlar için bkz. İnternet Kaynak: www.jusita.com.

³⁸² DURCHSLAG, *Federalism and Constitutional Liberties*, s. 725.

³⁸³ DURCHSLAG, *Federalism and Constitutional Liberties*, s. 727.

normların geçersiz bırakılmasına neden olmaktadır. Federal yasaların oluşumuna katılan federe yönetimler, idari organların düzenlemelerinin oluşturulması sürecine katılamamakta, dolayısıyla, hem siyasi hem de usulü korumadan mahrum kalmaktadırlar. Anayasa, “federal yasalara” üstünlük sağladığından, bu ilkeye göre yapılacak geçersiz bırakma girişimleri, ancak federal bir yasayla yapılmalıdır.

Bu açıdan bakıldığında, geçersiz bırakma doktrininin federe yönetimlerin egemenliklerine müdahale ettiği görülebilir. Federal idari organların geçersiz bırakma uygulamaları nedeniyle federe yönetimler siyasal korumanın dışında kalmaktadırlar. Özellikle, son zamanlarda gelişen idari federalizm (*regulative federalism*) anlayışının, üstünlük ilkesini daha tehlikeli noktalara getirdiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu durumda siyasal koruma teorisinin federe yönetimlerin yasaların oluşumu sürecine katılmalarına ilişkin argümanı da güçlü bir koruma sağlamamaktadır.³⁸⁴

c. Tutarsızlık/Inconsistency Doktrini (Avustralya-Hindistan)

Hindistan Anayasası, hem münhasır yetkileri ayrı ayrı her iki yönetim düzeni için açıkça saymıştır hem de ortaklaşa yetki listelerini aynı şekilde sayarak belirlemiştir. Anayasa'nın 254. maddesinde de, federal hukukun üstün olduğu, federal ve federe hukuklar arasında uyumsuzluk olduğunda, federal hukukun geçerli olacağı belirtilmektedir.

Hindistan Anayasası'nın 251. maddesi; Anayasa'nın, 249. ve 250. maddelerin altında Parlamento tarafından yapılan yasalar ile federe yönetimlerin yasama organları tarafından yürürlüğe konulan yasaların uyumsuzluklarına ilişkin hükmü düzenlemektedir. Maddede genel olarak federal hukukun üstünlüğü ilkesi benimsenmiştir. Madde;

"Anayasa'nın 249 ve 250. maddelerinde düzenlenen hükümler bu anayasa altında federe yönetim parlamentolarına tanınan yasama yetkilerini sınırlayacak biçimde anlaşılmaslar, fakat federe yönetim parlamentoları tarafından yapılan bir yasa ile federal yönetim tarafından bu anayasada kendisine verilen yetkiler kapsamında yapılan bir yasayla uyumsuzluk içerirse, federe yönetim yasasının daha önce veya daha sonra yapıldığına bakılmaksızın geçersiz kılınacağı fakat söz konusu federal yönetim yasasının yürürlükte kaldığı sürece federe yönetimin uyumsuzluk içeren yasasının işlemeyeceği" ifade edilmektedir.

SAGAR Anayasa'nın, federe yönetim yetkilerini açıkça saymış olsa dahi, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin hangi yetki alanlarında uygulanması gerektiğinin belli olmadığını ifade etmektedir. Bu yönde yazar, söz konusu federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, açıkça sayılan ortaklaşa yetkiler kataloğu bakımından mı yoksa münhasır yetki alanları bakımından mı geçerli olacağının, Anayasa'nın hiçbir maddesinde belirtilmediğin, işaret etmektedir.³⁸⁵

³⁸⁴ VAZQUEZ, Carlos Manuel, *The Separation of Powers as a Safeguard of Nationalism*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 83:4, 2008, s. 1603.

³⁸⁵ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s.4.

Hindistan Anayasası'nın 254. maddesi de bu nedenle düzenlenmiş ve etkili bir şekilde merkeziyetçi federal yönetim ağırlığının bulunduğu yetki paylaşımı alanlarında, ayrıca federal hukukun üstünlüğü kabul edilmiştir. Hindistan'da bu ilke tutarsızlık ilkesi ya da doktrini (*inconsistency doctrine*) şeklinde ifade edilmektedir. Maddeye göre; federal yönetim parlamentosunun yapmış olduğu herhangi bir kanunla, federe yönetimlerin yaptığı kanunların arasında uyumsuzluk olması halinde, federal yönetimin kanunu geçerli olacaktır. İdari yetkiler bakımından da son derece merkeziyetçi bir yapı sergileyen, Hindistan uygulamada üniter devlet modeli gibi işlemektedir.³⁸⁶ Özellikle yetki paylaşımı esasının, bir çok yönden federal yönetimin alanlarına dahil edilebilmesinin anayasal meşruiyetinin sağlanmış olması, bu konuda önemli bir argüman olmaktadır.

Hindistan Anayasası'nda, ortaklaşa yetkiler alanı özellikle söz konusu tutarsızlık ilkesiyle desteklenmektedir. Anayasa'nın 254. maddesi, "federal yönetime, Ortaklaşa Liste'yle (*concurrent list*) verilen konulardan biriyle ilgili olarak yürürlüğe koyduğu veya var olan herhangi bir yasa hükmü için yetkili olan bir federe yönetim yasama organınca yapılan yasa ya da hükümleri, federal yönetim yasasının herhangi bir hükmüne aykırı ise, federe yönetim yasasının daha sonra yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, tutarsızlığın (*repugnancy*) devamı süresince geçersiz (*void*)" olacağını düzenlemiştir.

Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında söz konusu ilkenin uygulandığı görülmektedir.³⁸⁷ Ancak Anayasa'nın açık anlamı gereği bu ilke ortaklaşa yetkiler alanında uygulanacağı bellidir. Ayrıca federal yönetimin ve federe yönetimlerin yetki alanlarının ayrı ayrı sayılması da federasyon anayasası bakımından önemlidir.

Zaverbhai vs. State of Bombay kararında Yüksek Mahkeme, iki düzenleme arasındaki uyumsuzluğun, sadece, birinin olumlu olarak belirttiği düzenlemenin, diğerinde olumsuz olarak belirtilmesi ya da bir yasanın izin verdiğine, diğerinin engel olması anlamına gelmediğini, uyumsuzluğun her iki yönetim düzeninin, aynı alanı kapsayacak şekilde düzenleme yapıldığında (*covered the all field*), ortaya çıkacağını belirtilmiştir.³⁸⁸

³⁸⁶ ABADAN, aynı yönde Hindistan Anayasası'nın idari yetkilere ilişkin 256. ve diğer maddelerinde yer alan düzenlemelere istinaden, idari bakımdan birlik ile onu teşkil eden devletler arasındaki münasebet birliğin her seriye dahil devletlerde icra organlarını muayyen hususlarda kontrol yetkisine dayanmaktadır. Anayasanın 256 ve müteakip maddeleri, bu kontrolün icra tarzını ve hususiyetlerini belirtmektedir. Bu suretle Hindistan devletler birliğinin zahiri federatif karakteri birliği teşkil eden ünitelerin yetki darlığı yüzünden hakikatda merkeziyetçi bir idare sistemine yaklaşmaktadır yorumunu yapmaktadır. ABADAN, Yavuz, *Yeni Hint Anayasası*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1951, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 243-244.

³⁸⁷ *Tika Ramji Vs. State of UP*, (1956) SCR 393; AIR 1956 SC 676. (U.P. Sugar Cane Act, etc.). *Ahmedabad Mill Owners' Association Vs. I.G.*, AIR 1967 SC 1091. *Karunanidhi Vs. Union of India*, AIR 1979 SC 898; (1979) Cri LJ 773; *Karunanidhi Vs. Union of India*, (1979) Cri LJ 1876 (Mad) (FB). *Raghubir Vs. State of Haryana*, AIR 1981 SC 2037. *Western Coalfields Vs. Special Area Development*, AIR 1982 SC 697.

³⁸⁸ *Zaverbhai Amaldas vs The State Of Bombay* on 8 October, 1954 Equivalent citations: 1954 AIR 752, 1955 SCR 799, Prg. 809 ve 810. İnternet Kaynak: <http://indiankanoon.org/doc/345466/>, Erişim Tarihi: 02-01-2012.

Mahkeme zamanla, diğer federal sistemlerde bulunan Yüksek Mahkeme doktrinlerine, uyumsuzluk çözümünde uyum sağladığı görülmektedir. Örneğin *Maa Vaishno Devi Mahila vs State Of U.P. & Ors.* aynı alanda düzenleme yapan federal ve federe yönetimlerin normları arasında, tutarsızlık tespiti için, her iki normun aynı anda yürürlükte bulunmasının mümkün olup olmadığına bakılacağı ifade edilmiştir. Mahkeme kararında, iki yasa arasında herhangi bir tutarsızlık olup olmadığına ve her iki düzenlemenin sadece ortaklaşa yetkiler listesinde belirtilen yetkilerden olup olmadığını incelemesi gerekmektedir.³⁸⁹ Mahkemenin bu yönde oldukça titiz ve açık değerlendirmeler yaptığı ve yetki uyumsuzlukları halinde tutarsızlık kararıyla federe yönetimlerin mevzuatlarının geçersiz kılınmasında, öncelikle ortaklaşa yetkiler listesine ait bir yetki olup olmadığını tespit etmektedir.³⁹⁰

Tutarsızlık doktrini çerçevesinde yapılan bir tartışma, her federal sistemde ilkenin uygulaması bakımından belirgin farklılıkları ortaya koymaya yöneliktir.

*“Hindistan yetki paylaşımında, hem federal hem de federe yönetimlerin yetkileri açıkça münhasır yetkiler olarak belirtilmiştir. Bu durumda, tutarsızlık doktrini sadece ortaklaşa yetkiler bakımından uygulanabilir bir ilkedir. Bunun yanı sıra, eğer iki yönetim düzeninin yetkileri bakımından uyumsuzluk ortaya çıkarsa burada iki yetkinin kullanıldığı alandaki hukuk normundan biri anayasaya aykırıdır bu nedenle de geçersizdir. Burada, yani yetkilerin aşılması (ultra vires) söz konusu olmaktadır. Tutarsızlık doktrininde ise, her iki normun anayasal geçersizliği söz konusudur.”*³⁹¹

Bununla birlikte, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin bu görüşler yönünde değerlendirme yaptığı da görülmektedir. Mahkeme özellikle, yönetim düzenleri arasındaki yetki uyumsuzluklarını, yetki aşımı (*ultra vires*) kabul etmekte, ancak ortaklaşa yetki listesinde farklı yollarla tespit edebildiği uyumsuzlukları ise, tutarsızlık doktrini kapsamında ele almaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, diğer federal sistemlerde olduğu gibi ilkenin karmaşasını ortadan kaldırmaya çalışmıştır.³⁹²

Mahkeme, *Deep Chand v. State of U. P.* veya *Krishna v. State of Madras* kararlarında, üstünlük ilkesinin merkezîyetçi yorumlanmasını kesin bir şekilde reddetmiştir. Mahkeme'nin bu yöndeki değerlendirmeleri, tutarsızlık doktrinine ilişkin federal hukukun üstünlüğü ilkesinin sadece ortaklaşa yetkilerle ilgili olduğu düşüncesidir.³⁹³

³⁸⁹ *Maa Vaishno Devi Mahila vs State Of U.P. & Ors.* on 13 December, 2012, Prg. 50. İnternet Kaynak: <http://indiankanon.org/doc/345466/>, Erişim Tarihi: 02-01-2013.

³⁹⁰ Ayrıca bkz. *Satyapal Reddy v. Government of A.P.* (1994) 4 SCC 391, P. 396, İnternet Kaynak: <http://indiankanon.org/doc/1975268/>, Erişim Tarihi: 02-01-2013.

³⁹¹ BAKSHİ, Shri P.M., *Concurrent Powers of Legislation Under List III of the Constitution*, Ministry of Law & Justice, National Commission to Review the Working of the Constitution Commission Reports, Book 3, Volume II, 2002, s. 1249 vd. İnternet Kaynak: <http://lawmin.nic.in/ncrwc/finalreport/volume2book3.htm>, Erişim Tarihi: 02-10-2012.

³⁹² *Vijay Kumar Sharma & Ors. Etc vs State Of Karnataka & Ors. Etc* on 27 February, 1990, Prg. 680, İnternet Kaynak: <http://indiankanon.org/doc/1506108/>, Erişim Tarihi: 02-10-2012. Bu konuda diğer bazı kararlara örnek olarak, *Deep Chand Vs. State of U. P.*, AIR 1959 SC 648; (1959) Suppl. 2 SCR 8. *Premnath Vs. State of J&K*, AIR 1959 SC 749 (1959) Suppl 2 SCR 270. *Bar Council, U.P. Vs. State of U.P.*, AIR 1973 SC 231, 238; (1973) 1 SCC 261. *Barani Vs. Henry*, AIR 1983 SC 150, paragraph 15. kararları belirtilebilir.

³⁹³ *Deep Chand vs The State Of Uttar Pradesh*, 15 January, 1959, 1959 AIR, 648, 1959 SCR Supl. (2) 8, İnternet Kaynak: <http://www.indiankanon.org/doc/570453/>, Erişim Tarihi:05-11-2011. A. S. *Krishna vs State Of Madras.(With Connected*, 28

Mahkeme'nin *Hoechst Pharmaceuticals v. State of Bihar* kararında, iki münhasır yetkinin uyuşmazlık çıkarması halinde, bunların anayasal geçerlilikleri gündeme gelecektir. Belirli bir konudaki münhasır yetki, teorik olarak hem federal hem de federe yönetime verilemez. Hindistan Yüksek Mahkemesi de bu doğrultuda Anayasa'nın 254. maddesinde düzenlenen tutarsızlık ilkesini ele alarak, ilkenin sadece ortaklaşa yetkiler alanına ilişkin olduğuna karar vermektedir.³⁹⁴

Hindistan Yüksek Mahkeme'si bir çok kararın tutarsızlık doktrininin sadece ortaklaşa yetkilere ilişkin olabileceğini ifade ederek burada kesin bir çizgi çekmektedir. Bununla birlikte, tutarsızlık doktrininde, Hindistan Devlet Başkan'ının, federe yönetimler lehine önemli bir rolü söz konusudur. federal ve federe yönetimler arasında, ortaklaşa yetkilere ilişkin tutarsızlığı halinde, Devlet Başkanı uygun görürse, federe yönetimlerin mevzuatının geçerli olması yönünde karar verebilmektedir. Anayasa'nın 254. maddesinde düzenlenen bu hüküm, Başkan'ın federalizm konusundaki görüşlerini ön plana çıkardığı gibi, federe yönetimler lehine yorumlanabilecek bir alan bırakmaktadır.

Tutarsızlık doktrini (*inconsistency*) çerçevesinde, federal hukuka üstünlük tanıyan diğer bir federasyon Avustralya'dır. Sert yetki paylaşımının bir örneği olan Avustralya'da, Anayasa'nın 51. maddesi 39 ayrı yasama yetki konusunu, federal yönetim lehine saymıştır. Ancak hatırlanacağı üzere sayılmış yetki alanı olarak bu maddedeki konuları, uygulama ve Yüksek Mahkeme kararları gereği, zımni ortaklaşa yetkiler olarak kabul edilmektedir. Anayasa'nın 107. maddesi, artık yetkiler konusunda federe yönetimleri yetkili kılmıştır. Anayasa'nın 109. maddesi ise, federe ve federal yönetim yasal düzenlemeleri arasında, herhangi bir çatışma olması halinde, federal yönetim düzenlemesinin çatışmanın devam ettiği ölçüde uygulanacağını ifade etmektedir.³⁹⁵

Avustralya Anayasası'nın, federal ve federe yönetimler arasında, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar açısından ilk olarak, tutarsızlık ilkesi (*inconsistency principle*) ve uygulamadaki görünüşleri dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Anayasa'nın 109. maddesi; “*bir federe yönetim yasasının federal yönetim yasasıyla çatıştığı durumlarda federal yönetim yasası geçerli sayılacak ve federe yönetim yasasının uyuşmazlık içeren kısımları geçersiz sayılacaktır*” düzenlemesiyle, federal hukuka öncelikli uygulama getirildiğine işaret etmektedir.

Avustralya'da federal hukukun üstünlüğü ilkesi, federal hukukla çelişen federe

November, 1956, 1957 AIR 297, 1957 SCR 399, İnternet Kaynak: <http://www.indiankanoon.org/doc/1057797/>, Erişim Tarihi:05-11-2011.

³⁹⁴ *Hoechst Pharmaceuticals Ltd. And vs State Of Bihar And Others*, 6 May, 1983,1983 AIR 1019, 1983 SCR (3) 130, İnternet Adresi: <http://www.indiankanoon.org/doc/703764/>, Erişim Tarihi:02-03-2011. Ayrıntılı bilgi için bkz. SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 4.

³⁹⁵ Avustralya Anayasası'nın ilgili maddeleri için bkz. **Australasian Legal Information Institute**, İnternet Adresi: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/, Erişim Tarihi:02-9-2010.

yönetim hukuklarının açıkça geçersiz olacağına ilişkindir. Söz konusu ilke, tutarsızlık doktrini (*inconsistency doctrine*) şeklinde adlandırılmaktadır.³⁹⁶

Yüksek Mahkeme'nin, federal sistemin kurulduğu ilk yıllarda söz konusu ilkeyi daha dar yorumladığı, hatta federal yönetim hukukunun üstünlüğü ilkesini, federe yönetimlerin üstün olduğu alanları yorumlayarak uygulamıştır. Mahkeme bir bakıma federe yönetimin üstünlüğü ilkesini uygulama eğiliminde olmuştur. Nitekim HANKS Yüksek Mahkeme'nin, tutarsızlık doktrinine ilişkin ilk kararlarının söz konusu doktrin, ters bir şekilde uygulanmasına yol açacak şekilde geliştirildiğini ifade etmiştir.³⁹⁷

*Federated Saw Mill v James Moore & Sons Pty Ltd*³⁹⁸ kararında federal yönetim, AY. m. 51 f. xxxv'dan³⁹⁹ kaynaklanan, "uzlaştırma ve tahkim" yetkisine dayanarak, *Conciliation and Arbitration Act* düzenlemesini oluşturmuştur. Kararda *Conciliation and Arbitration Act* düzenlemesinin, federe yönetim yasalarıyla tutarsızlığı halinde üstünlük kaydının nasıl uygulanacağına ilişkin prensipler belirlenmiştir. İlgili yasada, federe yönetimlerin endüstriyel alanlara ilişkin kendi iç alanlarına etki eden uyuşmazlıkların çözümü, federal yönetim tarafından müdahale edilecek alanlar olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda kararda, federal yönetimin üstünlüğü ilkesi gereğince, federe yönetimlerin bu konudaki düzenleme ve mahkeme kararlarının geçersiz olacağı iddiası söz konusudur. Mahkeme bu önemli kararında, tutarsızlık doktrin, tersine, federe yönetim yasalarına uygun olmayan endüstriyel alana ilişkin hiçbir düzenlemenin, *Conciliation and Arbitration Act* kapsamında olmayacağını belirtmiştir. Açıkça federal yönetimin, federe yönetimlerin kendi iç alanlarına müdahale edebilecek endüstriyel alanlara ilişkin düzenlemelerinin, federe yönetimlerin düzenlemelerine aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir.⁴⁰⁰

Burada, Anayasa'nın 109. bölümünde öngörülen federal yönetimin hukukun üstünlüğü ilkesinin tersi bir biçimde, federe yönetimlerin üstün olduğu alanlar ifade edilmiştir.. Bu doğrultu Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin, federal hukukun üstünlüğüne ilişkin tutarsızlık ilkesini, ilk zamanlar oldukça dar, hatta federe yönetimlerin üstün olduğu alanları belirleyerek, tersi bir biçimde yorumlama eğiliminde olmuştur. Mahkeme, "*federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, yani Avustralya için tutarsızlık doktrininin, federasyonun yaşamı için çok önemli*" olduğunu belirtmiştir. Ancak kararla, önceden koloniler olarak federe yönetimlerin düzenledikleri bir takım

³⁹⁶ MCONVIL James, SMITH, Darryl, *Interpretation and Cooperative Federalism: Bond V R From A Constitutional Perspective* , Federal Law Review, Vol. 29, 2009, s.64 vd.

³⁹⁷ HANKS, *Inconsistent Commonwealth And State Laws: Centralizing Government Power In The Australian Federation* , s. 108.

³⁹⁸ Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *Federated Saw Mill v James Moore & Sons Pty Ltd* [1909] HCA 43; (1909) 8 CLR 465 (25 June 1909), Karar metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1909/43.html>, Erişim Tarihi: 07-07-2011.

³⁹⁹ Avustralya Anayasası'nın 51. maddesinin xxxv. fıkrası, Herhangi bir federe yönetimin sınırlarının ötesine uzanan endüstriyel anlaşmazlıkların önlenmesi ve çözümü için uzlaştırma ve tahkim , konusunda federal yönetim yetkilidir.

⁴⁰⁰ *Federated Saw Mill v James Moore & Sons Pty Ltd*.

alanlarda, üstünlük ilkesinin uygulanmaması prensibi benimsenmiştir.

Federal yönetimin uzlaştırma ve tahkim yetkisine ilişkin olarak, Avustralya Yüksek Mahkemesi'ne tahkim ve hakemlik yetkisi verilmesi söz konusu olmuştur. Bu yönde Yüksek Mahkeme başka bir kararında, federasyonun nihai yargı organını olarak, anayasal bir devlet organı olduğu, söz konusu tahkim ve uzlaştırma gibi yargısal olmayan, norm denetimi dışındaki görevlerin mahkemenin yetkisi içerisinde olmadığını belirtmiştir. Anayasayla federal yönetime verilen yetkilerin, diğer tür yargısal olmayan işlemleri gerçekleştirmek üzere,⁴⁰¹ böyle bir mahkeme kurmak yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir.⁴⁰² Mahkeme, Avustralya federasyon anayasası ile tesis edilen, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğini ortaya koymuştur. Anayasa'nın belirlediği yargı yetkisinin, sınırlı olmadığını fakat mahkemelere verilen yargı yetkisinin, başka hiçbir görevi gerçekleştirmek için de verilmediğini ifade ederek, yargının bu anlamda sınırlı olduğunu belirtmiştir.⁴⁰³

Bu yönde Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin 1909 tarihli *Federated Saw Mill v James Moore & Sons Pty Ltd* kararıyla, federal hukukun üstünlüğü ilkesi için belirli bir çerçeve oluşturmuş olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin ilk dönemlerde, dikey anlamda iki hukuk normunun çatışması halinde, federal hukuka üstünlük kararını uygulamak için iki prensipten hareket etmiştir. İlki bireylerin, aynı alanda bulunan federal ve federe düzenlemelerine, aynı anda uymalarının mümkün olmamasıdır. İkincisi ise, her iki düzenlemenin uyumsuzluğu halinde bireylerin düzenlemelerden birine uymalarının, kaçınılmaz olarak diğer hukuk normuna itaatsizlik anlamına gelmesidir.⁴⁰⁴ Mahkemenin federasyonun kurulduğu ilk yıllarda, iki yönetim düzeninin hukukları arasındaki tutarsızlık doktrinini, bu iki ilke üzerine inşa ettiği ve tutarsızlık ilkesini uygulayabilmek için bir test alanı oluşturduğu görülmektedir. Mahkeme, kararında kayıtsız şartsız federal hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanamayacağını ve bunun için belirli koşulların varlığının gerekli olduğunu ortaya koymuştur.⁴⁰⁵

Federated Saw Mill v James Moore & Sons Pty Ltd kararının etkisi çok uzun sürmemiştir. Tutarsızlık ilkesini ters çevirerek, federe yönetimlerin üstün olduğu alanlarda uygulanamayacağına ilişkin bu karar, bir yıl sonra Mahkeme'ye atanan

⁴⁰¹ Mahkeme kurulan Court of Conciliation and Arbitration'ın, bir tür uzlaştırma ve tahkim yoluyla endüstriyel anlaşmazlıkların önlenmesi ve yerleşim yeri olduğunu belirtmektedir. *R v. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia*, No: 2-3.

⁴⁰² *R v. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia*, Sıra No: 2.

⁴⁰³ *R v. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia*, Karar No: HCA 10; (1956) 94 CLR 254 2 Mart 1956.

⁴⁰⁴ HANKS, Peter, *Inconsistent Commonwealth And State Laws: Centralizing Government Power In The Australian Federation*, *Federal Law Review*, Vol. 16, 1986, s. 108.

⁴⁰⁵ Burada, Söz konusu yasa, endüstriyel ilişkilerin çözümü için bir uzlaştırma ve tahkim mahkemesinin kurulmasını *Court of Conciliation and Arbitration* ve mahkeme başkanının da Yüksek Mahkeme başkanı olmasını düzenlemiştir. Yasaya göre, Başkan bir uyumsuzluğun yasaya ilişkin olan kısımlarının Yüksek Mahkeme bünyesinde görülmesine karar verebilmektedir. Günümüzde, varlığını sürdürmeyen *Conciliation and Arbitration Court* Avustralya'da iş ve sosyal güvenlik alanları ile sanayi ve ekonomik alanlara ilişkin uyumsuzlukları tahkim ve uzlaştırma yolu ile çözdüğünden, 1956 yılında Yüksek Mahkemenin bir kararıyla ortadan kaldırılmıştır. Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *Federated Saw Mill v James Moore & Sons Pty Ltd*, 1909, Karar No: HCA 43; (1909) 8 CLR 465 (25 June 1909). Karar için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1909/43.html>, Erişim Tarihi: 09-12-2012.

Yargıç ISAACS ve Yargıç JJ. HIGGINS, tarafından *Australian Boot Trade Employees Federation v Whybrow & Co* kararında eleştirilmiştir.⁴⁰⁶ Kararda, federal yönetiminin endüstri alanına ilişkin düzenlemelerinin, federal yönetimin hukukun üstünlüğü çerçevesinde ele alınacağı ve bu yönde, turtasızlık ilkesi gereği federe yönetimlerin düzenlemelerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Mahkeme turtasızlık doktrininin gerçek anlamının, federal yönetimle uyumsuzluğu bulunan federe yönetim normlarının uygulanmaması olduğunu ifade etmiştir.⁴⁰⁷

Avustralya Anayasası'nın 109. maddesinde yer alan federal hukukun, federe hukukla tutarsızlığı halinde üstün kabul edilmesi, Mahkeme tarafından sıkça kullanılan ilkelerdendir. Zaman içerisinde ilkenin yargı kararlarıyla şekillenerek, yargısal bir doktrin haline geldiği görülmektedir. Bu yönde Mahkeme, tutarsızlık doktrinini ikiye ayırarak federal ve federe normlar arasında ortaya çıkan doğrudan tutarsızlıklar (*direct inconsistency*) ile dolaylı tutarsızlıklar (*indirect inconsistency*) kapsamında ayrı ayrı uygulamıştır. Bu yönde doğrudan tutarsızlıklarda, iki biçimde ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak federal ve federe yönetimlerin düzenlemelerine aynı anda uymanın ya da her iki düzenlemenin aynı anda uygulanmasının imkansız olduğu durumlardır. İkinci olarak ise, bir düzenlemenin hak olarak sunduğu bir alanın, diğer yönetimin düzenlemesiyle ortadan kaldırılmışsa, burada doğrudan tutarsızlık söz konusu olacaktır. Buna karşılık dolaylı tutarsızlıklar,

Mahkeme ilk olarak *R v Licensing Court of Brisbane* kararında, her iki hukuk norma aynı anda uyulmanın imkansız olduğu durumların doğrudan tutarsızlık kapsamında olacağını belirtmiştir.⁴⁰⁸

Mahkeme ikinci olarak, federe yönetim yasalarının, federal yönetim yasalarıyla vatandaşlara verilen hak ve imtiyazları ortadan kaldırması durumunda da doğrudan tutarsızlık nedeniyle, federal normların uygulanmasına karar vermektedir.⁴⁰⁹ Avustralya Yüksek Mahkemesi, federal bir yasanın tüm alanı kaplayacak bir şekilde yapılmış olması ve bir federe yönetimin bu alanı ihlal etmeye kalkışması durumlarında da, tutarsızlık doktrininin ortaya çıkacağı konusunda oldukça net olduğu belirtilir.⁴¹⁰

Avustralya Yüksek Mahkemesi örneğin *R v Brisbane Licensing Court; Ex parte Daniell* kararında, doğrudan ve metinsel uyumsuzluk söz konusu olduğuna karar vererek, federal hukukun üstünlüğü çerçevesinde federe yönetim normunu geçersiz

⁴⁰⁶ HANKS, *Inconsistent Commonwealth And State Laws: Centralizing Government Power In The Australian Federation*, s. 109.

⁴⁰⁷ *Australian Boot Trade Employes Federation v Whybrow & Co* [1910] HCA 8; (1910) 10 CLR 266 (30 March 1910). İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1910/8.html>, Erişim Tarihi: 02-10-2012.

⁴⁰⁸ Söz konusu kararda Queensland federe yönetiminin, referandum ve Senato seçimlerinin aynı günde yapılacağına ilişkin düzenlemesiyle (*Liquor Act 1912*), federal yönetimin, federe yönetimlerde yapılacak referandumlarla, Senato seçimlerinin aynı günde yapılamayacağına ilişkin düzenlemesi (*Commonwealth Electoral (Wartime) Act 1917*), doğrudan bir tutarsızlık olarak kabul edilmiştir. Karara ulaşmak için bkz. *R v Licensing Court of Brisbane*; ; *Ex parte Daniell* [1920] HCA 24; (1920) 28 CLR 23 (22 April 1920). İnternet Kaynak: http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/28clr23.html, Erişim Tarihi: 02-10-2012.

⁴⁰⁹ Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararı, *Clyde Engineering Company Limited v Cowburn*, 1926, Karar No: HCA 6; (1926) 37 CLR 466 (19 April 1926), Karar metni için bkz. İnternet Kaynak: http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/37clr466.html.

⁴¹⁰ MCCALLUM, *Plunder Downunder: Transplanting The Anglo-American Labor Law Model to Australia*, s. 392-393.

kılmıştır.⁴¹¹ Yüksek Mahkeme, örnek olarak, *Blackley v Devondale Cream (Vic) Pty Ltd (1968) 117 CLR 253* kararında, tutarsızlık testi için, federal ve federe yasaların her ikisine de uymanın mümkün olmadığı bir durum tespit etmiştir.⁴¹²

Avustralya’da, Amerika’daki geçersizlik doktrininde kabul edilen tüm alanı kapsayıcı (*occupied the field*) düzenleme ilkesinin benzeri bir ilkeyle tutarsızlık kararları verildiği görülmektedir. Bu tür uyuşmazlıklar ise, dolaylı uyuşmazlıklar (*indirect inconsistency*) olarak kabul edilerek, tutarsızlık ilkesi gereği, federe yönetim normlarının geçersizliği sonucunu doğurmaktadır. Mahkeme, *Clyde Engineering Co Ltd v Cowburn* kararında, federal yönetimin tüm alanı kapsayan düzenlemesinin (*covering the field*) tutarsızlık içerisinde değerlendirmiştir.⁴¹³

Bu yönde, Avustralya Yüksek Mahkemesi kararlarında, ABD Yüksek Mahkemesi’nin kararlarına sık sık atıf verildiğini de belirtmek gerekir. Nitekim özellikle federal hukukun üstünlüğü ilkesi kapsamında, bu ilkenin ilk ve önemli uygulayıcısı olan Başyargıç MARSHALL’ın *McCulloh v Maryland* ve *Gibbons v. Ogden* kararlarına, sık sık atıflar verildiği görülmektedir. belirtilmiştir.

Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin 1926 tarihli *Engineering Davası*, bu açıdan sınır işareti olarak kabul edilmektedir. New South Wales federe yönetiminin 1925 yılında çıkarmış olduğu, *Forty-Four Hours Week Act* ile haftalık çalışma saatlerinin 44 saat olması ve bunun üzerinde çalışan işçilerin ekstra ücret almasına yöneliktir. Bu arada, aynı alanın federal bir mahkeme olan, *Commonwealth Court of Conciliation and Arbitration* tarafından verilen bir kararla, 48 saatin altında çalışan işçilerin, işe devamsızlığı şeklinde mahsup edileceğine karar vermiştir.

Kararda ilginç olarak, Amerika’da benimsenen federal yönetimin amacına ilişkin tespitlerin yapıldığı görülmektedir. Avustralya Yüksek Mahkemesi, tutarsızlık doktrini çerçevesinde federal hukuka üstünlük sağlayacağında, federal yönetimin amacını tespit etmeye çalışmıştır. Bu kararla, zımnî tutarsızlık doktrinin geliştirildiği görülmektedir. Bu yönde Mahkeme, bir adım daha ileriye giderek, federal yönetimin zımnî amacı üzerinden tutarsızlık kararları verebilmektedir. Kararda, federal yönetimin tüm alanı kapsayacak düzenlemesine dayanarak tutarsızlık kararı verilmesi için, iki tespit yapılması gerektiğine işaret edilmiştir. İlki, federal yönetimin açık ya da zımnî belirli bir alanı bütünüyle kapsayacak şekilde düzenleme yapması (*cover the field*) ve ikinci olarak, hangi alanın bütünüyle düzenlenmiş olduğudur.

Bu yönde 1937 tarihli *Victoria v The Commonwealth* kararında Yargıç DIXON,

⁴¹¹ Aynı türden uyuşmazlığa bağlı olarak, *Mabo v Queensland (1988) 166 CLR 186*: kararında da tutarsızlık kararı verilmiştir. *Upholding the Australian Constitution*, Volume Seventeen, içinde, Chapter Nine, PAPE, Bryan, *The Use and Abuse of the Commonwealth Finance Power*, **Proceedings of the Seventeenth Conference of The Samuel Griffith Society**, 2005, s. 39, 132 vd.

⁴¹² *Blackley v Devondale Cream (Vic) Pty Ltd* [1968] HCA 2; (1968) 117 CLR 253, (2 February 1968), İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1968/2.html>, Erişim Tarihi: 08-12-2011.

⁴¹³ *Clyde Engineering Co Ltd v Cowburn (1926) 37 CLR 466*: İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1926/6.html>, Erişim Tarihi: 08-12-2011.

“geçerli bir federe yönetim yasasının, federal yönetimin ortaklaşa düzenlediği bir yasayı, değiştirmesi, zayıflatması ve işleyişini azaltacak şekilde etki etmesi halinde, geçersiz (invalid) olacağına” ve ilkeyle, “federal yasanın ifadelerinde, belirli bir alanı bütünüyle düzenlemesiyle” tutarsızlık kararları verilebileceğini ifade etmiştir.⁴¹⁴

Bu kararda geliştirilen tutarsızlık doktrini, 1997 tarihli *Telstra v Worthing* kararında elden geçirilmiştir. Bu yönde Yüksek Mahkeme'nin söz konusu tarihe kadar, oldukça önemli yargısal doktrinler geliştirildiği görülmektedir. Bu kararda da Avustralya Yüksek Mahkemesi, daha önce geliştirilmiş bulunan tutarsızlık ilkeleri değerlendirilmiştir.

Bu doğrultuda federal ve federe normlar arasında ortaya çıkan uyumsuzluklarda, tutarsızlık kararı verilebilmesi için; doğrudan ve metinsel bir uyumsuzluk bulunduğu durumlarda, her iki yasaya da eş zamanlı olarak uyanın mümkün olmaması, belirli hakların verilmesi yani, bir yasanın tanıdığı hak, ayrıcalık veya imtiyazın diğer yasa tarafından tanınmaması ya da daha az tanınması durumu ve federal yönetimin tüm alanı kapsayacak şekilde düzenleme yapması, gerekmektedir.⁴¹⁵

Bunun yanı sıra, federe yönetimlerin tutarsızlık ilkesi çerçevesinde geçersizliğine karar verilen normlarının, yürürlükten kaldırılıp kaldırılmayacağına ilişkin sorunsal, Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *Carter v Egg and Egg Pulp Marketing Board (Vic)* kararında ifade edilmiştir. Kararda geçersiz sayılmanın (*invalid*) pozitif anlamda, federe yönetimlerin ilgili alanda yasalar oluşturmaya ilişkin yetkilerinin bulunmadığı anlamına gelmediğini ifade edilmiştir. Burada tutarsızlık kararı verilmiş bulunan federe yönetim normlarının, sadece “geçerliliği bulunan federe yönetim normunun, sadece yürürlüğünün sona erdiğini” (*ceases to operate*) belirtmiştir.⁴¹⁶ Ancak Mahkeme, 1985 tarihli daha sonraki, *University of Wollongong v Metwally* kararında, federe yönetimlerin tutarsızlık gereği yürürlüğü durdurulan yasalarının, yeni bir yasa düzenlenen kadar geçersiz kalacağını belirtmiştir.⁴¹⁷

Mahkeme'nin tutarsızlık prensibiyle yürürlüğü durdurulan ya da geçersiz bırakılan federe yönetim normlarına ilişkin kararsız doktrini, yetki uyumsuzluklarında federe yönetimlerin yetkilerine yapılan müdahalelerin sonucunu değiştirmemektedir. Nitekim söz konusu alanda işlemeyen federe yönetim yasası, ancak federal yönetimin o alandaki yetkiyi kullanmak istemediği durumlarda, pratik bir kolaylık sağlayacaktır. Federe yönetim o alanda yeni baştan düzenleme yapmayacaktır ki bu durumun federal

⁴¹⁴ *Victoria v Commonwealth* [1937] HCA 82; (1937) 58 CLR 618 (17 December 1937), İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1937/82.html>, Erişim Tarihi: 08-12-2011.

⁴¹⁵ *Telstra v Worthing* [1999] HCA 12; 197 CLR 61; 73 ALJR 565; 17 NSWCCR 674 (24 March 1999), P. 27 vd. İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1999/12.html>, Erişim Tarihi: 08-12-2011.

⁴¹⁶ *Carter v Egg & Egg Pulp Marketing Board (Vic)* [1942] HCA 30; (1942) 66 CLR 557 (26 November 1942), İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1942/30.html> Erişim Tarihi: 04-02-2011.

⁴¹⁷ *Metwally v University of Wollongong* [1985] HCA 28, İnternet Kaynak: <http://netk.net.au/Australia/Metwally.asp>, Erişim Tarihi: 04-02-2011.

yönetimin iradesine bağlı olduğu açıktır. Dolayısıyla Mahkeme, federe yönetim düzenlemelerini, federal hukukun üstünlüğü gerekçesiyle, bir çok yolla geçersiz bırakabilmektedir.

Anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren yargı organı bakımından, Anayasa'nın 109. maddesinde düzenlenen tutarsızlık ilkesinin, federe yönetimlerin düzenlemelerini geçersiz bırakmak adına bir temel teşkil etmektedir.⁴¹⁸

Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin, federalizmi geçmişte olduğundan daha fazla dengelemeye çalıştığına dair, küçükte olsa bazı kanıtlar bulunduğu da belirtilmektedir. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin özellikle yetki uyuşmazlıkları konusunda belirlediği “zımnî dokunulmazlık doktrininin”, federe yönetimlerin federal yönetimle verdiği yargı mücadeleleri açısından umut vaat ettiği belirtilmiştir. Bu doktrinin federe yönetimlere, federal yönetim yasalarının direkt uygulandığı durumlarda –federal hukukun üstünlüğü ve federe yönetim haklarını geçersiz kılması- nefes alabilecekleri bir alan bıraktığı ifade edilmiştir.⁴¹⁹

Avustralya'da, tutarsızlık doktrinin, özellikle sert yetki paylaşımından kaynaklanan sorunlarla karmaşıklaştığı, bu yönde kendisi gibi diğer bir sert yetki paylaşımı örneği alan Amerikan federal sistemine çok daha fazla yaklaştığı görülmektedir. Avustralya'da federal hukuka üstünlük verilmesinde, ortaklaşa yetki alanı bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak hatırlanacağı üzere, her iki sistemde de federe yönetimlerin ve federal yönetimlerin yetki alanlarıyla, zımnî ortaklaşa yetkilere ilişkin uygulamalar, birbirine karışmış durumdadır. Dahası her iki federal sistemde de federe yönetimlerin yetkileri, artık yetkiler kapsamında olduğundan, Yüksek Mahkemelerin öncelikle bu alanları ayırma çabası söz konusu olabilmektedir.

d. Üstünlük/Paramountcy Doktrini (Kanada)

Kanada'da, federal hukukun üstünlüğü ilkesi (*federal paramountcy*) anayasa hukukunun kavramlarından biridir. Teoride üstünlük doktrini olarak tanımlanan ilke, federal yönetim ve federe yönetimlerin anayasaya uygun yasalarının arasındaki uyuşmazlıklarda, federal yasaların üstün olacağı anlamına gelmektedir. Ancak Kanada Anayasası'nda, ABD veya Avustralya anayasalarında öngörüldüğü gibi genel bir üstünlük prensibi bulunmamaktadır.⁴²⁰ Bunun yerine ilke, ilk olarak *Privy Council* döneminde kabul edilerek, günümüz Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir.⁴²¹ İlkeyi geliştiren yargı organı bunu, Anayasa'nın federal yönetime geniş yetkilerin verilmesini sağlayan esnek hükmünden hareketle benimsemiştir. İlgili

⁴¹⁸ FOLEY, Kathleen E., *Australian Judicial Review*, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 6, 2007, s. 287.

⁴¹⁹ BAIER, *Courts and Federalism*, s. 160-165.

⁴²⁰ COLVIN, *Constitutional Law, Paramountcy, Duplication and Express Contradiction, Multiple Access Ltd. v. Mccutcheon*, s. 347.

⁴²¹ Privy Council ilk olarak ilkeyi, *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion* (Local Prohibition case) [1896] A.C. 348, at 365-70 (P.C.) kararıyla kabul ederek uygulamıştır.

esnek düzenleme, federal yönetimin “barış, düzen ve iyi yönetim” adına genel nitelikte yasalar oluşturabileceğine ilişkin hükümdür.⁴²² Bu durumda, federal yasayla çelişen federe yönetim yasası, uyuşmazlık devam ettiği sürece etkisiz olacaktır.⁴²³

Kanada Anayasası’nda, Avustralya ya da ABD Anayasaları’nda olduğu gibi, genel anlamda federal yasalara üstünlük veren bir hüküm bulunmamaktadır. Kanada Anayasası’nda böyle bir hüküm olmamasına rağmen, zaman içerisinde bu ilkenin federal ve federe yönetimler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, Yüksek Mahkeme kararların bir sonucu olarak benimsenmiştir. Böylelikle Kanada’da federal hukuka üstünlük tanıyan “*federal paramountcy*” kavramı benimsenmiştir.⁴²⁴

Kanada Anayasası’nda, 95. maddesinde, federal ve federe yönetimlerin tarım ve göçmenlik konuların ilişkin ortaklaşa yetkisi düzenlenmiş ve sadece bu hükümde, federal ve federe yönetimlerin söz konusu yetkilerinin uyuşmazlık çıkarması halinde, federal yönetim düzenlemelerinin üstünlüğü belirtilmiştir. Burada, anayasa koyucunun federal hukukun üstünlüğü ilkesini, en azından ortaklaşa yetkilere ilişkin olarak öngördüğü ifade edilebilir.

Anayasa koyucu, 94A maddesinde ise, benimsenen farklı bir üstünlük kuralının ifade edilmesi gerekir. Anayasa’nın 94A maddesine göre, yaşlılık aylıklarına (*old-age pension*) ilişkin uyuşmazlıklarda, federe yönetimlerin mevzuatına üstünlük tanınmaktadır. Belirli bir konu alanı olsa da Anayasa’da üstünlük ilkesi belirli konulara ilişkin olarak hem federal yönetime, hem de federe yönetimlere tanınmaktadır.⁴²⁵

Bunun yanı sıra önemli bir özellik olarak, Kanada Anayasası’nın birinci bölümünde düzenlenen Kanada Temel Hak ve Özgürlükler Şartı’nın (*Canadian Charter Of Rights And Freedoms*) 33. maddesinde; temel özgürlükler (2. madde), yasal haklar (7. madde) ve ayrımcılık karşıtı konularda (15. madde) federe yönetimlerin geçersiz bırakma (*override*) yetkileri söz konusudur.⁴²⁶ Bu hüküm, belirli alanlarda federe yönetimlere anayasal kuralları geçersiz kılmak için izin vermektedir.⁴²⁷ İlgili maddeye göre federe yönetimler beş yıllık sürelerle, Temel Hak ve Özgürlükler Şartı’nda yer alan hükümlere rağmen aykırı yasalar oluşturabilirler. Üstelik söz konusu beş yıllık

⁴²² *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion (Local Prohibition case)*; COLVIN, *Constitutional Law, Paramountcy, Duplication and Express Contradiction, Multiple Access Ltd. v. Mccutcheon*, s. 348.

⁴²³ LEDERMAN, W. R., *The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada*, *McGill Law Journal*, Vol. 3, s. 195.

⁴²⁴ HOGG, *Paramountcy and Tobacco*, s. 335. Aynı zamanda bkz. *Constitutional Studies*, The Centre for Constitutional Studies, University of Alberta, İnternet Kaynak: <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/keywords/>, Erişim Tarihi: 09-12-2011.

⁴²⁵ Madde, *Federal Parlamento yaşa bakılmaksızın kazazede ve maluliyet tazminatı dahil olmak üzere, emeklilik maaşı ve ek tazminatlara ilişkin yasaları yürürlüğe koyabilir. Fakat böyle bir yasa, söz konusu alanlarda eyaletlerin mevcut ve gelecekte oluşturacakları yasaların işleyişine etki etmeyecektir* şeklinde düzenlenmiştir.

⁴²⁶ Şartın ilgili maddesinde yer alan bu konular dışında, demokratik haklar, serbest dolaşım hakları, dil hakları, Şart’ın uygulanmasına ve cinsel eşitlik maddesini düzenleyen alanlar geçersiz bırakma yasalarının konusu olmamaktadır. Bununla birlikte 2. maddede yer alan yasal haklar kapsamında, vicdan ve din özgürlüğü; basın özgürlüğü dahil düşünce, inanç, düşünce ve ifade özgürlüğü ve diğer iletişim ortamları; barışçıl toplanma özgürlüğü; dernek özgürlüğü gibi bir çok özgürlük bahsi geçen geçersiz bırakma yasaları kapsamında tutulmuştur. İlgili Şart’a ulaşmak için bkz. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Constitution Act, 1982, Part I, İnternet Kaynak: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>, Erişim Tarihi: 03-10-2012.

⁴²⁷ FIELD, Martha A., *The Differing Federalisms of Canada and The United States*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 55: No. I, 1992, s. 107.

dönemde bu yasalar, anayasaya uygunluk denetiminin dışında kalabilmektedirler.⁴²⁸

Bu konudaki önemli kararlardan biri, Quebec federe yönetiminin Fransızca diline ilişkin oluşturduğu özel bir Şart'a ilişkindir. Quebec ilgili düzenlemeyi (Bill 101), ifade özgürlüğü kapsamında Temel Hak ve Özgürlükler Şartı'nın 2. maddesinin b. fıkrası gereğince oluşturduğunu ifade etmiştir.⁴²⁹ Ancak Kanada Yüksek Mahkemesi bu konudaki sınırlamalara rağmen ilgili düzenlemeyi denetlemiş ve dil özgürlüğüne ilişkin bu düzenlemeyi ifade özgürlüğü kapsamında olmadığına karar vermiştir. Mahkeme dil özgürlüklerine ilişkin düzenlemelerin, Temel Hak ve Özgürlükler Şartı'nın 16. ve 23. maddelerinde düzenlendiğini belirtmiştir. Mahkeme ilgili yasayı iptal etmiştir.⁴³⁰

Bununla birlikte, 1867 *British North America Act* hazırlayanların, genel anlamda bir federal hukukun üstünlük ilkesini belirlemekten kaçındıkları belirtilmektedir. Nitekim, böyle bir doktrinin kurulması ise mahkemelere kalmıştır.⁴³¹ Böylelikle, federal ve federe yönetimler arasında uyuşmazlık ortaya çıktığında, federal hukukun üstünlüğü ilkesi uygulama alanı bulabilmektedir.

Kanada'da uygulanan üstünlük doktrinin amacı, federe yönetim hukukunun, federal yönetim hukukuna uygun olmasıdır.⁴³² Kanada Yüksek Mahkemesi'nin, federalizm uyuşmazlıklarının çözümünde federal hukukun üstünlüğü doktrini (*paramountcy doctrine*), oldukça geniş alanlarda kullandığı görülmektedir. Bu yönde, özellikle 1970'li yıllardan sonra yetki paylaşımına ilişkin Kanada Yüksek Mahkemesi'nin "verimlilik" odaklı yorumlarının, giderek "çeşitlilik" aleyhinde geliştirdiği ifade edilir.⁴³³ Gerçekten de, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin söz konusu ilkeyi benimseyip ortaya çıkarmış olduğu gibi ilkeyi uygulamada diğer yüksek mahkemeler kadar aktif olduğu görülmektedir.

Mahkeme'nin bazı kararlarında federal hukukun üstünlüğü doktrini, daha genel bir çerçevede ele alınmaktadır. Örneğin *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan* kararında, geçerli bir federal yasayla, geçerli federe yönetim yasalarının uyuşmazlığı halinde, tutarsızlık söz konusu olduğu, bu durumda da, federal yasamaya tanınan üstünlük ilkesi gereğince, federe yönetim mevzuatlarının tutarsızlığın devam ettiği

⁴²⁸Yazar, federe yönetimlerin ilgili yasalarının özsözünde, anayasaya aykırılık tespitinden muaf tatalacağı düzenleyebileceklerini belirtmektedir. İlgili maddede, federe yönetimlerin söz konusu yasalarının beş yılın sonunda sona ereceği hükmü (*sunset clause*) yer alsa da, federe yönetimler yasalarının beş yıl daha yürürlükte kalmasını tekrar düzenleme imkanına sahiptir. FIELD, *The Differing Federalisms of Canada and The United States*, s. 108.

⁴²⁹Bill 101; Quebec'teki dil rejimini belirleyerek, Fransız Dili Şartı olarak ifade edilir. Bu yasayla Quebec meclisinin, mahkemelerinin, hükümet faaliyetlerinin ve devlet okullarının dillerinin Fransızca olmasını zorunlu hale getirmektedir. Quebec'te bulunan bütün işyerlerinin Fransızca iş görmesini zorunlu tutan düzenleme, sanayi ve ticaret alanında Fransızca konuşanlara yeni olanaklar yaratmayı hedeflemiştir. Yasayla Fransızca, Quebec'teki ticaret, iş ve emek ilişkilerinin resmi dil olarak benimsenmesini sağlamıştır. KALAYCI, **Kanada-Quebec Sorunu**, s. 76-77.

⁴³⁰*Ford v. Quebec* (a.g.), [1988] 2 S.C.R. 712. İnternet Kaynak: <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/384/index.do>, Erişim Tarihi: 09-08-2012.

⁴³¹HOGG, *Paramountcy and Tobacco*, s. 335.

⁴³²HOGG, *Paramountcy and Tobacco*, s. 335.

⁴³³TANGUAY, Yves, BROUILLET, Eugénie, *The Legitimacy of Constitutional Arbitration in a Multinational Federative System: The Case of the Supreme Court of Canada* Special Series on The Federal Dimensions Of Reforming The Supreme Court of Canada, **Institute of Intergovernmental Relations School of Policy Studies**, Queen's University, SC Working Paper 2010 – 07, s. 7.

ölçüde işlemeyeceği belirtilmiştir.⁴³⁴

Ancak federal üstünlük doktrini, federe yönetimlere ait yetkilerin zaman içerisinde daha alt kategorilere ve bölümlere ayrılmasına, yetki paylaşımı kataloglarının, federal yönetimin lehine işlemesine neden olmaktadır. Yetkilerin giderek küçük parçalar halinde bölünerek federal yönetimlere aktarılması, federalizmin ya da federal sistemin ayakta kalmasını engellediği de ifade edilmektedir.⁴³⁵

Federal hukuk üstün kabul edilerek, federe yönetim hukuklarını geçersiz bırakması, yargı organına iki anlamda yorum yapabilme olanağı sağlamaktadır. Mahkeme, somut uyuşmazlığı geniş anlamda tanımlarsa, federe yönetimlerin yasalarının bulunduğu “alanlar” federal yönetim yasasıyla “örtülü” (*covered*) alanlar haline gelecektir. Böyle bir durumda, federe yönetim yasalarının iptali söz konusu olacağından, bu merkezin lehine olduğu gibi, yargısal aktivizm anlamına da gelmektedir. Öte yandan uyuşmazlığın dar anlamda tanımlanması halinde, federe yönetim hukukuna, “açık uyuşmazlık” ortaya çıkana kadar yaşama şansı verilir. Bu da federe yönetimler lehine olacağı gibi, yargının kendi kendini sınırlaması olarak değerlendirilir.⁴³⁶

Kanada Yüksek Mahkemesi, federal hukukun üstünlüğünü test ederken üç farklı yorum geliştirmiştir. İlki, federal yönetimin belirli bir yetki konusunda tüm alanı kapsayacak (*covering the field*) şekilde düzenleme yapmasıdır. İkinci olarak, federe yönetim mevzuatıyla, o konudaki federal yönetim mevzuatına, aynı anda uyulmanın mümkün olmamasıdır ki bu duruma, açık çelişki (*express contradiction*) adı verilmektedir. Burada, federe hukuka uymak, federal hukuku ihlal etmek anlamına gelmektedir.⁴³⁷ Mahkeme'nin bu konudaki diğer bir yorumu ise, federe yönetim mevzuatının, federal yönetim mevzuatıyla ortaya konulan amacı engellenmesi (*frustration of federal purpose*) halinde, federal hukuka üstünlük sağlanacağına yöneliktir. Bu yorum, belirli bir alanda federe yönetimlerin yasalarına uyulması zorunluluğunun, federal yönetimin o alanda düzenlemiş olduğu yasaya ilişkin amacını engelleyebileceği karinesine dayanmaktadır.⁴³⁸

Tüm alanı kapsayan uyuşmazlıklara örnek olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *O'Grady v. Sparling* kararı örnek olarak verilebilir.⁴³⁹ Karara konu olan uyuşmazlık, federe yönetimin dikkatsiz sürüşe ilişkin trafik suçuyla (*traffic offence*), federal Ceza Kanun'un, dikkatsiz sürüşe ilişkin hükmüdür. Kararda Karşılığı'nu belirten Yargıç

⁴³⁴ *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188. Parg. 11. İnternet Kaynak: Erişim Tarihi:

⁴³⁵ TANGUAY, BROUÏLLET, *The Legitimacy of Constitutional Arbitration in a Multinational Federative System: The Case of the Supreme Court of Canada* s. 7.

⁴³⁶ HOGG, *Paramountcy and Tobacco*, s. 336.

⁴³⁷ Bu tür yoruma örnek olarak bkz. *Multiple Access v. McCutcheon* [1982] S.C.J. No. 66, [1982] 2 S.C.R. 161. İnternet Kaynak: <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/keywords/?id=25>, Erişim Tarihi: 03-11-2012.

⁴³⁸ HOGG, *Paramountcy and Tobacco*, s. 339.

⁴³⁹ *O'Grady v. Sparling*, 1960, S.C.J. No. 48, [1960] S.C.R. 804. *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776. kararı buna örnek olarak gösterilebilir. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1960/1960canlii70/1960canlii70.html>, Erişim Tarihi: 03-11-2012.

CARTWRIGHT, federal yönetimin bu yasayı oluşturmakla, zaten tüm alanı kapsayacak bir düzenleme yaptığını, bu doğrultuda federal yönetimin Ceza Kanunu'nun o alanda, federe yönetimlerin hiçbir mevzuatı bulunmayacağına ilişkin “negatif bir ima” taşıdığını belirtmiştir.⁴⁴⁰ Kararın çoğunluk oyu ise, ceza hukukuna ilişkin yetkilerin Anayasa'nın 91. maddesinin 27. fıkrasına göre federal yönetimin yetkisi olduğuna ilişkindir. Bu yönde çoğunluk görüşü, “federal yönetimin tüm alanı kapsayan düzenlemesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlık yorumu yerine, “*her iki düzenlemenin, aynı anda yürürlükte olmaları ve aynı zamanda faaliyet göstermelerinin mümkün olmamasına*” dayanmaktadır. Çoğunluk görüşü bu nedenle federe yönetimlerin mevzuatını geçersiz bırakmıştır.⁴⁴¹

Buradaki kararın iki boyutu bulunmaktadır. İlki olayda görüldüğü üzere, uyuşmazlığa konu olan yetki alanları, federal ve federe yönetimlerin ortaklaşa yetkilerinden değildir. Karara konu olan uyuşmazlık, ceza hukukuna ilişkin federal yönetim yetkisiyle, sivil hak ve karayollarının kontrolü, federe yönetimlerin yetkilerindedir. Burada açıkça iki münhasır yetkinin çatışması söz konusudur. Mahkeme bu çatışmaya, federal hukukun üstünlüğü ilkesini uyarlayarak çözüm bulmuştur. Dolayısıyla, federal hukukun üstünlüğüne ilişkin klasik yaklaşımın, burada uygulanmadığı görülmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin ortada gerçek bir uyuşmazlık olmadığı durumlarda üstünlük doktrinini, “hem federal ve hem federe yönetim normlarının aynı anda uygulamada olmasının mümkün olmayacağı” hallerde kullandığı da görülmektedir.⁴⁴² Bunun yanı sıra, Mahkeme'nin sınırlı da olsa uyuşmazlıklarda, federal üstünlük doktrini bulunmadığına ilişkin kararları da vardır.⁴⁴³

Genel olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin üstünlük doktrinine ilişkin yorumu, federal yönetim lehindedir. Nitekim Mahkeme'nin bu tür uyuşmazlıkları çözmesine ilişkin en önemli sorun, federal yönetimin münhasır yetkilerinin sayıldığı Anayasa'nın 91. maddesiyle, federe yönetimlerin münhasır yetkilerinin sayıldığı 92. maddesindeki yetki konularının örtüşmesidir. 1931 tarihli *Huddart Parker v. Commonwealth* kararında Yargıç EVATT, AY.nın 91. m.de sayılan federal yönetimin ticaret ve alım-satıma ilişkin münhasır yetkisinin, AY.nın 92. m.de sayılan federe yönetimlerin mülkiyet ve sivil haklara ilişkin yetkisiyle örtüştüğüne işaret etmektedir. Yargıç bu durumda, federal yönetimin ticareti ve alım-satımı düzenleme yetkilerinin derecesini,

⁴⁴⁰ *O'Grady v. Sparling* Parag. 820.

⁴⁴¹ Bu tür kararlara örnek olarak, *Stephens v. The Queen* [1960] S.C.J. No. 49, [1960] S.C.R. 823. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1960/1960canlii71/1960canlii71.html>, Erişim Tarihi: 03-11-2012.

⁴⁴² *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776. kararı buna örnek olarak gösterilebilir. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1960/1960canlii12/1960canlii12.html>, Değerlendirmesi için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/keywords/?id=25>, Erişim Tarihi: 03-11-2012.

⁴⁴³ Bu konuda örnek olarak, *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2010/2010scc39/2010scc39.html>, Erişim Tarihi: 02-11-2012.

federe yönetimlerin sivil haklar ve mülkiyet üzerindeki münhasır yetkilerini koruyarak tespit ve tanımlamanın mümkün olmadığını belirtmektedir. Yargıç EVATT, federal yönetimin bir bütün olarak Kanada'da, ticareti düzenleme amacı dışında, sivil hakları etkileyen bir düzenleme yaparsa, federal yönetimin bu yetkisinin reddedileceğini belirtmiştir.⁴⁴⁴

Kararın, *Privy Council* döneminde verilmiş olduğunu da belirtmek gerekir. Kanada federasyonunda 1949 yılına kadar yetki uyuşmazlıklarının çözümü, *British Judicial Committee of the Privy Council* tarafından gerçekleştirilmekteydi. Bu nedenle, 1949 yılından sonra Kanada Yüksek Mahkemesi'nin yetki uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarının, politik etkilerinin ayırt edilmediği belirtilir. Bu yönde, *Privy Council* benzersiz bir yargı organı olarak, diğer federasyon yüksek mahkemelerinden farklılığı ifade edilmektedir. Özellikle, Kanada federasyonu üzerinde önemli etkileri olmuştur. Konsey, hem imparatorluğun sömürgesi olan Kanada'dan konum olarak uzak bir yerde davaları gerçekleştirmiş, hem de Kanada'nın toplumsal olarak etkilendiği ekonomik ya da siyasi krizlerden uzak olmuştur. Bu nedene *Privy Council*'in kararlarında, merkezileşme eğilimi göstermediğine işaret edilir.⁴⁴⁵

Toplumun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullara karşılık üçüncü bir taraf olan Konsey, tarafsızlık ve bağımsızlık anlamında herhangi bir endişe teşkil etmeyebilir.⁴⁴⁶ Söz konusu bağımsızlığın, bu denli yoğun olduğu durumlarda, yargı organın toplumsal koşullara karşı ilgisiz olabileceğini de göz önüne almak gerekir. Bu doğrultuda *Privy Council*'in, özellikle yetki uyuşmazlıklarına ilişkin federalizm davalarında, yetki paylaşımı konusunda önemli bir işlev üstlendiği, 1867 Kanada BNA (*British North America Act-Constitution Act 1867*) ile kurulan merkeziyetçi yapının tersine çevrilerek, zayıf federal güçler ve güçlü federe yönetimlere olan dönüşümde önemli katkısı olmuştur.⁴⁴⁷

Daha sonra Kanada bağımsızlığı ile Kanada Yüksek Mahkemesi'ne geçen yargı yetkisinin, uzunca bir süre Konsey'in içtihatlarından yararlandığını fakat yavaş yavaş bu içtihatlarında ayrılarak geçtiğimiz 25 yıllık süreçte ciddi ve tutarlı bir merkeziyetçi duruş sergilediğini belirtmektedir. Bu yönüyle mahkemenin bir sarkaç hareketine benzer karar vermekten uzak, aksine mahkemenin sabit evriminin gitgide merkeziyetçi ve milliyetçi bir içtihat doğru ilerlemektedir.⁴⁴⁸

Kanada federasyonunda, federal ve federe yönetimlerin münhasır yetkilerinin ayrı ayrı sayılması (*double enumeration*), yetkilerin örtüşmesi bakımından bir gerekçe

⁴⁴⁴ *Huddart Parker v. Commonwealth* (1931) 44 CLR 492, 526f. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2010/2010scc39/2010scc39.html>, Erişim Tarihi: 02-11-2012.

⁴⁴⁵ BZADERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review*, s. 13.

⁴⁴⁶ Özellikle yargıçların tarafsızlığına ilişkin bir değerlendirme için bkz. ÖDEN, Merih, *Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*, AÜHFİD, Cilt : 43, Sayı: 1-4, 1993, s. 62 vd.

⁴⁴⁷ SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada*, s. 4.

⁴⁴⁸ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 3-4.

olarak gösterilmektedir.⁴⁴⁹ Bu yönde, federal (91. madde) ve federe yönetimlerin (92. madde) münhasır yetkileri, kaçınılmaz bir şekilde örtüşmesi söz konusudur.⁴⁵⁰ Ne var ki bu yetkilerin ayrı ayrı münhasıran sayılması, yetkilerin örtüşmesinin nedeni değildir. Kanımızca buradaki en önemli sebep, anayasa koyucunun her iki yetki listesini, birbiriyle örtüşecek şekilde belirlemesidir. Örneğin federal yönetime uçsuz bucaksız Ceza hukuku yetkilerinin verilmesiyle, federe yönetimlerin kendi trafik cezalarına ilişkin düzenlemelerinin uyuşmazlık çıkarması muhtemeldir. Bu bakımdan örtüşmenin nedeni, özellikle yetkilerin niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, ortaklaşa yetkiler alanından ziyade her iki yönetimin uygulamada örtüşen münhasır yetkilerine ilişkin uyuşmazlıklarda, daha fazla kullanılmaktadır. Bunun diğer bir sonucu, anayasada sayılan sınırlı ortaklaşa yetkilerin, uygulamada daha fazla olmasıdır.

Yetki paylaşımında benimsenen bu ikili münhasır yetki listesi, yetkilerin örtüşmesine engel olamamıştır. Bu durum, Kanada Konfederasyonu döneminde ortaya çıkmış, Konsey bu konuda ikili yön teorisini (*double aspect theory*) geliştirmiştir.⁴⁵¹ Kanada Yüksek Mahkemesi ise, Privy Council'in bu teorisini uzunca süre devam ettirmiştir. İkili yön teorisi gereği, bazı durumlarda her iki münhasır yetki listesine giren düzenlemelerin olabileceğine karar vermiştir.⁴⁵²

Bu teorinin en önemli faydası, en azından federe yönetimlerin münhasır yetkilerinin, federal üstünlük teorisine geçersiz kılınmasını engellemesidir. Eğer Mahkeme, bir uyuşmazlığı ikili yön teorisi kapsamında ele alırsa, bu durumda federal üstünlük teorisi gereği, federe yönetim mevzuatı geçersiz sayılmayacaktır. Böylelikle örtüşen iki yasanın da yürürlükte kalabilmesi mümkün olabilecektir.

Bu yönde Kanada Yüksek Mahkemesi'nin, 1982 tarihli *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon* kararı örnek verilebilir. Burada Mahkeme, örtüşen iki yasayla ilgili olarak, "aynı konunun iki farklı yönünü ele alan bu iki yasanın, hem federal yönetimin, hem de federe yönetime kendilerine anayasayla verilen yasama yetkilerini kullanmaları nedeniyle, geçerli" olacağını belirtmiştir.⁴⁵³ İkili yön teorisinden önce, Kanada anayasal yetki paylaşımının, ikili münhasır yetki listesi, klasik "su geçirmez bölmeler" şeklinde kabul edilmekteydi. Gerek *Privy Council*'in, gerekse Kanada Yüksek Mahkemesi'nin

⁴⁴⁹ LECLAIR, Jean, *The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity*, *Queen's Law Journal*, 28, 2002-2003, s. 418.

⁴⁵⁰ Bell Canada v. Quebec, [1988] 1 S.C.R. 749 at 766.

⁴⁵¹ Privy Council'in kararı, *Hodge v The Queen (Canada) [1883] UKPC 59 (15 December 1883)*, İnternet Kaynak: http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1883/1883_59.html, Erişim Tarihi: 12-11-2012.

⁴⁵² Örnek olarak *Smith v. The Queen*, kararında, Mahkeme her iki münhasır yetki listesinde eşzamanlılık ya da ortaklaşalık unsuru ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 SCR 161, Page 182. *Smith v. The Queen, 1960 CanLII 12 (SCC)*, [1960] S.C.R. 776, İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1960/1960canlii12/1960canlii12.html>, Erişim Tarihi: 12-11-2012.

⁴⁵³ *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 SCR 161, İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1982/1982canlii1705/1982canlii1705.html>, Erişim Tarihi: 12-11-2012. Açıklama için bkz. *Constitutional Keyword, Center for Constitutional Studies*, İnternet Kaynak: <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/keywords/?id=69>, Erişim Tarihi: 18-11-2012.

örtüşen münhasır yetkilere ilişkin ikili yön teorisi, bu klasik yaklaşıma ilişkin açık bir değişiklik yapılmasına neden olmuştur.⁴⁵⁴

Kanada’da, üstünlük doktrini aracılığıyla bir çok yargısal teori ya da yaklaşım geliştirilmiştir. Özellikle *Privy Council*’ın kararlarıyla, federal sistemin kurulduğu ilk yıllarda, Mahkeme’nin bu ilkeyi daha sınırlı yorumlama yönündeki eğilimi fark edilmektedir. Ancak, burada önemli olan iki yönetim düzeninin münhasır yetkilerinin, üstünlük doktrinine konu olmalarıdır. Bu da büyük ölçüde yetki paylaşımının münhasır listelerinde, yetkilerin açık olmamasından kaynaklanabilmektedir. Federe yönetimler, bireysel haklar mülkiyet gibi oldukça geniş Alana yayılabilecek yetkilerini kullanmaya çalışırken, federal yönetimlerin ticaret ve alım-satımı düzenleme ya da ceza hukuku gibi büyük alanlara yayılabilen yetkileriyle örtüşme yaşayabilmektedirler.⁴⁵⁵

Kanada esnek yetki paylaşimleri arasında en az ortaklaşa yetki türü benimsemiş federal sistemlerden biridir. Eğer klasik yaklaşımdan hareket edilirse, uygulamada üstünlük doktrininin daha sınırlı alanda uygulandığını kabul etmek gerekecektir. Ancak, Kanada’da gelişen yargısal uygulama nedeniyle hem ortaklaşa yetkilere ilişkin alanlar fazlalaşmış, hem de Yüksek Mahkeme üstünlük (*paramouncy*) doktrinini tüm yetki alanlarında uygulamıştır.⁴⁵⁶ Kanada’nın söz konusu ilkeye ilişkin en önemli tespit, Anayasa’da genel anlamda bir üstünlük ilkesi benimsenmediği halde, Yüksek Mahkeme’nin bu ilkeye ilişkin olarak en az diğer federasyon yüksek mahkemeleri kadar doktrin geliştirmiş olmasıdır.

e. Hukuk Düzenlerinin Eşitliği Prensibi (Avusturya)

Avusturya’da anayasaya yargısının ve Anayasa Mahkemesi’nin, federal ve federe yönetim hukukları arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek için düzenlenen bir kurum olduğu belirtilmektedir. Öyle ki Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin uyuşmazlık çözme yetkisi, federasyon anayasalarında bulunan federal hukukun üstünlüğü ilkesine alternatif olarak geliştirilmiştir.⁴⁵⁷

Çalışmamızda, diğer federasyonlarda federal yönetim hukuku üstün kabul edilirken Avusturya’da hiyerarşi alanında iki hukuk düzeninin eşit olduğu kabul edilmektedir. Avusturya Anayasası’nda, bu hükme yer verilmemiştir. Cumhuriyet Anayasası’nın kurulması sürecinde, Sosyal Demokratların karşıt görüşlerine rağmen federal yönetim hukukunun federe yönetim hukukuna eşit olarak kabul edilmesi görüşü benimsenmiştir. Kurucu Meclis’te, özellikle Anayasa’nın hazırlanmasında katkısı bulunan KELSEN’in, bu ilkenin benimsenmemesi yönündeki görüşleri galip gelmiştir.

⁴⁵⁴ LECLAIR, *The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity*, s. 420 vd.

⁴⁵⁵ Genel değerlendirme için bkz. TAYLOR, *Characterisation in Federations: Six Countries Compared*, s. 35 vd.

⁴⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. LEDERMAN, W. R., *The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada*, s. 195 vd. Ayrıca, Kanada’da ortaklaşa yetkilere ilişkin uygulama, ileriki başlıklarda verilecektir.

⁴⁵⁷ ÖHLINGER, Theo, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, June 2003, s. 212-213.

KELSEN, federal hukukun üstünlüğü gibi bir ilkenin, federal sistemlerde anayasaya uygunluk denetiminden beklenen işlevi geçersiz kılacağını ileri sürmüştür. Ona göre, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirecek olan yüksek mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olacaklardır. Dolayısıyla, yetkilerin örtüştüğü ya da uyuşmazlık çıkardığı durumlarda, böyle bir ilkenin çözüm mekanizması olarak kabulü, anayasaya uygunluk denetimi ve Anayasa Mahkemesi'nin hakemlik yetkisini anlamsız kılacaktır.⁴⁵⁸

KELSEN bunu, “*ilke, federal bir sistemde, paradoksal olarak Anayasa Mahkemeleri'nin gerekliliğini ortadan kaldırdığı*” şeklinde ifade etmektedir. KELSEN'e federal sistemin etkin koruması için “*ne federal hukuk federe yönetimleri veya hukuklarını, ne de federe yönetimler federal hukuku geçersiz bırakmamalıdır.*” Bunun yerine, her iki yönetim düzeninin, “*kendi yetki alanlarının sınırı olan bir anayasa şemsiyesi altında buldukları*” şeklinde değerlendirilmelidir. Bu bakış açısından hareketle, her iki yönetimin yetki alanlarının sınırlarının anayasada yer aldığını ve dolayısıyla yetki uyuşmazlıklarının çözümü için üstünlük ilkesi gibi Anayasa Mahkemesi'nden başka araçla çözümlenmesinin mümkün olmayacağını ifade etmiştir.⁴⁵⁹ Bu nedenle, diğer tür sistemlerde öngörülmesine karşın Avusturya Anayasası'nda, üstünlük hükmünün benimsenmemiştir.

Bu yönde iki hukuk düzeninin eşitliğinin, federal yönetimin federe yönetimlere verdiği bir taviz olduğunu belirtmişlerdir. Böylelikle, federal hukukun üstünlüğü gerekçesiyle, federe yönetim hukuklarının geçersiz sayılması prensibi kabul edilmemiştir.⁴⁶⁰

Avusturya'daki bu tercih ilk bakışta, federalizm düşünce biçimine yakın olduğu düşünülebilir. Aynı şekilde Avusturya Anayasası'nın, artık yetkiler federe yönetimlere bırakması da, ilk bakışta kanatları güçlü bir federal yapı olduğunu düşündürebilir. Ne var ki Avusturya'da benimsenen anayasal esnek yetki paylaşımın içeriği, yetki paylaşımı kataloğunda, yasaları oluşturmaya ilişkin yasama yetkilerinin, ağırlıklı olarak federal yönetime bırakması ve son olarak siyasal kültürün, federalizm düşüncesini desteklemediği görülmektedir. Bu da federal yönetimi politika belirleyici olmasına, yürütme yetkilerinin federe yönetimlerde olması da federe yönetimlerin federal yönetim politikalarının uygulayıcı olan yerel yönetimlere benzemesine yol açmaktadır.

Tüm bu nedenlerle Avusturya, merkezileşmenin en üst seviyelerde olduğu merkeziyetçi federasyonlardan (*zentralistischer Bundesstaat*) biri olarak görülmektedir.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ ÖHLINGER, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, s. 212-213.

⁴⁵⁹ PAULSON, Stanley L., *Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, June 2003, (223-39), s.

⁴⁶⁰ ÖHLINGER, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, s. 213.

⁴⁶¹ ERK, *Explaining Federalism*, s. 17.

Buradaki önemli sorun, yine anayasa koyucularının, yetki paylaşımına ilişkin (Avusturya AY.'sı m. 10, 11, 12, 13, 14 ve 15) kullanılan terminolojiden kaynaklanmaktadır. Anayasal yetki paylaşımının, “açık” olmaması, yeni ortaya çıkan yetkilerin, artık yetkiler çerçevesinde federe yönetimlere bırakılmış alanlar olarak kabul edilmesini engellemektedir.⁴⁶²

Avusturya bu anlamda federal hukukun anayasayla üstün olduğu düşüncesinin aksine, Avusturya’da hiyerarşik olarak federal ve federe hukuk normlarının anayasadan sonra birbirlerine eşit olduğu prensibi kabul edilmektedir. Uygulamaya baktığımızda ise, yetki paylaşımının, yasama yetkileri bakımından federe yönetimlerin oldukça zayıf bir konumda bırakıldıkları görülmektedir. Avusturya’da mevcut toplumsal yapısında da, bu duruma ilişkin belirgin sesler çıkmamaktadır. Burada ayrıca federe yönetimlerin, Avrupa Birliği üyesi olarak, birlik hukuku çerçevesi içerisinde de oldukları görülmektedir.⁴⁶³

Avrupa Birliği üye ülkelerinden bir diğeri olan Avusturya’da, uluslarüstü (*supranational*) hukukun yani Birlik hukukunun, Avusturya’da mevcut hukuk düzenlerine olan üstünlüğü kabul edilmiştir. Avusturya, hukuk düzeni Topluluk hukukuna açılmış ve Topluluk hukukunun önceliği, karşı düzenleme içeren ulusal hukukun statüsünden bağımsız olarak (krş.t.: Katılım tasarrufu md.2) kabul edilmiştir. Bu doğrultuda Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin, doğal olarak Topluluk hukukunun anayasa hukukuna nazaran da önceliğinden hareket etmekte olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶⁴

Avusturya’da federal yönetim lehinde dengelenen yetki paylaşımı nedeniyle, ciddi bir merkezleşme eğilimi göstermektedir.⁴⁶⁵ Bu durum, diğer federal sistemlerdeki kadar uyuşmazlık çıkması bu yolla tıkanmıştır. Ancak burada, yasama yetkileri kapsamında, yeni hukuki konuların (çevre koruma, atık arıtımı ve bertaraf edilmesi ya da şehir ve bölge planlama gibi) gelişmekte olan alanlarda uyuşmazlıkların kaynağı olabilmektedir.⁴⁶⁶

Federal hukukun üstünlüğü prensibinin, yetki paylaşımı kataloglarının yapısına göre de farklılık arz edebilir. Örneğin, Avusturya’da nerdeyse tüm yasama yetkileri

⁴⁶² HUPPMANN, *Cases of Conflicts of Competence between State Powers before the Constitutional Court* , s. 3 vd.

⁴⁶³ Bu yönde Avusturya’nın, Avrupa Birliği entegrasyonu ve özellikle farklı hukuk seviyelerinin bulunmasından etkilendiğini, bu yolla Avrupa anayasacılığının, Avusturya Anayasası bakımından uyarıcı bir unsur olduğu belirtilmektedir. EBERHARD, Harald, LACHMAYER, Konrad, *Constitutional Reform 2008 in Austria: Analysis and Perspectives* , **Vienna Journal on International Constitutional Law**, Vol 2, 2/2008, s. 122 vd.

⁴⁶⁴ Ayrıca Yazar, Avusturya’nın uluslarüstü hukukun yani birlik hukukunun Avusturya’da geçirdiği gelişimi şu sözlerle ifade etmiştir. Avusturya da 1995’te AB’ne katılırken, Alman Anayasa hukukuna dayanmışlardır. Ancak, anayasa koyucu Almanya’dakine benzer bir kendine güvenle iradesini ortaya koymamıştır. Bu nedenle de sonuç başka türlü ortaya çıkmıştır. Avusturya Anayasa Mahkemesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin Maastricht kararında dile getirdiği entegrasyon sınırlarına kısmen lafzen aynı sözlerle atıfta bulunmuştur. Ancak bu atıf Avusturya’da Almanya’dakine benzer anayasal sınırlar olmaması nedeniyle, katılmaya ilişkin federal anayasa kanununda yer almamıştır. ARSAVA, Fusun, *Birlik Hukuku ve Anayasa Arasındaki İlişki* , **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:4, No:1, Güz: 2004, s. 101.

⁴⁶⁵ ERK, *Austria: A Federation without Federalism* , s. 9.

⁴⁶⁶ HUPPMANN, Reinhold, *Cases of Conflicts of Competence between State Powers before the Constitutional Court* , *The Procedure at The Austrian Constitutional Court in Cases Concerning Disputes Between Different Powers* Austrian Constitutional Court, **European Commission for Democracy Through Law**, Venice Commission Seminar, Armenia, 1999, s. 3 vd.

federal yönetime bırakılmıştır. Bu alanda yetki uyuşmazlıklarının, diğer federal sistemlere göre daha az ortaya çıkması doğaldır ki, Avusturya Anayasası federasyonlar arasında federal hukukun üstünlüğü prensibini anayasayla benimsememiştir.

f. Hükümsüz Kılma/Bricht İlkesi (Almanya)

Avusturya Anayasası, federal hukukun, federe hukuka üstünlüğü ilkesini içermemektedir. Bir diğer Germanik federal sistem olarak karşımıza çıkan Almanya’da da, Anayasa’nın “federal hukukun üstünlüğü” başlıklı 31. maddesinde, federal hukukun, eyalet hukukunu geçersiz sayacağı ifade edilmektedir. WIEDERIN, her iki ülkenin hem tarihsel hem de mevcut anayasal sistemde farklı uygulamaları olduğu, ancak yetki paylaşımında, açıkça federal yönetimlere bırakılmamış yetkilerin federe yönetimlere ait olduğunu belirtmektedir.⁴⁶⁷

Avusturya’da ifade ettiğimiz, AB üye ülkelerine ilişkin değerlendirmenin, burada ayrıca belirtilmesi gerekir. Nitekim, AB hukuku, üye ülkeleri arasında öncelikli olarak uygulanmaktadır. Kısaca, AB hukuku, üye ülkelerinin hukukundan üstündür. Aynı şekilde Almanya’da, federal hukuka da öncelik ve üstünlük tanınmıştır. Bu durumda, federal ve federe yönetimlerin hukuk normlarını, hangi düzeyde tutulduğu da önemlidir. Nitekim Almanya’da, Topluluk hukukunun, anayasa hukukuna nazaran önceliği mutlak olarak kabul edilmemektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Topluluk hukukunun ulusal hukuka nazaran önceliğini, oldukça erken tanımış olmasına rağmen, zamanla, anayasa hukuku bakımından, uluslararası hukukun önceliği konusunda farklı çekincelerin ortaya çıktığı belirtilmektedir. Topluluk hukukunun önceliğinin kabulü için bir önkoşul olarak, anayasanın yapısal prensiplerinin, Topluluk hukukunda korunması kabul edilmiştir.⁴⁶⁸

Yetki uyuşmazlıklarının çözümünde Alman Anayasa Mahkemesi’nin genellikle, uyuşmazlık konusunun, federal yetkilere ilişkin bir iddiayla ilgili olduğu durumlarda, federe yönetimler lehine karar verdiği, ancak uyuşmazlık konusu, federal yasaların yürütülmesini üstlenen federe yönetimlere karşı, federal hükümetin kontrol ve direktif haklarına ilişkin olduğu durumlarda da, Mahkeme’nin, federal yönetim lehinde karar verdiği belirtilir.⁴⁶⁹

Alman Anayasası’nın 31. maddesi ABD Anayasası’nın 6. maddesinin aksine daha

⁴⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. WIEDERIN, Ewald, **Bundesrecht und Landesrecht**, Springer-Verlang, Wein-New York, s. 397. İnternet Kaynak Adres: http://books.google.com/books?id=95PjioLjoYoC&printsec=frontcover&dq=ewald+weiderin&hl=en&ei=sy9IToDDLMOM4gSYzLSiCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDUQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false, Alınılma Tarihi: 12-08-2011.

⁴⁶⁸ Bu şekilde, Topluluk tasarruflarının denetimi için zımni bir çekince kabul edilmiştir. Konuya ilişkin olarak, Federal Anayasa Mahkemesi’nin *Solange I* kararı, Topluluk tasarruflarını anayasaya uygunluk bakımından denetlemeyeceğini hükme bağladığı kararında, temel hak standardı Topluluk seviyesinde temin edildiği nispete sınırladığını ifade etmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 1993 tarihli Maastricht kararında ise, Topluluk tasarruflarını Topluluk hukukunun yetki sınırları dahilinde kalıp kalmadığı konusunda denetleme yetkisini saklı tutmuştur. Federal Alman Anayasa mahkemesi 2000 tarihli Muz Pazarı kararında iddia ettiği denetim yetkisini kullanmamıştır. Arada geçen sürede Federal Alman Anayasası’nın (GG) 23.madde 1.fikrasında entegrasyon yetkisinin sınırları belirlenmiştir. ARSAVA, Füsün, *Birlik Hukuku ve Anayasa Arasındaki İlişki*, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:4, No:1, Güz: 2004, s. 101.

⁴⁶⁹ HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 8.

yalın bir ifade kullanarak, federal hukukun federe hukuktan üstün olduğunu düzenlemiştir. Madde de açıkça, “*federal hukuk, federe yönetim hukukunu ihlal eder (bricht)*” düzenlemesi yer almaktadır.⁴⁷⁰

Alman federasyonunda en önemli uyuşmazlık alanları, her iki yönetim düzeninin yasama yetkilerinin bulunduğu konulara ilişkindir. Aynı yetki konusunun, federal ve federe yönetimler tarafından, birbirilerine paralel şekilde kullanabilecekleri yasama yetkilerinin olması, özellikle ortaklaşa yetki alanlarına ilişkin olmaktadır. Bu yönde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde, Alman Anayasa Mahkemesi önemli kararlarının üç hukuksal çerçevede belirtilmesi gerekmektedir.⁴⁷¹ Mahkeme, bu tür uyuşmazlığın çözümünde ise, genellikle federal hukukun, federe hukuku ihlal edeceğine ilişkin üstünlük ilkesidir.⁴⁷² Bu yönde, Alman Anayasası'nın üstünlük ilkesinin, ABD üstünlük ilkesinden daha zayıf olduğunu, ancak yine de önemli bir işlevi olduğu belirtilmektedir. Anayasa'nın pozitif hükümlerinden hareketle, iki ilkenin arasındaki en önemli zayıflığın, Alman Anayasası'nın ihlal etme (*bircht*) ilkesine ilişkin 31. federal hukukun üstünlüğüne ilişkin maddesinde olduğu gibi, federal yönetimin yaptığı uluslararası anlaşmaları kapsayıp kapsamadığına ilişkin herhangi bir ifadenin olmamasıdır.

Burada Almanya federasyonunun 2006 yılı reformu, küreselleşme ve AB'nin gerekli kıldığı sağlık, emeklilik, iş sahaları gibi alanlarda, Federal Konsey'in veto yetkileri nedeniyle ulusal bir politika benimsenmesini engelleyen anayasal düzenlemeler yapılması gerekmiştir.⁴⁷³ İlki 2006 yılında gerçekleştirilen ve yetki paylaşımı kataloğunda önemli değişiklikler meydana getiren anayasa değişiklikleridir. İkincisi ise 2009 yılında mali düzenlemeler ilişkin anayasa değişiklikleridir.^{474 475}

Bu anlamda ortaklaşa yetkilerin ağırlıklı olarak düzenlendiği görülmektedir. Federalizm reformları olarak kabul edilen 2006 yılı anayasa değişikliklerinde, çerçeve yasa yetki alanı çıkarılmıştır. Burada yer alan yetkilerin bazıları federal yönetimin

⁴⁷⁰ Alman Anayasası 31. maddesi, *Federal Law Overrides Land Law* şeklindedir. maddede, Federal yönetim hukukunun federe yönetim hukukunun yerine geçeceği belirtilmiştir. Anayasanın İngilizce metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.constitution.org/cons/germany.txt>, Alındığı Tarih: 30-06-2011.

⁴⁷¹ DAVIS, BURNHAM, *The Role of the Federal Judiciary in the Development of Federalism in West Germany and the United States*, s. 69.

⁴⁷² STANKOVIĆ, *Judicial Review in the Federation and the Principle of Participation of Federal Units*, s. 4.

⁴⁷³ HANSCHERL, Almanya'da federalizm reformu olarak bilinen bu sürecin, ilk olarak 2003-2004 yılındaki görüşmelerde başarısız olarak sonuçlandığını, fakat 2005 yılında Hristiyan Demokrat Birliği (CDU) ve Sosyal Demokrat Partinin (SDP) arasındaki büyük koalisyon sonucunda gerçekleşerek, Eylül 2006'da yürürlüğe girdiğini belirtmektedir. HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 2.

⁴⁷⁴ International Constitutional Law Countries, Germany Index, German Constitution, İnternet Kaynak: http://www.servat.unibe.ch/icl/gm_indx.html, Erişim Tarihi:09-11-2011.

⁴⁷⁵ Reformlardan ilki 2006 yılında gerçekleştirilmiş ve anayasal yetki paylaşımı kataloğunda değişiklik yapılmıştır. İkinci reform ise 2009'da gerçekleştirilmiş ve mali federalizm yönünde federal ve federe yönetimler arasında denge sağlanmaya çalışılmıştır. İlk reformun özellikle 2005 yılında muhafazakâr CDU / CSU ve sosyal demokrat SPD partilerinin koalisyon kurmaları yönünde gerçekleştirilen pazarlıklar neticesinde ortaya çıktığı belirtilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnternet Kaynak: *Coalition Agreement Receives Mixed Reactions from Employers and Trade Unions* <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/11/feature/de0511205f.htm>, 2005, Erişim Tarihi:10/06/2011. FELD, Lars P, BASKARAN, Thushyanthan, *Federalism Commission II – Recent Reforms of Federal-Länder Financial Relationships in Germany*, İnternet Kaynak: <http://www.forumfed.org/en/pubs/2009-10-26-feld.pdf>, Erişim Tarihi:10-06-2011. International Constitutional Law Countries, Germany Index, German Constitution, İnternet Kaynak: http://www.servat.unibe.ch/icl/gm_indx.html, Erişim Tarihi:09-11-2011.

münhasır yetki alanlarına bazıları ise federe yönetimlere verilmiştir. Çerçeve yasa yetki türü, Almanya federal sisteminde önemli değişikliklere neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin gerek çerçeve yetki gerekse ortaklaşa yetki türünde, federal yönetime tüm bölgelerde “eşit yaşam koşulları elde etmek ya da korumak amacıyla yasalar yapma” konusunda destek olmuştur. Federal yönetim, 1990'lı yıllara kadar, bu yetki türlerini oldukça geniş kullanmış, federe yönetimlerin özerk düzenleme yapabileceği çok sınırlı alanlar bırakmıştır. Bu durum, federal sistemde gerginlik yaratsa da, mahkeme bunun hukuksal ya da yargısal bir çözüm yerine, siyasi bir çözüme kavuşturulması gerektiğine kanaat getirmiştir. Bu durum 1994 anayasaya değişiklikleriyle önemli ölçüde federe yönetimler lehine gelişmiş, Mahkeme, bu tarihten sonra federal yönetim mevzuatlarını daha sınırlı bir okumayla değerlendirmiştir. 2006 yılı anayasa değişiklikleri ise, söz konusu süreçte örtülü olarak yapılan anayasa değişikliklerinin, açıkça değişimiyle dönüşmesini sağlamıştır.⁴⁷⁶

Anayasa'nın 72. maddesinde ortaklaşa yetkiler alanında, federal yönetimin “kendi yasama hakkını yasa ile kullanmadığı hallerde ve ölçüde” federe yönetimlerin yasama yetkilerine sahip olduğu belirtilir. Bu alanda belirtilen yetkiler, federal hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince federal yönetimin düzenlemeleriyle geçersiz bırakılabilmektedir.⁴⁷⁷

Ortaklaşa yetki listesine ilişkin benimsenen bu kural, aslında sistem içerisinde Anayasa'nın 31. maddesinde ifade edilen federal hukukun üstünlüğü ilkesinin bir alternatifi olarak yorumlanabilir. Anayasa koyucunun bu yöndeki iradesi, ortaklaşa yetkilere ilişkin uyuşmazlıklarda, belirli bir ortaklaşa yetki konusunda federal yönetimin düzenleme yaptığı anda, bu düzenlemenin geçerli olacağını ortaya koymuştur. GUNLICKS, söz konusu hüküm nedeniyle, federe yönetimlerin düzenledikleri alanı, federal yönetimin de düzenlemesi halinde, yani her iki yönetimin aynı alanı düzenlemesiyle yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmadığını belirtmektedir. Almanya'da ikili federalizm anlayışı bulunmamaktadır. Bu nedenle literatürde, ortaklaşa yetkiler yerine, “öncelikli” mevzuat şeklinde değerlendirilmesinin, daha iyi bir terim olabileceği ifade edilir.⁴⁷⁸

Bunun nedeni, Almanya'da benimsenen işbirliği federalizm anlayışının, Anayasa'yla desteklenmesi, bu yönde daha istikrarlı bir federal sistem kurulmasına yardımcı olmaktadır. Anayasa'da, bir çok yetki konusunun ortaklaşa yetki listesine dahil edildiği görülmektedir. Anayasa'nın 72. maddesi, federal yönetimin ortaklaşa yetkilerin bazılarında düzenleme yapmasına sınırlama de getirmektedir. Maddenin 2.

⁴⁷⁶ BENZ, Arthur, HORNIG, Eike-Christian, *The Federal Constitutional Court of Germany: A Central Player in a Federal State*, Institute of Intergovernmental Relations School of Policy Studies, Special Series On The Federal Dimensions Of Reforming The Supreme Court Of Canada, Queen's University, SC Working Paper 2010 – 03, s. 4.

⁴⁷⁷ GUNLICKS, *The Länder and German Federalism*, s. 57.

⁴⁷⁸ GUNLICKS, *The Länder And German Federalism*, s. 58.

fıkrasında, ortaklaşa yetkilerin sayıldığı 74. maddenin belirli fıkralarında düzenlenen yetki konularında, (1. fıkrası 4, 7, 11, 13, 15, 19 a, 20, 22, 25 ve 26 numaralı bentleri) federal yönetimin yasama yetkisinin, federasyonda “eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya hukuki ve ekonomik birliğin muhafazası bir federal düzenlemeyi yüksek devlet yararının gerektirdiği hallerde ve ölçüde” sahip olabileceği düzenlemiştir.

Nitekim SCHNEIDER, uygulamada federal yasaların bir çoğunun bu yetki türünde oluşturulduğuna işaret ederek, federal ve federe yönetimleri arası uyumsuzlukların daha az bir şekilde ortaya çıktığını belirtmektedir. Yazar bunun nedeninin, federal yönetimin, ortaklaşa yetki listesinin ilgili konularda düzenleneme yapabilmesinin, Anayasa'nın 72. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ön koşullara bağlı olmasına dayandırmaktadır. Anayasa'nın kendisinin belirli koşulları düzenlemiş olması ve federal yönetimin bu önkoşullar nedeniyle düzenleme yapabilmesinin ancak “zorunluluk” halinde mümkün olması, uyumsuzlukların daha az ortaya çıkmasını sağlamaktadır.⁴⁷⁹

Burada daha önemlisi, federal sistemlerde yetkilerin daha fazla örtüşme gösterdiği ortaklaşa yetki alanı, Alman Anayasası'nda, önemli ve açık bir düzenlemeyle aşılmaya çalışılmış olmasıdır. Özellikle bu düzenlemeyle, ortaklaşa yetki alanlarındaki örtüşmelerin, uyumsuzluğa dönüşmesi biraz daha engellenebilmiştir. SCHNEIDER, Anayasa'nın 31. maddesinde düzenlenen federal hukukun federe hukuku bozacağına ilişkin hükümlerle, bu alanda ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların çözümünün açıkça ortaya konduğunu ifade etmektedir. Yazar bu açık düzenlemeler nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin federal ve federe yönetimler arasındaki yetkilerin uyumsuzluğunda, nadiren rol oynadığını belirtmiştir. Bunun anlamı ise uygulamada, her iki yönetim düzeninin ortak yetki ve sorumluluklarının paylaşımıyla ilgili açık düzenlemeler gereği, sorumlu aktörler yetkilerini yerine getirmek üzere kendi aralarında yeterli açıklığa sahip olmak zorunda olmalarıdır.⁴⁸⁰ Bu, aktörler arasında işbirliğinin sağlanabilmesini de gerektirecektir.

Anayasa'ya 2006 reformlarıyla eklenen, 72. maddenin 3. fıkrası federal yönetimin üstünlüğü ilkesine bir alternatif getirmektedir. İlgili fıkrada, federal yönetimin belirtilen alanlarda düzenleme yapması durumunda, bu alanlarda federe yönetimler “aykırı düzenlemeler yapabilecektir.”⁴⁸¹ Bir bakıma anayasa koyucu, federal yönetimin üstün hukuk olarak kabul edilemeyeceği alanlar öngörmüştür. Bu alanlarda federal yönetimin

⁴⁷⁹ AKHTAR, *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, içinde, SCHNEIDER, Hans-Peter, *The Federal Republic of Germany*, s. 138.

⁴⁸⁰ SCHNEIDER, *The Federal Republic of Germany*, s. 138.

⁴⁸¹ İlgili fıkrada belirtilen alanlar, 1. Av rejimi (Av ruhsatına ilişkin rejim hariç olmak üzere); Doğanın ve doğal güzelliklerin bakımı ve korunması (doğanın korunmasına ilişkin genel ilkeler ve hayvan türlerinin korunması veya denizin doğasının korunmasına ilişkin hak hariç olmak üzere); 3. Arazilerin taksimi; 4. Çevre düzeni; 5. Suların idaresi (kimyasal madde ve tesislere ilişkin düzenlemeler hariç); 6. Yüksek öğretime kabul ve yüksek öğretim diploması şeklinde belirtilmektedir. Madde'nin devamında bu alanlardaki federal yasalar, Federal Konseyin onayı ile aksi kararlaştırılmadıkça en erken ilanlarından itibaren altı ay sonra yürürlüğe girerler. 1. cümleye ilişkin alanda federal hukuk ile eyalet hukuku arasında sonraki Kanun öncelik taşıyacaktır hükmü yer almaktadır.

düzenlemesine aykırı düzenleme yapan federe yönetimlerin yasaları, sonraki kanun olması nedeniyle geçerli kabul edilecek ve federal hukukun üstünlüğü ilkesine konu olmayacaklardır.

Alman Anayasası'nın yetki paylaşımı, çoğunluk olarak federal ve federe yönetimlerin işbirliği içerisinde olmalarını gerektirecek şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle, münhasır yasama yetkisi büyük bir kısmı federal ve federe yönetimler arasında ortaklaşa yetki alanında yer almaktadır. Dolayısıyla söz konusu yasama yetkilerinin, sadece küçük bir sayıda federal yönetim tarafından münhasır olarak icra edildiği anlamına gelmektedir.⁴⁸²

Almanya'da federal hukukun üstünlüğü ilkesini düzenleyen, Anayasa'nın 31. maddesi, ABD Anayasası'nın üstünlük hükmüyle benzerdir. Her ikisinde de üstünlüğün hangi alanlarda ve hangi yetki türünde uygulanacağı belli değildir. Ancak Alman Anayasası'nın öngördüğü esnek yetki paylaşımı gereği ilke, sadece ortaklaşa yetkiler alanında uygulanmaktadır.⁴⁸³ Bunun yanı sıra ilgili Anayasa hükmünün, federal sistem içerisinde artan gerginliklerin ilk sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir.⁴⁸⁴

KRAMER bu tür uyuşmazlıkların nadiren ortaya çıktığını, federal yönetimin ortaklaşa yetkiler alanında bir düzenleme yaptığında, bu düzenlemenin federe yönetimlerin normları üzerinde bloke edici etkisi olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle söz konusu alanda federe yönetimlerin düzenlemeleri geçersiz kabul edildiğinden, bu alanda uyuşmazlık çıkması daha nadir olarak görülmektedir.⁴⁸⁵

Alman Anayasa Mahkemesi bu tür uyuşmazlıklarda, federal hukuka üstünlük sağlanması ve federal yönetimin bu ilkedan faydalanabilmesi için, sadece “yasal ve ekonomik birliğin sağlanması” ve “federal toprakların her yerinde eşit yaşam koşulları oluşturulması” için gerekli olduğu durumların varlığını ortaya koymuştur. Nitekim bu iki durumun varlığına Mahkeme karar verecektir. Mahkeme'nin, söz konusu ilkeleri belirlediği *BVerfGE 106, 62* kararında, federal hukukun üstünlüğü bakımından söz konusu koşulların oluşmadığına karar vermiş, ilgili davaya konu olan uyuşmazlıkta federal yönetim mevzuatına üstünlük tanımamıştır.⁴⁸⁶

Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Concordat Case* kararıyla, bozma ilkesi olarak da ifade edebileceğimiz hükümsüz bırakma ilkesini ele almıştır. Mahkeme kararında,

⁴⁸² KRAMER, Jutta, *Federal Republic of Germany*, içinde, **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, KINCAID, John, TARR, G. Alan (Ed.), Mc Gill-Queens University Press, Canada, 2005 s. 149.

⁴⁸³ KRAMER, *Federal Republic of Germany*, s. 149.

⁴⁸⁴ HEGA, Gunther M., *Between Reformstau and Modernisierung: The Reform of German Federalism since Unification*, **Conference on Europeanization and Integration**, EU Center of the University of Oklahoma, October 24 – 25, 2003, s. 33. GUNLICKS, Anayasa'nın 30. ve devamındaki yetki paylaşımına ilişkin maddelerin, anayasa değişiklikleri ve Anayasa Mahkemesi kararlarının, federal yönetim yasama yetkilerinin giderek artmasında önemli faktörler olarak ifade etmektedir. Yazar bununla birlikte, sistem içerisinde ikinci meclisin rollünün arttığını, ancak bu rolün federe yönetim parlamentoları yerine, federe hükümetlerin etkisini artırdığını belirtmektedir. GUNLICKS, **The Länder and German federalism**, s. 236.

⁴⁸⁵ KRAMER, *Federal Republic of Germany*, s. 149-150.

⁴⁸⁶ *BVerfGE 106, 62 - Altenpflegegesetz*, 2nd Senate of 24 October 2002, 2 BvF 1/01 - İnternet Kaynak: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv106062.html#Rn091>, Erişim Tarihi: 07-02-2012.

federal yönetimin yetkilerinin bulunmadığı alanlara ilişkin uluslararası anlaşmaların, federe yönetimler için bağlayıcı olmayacağına karar vermiştir.⁴⁸⁷

Federal hukukun üstünlüğü ilkesi, Almanya’da, ABD’de olduğu kadar baskın olmasa da önemli bir yere sahiptir. Ancak Mahkeme sistemin federalleştiricisi olarak bu yetkinin daha ihtiyatlı kullanılması konusunda önemli kararlar vermiştir. Bu yönde *Southwest State Case* kararında Mahkeme, federe yönetimlerin hak ve sorumluluklarını korumak amacıyla, federal üstünlüğü dar bir yorumlamıştır. Mahkeme, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin bu hak ve sorumlulukları ihlal etme tehlikesi bulunduğu karar vererek ilkeyi daha ihtiyatlı olarak ortaklaşa yetki alanlarında kullanılmasını konusunda önemli bir karar vermiştir.⁴⁸⁸

g. Üstünlük İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Genel Değerlendirme

Federal yönetim mevzuatların üstünlük sağlayan federal hukukun üstünlüğü ilkesi, iyi kurulmuş eski bir ilke olarak kabul edilmektedir. İlke temel olarak, federal yönetim ile federe yönetimler arasındaki yetkileri dengeleyici bir çerçeve ya da mekanizma olarak kabul edilmiştir. Teoride anlaşılması kolay bir ilke gibi gözükse de, uygulamada federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, çoğunlukla tutarsız ve tahmin edilemez sonuçları bulunmaktadır.⁴⁸⁹ Bu tür düzenlemelerin aslında, söz konusu federal ülkelerin kurucularının, balkanlaştırma veya bölünme-dağılma konusundaki korkularını yansıttığı belirtilmektedir.⁴⁹⁰

Federasyonlarda ikili hukuk düzenlerinden birine öncelik verilmesi, kimi zaman akılcı bir çözümü olarak kabul edilirken, kimi zamansa sistem içi uyumsuzlukların kaynağı olarak görülmektedir. Bu da, uyumsuzluklarla, uyumsuzlukların çözümü için benimsenen yöntem ya da ilkelerin örtüştüğüne ilişkin önemli bir göstergedir. Nitekim ZIMMERMAN federal sistemlerin, işbirliği ya da uyumsuzluk arasında gidip gelen bir yapıda olduğunu ve federal yönetimle, federe yönetimler arasındaki devletsel ilişkilerin, bu tür bir doğa içerisinde yaratıldığını ifade etmektedir.⁴⁹¹

Federasyonlarda, yetki paylaşımına ilişkin temel bir özellik olarak kabul edilen federal hukukun üstünlüğü ilkesi, federal hukuk düzenini hiyerarşik bir öngörüyle ilişkilendirmektedir. Federal hukukun üstünlüğü, federe hukukun hiyerarşik olarak alt düzeyde kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu, federal sistemlerdeki dikey

⁴⁸⁷ DAVIS, BURNHAM, *The Role of the Federal Judiciary in the Development of Federalism in West Germany and the United States*, s. 69-70.

⁴⁸⁸ BVerfGE 14 (1951). Karara ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001014.html>, Erişim Tarihi: 16-01-2012.

⁴⁸⁹ WESTERFIELD, *Federal Preemption and the FDA* s. 263-284. Üstünlük prensibi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. E. D. G. Jr. and T. N. W, *Federal Preemption: Governmental Interests and the Role of the Supreme Court*, **Duke Law Journal**, Vol. 1966, No. 2 (Spring, 1966), s. 484-511.

⁴⁹⁰ Ayrı ve bağımsız devletler halinde bir devlet oluşumunun dağılımını ifade etmek için kullanılmaktadır. Balkanlaşma, başlangıçta aşağılayıcı bir jeopolitik terimdir, parçalanma veya bölünme yoluyla aralarında sık sık uyumsuzluklar çıkan veya birbirleriyle işbirliği içersinde olmayan bir bölge veya devletin daha küçük bölgelere ayrılmasını sürecinin tanımlamak için kullanılan ifadedir. Oxford Advance Learner’s Dictionary, İnternet Kaynak: http://oald8.oxfordlearnersdictionaries.com/dictionary/Balkanization+#balkanize_1, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

⁴⁹¹ ZIMMERMAN, **Congressional Preemption**, s. IV.

kuvvetler ayrılığının, oldukça katı bir şekilde kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.⁴⁹²

Literatürde, son zamanlarda benimsenen klasik yaklaşım, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin amacını, uygulamada ortaya çıkan yetki uyuşmazlıklarının çözümüyle sınırlamaktadır. Kısaca, federal hukukun üstünlüğü ilkesi bir tür anayasal çözüm aracı olarak tasarlanmıştır. Bu yönde, teoride ilkenin, sadece her iki yönetim düzeninin ortaklaşa düzenlediği bir alanda söz konusu olacağı kabul edilir. Bu yaklaşımı dile getiren SAGAR'a göre, yetki paylaşımının münhasır olarak yönetim düzenlerinden biri lehine belirlenmesi halinde, diğer yönetim düzeninin bu alanda norm koyması mümkün değildir. Yazar bu argümandan hareketle, söz konusu normun geçersiz olacağından, ortada bir uyuşmazlık bulunmayacağına işaret etmektedir.⁴⁹³ Ancak, ilkenin uygulaması teorik çerçevesiyle tam olarak uyuşmamaktadır. Öncelikle, zımnî ortaklaşa yetki türlerini benimseyen sistemlerde, ortaklaşa yetkinin hangi konuları içerdiği belli olmadığı gibi, federe yönetimlerin münhasır yetkilerinin bulunmadığı sistemlerde de, hangi yetkilerin açık ya da zımnî yetkiler kapsamında değerlendirileceği de belli değildir. Dolayısıyla söz konusu belirsizlik, her konunun uyuşmazlıkla karşı karşıya kaldığını göstermektedir.

GARDBAUM önemli bir noktaya işaret ederek, federal yönetimin üstünlüğünün sağlanabilmesi için sadece federal yönetimin “ne yaptığı” değil, aynı zamanda, kavramsal ve anayasal konularda “neyi yapmaya yetkisi olduğunun” da değerlendirilmesi gerektiğini belirtir.⁴⁹⁴ Kısaca, federal yönetimin geçersiz bırakma karar ve uygulamalarının, o alanda federal yönetimin yetkisi bulunup bulunmadığı ve yetkinin anayasal kaynağı bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki günümüzde, federal yönetim sadece yasalarla değil, federal idari organların düzenleyici işlemleriyle de, federe yönetimlerin anayasaları dahil olmak üzere bir çok alana ilişkin geçersiz bırakma düzenlemeleri yapabilmektedir.

Bu yönde, geçersiz bırakma sonuçlarına ilişkin olarak ortaya çıkan ilk sorun, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanacağı yetki alanlarının anayasalarda açık olarak benimsenmemiş olmasıdır. Dolayısıyla söz konusu ilkeye ait sınırlarının bulunmadığı gibi, genellikle yargı organı tarafından da bu sınırların oluşturulmamış olduğu görülmektedir. Kısaca, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin hangi yetki türleri ya da alanlarında uygulanacağı sorusuna, federasyon anayasalarında yanıt bulunamadığı gibi, yargının bu ilkenin çözümlenmesi konusunda da istikrarsız olabildiği görülmektedir.

Bu konuda daha ihtiyatlı davranan yüksek mahkeme, Hindistan'da görülmektedir.

⁴⁹² SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 4.

⁴⁹³ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 5.

⁴⁹⁴ GARDBAUM, *Congress's Power to Preempt the States*, s. 40.

Hindistan Anayasası'nda olduğu gibi, Hindistan Yüksek Mahkeme kararlarında da bu ilkenin, sadece ortaklaşa yetki türleri bakımından uygulanması söz konusudur. Özellikle Yüksek Mahkeme, federal ve federe yönetimlerin kendilerine münhasır olarak verilen yetkileri aşmaları halinde, yetki aşımı ilkesi (*ultra vires*) üzerinden değerlendirme yapmakta, bu bakımdan tutarsızlık ilkesinin uygulanmasını ayırmaktadır. Mahkeme son zamanlarda verdiği kararlarında da, bu konuda istikrar göstermektedir.⁴⁹⁵

Halbuki ABD ve Avustralya federasyonlarında, yetki aşımı ve geçersiz bırakma uyuşmazlıklarının birbirine karıştığı görülmektedir. Hem, ilkenin uygulanmasıyla federe yönetimlerin düzenlemelerinin akıbeti, hem de sert yetki paylaşımının esnetilen doğası gereği, ilkenin hangi alanlarında uygulanacağı belirsizdir. Bu ikilemler, siyasal koruma teorisi ya da yargısal koruma teorisiyle eşleştirildiği gibi, yüksek mahkeme yargıçlarının ideolojileri üzerinden de farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir.

Bu doğrultuda Yüksek Mahkemeler, federal hukukun üstünlüğünü katı katıya ve her yetki alanında kullanmak üzere koşullandırılmışlardır. Yüksek Mahkemeler, her alanda federal hukuku üstün kabul ettikleri gibi, federal yasalar karşısında federe yönetim yasaları ve hatta anayasalarını da geçersiz kılabilirler. Bu durumda, bir federal yasa federe yönetimin anayasasına dahi üstün kabul edilerek söz konusu alanda federal yönetimin yasası üstün kabul edilerek, federe yönetimin anayasasının ilgili kuralı geçersiz (*preempted*) bırakılacaktır.⁴⁹⁶

Sert yetki paylaşımında, federe yönetimlerin sınırsız ve belirsiz yetkileri karşısında, federal yönetimin sınırlı sayılan alanlarını korumak için benimsenen federal hukukun üstünlüğü ilkesi, esnek yetki paylaşımı kataloglarında da kendisini göstermektedir. Sert yetki paylaşımı kataloglarında, ortaklaşa yetkilerin zımnen belirlenmiş ve yargı kararlarıyla desteklenmiş olmasının yanı sıra, federe yönetimlerin açıkça sayılmamış belirsiz yetkileri, bu ilkenin amacını aşan alanlarda kullanılmasına neden olmuştur.⁴⁹⁷

Literatürde, üstünlük ilkesinin hangi yetki listeleri bakımından uygulanmasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin önemli bir kısmı, tarihsel olarak ilkenin tasarımına bakarak, sadece federal yönetimin münhasır alanlarına, federe yönetimlerin müdahale etmesini engellemek için uygulanması gerektiğine işaret

⁴⁹⁵ Hindistan Yüksek Mahkemesi, *Hoechst Pharmaceuticals Ltd. And vs State of Bihar And Others* kararında, sadece ortaklaşa yetkilerin federal hukukun üstünlüğü ilkesinde değerlendirilmesini belirtmiştir. İnternet Kaynak: <http://www.indiankanoon.org/doc/703764/>, Erişim Tarihi: 09-10-2012.

⁴⁹⁶ OBINGER, Herbert, LEIBFRIED, Stephan, CASTLES, Francis G., (Eds.), **Federalism and the Welfare State: New World and European Experiences**, Cambridge University Press, USA, 2005, s. 147.

⁴⁹⁷ Günümüzde zorlayıcı federalizm veya idari federalizm türlerinin ortaya çıkmasında, en önemli anayasal ilke federal hukukun üstünlüğü ilkesi ve preemption uygulamalarıdır. Uygulamada, federal idari organlar kendi idari düzenlemeleriyle, federe yönetimlerin düzenlemelerini geçersiz kılma kararı verebilmektedirler.

etmektedirler.⁴⁹⁸ Bunun nedeni, federal sistemin ilk örneklerinde ilkenin kabul edilerek anayasaya eklenmesinin nedeni, federal yönetimin sayılarak sınırlanan yetkilerini (*enumerated*) koruma düşüncesidir.⁴⁹⁹

SAGAR, yetki paylaşımı kataloglarında federe yönetimlerin münhasır yetki alanlarını açıkça belirtmemesinin ya da sadece artık yetkilerinin bulunmasının, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin her alanda uygulanmasına neden olduğunu belirtmiştir. Bu durumda uyuşmazlığa konu olan federe yönetim mevzuatı geçersiz kabul edilerek, anayasaya aykırı olmadığı sürece o alanda federal norm geçerli olacaktır.⁵⁰⁰

Federal hukukun üstünlüğü ilkesinde yüksek mahkemelerin, özellikle söz konusu ilkenin uygulanacağı yetki alanlarını tespit etmesi gerekir. Bununla birlikte federalizm açısından mahkemeler, ya genel bir kural olarak federal yönetimlerin federe yönetim yetkilerini koruma niyetinde olduklarını ya da söz konusu yetkilerin, kolayca geçersiz kılınamayacak derecede önemli anayasal yetkiler olduğu varsayımından hareket edeceklerdir.⁵⁰¹ Bir diğer nokta, federal hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince federe yönetim yasalarının geçersizliğine karar veren mahkemeler bunu, federalizmin önemli uygulamalarında ortaya çıkan bir politika meselesi olarak görmemelidirler.⁵⁰²

Günümüzde, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin, yalnızca ortaklaşa yetki listelerinde uygulanması gerektiği düşünülebilir.⁵⁰³ Ancak burada, sert yetki paylaşımının ortaklaşa yetki sorunsalı bir yana, ortaklaşa yetki listelerinin oldukça detaylı olarak düzenlendiği, önemli yetkilerin bu listelere dahil edildiği federal sistemlerde ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, bu tür yetki paylaşımı örneklerinde, federal hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca ortaklaşa yetkinin bir çok yetki zamanla zımnı federal yetkiler haline dönüşebilir.

İlkenin bugünkü durumu nedeniyle, federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, federal hukukun üstünlüğüne ilişkin sınırsızlığın gölgesinde kalabilmektedir.⁵⁰⁴ Anayasalarda bu ilkenin düzenlenmesi, uyuşmazlıkların çözümünde federal yönetim düzenlenmelerinin adres gösterilmesine ve bu düzenlemelerin geçerli kabul edilerek, federe yönetim düzenlemelerinin geçersiz bırakılmasına neden olmaktadır. Bu ilke nedeniyle yüksek mahkemelerin de, uyuşmazlıkları federal yönetimin lehine yorumlamada önemli roller üstlenmektedirler. Bu durumda, Avusturya Anayasası'nın mimarı olan KELSEN'in değerlendirmesi akla gelmektedir. KELSEN bu ilkenin, yüksek mahkemelerin yetki uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin

⁴⁹⁸ CLARK, Bradford R., *The Supremacy Clause as a Constraint on Federal Power*, *The George Washington Law Review*, Vol. 71, 2003, s. 91 vd.

⁴⁹⁹ SAMAR, *Two Understandings of Supremacy: An Essay*, s. 341 vd.

⁵⁰⁰ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s.4.

⁵⁰¹ NELSON, Calep, *Preemption*, *Virginia Law Review*, Vol. 86, 2000, s. 290 vd.

⁵⁰² HILLS, JR Roderick M., *Against Preemption: How Federalism can Improve the National Legislative Process*, *New York University Law Review*, Volume 82 Number 1, April 2007, s. 3.

⁵⁰³ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 5.

⁵⁰⁴ WEINBERG, *The Federal-State Conflict of Laws: 'Actual' Conflicts*, s. 1747.

rollerini anlamsız hale getirdiğini ifade etmiştir. Bu nedenle de Avusturya Anayasası, bu yönde bir ilke benimsememiştir.

Federe yönetimlerin bu ilkenin kendilerine uygulanmasından kaçınmaları için, bir takım stratejiler geliştirmeleri yönünde bir takım öneriler yapılmaktadır. Bu öneriler; federe yönetimlerin, federal yasalarla uyumlu düzenlemeler yapmaları; açıkça federal hukukun üstünlüğü kabul edildiği alanlarda, uygulama yapmaktan kaçınmaları; federe yönetim mevzuatlarının federal hukuka uyarlanması ve federe yönetimlerin yasalarını oluştururken amaçlarını açıkça ortaya koymalarıdır. Bu tür temel stratejilere yer veren federe yönetim mevzuatlarının, belirli bir ölçüde federal hukuk tarafından geçersiz bırakılmayla karşı karşıya kalmayacaklardır.⁵⁰⁵ Bahsi geçen önerilerin, federal sistemin kurucu unsurlarıyla ya da federalizmle örtüşmediği açıktır. Federe yönetimlerin söz konusu stratejileri uyguladıklarında, sistemin “tek tip” düzenlemeler alanına dönüşeceği açıktır.

Federal hukuka ayrıcalık tanıyan üstünlük ilkesi, günümüz federasyonlarının işleyişinde önemli bir ilkedir. Bu yolla, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde bir çerçeve oluşturulmaktadır. İlke, uygulamada federe yönetimlerin farklılık unsurunu ortadan kaldıracak kadar yoğun işlemektedir. Sonuçta, federal yönetimin sistem içerisinde hiyerarşik olarak üstün olmasıyla sonuçlanmaktadır. Bu durumda, her uyuşmazlığın çözümünde federal yönetimin üstün kabul edilmesi, federe yönetimin yetkilerinin sınırlanması anlamına gelmektedir.

İlkenin yoğun olarak kullanıldığı ve sınırlarının belli olmadığı ABD’de, geçersiz bırakma uygulamalarına karşı çıkan yargıçlar da olmuştur. Yüksek Mahkeme’nin 2011 tarihli *Williamson v. Mazda Motor of America, Inc.* kararında Yargıç THOMAS, engelleyici geçersiz bırakma türünü eleştirerek, bunun federal yönetim tarafından kullanılmasına destek verilmesini reddetmiştir. Bu yönde kararda, federal yönetimin “amaçları ve hedeflerine ilişkin olarak tespit edilen geçeriz bırakma uygulamalarının, metinsel ifadenin dışına çıkarak, (extratextual) tamamen “yargının varsayımına” döndüğünü, bunun da Anayasa’ya aykırı olduğu” belirtilmiştir.⁵⁰⁶

Yargıç THOMAS, geçersiz bırakmanın üstünlük ilkesinin uygulamasından kaynaklandığını ifade etmiş; ilkenin, anayasal anlamda iki meclislilik gereği oluşturulan yasal metinlerle, yasalara ilişkin usuller takip edilerek oluşturulmuş, federal standartlar ve belirli federal politikalarda uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

⁵⁰⁵ MERCHANT, Robert, *United States Constitution Article I, Sections 8 and 10; Article 6; and the 10th Amendment: Federal Preemption of State Law*, Wisconsin Legislative Reference Bureau Publications, Vol. III, No. 1, May 2003, İnternet Kaynak: <http://legis.wisconsin.gov/lrb/pubs/consthi/03consthiIII051.htm>, Erişim Tarihi:03-05-2011.

⁵⁰⁶ *Williamson v. Mazda Motor of America, Inc.* - 08-1314 (2011) İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/08-1314/concurrence2.html>, Erişim Tarihi:02-11-2012. Yargıç THOMAS aynı düşüncesini *Haywood v. Drown*, 556 U. S. (2009) kararındaki, Karşioy gerekçesinde de dile getirmiştir. Ayrıca bu değerlendirmeyi Yüksek Mahkeme’nin, *PLIVA, Inc. v. Mensing* - 09-993 (2011) kararında da görmek mümkündür. Karara ulaşmak için bkz. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/09-993/dissent.html>, Erişim Tarihi:02-11-2012.

Dolayısıyla yargıç, bir bakıma bu alanın sınırlı bir şekilde kullanılması gerektiğine işaret etmiştir.⁵⁰⁷

Ayrıca, geçersiz bırakma ilkesinin uygulanabilmesi için sadece federal yasa ve düzenlemelerin lafzi, yani metni üzerinden “açıkça ifade edilmesi” gerektiğine dikkat çekilmiştir.⁵⁰⁸ Bu değerlendirme, federal sistemlerin siyasi ve usulü koruma teorilerine işaret etmektedir.⁵⁰⁹ Zira geçersiz bırakma uygulamaları, federe yönetimlerin söz konusu güvencelerden mahrum bırakılarak mevzuatlarının ve yetkilerinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Yargıcın bu görüşleri, yargı organının kendi içerisinde geçersiz bırakma uygulamalarına karşı bir direnç olduğunu göstermektedir. Ancak, çoğu kararda bu tür görüşler azınlık olarak kaldığından, geçersiz bırakma ilkesinin uygulamayla ortaya çıkan türleri engellenememiştir.

Federasyon yüksek mahkemelerinde yönetimler arası gerilimler bir çok odak arasında dağılmaktadır. Bir yandan klasik kuvvetler ayrılığı anlamında yasama, yürütme ve organları, diğer bir yandan da dikey kuvvetler ayrılığı gereği, federal ve federe yönetimler bulunmaktadır. Bunun yanı sıra önemli bir odak noktasının, ulusal çıkarlar olduğu görülmektedir. Bunların dışında asıl unsur olması gereken bir diğer odakta da, birey haklarıdır. Bu odak noktaları yüksek mahkemelerin sürekli farklı odaklara çekilmelerine neden olan faktörlerdir. Ancak, bu odaklar arasında daima bir “kaybeden” olması durumu ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda da kaybeden odağın, duruma ve yargının yorumuna göre zaman zaman değişiklik göstereceği açıktır.⁵¹⁰

Federal hukukun üstünlüğü ilkesiyle, temel hak ve özgürlükler bakımından federe yönetimlerde tüm bireylerin eşit muamele görmeleri ve federasyon düzeyinde eşit ve ortak mevzuatın uygulanması sağlanabilir. Bu durumlarda geçersiz kılma ilkesi, federe yönetimlerin egemenlik ve haklarıyla, bireylerin hakları bakımından kullanılarak, daha doğru bir anayasal zeminde uygulanabilir. Ne var ki, federal yönetimler bu ilkeyi genellikle yetkilerin kendilerinde toplanması yönünde kullanmaktadırlar. Bu durumda anayasa yargısını kaynağında bulunan iki temel teorinin (temel hak ve özgürlükler ile federalizm), karşı karşıya geldikleri görülmektedir. Mahkemeler bu yönde, birey haklarını gözetmeyi seçeceklerdir.

Federal hukukun üstünlüğünü benimseyen bir çok federal sistemde yüksek mahkemelerin, açıkça geçersiz kılma iradesinin bulunmadığı, doğrudan bir çatışmanın ya da doğrudan bir uyuşmazlığın bulunmadığı hallerde, federal yasalarda federal yönetimlerin amaçları ya da niyetlerini tespit ederek ilkeyi uygulamaktadırlar. Bu

⁵⁰⁷ *Wyeth v. Levine* - 06-1249 (2009); İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/06-1249/concurrence2.html>, Erişim Tarihi:02-11-2012.

⁵⁰⁸ *Wyeth v. Levine* - 06-1249 (2009).

⁵⁰⁹ Federal sistemlere ilişkin siyasi ve usulü koruma teorileri hakkında bkz. Jenna BEDNAR, *The Robust Federation*, Cambridge University Press, USA, 2009, s. 11, 98, 113.

⁵¹⁰ DURCHSLAG, *Federalism and Constitutional Liberties*, s. 723.

yönde, federe yönetimlerin yetkileri üzerinde, federal yönetimlerden ziyade yüksek mahkemelerin daha agresif bir tehdit oldukları belirtilir.⁵¹¹

Federal yönetimlerin uyumsuzluk içeren yasaları oluşturmaları halinde federe yönetimlerin üç temel seçeneği bulunmaktadır. İlki, her iki yönetim düzenlemelerin aynı konuda yasalar oluşturduğu durumlarda ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümü yargı organına bırakılabilir. İkinci olarak, federal yönetim, söz konusu alana ilişkin politikasını bir “zemin” olarak belirleyebilir. Bu zeminde, tüm federe yönetimlerin yerine getirmeleri gereken minimum gereksinimler belirtilecektir. Federe yönetimlerin bu minimum standarda ek olarak, güçlü bir mevzuatı yürürlüğe koyabilmelerine izin verilecektir. Son olarak da, federal yönetim konuya ilişkin düzenlemesiyle, federal bir “tavan” belirleyebilir. Bu durumda da, federe yönetimlerin yerini dolduramayacakları veya yerine geçemeyecekleri maksimum gereksinimleri içerecek bir yapı kurulmuş olacaktır.⁵¹²

2. Yetki Paylaşımı Kataloğunun Yorumlanmasına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü

Federasyonlarda anayasal yetki paylaşımının kodları ile yetki dağılımının uygulamadaki işleyişinin, siyasi gerçeklik ve süreçler nedeniyle, anayasanın işlettiği yöntemi değiştirdiği, uygulamanın hukuksal olandan daha farklı bir hal aldığı görülebilir. Bunun ilk başlangıç noktası yetki paylaşımı katalogları ya da haritalarıdır.

Federal sistemde yetki paylaşımını inceleyen çalışmalar, Avrupa federasyonlarının Germanik (*Germanic*) örnekleri olan, Almanya ve Avusturya (aynı şekilde İsviçre) örneklerinin, özellikle belirli alanlarda yasama ve yürütme organları arasında yapılan ayrımı yetki paylaşımının farklı bir türü olarak ortaya koymaktadırlar.⁵¹³ Bunun yanı sıra, Kanada ve Hindistan’da ise, biraz daha farklı olmakla birlikte, birbirlerine benzer bir yetki paylaşım olduğu belirtilmektedir.⁵¹⁴ Aynı şekilde VERNEY Amerikan federalizminin tersine, Kanada ve Hindistan gibi federasyonlarda yetki paylaşımının, federal yönetim ve federe yönetimler arasında yapılmış bir güç paylaşımı olduğuna dikkati çekerek, sert yetki paylaşımı olan Amerika’nın, bu sistemlerden ayrı olduğuna işaret etmektedir.⁵¹⁵ Bu tür çalışmalarda, yetki paylaşımı düzenlerinde ve alanlarında var olan farklılıklar, federalizmin saf bir örneğinin bulunmadığını ortaya koydukları

⁵¹¹ SCHAPIRO, *Interjurisdictional Enforcement of Rights in a Post- Erie World* , s. 811-812.

⁵¹² CASSADY, *Tying the Hands of States: The Impact of Federal Preemption on State Problem-Solvers* , s. 3.

⁵¹³ SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe* , s. 78. AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 12.

⁵¹⁴ Bununla birlikte farklı bir federal sistem olarak Belçika’da, diğer tür yetki paylaşımından farklı olarak ikili simetrik sistem olarak adlandırılan farklı bir yetki paylaşımının anayasayla tasarlandığı tespit edilmiştir. İkili simetri olarak adlandırılan bu yetki paylaşımında iki farklı federe yönetimin, kendilerine tanınan yetkilerinin sınırlarını aşarak çakışmaları şeklinde açıklanabilir. AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 12.

⁵¹⁵ VERNEY, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India* , s. 82-83.

gibi, ortak bir federal sistem modelini benimseyen federasyonlarda dahi, uygulama bakımından farklılıkların olduğuna dikkati çekmektedirler.⁵¹⁶

SWENDEN, genel bir değerlendirmeye, yetki paylaşımı kataloglarının daha detaylı olduğu federal sistemlerde, yargısal yorum alanının daraldığını, ancak yetki paylaşımının daha dar olduğu federasyonlarda ise, anayasa yargısının kapsamının genişlediğini belirtmektedir.⁵¹⁷

Federasyon, çeşitlilik içinde birlik kavramını birleştirmeyi hedeflemektedir.⁵¹⁸ Bu hedefini büyük ölçüde, anayasanın belirlediği yetki paylaşımı kataloğu üzerinden gerçekleştirilmektedir. Yetki paylaşımı kataloğunun anayasal boyutunun incelenmesi, federasyonun yapısı bakımından her zaman önemli sonuçlar vermemektedir. Bu tür bir belirleme tasnifi bir alan yaratmakta, federasyonun işleyişi ile ilgili gerçek bilgileri vermemektedir. Nitekim GAMPER'e göre, federalizmin ortak ilkelerinin belirlenimin mümkün olmadığı gibi, bunun federal sistemlerin pratikte kuramsal ya da teorik özelliklerinin, federalizme ya da federasyonlara atfedilen tür ve işleyişlerinden farklı olup, bunların birbirleriyle örtüşmediğini açıklamaktadır.⁵¹⁹

Federalizm davaları olarak bilinen, federal ve federe yönetimler arasında yetki uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda, mahkemelerin verdikleri kararlarda ortak sonuç, federal yönetimin yetki alanlarının genişlemesine neden olmaktadır. Federalizm davalarında, mahkemenin ilk kaynağı anayasal yetki paylaşımı kataloğudur. Mahkeme söz konusu kataloğu yorumlayarak, açık olsun olmasın uyuşmazlığa konu olan yetki alanının hangi yönetim düzenine ait olduğuna karar vermektedir. Böylelikle mahkemenin önündeki federal ya da federe olup olmadığına bakılmaksızın uyuşmazlığa konu olan norm, anayasadaki yetki paylaşımına ve anayasal diğer hükümlere uygunluğu bakımından denetlenmektedir.

Federalizm uyuşmazlıkları denildiğinde, özellikle yargının rolü konusunda öncelikle yetki paylaşımının, yargı organlarınca nasıl yorumlandığını incelemek gerekmektedir. Bu yönde, birinci bölümün sonunda yetki paylaşımı modelleri üzerinden genel bir inceleme yapılmıştır. Söz konusu genel çerçevede görülmüştür ki, yetki paylaşımı kataloglarında en önemli sorunun, normalde yönetim düzenleri arasında işbirliği sağlanmak adına kabul edilen zımnî ya da açık ortaklaşa yetkilerdir. Bu yetki türlerinin, özellikle açıkça sayılmayan artık yetkilerle bir araya gelmesi, yetki paylaşımının yorumlanmasında, yargı organının daha fazla yorum yapmasına neden olabilmektedir. Söz konusu yorumlar, bir adım öteye giderek sistemde yeni yetki

⁵¹⁶ NICOLAIDIS, *Constitutionalizing the Federal Vision?*, s. 74. WATTS, *Comparative Conclusion*, s. 353-357.

⁵¹⁷ SWENDEN, *Federalism and Regionalism*, s. 71.

⁵¹⁸ WATTS, *Comparing Federal Systems*, s. 35-36, GAMPER, Anna, *Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court's Ruling on Direct Democracy in Vorarlberg*, **Publius: The Journal of Federalism**, Vol.33, N.1, 2003, s. 45.

⁵¹⁹ GAMPER, Anna, *Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court's Ruling on Direct Democracy in Vorarlberg*, s. 46.

paylaşımı türlerinin ortaya çıkmasına da neden olabilmektedir. Bu yönde öncelikle zımnî ve açık ortaklaşa yetkilerle, artık yetkilere ve yeni yetki türlerine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.⁵²⁰

a. Ortaklaşa Yetki Türlerine İlişkin Uyuşmazlıklar

Anayasal yetki paylaşımında değişiklik yapılması, anayasanın değiştirilmesi yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, anayasaların yetki paylaşımı kataloğunun yorumlanarak, anayasaya uygunluk denetimiyle de gerçekleşebilir. Yetki alanlarının yorumlanması yargı organına bırakılmış, ancak federal veya federe yönetimler tarafından yetki alanlarının yorumlanması ise, siyasi bir yorumlama olarak değerlendirilmiştir. Siyasi yorumlama, yönetimlerin yetki alanlarına ilişkin düzenlemelerinin özellikle ortaklaşa yetki alanları (*concurrency power*) ya da mevcut yetki alanlarının veya ortaya çıkan yeni yetki alanlarının kendi özerk alanları içerisinde kabul edilmesine bağlıdır.⁵²¹

Federasyonların kaçınılmaz olarak örtüşen yetki alanlarının paylaşılması ya da yönetimlerarası işbirliğini kolaylaştırmak adına gerekli süreç ve kurumların oluşturduğu görülmektedir.⁵²² Bu mekanizmaların başında da, federal ve federe yönetimlerin, aynı anda düzenleme yapabildikleri, yetki alanlarının olmasıdır. Bu yetkiler ortaklaşa yetkiler olarak tanımlanmaktadır. Federasyon anayasalarında, yasama yetkilerinin büyük bir kısmının federal yönetimle federe yönetimler arasında açık ya da zımnî ortaklaşa yetkiler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu yönde federal sistemlere ilişkin en önemli problem, federe yönetimlerinin yetkilerinin, federal yönetimin yetkilerinden açık bir şekilde ayrılmaması, federal hukuk ve federe hukukun üst üste geçerek örtüşmeleridir.⁵²³

Ortaklaşa yetkilerin bir uyumsuzluk faktörü olarak ortaya çıkması, iki yönetim düzeninin aynı tipte ve aynı konuda yetki sahibi olmaları bakımından değerlendirilir. Bu durumda uyumsuzlukların ortaya çıkması, muhtemel olarak kabul edilmektedir. Bu durumda da, önceki başlıkta incelenen federal hukukun üstünlüğü ilkesinin potansiyel çözüm aracı olarak kabul edilmesi gündeme gelmektedir.⁵²⁴

Ortaklaşa yetkilerin önemli bir faydası, federal ya da federe yönetimlerin çok detaylı ve incelikli sayılan açık yetkilerine ya da münhasır yetkilerine ilişkin listelere duyulan ihtiyacı azalttığı gibi, sisteme esneklik unsuru sağladığı ve zaman içerisinde değişen koşullara daha kolay adapte olmayı kolaylaştırmaktadır.⁵²⁵

⁵²⁰ Zımnî ve Yan Yetkilere ilişkin başlık *Anayasalarda Geniş Yorumlanabilen Diğer Hükümlere ve Ulusallık Konularına İlişkin Uyuşmazlıklar* başlığında irdelenmiştir.

⁵²¹ SWENDEN, *Regionalism and Federalism in Western Europe*, s. 45.

⁵²² WATTS, *Comparing federal systems in the 1990s*, s. 7-8.

⁵²³ SCHAPIRO, Robert A, *Monophonic Preemption*, *Northwestern University Law Review*, 2008, Vol. 102, No. 2, s. 812.

⁵²⁴ BAKSHI, *Concurrent Powers of Legislation Under List III of the Constitution*, s. 1249 vd.

⁵²⁵ WATTS, *Comparing Federal Systems 1990s*, s. 34.

Ortaklaşa yetki türleri, zımnî ve açık ortaklaşa yetkiler şeklinde iki kısımda karşımıza çıkmaktadır. Sert yetki paylaşımı modellerinde, federal yönetimin yetkilerinin açıkça sayıldığı (*enumerated*) yetkileri, aynı zamanda federe yönetimlerle zımnî paylaştıkları yetkileri anlamına gelmektedir. Bu uygulamanın, sert yetki paylaşımında ortaya çıktığı görülmektedir.⁵²⁶

Ortaklaşa yetkilerin bu faydalarına karşılık, özellikle sert yetki paylaşımında zımnî ortaklaşa yetkilerin iç içe geçmiş yapısının, önemli ölçüde uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olduğu görülmektedir. Bu alanda yargının tercihi, sıklıkla federal hukukun üstünlüğü ilkesini kullanma yönündedir. Bunun haricinde Avustralya gibi sert yetki paylaşımında da aynı türden çözümler geliştirildiği görülmektedir. Burada, Amerikan federal sisteminde olduğundan daha fazla federal yönetime üstünlük sağlayacak anayasal unsurlar (mali alanlarda veya yan yetkiler gibi) bulunduğu görülmektedir. Esnek yetki paylaşimleri için, ortaklaşa yetki listeleri yeterli açıklıkla tanımlanabilirse, sert yetki paylaşımında olduğu kadar uyuşmazlıklarla anılmasını engelleyebilmektedir. Almanya ve Hindistan örneklerinde, bu alanlarda federal yönetimin üstün olacağı benimsendiği gibi, bu gerek Anayasa'nın kendisinden kaynaklanan açıklıkla, gerekse yüksek mahkeme kararlarıyla daha istikrarlı çözümler üretilmesini sağlamaktadır.

Bu nedenle, açık yetki paylaşımının göz ardı edildiği durumlarda ortaklaşa yetkiler üstünlük ilkesiyle desteklenerek, federal yönetimlerin zımnî münhasır yetki alanları haline gelmektedir. Bu yönde federal sistemin yargısal mekanizması yani yüksek mahkemeleri önemli bir rol oynamakla birlikte, federal hukuka anayasal anlamda üstünlük sağlayan anayasalarda, bu ilkeye karşılık dengeleyici bir hüküm daha barındırması beklenmektedir.⁵²⁷

Anayasal yetki paylaşımında, ikili ayrıma yoluyla yasama ve yürütme yetkilerinin çatallanmasını ifade eden yatay yetkinin, Hindistan'da ortaklaşa yetkiler bakımından benimsendiğini belirtmiştik. Bu yetki türünün pratikte, federasyon düzeyleri arasında kapsamlı işbirliği gerektirdiği ve anayasal hükümlerde önerildiği gibi keskin olmadığı belirtilmektedir. Hatta, anayasal yasama ve yürütmeye ilişkin yetkilerin, her iki yönetim düzenleri arasında uyuşmazlık çıkarması mümkündür. Özellikle ortaklaşa yetki alanlarında, genellikle devlet yardımı programları yoluyla federal yönetimlerin

⁵²⁶ Uygulama gereği, ABD (Anayasa'nın 1. maddesinin 8. fıkrası) ve Avustralya (AY. Anayasa'nın 51. maddesi) federal örneklerinde, federal yönetimin yetkisi olarak sayılan alanlarda, federe yönetimlerin de düzenleme yapabilmesi mümkündür. Teorik olarak, federal yönetimin münhasır yetki alanı söz konusu olunca, federe yönetimler o alanı düzenlemeye kalkmaları halinde yetki uyuşmazlığı ortaya çıkacaktır. Ancak, söz konusu sistemlerde bu teorinin, en azından ilgili federal yönetim yetkileri (ABD AY'nın m. 1 b. 8. ve Avustralya AY'nın madde 51) bakımından geçerli olmadığı görülmektedir. Burada bahsi geçen yetkiler, münhasır değil, sayılmış yetkilere aittir.

⁵²⁷ Örneğin Alman Anayasası'nda benimsenen yersellik ilkesi (*subordinate*) gibi. Burada bir federal sistem olmamakla birlikte AB'de de birlik hukukunun üstün kabul edilmesinin yanı sıra, ikincillik ya da yerellik ilkesi de dengeleyici bir mekanizma olarak kabul edilmiştir.

ikna edici mali yardım sağlayarak, federal programlarını gerçekleştirmek için önemli yetkilerini delegasyon yoluyla federe yönetimlere vermektedir.⁵²⁸

Uygulama gereği, Amerikan ve Avustralya federal yönetimlerin yetkilerinin sayıldığı maddelerde, federe yönetimlerin de düzenleme yapabilmesi mümkündür. Teorik olarak, federal yönetimin münhasır yetki alanı söz konusu olunca, federe yönetimler o alanı düzenlemeleri mümkün olmamaktadır. Burada bahsi geçen yetkiler, münhasır değil, sayılmış yetkilidir. Dolayısıyla sayılmış yetkiler, federal sistemin kurulduğu dönemlerde, federe yönetimlerin hali hazırda düzenleme yapabildiği alanlardır.⁵²⁹

SWENDEN, zımni ortaklaşa yetkilerinin bulunmasını halinde bu durumun, tüm yetki paylaşımında bulunan yetkilere uygulanabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle federasyon anayasalarında, ortaklaşa yetkilere ilişkin listelerin açıkça belirlenmesinin gereksinimi olduğunu belirtmektedir. Böylelikle, ortaklaşa yetkilerle münhasır olan yetkilerin ayrılması sağlandığı gibi, sıralanmış yetkilerle de ayrılması sağlanacaktır.

Söz konusu sistemlerde federal yönetimin münhasır yetkilerini tespit etmek için; Amerika'da federe yönetime yasaklanan yetkileri, Avustralya'da da, Anayasa'nın 52. maddesinde ifade edilen, münhasır yetkileri ifade etmek gerekir. Ne var ki buradaki en önemli sorunlardan biri, zımni ortaklaşa yetki alanlarının anayasanın pozitif hükümlerinden çıkarılamamasıdır.

Gerek açık, gerekse zımni ortaklaşa yetkiler alanına ilişkin bir diğer sorun, özellikle, "önemli yetkilerin" bu yetki türüne dahil edilmesidir. Federal hukukun üstünlüğü çerçevesinde düşünüldüğünde, bu durumda söz konusu ortaklaşa yetkiler, zımni federal yetkiler anlamına gelmektedir.

Sert yetki paylaşımının karmaşık yapısı, yüksek mahkemelerin uzunca bir süre yetki paylaşımı kataloğunu yorumlayarak düzenlemeye çalışmalarına yol açmıştır. Bu yönde ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Sturges v. Crowninshield* kararı, uygulamadan kaynaklanan federal yönetimin münhasır ve ortaklaşa yetkileri arasında bir ayrım belirlemiştir. Kararda MARSHALL şu ifadeleri kullanmıştır.

"Amerikan halkı belirli sayılmış yetkileri (enumerated powers) olan ulusal bir yasama organı oluşturduklarında, federe yönetimlerin yetkilerinin belirtilmesi, ne gerekli ne de uygun olmuştur. Bu yetkiler Amerikan halkından değil, Amerikan federe yönetimlerinin halklarından kaynaklanmıştır. Anayasa'nın kabul edilmesinden sonra, federe yönetimlerin düzenledikleri alanlara ilişkin yetkileri, belirli sınırlamalar haricinde (uluslararası anlaşmalar yapma gibi) olduğu gibi kalmıştır".

MARSHALL, kararda zımni ortaklaşa yetkileri ifade ederek, "kurucuların, federal yönetime belirli bir yetkiyi vermiş olmasının, aynı yetkinin federe yönetimlere

⁵²⁸ WATTS, *Comparative Conclusion*, s.321-350.

⁵²⁹ WOODBURY, *The Constitutional Law Of The United States*, s. 41.

yasaklandığı” anlamına gelmeyeceği ve bu yönde, federe yönetimlerin söz konusu yetki alanında düzenleme yapamayacağı gibi bir yasağın olmadığını belirtmiştir.⁵³⁰

Burada, Anayasa’nın federal yönetim lehine saydığı yetkilerin, zımni ortaklaşa yetkiler (AY. m. 1. f. 8) olarak kabulü söz konusudur. MARSHALL, bu durumun anayasayla yasaklanmamış olsa bile, federe yönetimlerin her zımni ortaklaşa yetki alanında düzenleme yapabilecekleri anlamına gelmediğini de eklemiştir. Kararda, federal yönetimin sayılmış yetkiler alanında bir düzenleme yaptığında veya “*belirli bir yetkinin doğasının, münhasıran federal yönetimin düzenleme yapmasını gerektirdiğinde*”, federal yönetimin isterse, yasayla söz konusu yetki alanını federe yönetimlere yasakladığını belirtilir ve o yetki alanı federe yönetimlerin yasama organlarından alınacağına hükmedilmiştir.⁵³¹

Zımni ortaklaşa yetkiler, Yüksek Mahkeme’nin, anayasada sayılan yetkilerin, federal yönetimin münhasır yetkileri mi yoksa, federe yönetimlerle paylaştığı ortaklaşa yetkiler mi olduğunu tahlil etmesi gerekmiştir. Mahkemeler bu durumda, paradoksal olarak sınırlı yetkileri geniş yorumlaya çalışmışlardır.⁵³²

Benzer şekilde *Houston v. Moore* kararında, Anayasa’nın yetkileri saymasına rağmen, bunların federe yönetimler lehine sayılmamış olduğu, fakat bazı yetkilerin özellikle federe yönetimlerin otoriteleri ve yasama organları bakımından son derece önemli olduğu belirtilmiştir.⁵³³ Bu tür yetkilerin ise sadece federal yönetimin düzenleme yapacağı alanlar olarak kabul edilmemesi gerektiği, aksi halde federe yönetimlerin münhasır egemenlik yetkilerinin federal yönetime devri anlamına geleceği belirtilmiştir.⁵³⁴

Mahkeme, Anayasa’da sayılan zımni yetkiler bakımından, federe yönetimlerin münhasır olarak sayılabilecek yetkilerini tespiti için şu ifadeleri belirtmektedir. Federe yönetimlerin münhasır yetkileri olabilmesi için, “*Anayasa’nın açıkça federal yönetime münhasır bir yetki vermemiş olmalı, federe yönetimlere o yetki alanının açıkça yasaklanmamış olması ve son olarak da federe yönetimler tarafından bir yetkinin kullanılmasında, doğrudan bir aykırılık veya uyumsuzluk olmaması*” gerekmektedir.⁵³⁵

Kararda, bu üç kategori dahilinde bulunmayan yetkilerin, sadece Anayasa’nın 11. değişiklik hükmünün sözüne ve ruhundan kaynaklanan sebeplerle değil, aynı zamanda

⁵³⁰ *Sturges v. Crowninshield* - 17 U.S. 122 (1819), Page 17 U.S. 193, Page 17 U.S. 194. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/122/case.html>, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

⁵³¹ *Sturges v. Crowninshield*, Page 17 U. S. 196. Ayrıca karardan 8 yıl sonra, karara konu olan iflas yasalarını oluşturma yetkisi tekrar gündeme gelmiştir. Marshall’ın katılmadığı bu kararda, AY’nın Sözleşmeler Hükümünün federe yönetimlere gelecekte oluşturulacak sözleşmeler bakımından sınırlama getirmediği kararına varılmıştır. Marshall’ın karşı görüşü ise, AY’nın federe yönetimlere sözleşmelerin bağlayıcılığını bozacak hiçbir düzenleme yapamayacaklarına ilişkin hükmünün, açıkça bir yasaklama olması nedeniyle, o alanda federal yönetimin münhasır yetkisi olduğunu ileri sürmüştür. *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. 213 (1827), İnternet Kaynak: http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1827/1827_0, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

⁵³² WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 328.

⁵³³ *Houston v. Moore* - 18 U.S. 1 (1820), Page 18 U. S. 4 İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/18/1/>, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

⁵³⁴ WOODBURY, *The Constitutional Law Of The United States*, s. 41.

⁵³⁵ *Houston v. Moore* - 18 U.S. 1 (1820). Page 18 U. S. 49, İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/18/1/case.html>, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

genel muhakemenin (*general reasoning*) geçerli prensipleri üzerine federe yönetimlerin, federal yönetimle ortaklaşa yetkileri bulunduğu tartışılmayacağını belirtmektedir. Mahkeme, ortaklaşa yetkiler söz konusu olduğunda, aynı alanı düzenleyen federe ve federal yönetimlerin yasalarının doğrudan ve açık bir uyumsuzluğunun, federal hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, federe yönetimlerin bu alandaki düzenlemelerinin geçerli olmayacağını belirtmiştir.⁵³⁶

Üçüncü duruma ilişkin koşullara örnek olarak mahkeme, vatandaşlık gibi alanlara örnek olarak, “tekdüzen tip bir yetki alanı kurmak için” yetkilerin federal yönetimde bulunması gerektiğine işaret etmiştir. Mahkeme, bu durumda, federal yönetime yetkilerin aktarılması bakımından, özellikle ulusal konular bağdaştırılacak bir koşul ortaya konulmuştur. Nitekim bu konuda, federal yönetimin vatandaşlığa için tek tip kural koyma yetkisi (*Chirac v. Chirac*)⁵³⁷ ve deniz kuvvetleri ve denizciliğe ilişkin yetki alanları, (*Martin v. Hunter*)⁵³⁸ tek tip kural koyma zorunluluğu bulunan alanlar şeklinde ifade edilmiştir.⁵³⁹

Yüksek Mahkeme, alışılmışın dışında federal yönetimin her yetki alanında düzenleme yapabildiği ticarete ilişkin yetkisini, sınırlı bir şekilde değerlendirdiği de görülmektedir. *Cooley v. Board of Wardens* kararında, “*Anayasa’da, federal yönetim lehine sayılan ticareti düzenleme yetkisine ilişkin düzenlemede, federe yönetimlerin söz konusu alanda düzenleme yapamayacağına ilişkin açık bir ifadenin bulunmadığına*” işaret etmiştir. Mahkeme’ye göre, eğer bir yetki federe yönetimlerin ilgili alanda düzenleme yapmasını içermiyorsa, bu alanda federal yönetime verilen yetki türüne benzer bir yetkinin dahi, federe yönetimlerde bulunmaması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁴⁰

Yüksek Mahkeme daha sonraki *Cardwell v. American River Bridge Co.* kararında ise, daha önceki içtihatlarını değerlendirerek, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin, genel olarak münhasır bir yetki olmadığına tanınmış olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme federe yönetimlerin bu alanda yapacakları düzenlemelerin ise, yetkinin niteliği veya doğasıyla, işleyişin yerel düzenleme gerektirmesine bağlamıştır. Ancak bu halde, federal hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, federe yönetim düzenlemeleri, federal yönetimin o alanda düzenleme yapana kadar geçerli olacaktır.⁵⁴¹ Mahkemenin ticareti düzenleme yetkisinin kapsamını daraltarak, ortaklaşa yetkiler çerçevesinde olduğuna ve klasik federal hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince geçersiz kılınabileceği sonucuna

⁵³⁶ *Houston v. Moore*, Page 18 U. S. 50.

⁵³⁷ *Chirac v. Lessee of Chirac - 15 U.S. 259 (1817)*, İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/15/259/case.html>, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

⁵³⁸ *Martin v. Hunter's Lessee, 100 U.S. 1*, İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0014_0304_ZS.html, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

⁵³⁹ WOODBURY, *The Constitutional Law Of The United States*, s. 41.

⁵⁴⁰ *Cooley v. Board of Wardens 53 U.S. 299, P. 319*, İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0053_0299_ZO.html, Erişim Tarihi: 02-10-2010.

⁵⁴¹ *Cardwell v. American Bridge Co. - 113 U.S. 205 (1885)*, Page 113 U. S. 210. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/113/205/case.html>, Erişim Tarihi: 02-10-2010.

işaret etmiştir.⁵⁴² Ancak, bu durumun sınırlı sayıda kararlarla desteklendiği, aslında ticareti düzenleme yetkisinin federal yönetimin yetkileri kendisinde toplamasının en önemli aracı olduğu görülmektedir.

Zımni ortaklaşa yetkiler, diğer tür olan açık ortaklaşa yetkilere göre daha fazla yorumlanabilir alan bırakmaktadırlar. Buna, federe yönetimlerin yetkilerine ilişkin belirsiz düzenlemeler (artık yetkiler gibi) eşlik ettiğinde ise, daha vahim sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Aynı zamanda, uygulamada federal yönetim belirli bir alanı, bir kez düzenlediyse, bu düzenlemenin kapsamı, o yetki alanının bütününe yayılmaktadır. Örneğin Avustralya’da, federal yönetim vatandaşlık, göçmenler ve telekomünikasyon alanlarında yaptığı kapsamlı yasal düzenlemeler bu türden yetki alanlarıdır. Bu durumda da, federe yönetimlere belirlenebilecek herhangi bir alan kaldıysa, o alanlarda düzenleme yapabileceklerdir.⁵⁴³

Ortaklaşa yetkiler alanında, ABD ceza hukuku uygulamalarına ilişkin ilgi çekici bir noktayı da belirtmek gerekir. Ortaklaşa yetkiler alanında, aynı konuda yürürlüğe konmuş federal yasayla, federe yönetim yasaları örtüşüyorsa, kanunlarda aynı hükümler bulunuyorsa, hiçbir çatışma olmaksızın her iki yasa yürürlükte olacaktır. Bu ihtimal, biri federe yönetim düzenlemesi, diğeri ise federal yönetim düzenlemesi olmak üzere bir kişinin aynı suçtan iki kez yargılanmasına yol açabilir. Nitekim, Amerika’da bir kişinin aynı suçtan dolayı iki kez yargılanamayacağına (*double jeopardy*) ilişkin evrensel hukuk ilkesi, ikili egemenlik ilkesi gereği uygulanmayabiliyor.

Yüksek Mahkeme’nin bu konuda verdiği kararlar, ikili egemenlik (*double sovereignty*) doktrini çerçevesinde değerlendirilmiştir. Mahkeme, ceza kovuşturmaları söz konusu olduğunda, bir kişi aynı suçtan dolayı aynı yargılanamayacağına ilişkin Anayasa hükmünü, aynı federe yönetimde iki kez yargılanamayacağı şeklinde değerlendirmektedir.⁵⁴⁴ Bu durumda Mahkeme, bireylerin aynı suçtan dolayı başka bir federe yönetimde de yargılanabileceği ve bunun “ikili federalizmin” gereği olduğuna karar vermiştir.⁵⁴⁵

Mahkeme *Heath v. Alabama* kararında, bir kişinin iki farklı federe yönetimin yasalarına karşı suç işlemesi halinde, ikili egemenlik ilkesi gereği her iki federe yönetime karşı ayrı ayrı suç işlemiş olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme, Anayasa’nın 5.

⁵⁴² Bu konuda ileriki Ticareti Düzenleme Yetkisinde detaylı bilgiler verilmiş olup, temelde federal yönetimin söz konusu yetki aracılığıyla sağlıktan, kürtaja, çocuk haklarından iş hukukuna kadar bir çok alanı düzenlediği görülmektedir.

⁵⁴³ TAYLOR, *Federalism in Australia*, s. 174.

⁵⁴⁴ ABD Anayasası’nın 5. Ek Değişikliğinde, ...hiç kimse, aynı suç nedeniyle iki kere, idam cezası veya bir organını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmayacak;... , hükmünün, bir kişi aynı devlet tarafından, aynı suç için iki kez yargılanamayacağı anlamına geldiği ve bunun da double jeopardy ilkesi olarak kabul edildiği görülmektedir. PEALTON, *Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı*, s. 76-77.

⁵⁴⁵ ABD Yüksek Mahkemesi’nin bu konuda vermiş olduğu kararlardan bazıları, *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 93, 1985, karardır. Kararda, Georgia federe yönetiminin aynı suçtan bir kişiyi cezalandırmasının yanı sıra, aynı suçtan sanığın Alabama federe yönetiminde idam cezasına çaptırılmasını onaylamıştır. Kararlar için bkz. <http://supreme.justia.com/cases>. Bu konuda bilgi için bkz. DAWSON, Michael A, *Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine*, *The Yale Law Journal*, Vol. 102, No. 1, 1992.

değişikliğinde kabul edilen, “kimsenin aynı suçtan ikinci kez yargılanamayacağına” ilişkin (*double jeopardy*) hükmünü, ikili egemenlik ilkesi gereği kullanılamayacağını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, bu konuda federal ve federe yönetimlerin ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerinin çatışması haline, aynı kişinin hem federal düzende hem de federe yönetim düzende yargılanabileceğine de karar vermektedir.⁵⁴⁶

ZIMMERMAN, ortaklaşa yetki listelerine ilişkin söz konusu uyuşmazlıkların, özellikle federal ya da bölgesel yönetimlerin biri tarafından, hızlı ekonomik ve sosyal değişim dönemlerinde, etkili eylemleri geciktirmek veya önlemek şeklinde olabileceği gibi veya iki yönetim düzeninin politikalarını entegre etmedeki başarısızlıktan kaynaklandığını belirtmektedir. Bu nedenle üniter devlet biçimlerinde, ekonomik ve sosyal değişimlere ilişkin hızlı düzenlemeler yapmak daha kolay olabilmekte ve bu yönde söz konusu dönemleri atlatmada daha etkili olabilmektedirler. Buna karşılık federal sistemlerde bu tür hızlı ve etkili karar alma konusunda yaşanan uyuşmazlıklar, sistemin dezavantajlarından biri olarak görülmektedir.⁵⁴⁷

Örnek federal sistemler arasında, ortaklaşa yetki alanlarına ilişkin en önemli sorunların, ABD ve Avustralya’da görülen ortaklaşa yetki alanlarına ilişkin uygulamalardır. ABD ve Avustralya’da anayasada ifade edilen federal yönetimin yetki alanlarının bazılarında, federe yönetimlerde ilk elden düzenleme yapmaktadırlar. Böylelikle anayasada sayılmayan *de facto* bir ortaklaşa yetki alanı ortaya çıkmaktadır. Bu uygulamanın sebebi, söz konusu ülkelerde federal sistem kurulmadan önce, bu yetkileri kullanan federe yönetimlerin egemenliklerini korumaktır. Anayasal federasyonu teorisinde belirtildiği üzere, federasyon iki yönetim düzeni arasında yapılmış anayasal yetki paylaşımı olduğuna ve bu yetki paylaşımı çeşitli unsurlarla güvence altına alındığına göre, anayasal yetki paylaşımında tanımlanmayan yetki paylaşımı uygulama ve türlerinin benimsenmiş olması, teorinin eksikliğini ortaya koymaktadır. Ayrıca bu durum, çalışmanın yargısal kısmına ilişkin önemli bir sorunu daha ortaya çıkarmaktadır. Anayasal yetki paylaşımında hukuki olarak benimsenmeyen, fakat *de facto* olarak kabul edilen yetkiler alanında mahkemeler hakemlik yetkilerini nasıl kullanabileceklerdir?

Federal sistemlerde, gerek anayasal gerekse uygulamadan kaynaklanan ortaklaşa yetkiler türünün bulunması kaçınılmaz olarak görülmektedir. Temelde ortaklaşa yetki türü, federal ve federe yönetimlerin belirli alanlarda aynı şekilde yasama yetkileri kullanmalarını öngörmektedir.⁵⁴⁸ Ne var ki birinden farklı özellikler taşıyan federal

⁵⁴⁶ ABD Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 93, 1985, İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/474/82/case.html>, Erişim Tarihi: 20-02-2012.

⁵⁴⁷ Örneğin Alman Anayasası’nda benimsenen yersellik ilkesi (subordinate) gibi. Burada bir federal sistem olmamakla birlikte AB’de de birlik hukukunun üstün kabul edilmesinin yanı sıra, ikincillik ya da yerellik ilkesi de dengeleyici bir mekanizma olarak kabul edilmiştir.

⁵⁴⁸ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 1.

sistemler içerisinde, idari ya da yürütme federalizmi dediğimiz örnekleri burada ayırmak gerekmektedir.

Yetki paylaşımı modellerinde görüldüğü gibi, federal sistemler ortaklaşa yetki alanlarını farklı yollarla kullanabilmektedirler. Açıkça sayılan ortaklaşa yetkiler, federasyon anayasalarında federal ve federe yönetimlerin her ikisinin de belirli bir politika alanında çalışabilmeleri için yetkili olmaları anlamına gelmektedir.⁵⁴⁹ Almanya'da ortaklaşa yetki, belirli alanda yasama yetkilerini kullanan federal yönetime karşılık, bu yasama yetkilerinin yürütülmesini üstelenen federe yönetimler görmektedir.

Alman federasyonunun tasarımı, yürütme federalizmi yönünde olmuş olsa da, federalizm reformu ile birlikte yaşanan bu süreç biraz daha federe yönetimler bakımından ilk elden düzenleme yapabilecekleri yetkilerle sonuçlanmıştır.

Almanya'da uygulanan yatay yetki, yürütme federalizmi olarak ifade edilir. Sisteme ilişkin bu tercihlerin, Anayasa'da düzenlenen, federal yasaların federe yönetimlerde uygulanması bakımından ciddi bir zorlayıcı hüküm olarak kabul edilmektedir. Anayasa'nın 84. maddesinin 4. fıkrasında,

“...federal yasaların eyaletlerde uygulanmasıyla ilgili olarak Federal Hükümetin tespit ettiği eksiklikler giderilmediği takdirde, Federal Konsey, Federal Hükümetin veya eyaletin isteği üzerine, o eyaletin hukuku ihlal edip etmediğine karar verir. Federal Konseyin kararına karşı Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir”

hükmü düzenlenmiştir. Bu hükmle, federal yasaların uygulayıcısı olan federe yönetimlerin, hukuk ihlaline ilişkin karar verici Federal Konsey olarak gösterilmektedir. Sonrasında, bu konuda Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkı tanınarak, bir bakıma federasyon alanına siyasi tercihlerin müdahalesinin, yargısal bir korunmaya alınması esası getirilmektedir. Bu koruma, konseyin vereceği ihlale ilişkin kararlarda da, kendisini frenlemesini sağlayacaktır. Nitekim, burada ifadesi olunan federe yönetimlerin ilk-el düzenleme yetkilerini ilgilendiren bir alan değildir. Ayrıca, Federal Konsey'in bu kararda ki önemli konumu, federe yönetimlerin temsilcisi olmasından kaynaklanması bakımından da dengeli sayılabilir.⁵⁵⁰

Avusturya'da federal hukuka, ayrı bir anayasal norm ile üstünlük tanınmamıştır. Ayrıca burada ortaklaşa yetkilerin gerek çerçeve yasa çıkarma yetkisi, gerekse yatay yetki ile yerine getirildiği görülmektedir. Her iki halde de, federe yönetimlerin belirli bir alanı ilk kez düzenleme yetkileri bulunmamaktadır. Bu tür yetki paylaşımın kaynağı, Alman federal sisteminde de görülmekle beraber, 2006 Federalizm Reformları

⁵⁴⁹ SWENDEN, **Federalism and Regionalism** , s. 51.

⁵⁵⁰ Alman Anayasası, Federal Konsey'in oluşumuna ilişkin hükmü şu şekildedir. madde 51; (1) Federal Konsey, eyalet hükümetlerinin atayıp görevden alabildikleri üyelerinden oluşur. Bunlar, kendi hükümetlerinin diğer üyelerince de temsil olunabilirler. (2) Her eyaletin en azından üç, nüfusu iki milyondan fazla olan eyaletlerin dört, nüfusu altı milyondan fazla olanların beş, nüfusu yedi milyondan fazla olanların ise altı oyu vardır. (3) Her eyalet sahip olduğu oy sayısı kadar üye gönderebilir. Bir eyaletin oyları ancak tek yönde ve yalnız hazır olan üyeler veya onların temsilcileri aracılığıyla kullanılabilir . RUMPF,UZAR, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası* .

kapsamında yapılan anayasa değişiklikleriyle, çerçeve yasayla düzenleme yetkisi kaldırılmıştır. Yöntem Avusturya'da uygulanmaya devam etmekte, federal yönetimin çerçevesini belirlediği alanlarda, federe yönetimlerin bu çerçeveye uygun yasama yetkisi kullanması sağlanmaktadır. Dolayısıyla her iki yönetimin de söz konusu ortaklaşa yetki alanında sadece çerçeve yasa türü kapsamında federe yönetimlerin detay yasaları oluşturabilme yetkileri bulunmaktadır.

Hindistan Anayasası'nın 3 Numaralı ek listesi, ortaklaşa yetkiler alanını belirlemektedir. Bu alanda 47 farklı konuda yetki federal ve federe yönetimlere ortaklaşa verilmiş olup,⁵⁵¹ yetki uyuşmazlıkları bakımından önemli olan, bu alanlarda hangi yönetimin norm koyma iradesini yani yasama yetkisini kullandığıdır. Ayrıca, Hindistan Anayasa'nın 249. maddesiyle, federe yönetimlerin yetki alanlarını içeren 2. Liste'de (*State List*) yer alan federe yönetim yetkilerinin, "ulusal çıkarların" gerektiği konularda federal yönetim tarafından müdahale edilebileceği, bu durumlarda söz konusu federe yönetim yasama yetkilerinin federal yönetime ait olduğu kabul edilmiştir. ABADAN'ın ifade ettiği gibi, "gerek bu yüzden gerek müşterek yasama yetkisi sahasına ait mevzular yüzünden, bir yandan parlamentonun diğer yandan devletler teşriî meclislerinin (yasama organlarının) isdar edeceği kanunlar arasında bir uyuşmazlık doğabilir"⁵⁵²

Hindistan Anayasası'nda ortaklaşa yetki listesi, federal yönetimin yasaları oluşturacağı, federe yönetimlerin de bu yasaları yürüteceği yetki alanları olarak benimsenmiştir. Bu nedenle yatay yetki, Hindistan ortaklaşa yetki listesi bakımından uygulanabilmektedir.

Hindistan federasyonunun, bu aşırı merkezîyetçi yetki paylaşımı esasının yanı sıra, söz konusu uyuşmazlıkların giderilmesi adına tutarsızlık doktrinini, dengeli bir şekilde uygulamaktadır. Ortaklaşa yetkiler alanında uygulanan ilke, yetkilerin açılmasına ilişkin uyuşmazlıklardan kesin bir biçimde ayrılmaktadır. Bu nedenle burada, federal hukukun üstünlüğü ya da tutarsızlık ilkesinin uygulanmasından kaynaklanan ciddi sorunlar olmadığı gibi, Mahkeme kararlarında da bu ilke, dengeli bir şekilde uygulanmaktadır.⁵⁵³

Hindistan Anayasa'nın ortaklaşa yetkiler listesinde, belirli yetki konularına, federal yönetimin yasama yetkilerini kullanacağı, bu alanların yürütülmesinin de federe yönetimlere bırakılması söz konusudur. Hindistan bu yönüyle yatay yetki, ortaklaşa

⁵⁵¹ Ortaklaşa Yetkiler listesi olan 3. Liste'de ...47 madde... arasında bilhassa suçlar ve cezalar, ceza usulüne ait hükümler, mücrimlerin bir devletten diğer devlete nakli, evlenme, boşanma, genç çocukların korunması, evlât edinme, iflâs, serserilik, avukatlık, ves. gibi meslekî, hususlar, hayat standardını tâyin eden istatistikler, fiyatların- kontrolü, gazetecilik elektrik santralleri, pul işleri ve diğerleri vardır . Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ABADAN, *Yeni Hint Anayasası* , s. 244.

⁵⁵² ABADAN, *Yeni Hint Anayasası* , s. 243.

⁵⁵³ Bu konuda güncel bir karar olarak, Hindistan Yüksek Mahkemesi *Maa Vaishno Devi Mahila vs State Of U.P.& Ors.* on 13 December, 2012 kararına bakılabilir.

yetki listesinde de öngörmektedir. Bunun dışında kalan belirli ortaklaşa yetki konularının ise, her iki yönetim düzeninde ortak olarak düzenlenmesi söz konusudur.

Ortaklaşa yetki listelerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde, ilk olarak kullanılan yöntem anayasaların üstünlük ilkesine ilişkin hükümleridir. Bu yönde özellikle Hindistan Anayasa'nın 254. maddesine istinaden benimsenen uyuşmazlık (*repugnancy*) doktrini önemli bir çözüm yöntemi olarak kabul edilir. Bu doktrin, her türlü uyuşmazlığı tanımlamak için kullanılan geniş kapsamlı bir ifade olarak kullanılmaktadır.⁵⁵⁴

Ancak SAGAR, federe yönetimlere ilişkin münhasır yetki listeleri benimseyen federal sistemlerde dahi, anayasaya uygun olan federal yasaların federe yönetimlerin her türlü düzenlemesini geçersiz kılabileceğini ifade etmektedir. Teoride her yetki türünde bu ilkenin kullanılmayacağı ifade edilse de, pratikte her alanda uygulanabilir olmaktadır.⁵⁵⁵

Bununla birlikte Hindistan Anayasası'nda benimsenen ortaklaşa yetki listesi, diğer federal sistem örneklerine göre en detaylı olan açık ortaklaşa yetki türüne örnektir. Bu listenin oldukça detaylı ve karmaşık oluşu, ortaklaşa yetki türlerinin hepsinde veya federe yönetimlerin münhasır yetkileri de dahil olmak üzere tüm alanlarda federal hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu açık değildir.⁵⁵⁶ Nitekim madencilik, polis, sanayi, satış ve diğer vergiler gibi federe yönetimlerin münhasır yetki listesi içinde bulunan alanlarda, federal yönetimin, federe yönetim mevzuatlarını geçersiz bırakabileceği kabul edilmektedir. Böylelikle, federal yönetimin federe yönetimlerin münhasır yetki alanlarında yasalar oluşturabilmesi söz konusu olduğu gibi bu durumun, Hindistan federal sistemine özgü olduğu belirtilmektedir.⁵⁵⁷

Literatürde Hindistan Anayasası'nın 254. maddesine ilişkin olarak, ortaklaşa yetkilerin tüm alanlarıyla, federe yönetimlerin yetkileri bakımından da federal hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanabileceği ifade edilmektedir.⁵⁵⁸

Ancak Hindistan Yüksek Mahkemesi, bir çok kararında federal hukukun üstünlüğü ilkesinin her yetki türü ve alanında, bu denli merkezîyetçi yorumlanmasını kesinlikle reddetmiştir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme kararlarıyla istikrarlı bir doktrin kurarak, sadece ortaklaşa yetkilerde federal hukukun üstünlüğünü benimseyebileceğini belirtmektedir.⁵⁵⁹

⁵⁵⁴ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 7.

⁵⁵⁵ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 3.

⁵⁵⁶ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 3.

⁵⁵⁷ DHAVAN, Rajeev, SAXENA, Rekha, *Republic of India*, içinde, LE ROY, Katy, SAUNDERS, Cheryl, **Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries**, McGill-Queens University Press, 2006, s. 168.

⁵⁵⁸ JAIN, M. P.'den aktaran, SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 3. Orijinal eser JAIN, M. P., **Indian Constitutional Law**, 5th ed, Wadhwa, New Delhi, 2008, s. 540-542.

⁵⁵⁹ Mahkeme *Hoechst Pharmaceuticals Ltd. And vs State Of Bihar And Others* kararında, münhasır yetkilerin aynı anda uyuşmazlık çıkarması halinde, öz ve esas doktrinin uygulanıp uygulanmayacağına bakılacağını, bunun dışında iki münhasır yetkinin çatışma çıkarmayacağından, üstünlük ya da turtasızlık ilkesinin bu durumlara uygulanamayacağını belirtmiştir. *Hoechst Pharmaceuticals Ltd. And vs State Of Bihar And Others*, prg. 133, 2. Bu doktrinin istikrarlı bir şekilde uygulandığı kararlara örnek olarak; *Zaverbhai*

Avustralya Anayasası'nda federal, federe ve bölgesel yönetimlere yasama yetkileri verildiği fakat Anayasası'nın 51. maddesinde federal yönetime verilmiş yasama yetkilerinin, federal yönetimin münhasır yetki alanı içinde olmayacağı belirtilir. Burada zımnî ortaklaşa yetkilere ilişkin uygulama ortaya çıkmaktadır ki MCCALLUM, “*federe yönetim parlamentoları bu konularda yasa yapabilir ki bu yetkiler ortaklaşa*” yetki türüne dahil edildiğini belirtmiştir. Ancak burada, Avustralya Anayasası'nın 109. maddesini belirtmek gerekir ki, bu madde de federal hukukun üstünlüğü ilkesi getirilmiştir.⁵⁶⁰

Buna karşılık Almanya'da iyi kurulmuş ve açık bir ortaklaşa yetkiler listesi görülmektedir. Bunun nedeni Alman Anayasa'sının, federal yönetime hangi alanlarda üstünlük verileceği ve bunun koşullarını açıkça belirlemiş olmasıdır. (Anayasa'nın 72. maddesi) Anayasa, bir çok yetki konusunu münhasır yetkiler yerine ortaklaşa yetkiler kısmında düzenlediğinden bu alanın gerekli ve yeterli açıklıkta olmasının, yetki uyumsuzlukları bakımından önemi büyüktür.

Federal yönetim sınırlı alanlarda münhasır yetkilere sahiptir. (Anayasa'nın 73. maddesine göre yaklaşık 13 yetki konusunda), buna karşılık ortaklaşa yetkilerin sayıca daha fazla olduğu gibi (Anayasa'nın 74. maddesine göre yaklaşık 33 farklı yetki konusunda), nitelikleri bakımından da (Ekonominin hukuku, İşletme teşkilatı hukuku dahil olmak üzere iş hukuku, iş güvenliği ve iş bulma ve de işsizlik sigortası dahil olmak üzere sosyal sigortalar) önemli yetki konuları olduğu görülmektedir.⁵⁶¹

KRAMER, bu yetki alanlarına ilişkin uyumsuzlukların sınırlı olduğuna dikkati çekmektedir. Ancak Anayasa'nın 72. maddesindeki koşullar söz konusu olduğunda, federal yönetim bazı yetkileri düzenleyebilecektir. Bu durumda da, federe yönetimlerin düzenlemeleri geçersiz (*void*) kalacaktır. KRAMER federal hukukun üstünlüğü çerçevesinde, federal yönetimin ortaklaşa yetki alanlarındaki mevzuatının geçerli olmasının belirli koşullara bağlı olduğundan, Mahkeme'nin bunu gözettiğini belirtmektedir.⁵⁶²

Örneğin Alman Anayasa Mahkemesi, ortaklaşa yetkilere ilişkin uyumsuzluklarda, federal hukuka üstünlük tanımaktadır. Ancak 2002 tarihli bir kararında, federal yönetimin düzenlemesinin, “federasyon topraklarında eşdeğer yaşam koşullarının

Amaldas vs The State Of Bombay, 1954 AIR 752, 1955 SCR 799; *Tika Ramji Vs. State of UP*, (1956) SCR 393; AIR 1956 SC 676. (U.P. Sugar Cane Act, etc.); *Ahmedabad Mill Owners' Association Vs. I.G.*, AIR 1967 SC 1091; *Karunanidhi Vs. Union of India*, AIR 1979 SC 898; (1979) Cri LJ 773; *Karunanidhi Vs. Union of India*, (1979) Cri LJ 1876 (Mad) (FB); *Raghubir Vs. State of Haryana*, AIR 1981 SC 2037; *Western Coalfields Vs. Special Area Development*, AIR 1982 SC 697. Kararlar ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <http://indiankanoon.org/search/?formInput=repugnancy+doctypes:supremecourt>, Erişim Tarihi:02-01-2012.

⁵⁶⁰ MCCALLUM *The Australian Constitution and the Shaping of our Federal and State Labour Laws*, s. 461.

Avustralya Anayasası'nın 109. maddesine ilişkin değerlendirme, Federal Hukukun Üstünlüğü Başlığında yapılmıştır. Avustralya Anayasası için bkz. İnternet Kaynak: <http://australianpolitics.com/articles/constitution/full-text-of-the-australian-constitution-as-amended>, Son Erişim Tarihi: 6 Aralık 2012.

⁵⁶¹ Anayasa'nın Türkçeleştirilmiş metni için bkz. RUMPF, Christian, UZAR, Gökçe, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*, Kasım 2010, *Alman Federal Meclisi Yayın Bölümü*, s. 55- vd.

⁵⁶² TARR, G. Alann, KINCAID, John (Eds.), *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries* içinde, KRAMER, Jutta, *Federal Republic of Germany*, Series: Global Dialogue on Federalism Booklet Series, McGill-Queen's University Press, Canada, s. 147.

sağlanmasına” veya “hukuki ve ekonomik birliğin muhafazası bir federal düzenlemeyi yüksek devlet yararının gerektirdiği”,⁵⁶³ hal ve ölçüde olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, federe yönetimlerin bu alanda (yaşlıların bakımı) yapmış oldukları düzenlemenin, federal yönetimin düzenlemesinden daha etkili ve yararları olduğunu, federe yönetim düzenlemesinin anayasaya aykırı olmadığını karar vermiştir.⁵⁶⁴

Özellikle hukuksal teorilerle federal sistemleri ele alan yaklaşımlar, ortaklaşa yetki alanlarının, “açık yetki paylaşımı” bakımından bir engel olduğunu belirtmektedir.⁵⁶⁵ Bu yönde Almanya yetki paylaşımının, ortaklaşa yetkiler alanında dengeli ve Mahkeme tarafından da takip edilen istikrarlı düzenlemeleri örnek teşkil etmektedir.

Burada Almanya ve Avusturya’da uygulanan yatay yetkiye ilişkin uyumsuzlukları ayrıca ifade etmek gerekir. Bu yetki türünde federal yönetimin münhasır yasama yetkilerinin, yürütülmesi federe yönetimlere bırakılmaktadır. Dolayısıyla burada da bir tür işbirliğinin sağlanması gerekli olmaktadır.⁵⁶⁶

Örneğin ortaklaşa yetkiler alanında, hangi yönetimin düzenlemesinin geçerli olacağına ilişkin uyumsuzluk için federe yönetimler ya da federal yönetim Anayasa Mahkemelerine başvurabilmektedirler. Mahkemeler, federal ve federe yönetimlerin söz konusu uyumsuzluğunu çözmek üzere, ilgili kurallar çerçevesinde doğrudan karar verecek olan Anayasa Mahkemeleridir.

Federe yönetimlerin, federal yasaları yürütülmesinde federal yönetimin gözetimi söz konusudur. Anayasa’nın 84. maddesinde, federal yönetimin gözetimi ve yasaların gereği gibi yürütülüp yürütülmediğini denetlemek adına, federe yönetimlere temsilcilerini gönderebilmektedir. Söz konusu temsilciler yasaların yürütülmesinde herhangi bir aksaklık olduğu kanısına varırlarsa, bu durumda da Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilir.⁵⁶⁷ Burada Anayasa’nın, söz konusu ihlali tespit etmek üzere federal yönetimin ya da federe yönetimin, öncelikle ikinci meclise (*Bundesrat*) başvuracaklarını düzenlemiştir. Düzenleme, öncelikle federe yönetimlerin temsil edildiği meclise başvurulmasını, daha sonra Anayasa Mahkemesi’ne başvurulması önemlidir. Bu konuda federe yönetimlerin ikinci meclisleri aracılığıyla tespit yapılması öngörülmüştür. KRAMER, federal yönetimin bu tür bir gözetim yetkisi bulunmasının, uygulamada pek bir önemi olmadığını, geçmişte federe yönetimlerin bu konularda federal yönetime uygun davrandıklarını belirtmektedir. Ancak bazı durumlarda, federal

⁵⁶³ BVerfGE 106, 62 - Altenpflegegesetz Prg. 116.

⁵⁶⁴ BVerfGE 106, 62 - Altenpflegegesetz Prg 118, 120.

⁵⁶⁵ DUCHACEK, *Comparative Federalism: The Territorial Dimension of Politics*, s. 258, 269-272.

⁵⁶⁶ Alman Anayasa’sının Madde 83 maddesi, yasaların federe yönetimler tarafından uygulanmasını düzenlemektedir. *Bu Anayasada aksine bir hüküm bulunmadıkça veya izin verilmedikçe, federal yasalar eyaletler tarafından kendişleri olarak yürütülür.*

⁵⁶⁷ Alman Anayasa’nın 84. maddesi, *...Federal Hükümet, eyaletlerin, federal yasaları yürürlükteki hukuka uygun olarak uygulayıp uygulamadıklarını gözetir. Bu amaçla eyaletlerin en yüksek makamlarına görevli gönderebilir; en yüksek eyalet makamının izniyle, - bunun verilmemesi halinde ise- Federal Konseyin onayıyla, alt makamlara da görevli gönderebilir. (4) Federal Yasaların eyaletlerde uygulanmasıyla ilgili olarak Federal Hükümetin tespit ettiği eksiklikler giderilmediği takdirde, Federal Konsey, Federal Hükümetin veya eyaletin isteği üzerine, o eyaletin hukuku ihlal edip etmediğine karar verir. Federal Konseyin kararına karşı Federal Anayasa Mahkemesine başvurulabilir....*

yasanın uygulanması konusunda oluşturulacak düzenlemelerin uygun olması ve bunların bütünüyle federal yönetimin direktifleriyle yerine getirilmesi bakımından, uyuşmazlıklarının ortaya çıkabildiğini de belirtmektedir.⁵⁶⁸

Alman Anayasa Mahkemesi, gerek yetki paylaşımı kataloğundan, gerekse mali kaynaklara yetki uyuşmazlıklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, belirli bir döneme kadar işbirliği federalizmi anlayışını desteklemiştir.⁵⁶⁹ Mahkeme günümüzde ise, “*yönetim düzeylerinin özerkliğini*”, “*yetkilerin açık bir şekilde paylaşılması*” ve “*federe yönetimlerin konumun güçlendirilmesini*” vurgulamaya önem verdiği görülmektedir. Bu yönde mahkemenin yetki uyuşmazlıklarına ilişkin geliştirdiği yargısal doktrini değiştirmiştir.⁵⁷⁰

Buna karşılık, Kanada Anayasası’nda belirlenen az sayıda ortaklaşa yetki, uygulamada daha fazla alanda kendisini göstermektedir. Bunun en önemli sebebi, Anayasa’nın federal yönetimin ve federe yönetimin münhasır yetkilerini, birbirleriyle örtüşecek şekilde belirlemesidir. Örneğin Anayasa’nın 92. maddesinin 12. fıkrasında düzenlenen, federe yönetimlerin evlilik törenlerine (*Solemnization of Marriage*) ilişkin yetkiyle, Anayasa’nın 91. maddesinin 26. fıkrasında belirtilen federal yönetimin Evlilik ve Boşanma yetkileri gösterilebilir. Aynı şekilde, federe yönetimlerin Mülkiyet ve Medeni Haklara ilişkin yetkileriyle, (Anayasa’nın 92. maddesinin 13. fıkrası) federal yönetimin ticaret ve alım satıma ilişkin yetkisi (Anayasa’nın 91. maddesinin 2. fıkrası) aynı türden örneklerdir.

Bu durumda uyuşmazlık çıkaran yetki alanlarının, dengeli bir şekilde yorumlanarak her iki yönetimin yetki alanlarını kullanabilmeleri sağlanır. Her iki münhasır yetkinin uyuşmazlığı halinde, federe yönetimlerin mevzuatlarının, federal yönetimin yetki sahasına girmesi halinde sadece bütünleyici (*supplemental*) düzeyde olduklarında yürürlükte kalmaya devam ederler. LEDERMAN, ortaklaşa yetkilerin federal ve federe yönetimler arasında siyasi uzlaşma için bir alan bıraktığını belirtmektedir.⁵⁷¹

Kanada Yüksek Mahkeme’si, ortaklaşa yetkiler alanına ilişkin kabul ettiği yargısal doktrinini çift yön doktrini (*double aspects doctrine*) olarak kabul edilmektedir. Mahkeme, 1982 tarihli *Multiple Access Ltd v McCutcheon* kararında, Ontario ve federal yönetimin iç ticari alana (*insider trading*) birbirine benzer düzenlemeleri hakkında, bu doktrini kurarak çözüm üretmiştir. Uyuşmazlıkta, bu yetki konusunun, federal

⁵⁶⁸ Bu tür bir uyuşmazlığa örnek olarak Alman Anayasa Mahkemesi’nin BVerfGE 81, pp. 310-31 kararı örnek olarak belirtilmektedir. KRÄMER, Jutta, *Federal Republic of Germany*, s. 150.

⁵⁶⁹ Bu yönde Mahkemenin, sık sık siyasi sorun doktrini çerçevesinde siyasi çözüm mekanizmasını ön plana çıkardığı kararları bulunmaktadır. Mahkeme günümüzde bu yorumu terk etmiştir. Bu kararlara örnek olarak, BVerfGE 111, 226; BVerfGE 112, 226. HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 8.

⁵⁷⁰ BENZ, Arthur, HORNIG, Eike-Christian, *The Federal Constitutional Court of Germany: A Central Player in a Federal State*, s. 5. BAIER, *Courts and Federalism*, s. 30 vd.

⁵⁷¹ LEDERMAN, *The Concurrent Operation Of Federal And Provincial Laws In Canada*, s. 182 vd.

yönetimin münhasır yetkisine dahil olduğu ve federal hukukun üstün olması nedeniyle, federal yönetim tarafından düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Mahkeme, her iki yasanın yaklaşık olarak birbirine eşit olduğu ve her ikisinin de eşit öneme sahip olduğu durumlarda, çift yön doktrinini uygulamaktadır. Böylelikle ortaklaşa yetki alanlarının, uygulamada ortaya çıkmasına izin vermekte, böylelikle, söz konusu düzenlemelere geçerlik kazandırmaktadır. Mahkeme burada her iki yönetimin düzenlemesinin, amaçları bakımından uyum gösterdiğini, bu yetki konusunda her düzenlemenin de geçerli ve uygulanabilir olduğunu tespit etmektedir. Bu yolla mahkeme söz konusu uyuşmazlığa konu olan alanın, “çift yönü” bulunduğu kanaat getirmektedir. Nitekim bu doktrin aracılığıyla, federal yönetimin düzenleme yaptığı bir alan, federe yönetimlerin kendi içlerindeki alana etki ettiğinde, her iki normun da aynı anda uygulanabilir olması, ortaklaşa yetkinin uygulamada kabulü anlamına gelmektedir.⁵⁷²

b. Münhasır Yetkilere İlişkin Uyuşmazlıklar

İki münhasır yetkinin uyuşmazlığı, anayasal yetki paylaşımı kataloğunda iki farklı yönetim düzenine ayrı ayrı verilen münhasır yetkilere ilişkindir. İki ayrı listede münhasır yetkilerini kullanan federe ve federal yönetimin yetkileri, belirli bir konuya ilişkin düzenlemelerinde örtüşme gösterebilmektedir. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklar, federal ve federe yönetim düzenlerine verilmiş münhasır yetkilerin varlığını gerektirmektedir.

Bu tür iki münhasır yetki listesinin bulunduğu federal sistem örnekleri, Kanada ve Hindistan’dır. Her iki federal sistemde de, hem federal hem federe yönetimlerin münhasır yetkileri anayasalarında belirlenmiştir. Bu tür uyuşmazlıkların, söz konusu federal sistemlerde azımsanmayacak kadar yoğun oldukları görülmektedir. Burada her iki normunda direkt uyuşmazlık çıkaran bir yapısı söz konusu olmayabilir, ancak her iki halde de münhasır bir yetki söz konusu olduğundan, yüksek mahkemelerin bu konuda karar vermesi gerekecektir. Bu tür uyuşmazlıkta, yönetim düzenleri münhasır yetkilerine dayanarak oluşturdukları normlarla, yöneldikleri gerçek amaçları değerlendirilir. Bu doğrultuda normun gerçek amacıyla, kullanılan yetkinin uyumu tespit edilecektir. İki münhasır yetkinin uyuşmazlık çıkarması, federal ve federe yönetimlerin farklı iki yetki başlığında yapılmış olan düzenlemelerin amaçları dışında yapılıp yapılmadığı, kısaca farklı bir amaca yönelmeleri (*colourable legislation*) halinde de ortaya çıkabilmektedir.⁵⁷³

Kanada ve Hindistan Yüksek Mahkeme’leri bu tür uyuşmazlıkları öz ve esas doktrini (*pith and substance doctrine*) aracılığıyla çözümlenmektedirler. Her iki Yüksek

⁵⁷² *Multiple Access v. McCutcheon* [1982] S.C.J. No. 66, [1982] 2 S.C.R. 161. Kanada Yüksek Mahkemesi’nin bu tür kararlarına örnek olarak, *AG Canada v. Dupond* (1978) SCC; *Rio Hotel v. Liquor Licensing Board* (1987) SCC; *Siemens v. Manitoba* (2003) SCC.

⁵⁷³ SHARMA, K. Brij, *Introduction to the Constitution of India*, 4th Edition, Prentice-Hall, India, 2007, s. 279.

Mahkeme'nin söz konusu doktrini uygulamalarının nedeni, bu ülkelerde *Privy Council*'in, geçmişte yetki uyuşmazlıklarında üstlendiği işleve dayanır.⁵⁷⁴

Eğer federal yönetim, federe yönetimlerin yetkilerini ya da tam tersi olarak federe yönetimler federal yönetimin yetkilerini ihlal eden bir düzenleme oluştururlarsa, Mahkemeler öz ve esas doktrinini kullanmaktadırlar. Bu doktrin, yetki uyuşmazlıkları bakımından farklı bir sonuca işaret etmektedir. Yönetim düzenlerinin biri, bir diğer yönetim düzeninin yetki alanı içerisinde yer alan bir konuda düzenleme yaparsa, burada yetki aşımı söz konusudur. Yetki aşımında sonuç olarak, yetki alanını ihlal eden yönetim düzeninin normu, anayasal yetki paylaşımına aykırılık teşkil ettiğinden geçersiz olacaktır. Ancak öze ve esas doktrininde, uyuşmazlık çıkaran düzenleme meşru kabul edilmektedir. Bu doktrinin kullanıldığı yetki uyuşmazlıklarına konu olan yetkilerin, esnek oluşunu kanıtlamaktadır. Bu yönde SRIDHAR, Hindistan federasyonunda yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıktığı alanlardan biri olarak, yumuşak ya da esnek hükümleri belirtmektedir.⁵⁷⁵

TAYLOR, bu yargı doktrininin kullanılmasının, özellikle ayrı ayrı münhasır yetkileri sayılan federal sistemler bakımından kullanımının oldukça akla yatkın olduğuna işaret etmektedir.⁵⁷⁶ Dolayısıyla, Avustralya federal sisteminde de geçmişte yetki uyuşmazlıklarının çözümünde *Privy Council* (Konsey) yetkisi söz konusu olsa da, burada yargısal bir doktrin olarak, federal sistemin ilk yıllarında sadece bir kararda kullanıldığı görülmektedir.

Konsey, *Mukherjee v. Bank of Comm.* kararında söz konusu doktrini şu şekilde değerlendirmiştir. Federal ve federe yönetimlerin yetki uyuşmazlıkları halinde, çatışan iki norm federal hukukun üstünlüğü ilkesinin çerçevesinde değerlendirildiğinde, daha yararlı olabilecek bir mevzuat ve bu nedenle bir çok konu federe yönetimler tarafından etkili olarak ele alınabilecek bir çok konu, daha ortaya çıkışında tıkanacaktır.

Amacından sapan bir normun (*colourable legislation*) bulunduğu uyuşmazlıkta, bir yönetim düzeninin kendine ait yetki başlığındaki konuyu düzenlemesi, diğer yönetim düzeninin başka bir yetki başlığında düzenlediği norma etki etmektedir.

Hindistan Yüksek Mahkemesi'nde, bu tür bir değerlendirmenin yapılması bakımından, söz konusu normun, onu yapan yasama organının verdiği isimle değerlendirilmeyip, esasının ve gerçek amacının tespit edilmesi, Mahkeme'nin amacın yanı sıra etkisini de değerlendirmesi gerekmektedir.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ TAYLOR, *Characterisation in Federations: Six Countries Compared*, s. 116.

⁵⁷⁵ Yazar uyuşmazlıklara ilişkin olarak, federal yönetimin yasalarının, yerel yönetimlerde uygulanmasına ilişkin olarak, federal yönetimin gözetiminin uyuşmazlık çıkaran alanlardan olduğuna işaret etmektedir. cumhuriyet ve demokratik devlet şeklinin sağlanması, olağüstü durumlar, savaş ve dış ilişkilerle, ortaklaşa yetkilere ilişkin alanlarda uyuşmazlık çıkabileceğine işaret etmektedir. Yazar aynı zamanda, federal yönetimin federe yönetimlerle ilişki içerisinde olduğu, üst meclis, federal programların yerel idaresi gibi konularda uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. SRIDHAR, *Evolution and Philosophy behind the Indian Constitution*, s. 24.

⁵⁷⁶ TAYLOR, *Characterisation in Federations: Six Countries Compared*, s. 116.

⁵⁷⁷ SHARMA, *Introduction to the Constitution of India*, s. 279.

Öz ve esas ya da ruh doktrinin en önemli özelliği, üstünlük ilkesinin kullanılmamasıdır. Burada iki münhasır yetki uyuşmazlık çıkarmakta bu durumda iki münhasır yetkiye dayanarak oluşturulmuş bir normun, anayasal geçerliliği tartışma konusudur. Bu normlardan biri yetki aşımı nedeniyle geçerli (*validity*) olmadığından, zaten üstünlük ilkesinin çözeceği bir uyuşmazlık söz konusu olmayacaktır. Üstünlük ilkesi, bu tür münhasır yetkileri ayrı ayrı sayılmış federal sistemlerde, sadece geçerli iki normun uyuşmazlığı halinde uygulanır.⁵⁷⁸ İki münhasır yetkinin uyuşmazlığında ise, yetkiyi aşan norm, anayasaya uygun olmayan bir normdur ki bu nedenle bir bakıma yok hükmündedir.

Hindistan Yüksek Mahkemesi *Ratan Roy vs State Of Bihar And Ors* kararında bu konuyu açıkça ifade etmiştir. Öz ve esas doktrini, sadece münhasır yetkilerin çatışması halinde kullanılacak bir doktrindir. Bu durumda Anayasa'nın federal hukuka üstünlük veren ilkesi kullanılmamaktadır.⁵⁷⁹

Kanada Yüksek Mahkemesi'nde, bu tür iki münhasır yetkinin uyuşmazlıklarının çözümünde, anayasaya uygunluk denetimi öncelikle uyuşmazlığa konu olan normun asıl olarak "özünü" tespit edecektir. Mahkeme bu tespiti öz ve esas doktriniyle gerçekleştirir. Böylelikle ilgili normun asıl niteliği ortaya konulabilecektir. Mahkeme ikinci olarak söz konusu normu oluşturan yetkinin, yetki kataloğunda hangi yetki konusu ya da başlığı içerisinde olduğunu yorumlamaktadır. Mahkeme özellikle, ilgili yasayı oluşturan yasama organının, bu normu Anayasa tarafından verilen yetkiler dahilinde gerçekleştirip gerçekleştirmediğini incelemektedir. Burada yasanın ilgili yasama organına verilen yetkiler dahilinde yapılmadığı tespit edilirse, söz konusu yasa yetki aşımı (*ultra vires*) gereği geçersiz kabul edilecektir.⁵⁸⁰

Yüksek Mahkeme öz ve esas doktrininde, farklı testler geliştirmiştir. Kanada Yüksek Mahkeme'si çatışan iki normun özü ve esası kapsamında, normun *genel anlamda amacı, etkisi ve gerçek niyet veya art niyeti* olup olmadığını incelemektedir.

Mahkeme uyuşmazlığa konu olan normun "amacı ve hedefini" ortaya koyarken öncelikle uyuşmazlık çıkarıcı belirli hükmün değil, bütün olarak o normla ulaşılmak istenen hedefi tespit etmektedir.⁵⁸¹ Bu yönde Mahkeme'nin, uyuşmazlığa konu olan normun amacını geniş anlamda çeşitli vasıtalarla ele aldığı görülmektedir. Bu yönde Mahkeme, sosyal ve ekonomik boyutuna, yasanın oluşturulmadan önceki tarihsel geçmişine (raporlar- *green paper, white paper, parlamento tutanaklarına-Hansard*),

⁵⁷⁸ Bu konuda bkz. SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 3 vd. Ayrıca üstünlük ilkesinin uygulandığı uyuşmazlıklara ilişkin olarak bkz. GARDBAUM, *The Nature of Preemption*, s. 770 vd.

⁵⁷⁹ *Ratan Roy vs State Of Bihar And Ors*, 14 March, 1950. Karar için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.indiankanoon.org/doc/1455248/>, Erişim Tarihi: 08-07-2012.

⁵⁸⁰ LEDERMAN, W. R., *The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada*, **McGill Law Journal**, Vol, 3, s. 189.

⁵⁸¹ Mahkeme bütün bir okumayla yasanın sözünü, anlamı, uyumu, yasanın amacını ve parlamnetonun amacını tespit ettiğine işaret etmektedir. Örnek kararlar, *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20 (CanLII), [2006] 1 S.C.R. 715, 2006 SCC 20, at para. 21; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency)*, 2007 SCC 42, [2007] 3 SCR 217. İnternet Kaynak: <http://canlii.ca/en/ca/scc/doc/2007/2007scc42/2007scc42.html>, Erişim Tarihi: 20-01-2013.

başlangıcına, şekline ve esasına ve belirtilen niyetine ve söz konusu yasayla ilgili kabul edilebilir dışsal kanıtlar olup olmadığına (kraliyet komisyon, hukuk reformu komisyonları, hükümet politika belgeleri, parlamento tartışmaları gibi) bakabilmektedir.⁵⁸²

Mahkeme öz ve esas doktrinini uygularken, ikinci olarak “etki” kriterini değerlendirmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme, uyuşmazlığa konu olan normun basit bir okumayla neye işaret ettiğini, nasıl çalışması beklendiğini değerlendirir. Mahkeme etki konusunda ikinci olarak ilgili yasanın pratik etkilerine bakmaktadır. Yasanın gerçekte nasıl işleyeceği ve ayrıca kabul edilebilir dışsal kanıtlar olup olmadığını incelemektedir.

Öz ve esas doktrininde son olarak değerlendirilen kriter, yasanın gerçek amacının art niyetli ya da gizli bir amaç taşıyıp taşımadığını tespit etmektedir. Mahkeme burada, uyuşmazlığa konu olan normu doğrudan düzenleme yetkisi bulunmayan bir yönetim düzeninin, bu alanı dolaylı olarak da düzenleyemeyeceğine işaret etmektedir. İlgili yasanın yöneldiği amaç, dolaylı olarak diğer yönetim düzeninin yetkilerine etki ediyorsa, burada amacından saptırılmış ya da çarpıtılmış bir norm (*colourable legislation*) söz konusudur.⁵⁸³

Kanada Yüksek Mahkeme’si, bu tür bir kriteri değerlendirirken özel görüşmelerden, basın bültenlerine kadar bir çok alanda araştırma yaparak, normun asıl hedefini tespit etmeye çalışır.⁵⁸⁴ Amacından saptırılmış bir normu tespit ederken, mevzuat yasalaştırılmasındaki çabukluğa, sözde hedefleri geliştirmek için seçilen aracın uygun olup olmadığına bakmaktadır. Eğer seçilen araç, amaçla uygun değilse burada farklı bir amaca yönelen mevzuat söz konusu olacaktır. Kanada Yüksek Mahkemesi, Anayasaya aykırı bir amacı gizlemek için anayasaya uygunluk görünümünü koruyarak amacından saptırılmış bir girişimin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁵⁸⁵

Yüksek Mahkeme’nin, bir normun genel anlamda amacını tespit ederek uyguladığı öz ve esas doktrini bir çok kararda karşımıza çıkabilmektedir. Bu yönde öz ve esas doktrininin ilk tespiti amaca yönelik olduğundan, buna ilişkin önemli bir örnek vermek gerekir. Mahkeme *Siemens v. Manitoba* kararında, Manitoba fedree yönetiminin belediyelerine video oyunlarıyla oynanan kumar oyunlarının (*VLT*), yasaklanmasına

⁵⁸² LAU, Jennifer, EDİNGER, Liz, *Federalism CAN*, University of British Columbia, LSS CANs Database, 2007, s. 3. İnternet Kaynak: http://www.ubclss.org/view_cans.php?course_name=Constitution, Erişim Tarihi:03-11-2012.

⁵⁸³ LAU, EDİNGER, *Federalism CAN*, s. 4.

⁵⁸⁴ Kanada Yüksek Mahkemesi, *Churchill Falls (Labrador) Inc. v. AG Newfoundland* kararında, Newfoundland’ın Lease Act düzenlemesinin asıl amacının saptırılmış (*colourable*) olduğuna karar vermiştir. *Churchill Falls (Labrador) Inc. v. AG Newfoundland* (1984) SCC, İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/nl/nlca/doc/1985/1985canlii1864/1985canlii1864.html>, Erişim Tarihi: 10-01-2013.

⁵⁸⁵ *Churchill Falls (Labrador) Inc. v. AG Newfoundland*.

ilişkin bağlayıcı plebisitler yapma imkanı sağlayan yasa oluşturmuştur.⁵⁸⁶ Manitoba bu yasayı, Anayasa’da belirtilen mülkiyet ve sivil haklara ilişkin yetkisiyle (91/13), yerel ve özel konulara ilişkin yetkisinden (91/16) kaynaklanarak oluşturmuştur. Bu yasaya dayanarak yapılan plebisitle, Winkler şehrinde ilgili oyunlar yasaklanmıştır. Buradaki anlaşmalı oyun sahipleri ise, böyle bir yasaklamanın, ancak federal yönetimin ceza hukukuna ilişkin yetkisi kapsamında (91/27) yapılabileceğini öne sürmüştür. Mahkeme, burada yasaklama yerine bütün olarak Manitoba’nın oluşturduğu yasanın amacının ne olduğuna bakmıştır. Federe yönetimin ilgili yasayla tespit edilen baskın amacının, kumar oyunlarının düzenlemesi olduğuna işaret etmiştir.⁵⁸⁷ Bu yönde ilgili yasayla herhangi bir ceza öngörülmediği gibi, yasanın amacının ceza yaptırımını olmadığını da tespit etmektedir. Böylelikle Mahkeme, federe yönetimin özellikle yerel düzeyde kamu ahlakına ilişkin düzenlemeler yapabileceğine ama bu düzenlemelerin sadece “kamu ahlakına” yönelmemesi gerektiğini belirlemiştir. Federe yönetimler bu tür düzenlemeleri, söz konusu uyuşmazlıkta olduğu gibi yerel düzeyde ve kendileriyle ilgili olabilecek konularda düzenleyebileceklerine karar vermiştir.⁵⁸⁸

Mahkeme’nin kamu ahlakına ilişkin atfı, daha önce verdiği kararlarında federal yönetimin ceza hukuku alanına ilişkin yaptırımlarında bu değerlendirmeyi ortaya koymasındadır. Mahkeme, *Reference Re Dairy Industry Act (1949) SCC (The Margarine Reference)* ilişkin kararında, yetkilerin ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesi için, uyuşmazlığa konu olan yasada, “yasaklamayla ceza hükmünün” ve “geçerli bir kamusal amacın” birleşmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁸⁹ Burada bahsi geçen kamusal amaçlara örnek olarak da, kamu huzuru, düzeni, güvenliği, kamu sağlığı ve kamusal ahlak kriterleri ifade edilmektedir.⁵⁹⁰

Mahkeme’nin iki münhasır yetkinin çatışması halinde oldukça detaylı bir inceleme yaptığı görülmektedir. Özellikle yasanın genel anlamda amacını tespit etmeye çalışarak uygulanan öz ve esas doktrini, bu yönde federe yönetimlerin yasalarına geçerlik kazandırmayı amaçlamaktadır. Bu konuda son olarak Kanada Yüksek Mahkemesi’nin *Morgentaler* kararını belirtmek gerekir.⁵⁹¹

Karara konu olan norm, Nova Scotia federe yönetimine ait *Medical Services Act*, düzenlemesidir. Söz konusu yasa, hastaneler dışında kürtajin gerçekleştirilmesini suç

⁵⁸⁶ *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 SCR 6. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc3/2003scc3.html>, Erişim Tarihi: 20-01-2013.

⁵⁸⁷ *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, Parag. 31.

⁵⁸⁸ Mahkeme, federe yönetimin ilgili yasasında kamu ahlakına yönelen bir amaç tespit edilirse, bunun yetki aşımı kapsamında geçersiz olacağını ifade etmiştir. Mahkeme bu konuda ceza hukuku kapsamında münhasır yetkinin, federal yönetimde olduğunu ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, bu yetkinin federal yönetime verilmesiyle, anayasa koyucunun federe yönetimlerin elinden kamu ahlakına ilişkin yetkilerin tamamını almayı amaçlamadığını da belirtmektedir. *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, Parag. 30.

⁵⁸⁹ *Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act*, [1949] SCR 1, Page 50-51. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1948/1948canlii2/1948canlii2.html>, Erişim Tarihi:03-11-2012.

⁵⁹⁰ EDİNGER, Liz, LAU, Jennifer, *Federalism: Case Summaries*, Spring 2007, University of British Columbia Law Students Society, **LSS CANs Database**, 2007, s. 7. İnternet Kaynak: http://www.ubclss.org/view_cans.php?course_name=Constitution, Erişim Tarihi:03-11-2012.

⁵⁹¹ *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 SCR 463, İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1993/1993canlii74/1993canlii74.html>, Erişim Tarihi:08-01-2013.

olarak belirlemiştir. Federe yönetim bu yasayı, münhasır yetkileri arasında bulunan “hastanelerin kurulması, bakım ve yönetimi” yetkisinden (AY. 92/7) kaynaklandığını ileri sürmüştür. Federal yönetim ise burada öngörülen bir suç söz konusu olduğundan, bunun ceza hukuku yetkisine girdiğini ve anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme Nova Scotia federe yönetimin ilgili yasının özü ve esasını tespit etmeye çalışmıştır. Öncelikle Mahkeme söz konusu yasanın asıl etkisine odaklanmıştır. Bu yönde, ilgili normun yasal ve uygulamadaki etkileri araştırılmış ve belirli bir eylemin yasaklanmasına ilişkin yetkinin federal yönetimde olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme bu değerlendirmeye, Nova Scotia federe yönetimine ait *Medical Services Act* düzenlemesinin amacının saptırılmış olduğunu (*colourable legislation*) olduğuna karar vermiştir.⁵⁹²

Aynı türden değerlendirmeler, Hindistan Yüksek Mahkemesi’nde de yapılmaktadır. Hindistan’da yetki aşımına ilişkin ilke benimsenmektedir. Burada münhasır listelere ilişkin olarak yetki uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda, bu yetkilerden ancak birinin geçerliliği (*validity*) argümanından hareket edilmektedir.

Bununla birlikte Hindistan’da, federal yönetimin uluslararası ilişkiler konusundaki yetkileri, federe yönetimlerin yetki alanlarına müdahale etmesine yol açmaktadır. Hindistan Anayasası’nın 1. Listesinde, federal yönetime ayrılmış 97 yetkiden biri de uluslararası anlaşmalar ve anlaşmaların iç hukuka uygulanmasıdır. Federal yönetimin uluslararası alanlarda sahip olduğu yetki, federe yönetimlerin alanlarına müdahale etmesine yol açmaktadır. Federal yönetimin uluslararası anlaşmalara ilişkin yetkisiyle, federasyon yasalarını, federe yönetimlerin bu konulardaki yasaları ve yetki paylaşımı kataloğundaki yetkileri değiştirebilmektedir.⁵⁹³ Bu durumda Hindistan federal yönetimi, mevcut yetki paylaşımı kataloğunun federe yönetimlere ait yetkileri tek taraflı olarak değiştirebilmesi mümkün olabilecektir. Örneğin federal yönetim, hastaneler, hapishaneler, yerel yönetim ve belediyeler, halk sağlığı veya sağlık işlerine ilişkin federe yönetim yetkilerini, uluslararası herhangi bir anlaşmaya taraf olmak suretiyle, bu alanlara ilişkin federe yönetim yetkilerini engelleyebilir.

Uluslararası hukuka ilişkin olarak aynı durum, federal sistemlerin diğer örneklerinde de bulunmaktadır. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi, *Missouri v. Holland* kararında, federal yönetimin yapmış olduğu uluslararası anlaşmaların üstün olduğu, bunlara ilişkin federe yönetimlerin artık yetkilerinden kaynaklan haklarının, bu tür uluslararası anlaşmalarla geçersiz olduklarını (*abrogated*) ifade etmiştir.⁵⁹⁴

⁵⁹² *R. v. Morgentaler*, Parag. B.

⁵⁹³ Bu federal yönetimin bu yetkiler, yabancı yargılama, vatandaşlık, yabancıların vatandaşlığa kabulü ve suçluların iadesiyle göçmenlik alanlarına da genişletilmektedir. AKHTAR, Majeed, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** içinde, MATHEW, George, *Republic of India*, McGill-Queen's University Press, Canada, 2005, s. 165.

⁵⁹⁴ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920). İnternet Kaynak: <http://www.lawnix.com/cases/missouri-holland.html>, Erişim Tarihi: 11-12-2011.

c. Artık yetkilerin Belirsizliğine İlişkin Uyuşmazlıklar

Yetki paylaşımı bakımından federal sistemlerde en iyi idare şekli, sadece sınırlı yetkilerin verildiği federal yönetimlerin, asgari düzeyde yönetime katılması şeklinde ifade edilir. Tarihsel geleneklerle merkezileşmiş federal sistemlerde ise, toplumsal dönüşümün sağlanabildiği zaman en iyi yönetim şekli ortaya çıkabilecektir.⁵⁹⁵ Genellikle, federal anayasaları oluşturanlarla, sonraki kanun koyucuların, bilinçli olarak önemli yetkileri federal yönetimlere vermişlerdir.⁵⁹⁶ Buna karşılık federe yönetimlere belirsiz artık yetkiler alanlarının bırakıldığı görülmektedir. Federal sistemlere ilişkin literatürde artık yetkiler, genel, artık veya kalan yetkiler (*residual* veya *reserved powers*) şeklinde ifade edilmektedir.

Federal sistemlerde, artık yetkilerin bırakıldığı yönetim düzenlerinin, daha sınırsız yetki alanlarına sahip olacağı düşüncesi, diğer yönetim düzenine doğru yetkilerinin genişleyeceği endişesi bu alanların daha katı ve sınırlı yorumlanmasına neden olmuştur.⁵⁹⁷ Genellikle, federe yönetimlerin sayılmayan artık yetkileri, federal yönetimin lehine yorumlanmıştır. Bu yönde federal yönetimlerin uygulamada sahip oldukları yetkilerin, anayasada belirtilenlerden daha fazla ve daha nitelikli olduğu ifade edilmektedir. Yetkilerin federal yönetim lehine yorumlanarak genişlemesi, ulusal siyasi sürecin belirlenmesi ve yargının federal yönetime, yetkiler bakımından daha fazla hoşgörülü bir tutum sergilemesinde bağlanmaktadır.⁵⁹⁸

Özellikle federe yönetimlerin yetkilerinin anayasada açıkça belirtilmemesi, bu yetkilerin sadece “geleneksel” olarak federe yönetimlere ait olması sonucunu ortaya çıkarmıştır. Federe yönetimlere artık yetkileri bırakmak, bu konuda yargının yorum yoluyla söz konusu alanları tespitini gerektirmiştir. Bu durumda, federe yönetimlerin, hangi konularda yetkili olabileceklerini kaygan bir zemine oturtmak demektir. Üstelik federasyonlarda anayasal yetki paylaşımı kataloglarından çıkarılan ima edilen veya zımnî yetkiler prensibi de, anayasada söz konusu alanda hangi yönetimin yetkili olduğuna dair belirli bir ifade olmadığı gibi, bunun yorumlanması da yüksek mahkemeye bırakılmaktadır.

i. Sert Yetki Paylaşımında Artık yetkilere İlişkin Uyuşmazlıklar

Avustralya ve ABD gibi sert yetki paylaşımının öngörüldüğü federal sistemlerde, federal yönetimin münhasır yetkilerinin sayılmasına karşılık, federe yönetim yetkilerini açıkça sayılarak belirlenmemesi, Anayasa hazırlanması sırasında kurucular tarafından yapılan en büyük hata şeklinde değerlendirilmektedir.⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 7.

⁵⁹⁶ AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 7.

⁵⁹⁷ KINCAID, John, TARR, Alan, (Ed.), *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries* , içinde, KINCAID, John, *Comparative Observations* , McGill-Queen's Press, 2005, USA-Canada, s. 412.

⁵⁹⁸ BAIER, *Courts and Federalism* , s. 33.

⁵⁹⁹ TAYLOR, *Federalism in Australia* , s. 173.

Federasyonlar, anayasayla sadece belirli yetkilerin paylaşıldığı bir sistem olmadığı, bunun yerine bir birtakım kurumlar aracılığıyla, yetkilerin tekrar ve tekrar dağıtıldığı bir süreç olarak ifade edilirler.⁶⁰⁰ Öncelikle her iki anayasada görüldüğü üzere, federe yönetimler, federal yönetim tarafından kontrol edilmeyen tüm konularda yetkilidir. Bu yetkilerin genel olarak kolluk yetkileri veya geleneksel yetkiler şeklinde (*police powers*) olarak ifade edilmesi,⁶⁰¹ yetkilerin sayılarak belirlenmemesinden kaynaklanmaktadır. Önemli bir sorun, bu yetkilerin neyi içerdiğine ya da neleri kapsadığına ilişkin belirsizliktir. Anayasalarda sert yetki paylaşımının öngördüğü gibi, federal yönetimin yetkilerini sayarak belirlenmiştir. Bunun dışında kalan belirsiz yetkileri de federe yönetimlere vermiştir. Sert yetki paylaşımının, belirsiz mekanizması burada ortaya çıkmaktadır. Bu durumda hangi yetkilerin geleneksel yetkiler kapsamında olacağı, müphemdir.

Federalist Yazılar'da HAMILTON, Bill of Rights ile Anayasaya eklenen artık yetkilere ilişkin olarak endişesini şu şekilde açıklamaktadır. Federe yönetimlere açıkça “verilmeyen yetkileri çeşitli istisnalar içerecektir”. Federal sistemin ve Anayasa kurucularının nezdinde Anayasa'ya bir haklar bildirgesi eklemenin herhangi bir sakıncası olmadığı, ancak federe yönetimlerin artık yetkilerinin açıkça verilmemiş olmasının tehlikeli olacağı ileri sürülmüştür.⁶⁰² Nitekim ilk etapta, Anti-federalistlerin baskısı olmaksızın, artık yetkiler prensibinin Anayasa'da benimsenmesi söz konusu olmamıştır. Bu yetki alanı, Anayasa'ya sonradan, 10. değişiklikle eklenmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesi ise, artık yetkilere ilişkin yorumu istisnai olarak federe yönetimlerin bağımsızlıkları lehine yorumlamış, çoğunlukla da federal yönetim lehine bu belirsiz alandan faydalanmıştır.

Bu duruma verilebilecek, en iyi örnek, ABD Yüksek Mahkemesi'nin, 1988 tarihli *South Carolina v. Baker* kararıdır. Mahkeme, federe yönetimlerin artık yetkilerini düzenleyen, Anayasa'nın 10. değişikliğini, federal yönetimin yetkileri üzerinde maddi değil, sadece yapısal bir sınırlama sağladığına karar vermiştir. Kararda, federe yönetimlerin saklı ve belirsiz yetkilerine ilişkin korumanın, yargısal olarak tanımlanmış alanlarda sağlanamayacağı belirtilmiştir. Mahkemeye göre, “*federal yönetimin düzenlemelerinden korumak isteyen federe yönetimler kendilerine, ulusal siyasi süreç aracılığıyla koruma bulmalıdırlar*”.⁶⁰³ Kararda artık yetkilerin, ancak yapısal olarak federe yönetimleri koruduğu belirtilmiştir.

⁶⁰⁰ RODDEN, Jonathan, *Comparative Federalism and Decentralization: On Meaning and Measurement*, *Comparative Politics*, Vol. 36, No. 4, (2004), s. 489.

⁶⁰¹ Bu yetkilerden bazıları, eğitim, polis koruma, lisanslama, yerel yönetimler, kamu sağlığı, refahı, güvenlik, ahlak, ve elverişliliği korumak ve geliştirmek amacıyla, bireysel ve kurumsal etkinlikler düzenlemek şeklinde belirtilebilir.

⁶⁰² WOODBURY, *The Constitutional Law Of The United States*, s.40.

⁶⁰³ *South Carolina v. Baker* - 485 U.S. 505 (1988), pp. 485 U. S. 512-513. Karar için bkz. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/485/505/>, Erişim Tarihi: 10-02-2011.

Buna karşın Mahkeme'nin tersi yönde kararları da görülmektedir. Örneğin *United States v. Sprague* kararında Anayasa'nın artık yetkilerini şu şekilde yorumlamıştır. “Onuncu Değişikliğin, insanların kendi kişisel özgürlüklerini etkileyen konularda, federal yönetime yetki vermediği konusunun tartışılmayacağına katkıda bulunmaktadır.”⁶⁰⁴ Mahkeme'nin bu yorumu, aslında Anayasa'nın 10. değişiklik hükmünde, artık yetkileri halka ve federe yönetimlere ait olduğunu belirtmesinden kaynaklanır. Buna göre Mahkeme 10. değişiklikle, federal yönetime “teslim edilmemiş her alanı korunacağını” ifade etmiştir.⁶⁰⁵

Aynı şekilde mahkemenin *United States v. Darby* kararında, Anayasa'nın federe yönetimlere artık yetkilerin bırakılmasında, herkesçe bilindiği üzere federal yönetime açıkça verilmiş münhasır yetkilerin dışında bulunan alanlardaki yetkiler olduğu belirtilmektedir. Kararda 10. değişikliğin, federe yönetimlerin, bırakılmamış yetkiler konusunda korunduğunun herkesçe bilinen bir gerçek olduğu ifade edilmektedir.⁶⁰⁶ 1975 yılında verdiği *Fry v. United States* kararında, federe yönetimlerin artık yetkilerine ilişkin 10. değişikliğin, “herhangi bir federal yönetim yetkisinin, federe yönetimlerin bütünlüğünü ve etkin olarak fonksiyonlarını yerine getirme yeteneklerini bozmayacağına” işaret edilmiştir.⁶⁰⁷

Federe yönetimlerin artık ya da artık yetkileri kapsamında, özellikle ceza hukuku alanında farklı uygulamalar görülmektedir. Federe yönetimler arasında, aynı suçlar için farklı cezalar öngörülmesinin mümkün olması gibi, bazı suçlar bakımından federal yönetim ile federe yönetimlerin ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin de uyumsuzluk çıkarması mümkündür.⁶⁰⁸

United States v. Lanza kararında, federasyonun her iki yönetim düzeninin bağımsız egemenlikleri bulunduğundan, (ikili egemenlik) federe ve federal yönetimlerin her birinin kendi barış ve onurlarına karşı işlenen suç nedeniyle, ayrı ayrı cezalandırılma yoluna gidecekleri oybirliğiyle kabul edilmiştir.⁶⁰⁹ Dolayısıyla, anayasanın ilgili hükmünün, bir kişinin aynı yönetim düzeninde (federal ya da federe

⁶⁰⁴ *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716, 733 (1931). Page 282 U. S. 730, Karar metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/716/>. Erişim Tarihi:02-04-2011.

⁶⁰⁵ *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716, 733 (1931). Page 282 U. S. 730, Ayrıca bkz. **The Constitution of the United States of America: Analysis, and Interpretation, 1992 Edition, Amendments to the Constitution: Tenth Amendment - Reserved Powers**, U.S. Government Printing Office, İnternet Kaynak: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-1992/html/GPO-CONAN-1992-10-11.htm>, Erişim Tarihi:02-04-2011.

⁶⁰⁶ *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 124 (1941), Page 312 U. S. 124, Karar metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/312/100/case.html>, Erişim Tarihi:02-04-2011.

⁶⁰⁷ *Fry v. United States*, 421 U.S. 542, 547 n.7 (1975), Footnote 7, Karar metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/421/542/case.html>, Erişim Tarihi:02-04-2011.

⁶⁰⁸ Double jeopardy ve ABD Ceza hukukuna ilişkin genel bir bilgi için bkz. HAKERİ, Hakan, **Amerikan Ceza Hukukuna Giriş**, 2008, İnternet Kaynak: http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=1, Erişim Tarihi: 20/12/2011.

⁶⁰⁹ *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377, 1922, kararında Yüksek Mahkeme ikili egemenlik ilkesi gereği, federal ve federe yönetimler tarafından birden fazla kovuşturma yapılmasını onaylamıştır. Bu konuda daha güncel bir dava örneği, Rodney King Case olarak bilinen ve siyahlara karşı ayrımcılık hareketleri ile polisler karşı kötü muamelenin engellenmesi konusunda, halk tarafından önemli tepkileri tırmandıran davadır. Burada, kamu görevlilerinin (polislerin), kötü muameleri nedeniyle hem federe yönetim hem de federal yönetim tarafından ayrı ayrı yargılanmışlardır. Konu hakkında bilgi için bkz. İnternet Kaynak: <http://jurist.law.pitt.edu/trials24.htm>, Erişim Tarihi: 20-02-2012.

yönetimler) aynı suçtan iki kez yargılamayacağına ilişkindir. Karada, “*aynı fiil iki egemene karşı suç teşkil edebilir ve bir egemenin verdiği ceza, diğer egemenin ceza vermesini engellemez*”, doktrinin yargı organı tarafından kabul edildiğine işaret edilmiştir.⁶¹⁰ Burada Mahkeme, federe yönetimlerin artık yetkileri içerisinde bulunan ceza hukuku konularının, geleneksel olarak düzenledikleri alanlar olduğuna işaret etmiştir. Ancak bu tür kararların, istisnai nitelikte olduğunu belirtmek gerekmektedir. Yüksek Mahkeme yargıçlarının federalizm konusundaki bakış açılarına göre bu tür kararlarda, zaman zaman değişiklik görülmektedir.

Bu yönde ABD Yüksek Mahkeme’sinin kararları, bir tür sarkaç etkisinde ortaya çıkmaktadır. Bu kararlardan en önemlisi, 1985 tarihli *Garcia* kararıdır. Mahkeme burada, federal yönetimin, federe yönetimlerin kendi çalışanları arasındaki ilişkileri dahi düzenleyebileceğine karar vermiştir.⁶¹¹ Ayrıca federe yönetimlerin artık yetkilerinin, yargısal korumayla değil siyasi süreç içerisinde sağlanacağına işaret ederek, federalizmin siyasi korunma teorisini desteklemiştir.⁶¹²

Federal yönetimlerin geniş alanlara yayılan ticaret düzenleme gibi yetkileri söz konusu olduğunda da, federe yönetimlerin artık yetkileri federal yönetim üzerinde gerçekçi bir sınırlama getirememektedir. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi’nin *New York v. United States* kararında, federal yönetimin bir yasayla federe yönetimlerin tehlikeli atıkların imhası konusundaki sorumluluklarının, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisine ilişkin yasasına uygun olduğunu ve çevre konusuna ilişkin bu alanın, federe yönetimlerin artık yetkileri içerisinde olmadığına karar vermiştir.⁶¹³

Federal yetkiler karşısında, federe yönetimlerin artık yetkileri korunmadığı gibi, federe yönetimlerin kurucu iradelerini de etkileyebilmektedir. Örneğin Federal Mevduat Sigorta Kurumu Yasası’nın 1831. paragrafında, “federe yönetimlerin anayasaları ve mevzuatı açıkça geçersiz bırakılmaktadır”.⁶¹⁴ Ayrıca, federe yönetimlerin açıkça belirtilmeyen “geleneksel yetkileri” ya da artık yetkileri arasında, sigorta hukukuna ilişkin düzenlemelerin bulunduğu da görülmektedir. Bu durumda, federe yönetimlerin belirsiz geleneksel yetkileriyle, kuruculuk vasıflarına ilişkin olan anayasaları geçersiz olabilmektedir.

⁶¹⁰ *United States v. Lanza*, Page 260 U. S. 385.

⁶¹¹ *Garcia v. Metropolitan Transit Auth’y*, 469 U.S. 528 (1985). BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 28.

⁶¹² PITTENGER, John C., *Garcia and the Political Safeguards of Federalism: Is There a Better Solution to the Conundrum of the Tenth Amendment?*, *Publius*, Vol. 22, No. 1 (Winter, 1992), s. 1-19.

⁶¹³ *New York v. United States*, 112 S.Ct. 2408 (1992) Söz konusu karara konu olan federal yönetim yasası, Low-Level Radioactive Waste Policy Amendments Act of 1985’dir. Söz konusu kararda federal yönetimin düzenleyici bir programının federe yönetimler tarafından kabul etmeye zorlama yetkisi olup olmadığı tartışılmaktadır. İnternet Kaynak: http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1991/1991_91_543, Erişim Tarihi: 03-10-2012.

⁶¹⁴ İlgili Yasanın federe yönetimlerce kiralanın sigortalı mevduat kurumları ile yabancı bankaların sigorta altına alınmış şubelerine ilişkin düzenlemede federe yönetim anayasa ve mevzuatının federal hukuk bakımından ve söz konusu yasa aracılığıyla geçersiz kabul edileceği açıkça düzenlenmiştir. İlgili maddede yasanın amaçlarının yerine getirilebilmesi adına federe yönetim anayasa ve yasalarının federal yasa tarafından ilgili hükümlerinin çatışması veya federal yasanın uygulanmasını engelleyici hükümler içermesi halinde geçersiz kabul edileceğini belirtmektedir. Ayrıntılı Bilgi ve ABD Yasaları Hakkında Bilgi için bkz. **Cornell University Law School, Legal Information Institute**, U.S. Codes, İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/uscode/uscode12/uscode_sup_01_12.html, Alındığı Tarih: 30.06.2011.

Aynı şekilde, 1935 yılında düzenlenen *National Labor Relations Act*, (*Wagner Act*), federal yönetim düzenlemesi, genel olarak işçi ve işverenlere yönelik sendika ve birlik faaliyetleri ile ilgili alanları düzenlenmiştir. Söz konusu alanlar, o döneme kadar federe yönetimlerin geleneksel olarak düzenledikleri artık yetkileri arasında kabul edilmekteydi. Ancak federal yönetim ticareti düzenleme yetkisine dayanarak, bu alanları da düzenlemiştir.⁶¹⁵

Yasanın anayasaya uygunluğu konusunda karar veren Yüksek Mahkeme, Yeni Düzen döneminde yaşanan baskının etkisinde kalmıştır. Mahkeme, *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, kararında, 5'e karşı 4'oyla, işçi ve işverenlere ilişkin yasayı, federal yönetimin "ticareti düzenleme yetkisi" dahilinde olduğuna karar vermiştir.⁶¹⁶

Son olarak *National Labor Relations Board* idari makamının, 2011 yılında Arizona ve South Dakota federe yönetimlerinin, anayasa değişikliklerinin geçersiz bırakılması (*preempted*) konusunda, karar almış ve federe yönetimler aleyhine dava açmıştır. Söz konusu federe yönetimlerin anayasa değişiklikleri ile özel sektör çalışanlarının sendikal haklarını ihlal ettiğine karar veren Kurul, söz konusu federe yönetimlerin anayasa değişikliklerinin geçersiz olduğunu iddia etmektedir. Kurul, sendika seçimlerinde gizli oyun gerekli olmadığı başka bir yöntemin (*card check*)⁶¹⁷ uygulanması yönünde karar almıştır. Karar, federe yönetimlerde büyük tepki almış, bir çok federe yönetim, "gizli oy hakkına" ilişkin anayasalarında değişiklik yoluna

⁶¹⁵ Olayda, yasanın kurmuş olduğu idari bir kurum olan, *National Labor Relations Board*, haksız işgücü uygulamaları ve bazı çalışanlarının sendikaya katılmaları nedeniyle işten çıkartılmalarına karşı, *Jones & Laughlin*'e dava açmıştır. Davalı taraf, kendisine dava açan *National Labor Relations Board* idari makamın, bu konuda federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinden kaynaklanan bir yetkisi bulunmadığına ve *National Labor Relations Act*, ile yetkilerin aşılmış (*ultra vires*) olduğunu iddia etmiştir.

Yasanın metnine ulaşmak için bkz. **National Labor Relations Board** Resmi İnternet Adresi: <https://www.nlr.gov/national-labor-relations-act>.

⁶¹⁶ Federal Yönetimin 1800'lü yılların sonundan başlamak üzere, İş hukuku alanında yaptığı düzenleme çabaları, özellikle 1900'lü yılların başında sonuç vermiş ve bu alana ilişkin önemli düzenlemeler yapılmıştır. Yüksek Mahkemenin, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisi içerisinde gördüğü bu düzenlemelerin büyük bir kısmı I. Ve II. Dünya Savaşları sonrası ve Amerikanın ekonomik bulanılm ile yeni yapılanma dönemlerinde ortaya çıktığı görülmektedir. Bu yasalardan bazıları şunlardır: Öncelikle, *1914 The Clayton Act*, *1926 Railway Labor Act*, *1931 Davis-Bacon Act*, *1932 Norris-LaGuardia Act* gibi. Ayrıca Yeni Düzen döneminde geçirilen iş hukukuna ilişkin federal yasalar da şu şekildedir. *1933 National Industry Recovery Act*, *1935 The Wagner Act* yani *National Labor Relations Act (NLRA)*, *1936 Anti-Strikebreaker Law*, *1936 Walsh-Healy Act*, *1938 Fair Labor Standards Act*, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, federal yönetim bu alana ilişkin düzenlemelerine devam etmiştir. *1947 Taft-Hartley Act*, *1959 Landrum-Griffln Act*. Yasalar hakkında detaylı bilgi için bkz. *Federal Labor Law*, **Congressional Digest**, June-July 1993, İnternet Kaynak: <http://history.eserver.org/us-labor-law.txt>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.

⁶¹⁷ *Card check* uygulaması, *sendika kurma teşebbüslerinde gizli oylamayı gereksiz kılacak, işçilerin talebi doğrultusunda herhangi bir sendikaya yazılmaların sağlayan bir yöntemi* ifade etmektedir. Federe yönetimler bu yöntemin, gizli oy hakkının kullanılmasını engellediği gerekçesiyle karşı çıkmışlardır. Oyların, belirli bir forma ya da karta yazılarak gizliliğinin sağlanamayacağı bu sisteme karşı, federe yönetimler hukuksal bir direniş göstermişlerdir. ***The Wages of Negligence***, *The Economist*, **2010**, BAŞYİĞİT, Merve, (Çev.) ***Umursamazlığın Bedeli***, **Ekonomik Politik Haber Analiz**, Ekopolitik.org, İnternet Kaynak: <http://www.ekopolitik.org/public/printnews.aspx?id=5014>, Erişim Tarihi:02-02-2012. Amerika'da bazı muhafazakar siyasilerin (yani federe yönetimlerin haklarını ve Anayasa'nın 10. değişikliği ile federe yönetimlerin haklarının korunması gerektiğine inanan Cumhuriyetçiler) söz konusu davalar nedeniyle son derece rahatsız oldukları ve federe yönetimlerin bu şekilde felç edildikleri ve kendi kanunları belirlemek için 10. değişiklik ve federe yönetimlerin kendi yasalarını belirleyebilmeleri konusundaki haklarının çiğnendiğini ileri sürmektedirler. MADLAND, David, *National Labor Relations Board Maintains Consistency in Preemption*, 2011, **Center for American Progress Action Fund**, İnternet Kaynak: http://www.americanprogressaction.org/issues/2011/05/card_check.html, Erişim Tarihi: 20-03-2012. Bu konuda bkz. *Next Week, U.S. Senate Will Debate Resolution to Block National Labor Relations Board's Quickie Election Rule* İnternet Kaynak <http://www.laborrelationstoday.com/articles/federal-court-litigation/>, Ayrıca bkz. *House Committee Seeks to Stop NLRB from Implementing New Election Rules* <http://www.laborrelationstoday.com/2011/10/articles/nlr-rulemaking/house-committee-seeks-to-stop-nlrb-from-implementing-new-election-rules/>, Erişim Tarihi: 20-4-2012.

gitmişlerdir.⁶¹⁸ Yakın tarihte Bölge Mahkemesi, Kurul'un kabul ettiği seçimlere ilişkin oylama yönteminin geçersizliğine karar vermiştir.

Buna karşın anayasaya uygunluk denetimi yoluyla, federalizmin koruyucusu olan Yüksek Mahkeme, federal ve federe yönetim arasında bir denge faktörüdür. Ancak Mahkeme *Garcia* kararında, federalizmin korunması için kurucularının kendisine biçtiği rolden çıkmıştır. Ancak Mahkeme başka önemli kararlarında, kurucuların belirlediği role uygun hareket etmiştir. Örneğin, *Printz v. United States*, 117 S.Ct 2365 (1997); *Seminole Tribe v. Florida*, 517 US. 44 (1996); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), kararlarında, Yüksek Mahkeme federal yönetimin anayasaya aykırı olarak müdahale ettiği federe yönetim alanlarını ve yetkilerini koruyarak federal yönetimin anayasaya aykırı düzenlemelerini iptal etmiştir. Bu yönde federalizmin yargısal korunması teorisi, federal ve federe yönetimler arasındaki denge korunarak, temel hak ve özgürlüklerinde korunması sağlanmaktadır.⁶¹⁹

Amerikan federasyonunun “gerçek” anayasal yetki paylaşımı kataloğunun, başta anayasal olmak üzere, siyasi ve uluslararası olmak üzere, üç kaynaktan etkilendiği belirtilir.⁶²⁰ Bu kaynaklardan ilki anayasal kaynak olarak belirtilmesine rağmen yargısal kaynağa işaret eder. ABD Yüksek Mahkemesi'nin, özellikle anayasada yer alan ticareti düzenleme yetkisi gibi federal yönetim alanlarını oldukça geniş yorumlaması, bu kaynağın federasyonun gerçek işleyişinde önemli bir etken olmasına yol açmıştır. Dolayısıyla, kaynaklardan birinin salt anayasal kaynak olduğunu kabul etmek, bu anlamda doğru olmayacaktır. ABD federasyonu, büyük ölçüde yargısal kaynaktan etkilenerken dinamik bir süreç içerisinde dönüşümler yaşadığı oldukça açıktır.

Yargısal kaynak⁶²¹, anayasada var olan yetki alanlarının Yüksek Mahkemelerce yetki uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda yani federalizm davalarında, oldukça geniş yorumlamasından ortaya çıkmaktadır. Yüksek Mahkemenin 1930'lu yıllarda yaşanan Büyük Buhran nedeniyle, Yeni Düzen döneminde yaşanan siyasi baskılar, mahkemenin paketlenmesi (*packaging court*) olarak kabul edilmektedir.⁶²² Söz konusu dönem itibarıyla mahkemenin istikrarlı bir şekilde federal yönetimin yetkilerini genişletmesine

⁶¹⁸ Aynı yönde, South Carolina Meclisi, 6 Nisan 2011'de, *Act No. 4 (R14, S277) Ratification of Constitutional Amendment; Labor Elections. Effective*, yasasıyla kendi anayasasında bir değişiklik yapmıştır. Düzenlemede, açıkça gizli oy ilkesinin esas olduğu belirlenmiştir. Aynı yönde, Arizona federe yönetimi 2010 değişikliği ile 12/15/2010 4:24:47 PM Article 2 Section 37 - Right To Secret Ballot; Employee Representation 37. Anayasa hükmünün değiştirilmesi ve gizli oy kuralının kabulünü düzenlemiştir. Söz konusu gizli oy hakkının, sendikalar aracılığıyla kullanılması bakımından Amerika'da ciddi bir tartışma yaşanmıştır. Bu yönde *Save Our Secret Vote* kampanyası başlatılmış ve kampanyanın önemli destekçilerinden biri Cumhuriyetçi Parti olmuştur. İlgili bilgiler için federe yönetimlerin resmi web adresleri kullanılmıştır. Örneğin South Dakota Anayasası'nda yapılan değişiklik, *card check* ya da *majority sign-up* aranan çoğunluk kaydı uygulamasına yöneliktir. Bu yönde, Arizona, Güney Carolina, Güney Dakota ve Utah card-check usulünü yasaklayan anayasa değişikliklerini geçirmişler ve gizli oy hakkının korunması konusunda önemli bir girişimde bulunmuşlardır. *Card Check* uygulaması hakkında bilgi için bkz. İnternet Kaynak: http://www.americanprogressaction.org/issues/2011/05/card_check.html, Erişim Tarihi:02-02-2012.

⁶¹⁹ YOO, *Judicial Review and Federalism*, s. 1-3.

⁶²⁰ KATZ, *United States of America*, s. 380.

⁶²¹ Yazarın anayasal kaynak olarak belirlediği bu etken, ABD Yüksek Mahkemesinin 1937 yılından sonra Ticaret maddesinin yorumlanması konusunda oldukça genişletici olduğu ve mahkemenin anayasal yetki paylaşımına ilişkin geniş yorumlarının federasyonun dönüşümünde önemli olduğu bilgilerini içermektedir. KATZ, *United States of America*, s. 381 vd.

⁶²² KATZ, *United States of America*, s. 381

izin verdiği görülmektedir. Mahkeme, 1937 yılından 1995 yılına kadar, federalizm davalarında, yani yetki uyuşmazlığına ilişkin konularda, federal yönetimin yetkilerini aştığına ilişkin hiç bir karar vermemiştir.⁶²³

Mahkeme'nin uzunca süre federe yönetimler lehinde karar geliştirmedeğini ifade etmek gerekir. On yıllık süreçte iki kez, Yüksek Mahkeme federe yönetim ve yerel organları federal yönetim ilkelerini uygulamak-yürürlüğe sokmaları için federal gereklilikleri geçersiz kılmıştır. “*United States v. Lopez*” davasında, okul bölgelerinde ateşli silahlar bulundurulmasıyla ilgili federal yasayı geçersiz kılmıştır. Bazı eleştirmenler bu ve diğer kararları federalizmin korunması konusunda yeni bir yargısal aktivizm-gelenek olarak gözler önüne sermişlerdir. Federal yönetim tarafından, federe yönetimlerin Yüksek Mahkeme üzerindeki etkileri azaltılmıştır. Federe yönetimler, herhangi önemli bir yöntemle ya da yolla Yüksek Mahkemeyi disipline edemez ya da ödüllendiremezler. Federe yönetimlerin yetkisini kabul etmek ya da buna rıza göstermek, Yüksek Mahkemenin yetkilerini arttırmayacaktır ki tam tersine federe yönetimlerin Mahkeme, ileriki kararlarında federe yönetimlerin yetkilerini sınırlama eğiliminde gözükmektedir. Nitekim, federe yönetimlerin yüksek mahkemeler karşısında, “*mantıklı iyi oyunculardır, fakat federal yönetimler çok daha iyi bir oyunculardır.*”⁶²⁴

Mahkeme'nin 1992 tarihli *New York v. United States* kararına atıfta bulunarak, federal yönetimin düzenleyici programlara uyma konusunda, federe yönetimlere zorunluluk getirilemeyeceğine işaret edilmiştir.⁶²⁵ *New York v. United States* kararı, Anayasa'nın onuncu değişikliğinde yer alan artık yetkiler ilkesine dayandırılmıştır. Mahkeme, federal yönetimin belirli bir alanda ve belirli bir şekilde, federe yönetimleri düzenleme yapmaya yönlendirmesini onuncu değişikliğe aykırı olduğunu belirtmektedir. Bu yönde ABD Anayasası'nın, federe yönetimlere federal bir düzenleyici programı uygulama ve yürürlüğe koyma konusunda zorlayıcı bir yetki vermediğini, federal yönetimin federe yönetimlerin yasama yetkilerine el koyamayacağına (*commandeer*) karar vermiştir.⁶²⁶

⁶²³ BURNS, MacGregor J, *Packing the Court: The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*, The Penguin Press, 2009, USA, s. 113 vd.

⁶²⁴ TILLER, CROSS, *The Three Faces of Federalism*, s. 741.

⁶²⁵ *Printz v. United States* 521 U. S. 898 (1997), s. 920.

⁶²⁶ Her *New York v. United States* kararında olduğu gibi *United States v. Lopez* kararlarında, verilen oyların, ideolojik kararlar bakımından değerlendirmeleri yapılmaktadır. Birbirlerine yakın tarihlerde alınan kararlardan ilki olan *New York v. United States* kararı altına üç gibi bir oylama neticesiyle alınmıştır. ⁶²⁶ Buna karşılık daha sonraki tarihte verilen *Printz v. United States* kararı ise beşe karşılık dört oylama ile kabul edilmiştir. Her iki kararda muhafazakar kanadı temsil eden yargıçların oyları etkili olmuştur. Diğer taraftan *New York v. United States* kararında, muhafazakar yargıçlarla çoğunluk oyuna katılan Yargıç Souter, *Printz v. United States* kararında liberal yargıçların karşı oyu yönünde karar vererek, muhafazakar yargıçların çoğunluk oyuna katılmamıştır. Yargıcın bu tür kararlarda farklı ideolojik oyları nedeniyle, mahkeme kararlarında genellikle iki farklı kutup arasında gidip gelen oyları nedeniyle kararsız oy (*swing vote*) şeklinde belirtilmektedir. *New York v. United States* 505 U.S. 144, 112 S. Ct. 2408, 120 L. Ed. 2d 120, 1992 U.S. Karar için bkz. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/144/case.html>, Erişim Tarihi:02-09-2011. STRAS, David R, *New Politics of Judicial Appointments*, *Texas Law Review*, Vol. 86, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-46, 2008, s. 12. Aynı zamanda, şimdiki Yüksek Mahkeme Başyargıcı John Roberts, aynı şekilde mahkemenin yeni kararsız ya da sallanan oyuna (*swing vote*) sahip yargıcı olarak belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnternet Kaynak: <http://abcnews.go.com/Politics/OTUS/john-roberts-swing-vote-supreme-court/story?id=16681572>, Erişim Tarihi: 09-10-2012.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin, *Younger v. Harris*⁶²⁷ kararında, Yüksek Mahkeme Yargıcı Hugo L. BLACK Amerikan federalizmini şu şekilde tanımlamaktadır. “Eyaletlerin (federe yönetimler)⁶²⁸ yetkilerine gerekli olan saygının gösterilmesi, tüm ülkenin Birliği oluşturan ayrı eyaletlerden (federe yönetimlerden) oluştuğunun kabulü ve federe yönetimlerin ve kurumlarının farklı yollardan kendi farklı yetkilerini gerçekleştirmek adına özgür bırakılırlarsa, federal yönetim en başarılı en iyi şekilde yaşayacağına duyulan inancın sürdürülmesi..” şeklinde tanımlamaktadır.

Daha önce federe yönetimlerin temsilci olarak Senato'da görev yapan Yargıç BLACK, aynı kararda, bu ifadelerin Amerikan federalizmini açıklamada yetersiz kalabileceğine de değinmiştir. Federalizm açısından kararda, federal yönetimin, federe yönetimlere saygı göstermesinin gerekliliği vurgulanmaktadır. Kararın, daha sonraki ifadelerinde de, Amerikan federalizminin anayasasıyla kabul ettiği anlayışın saygıya dayandığını ve bu anlayışın bizim federalizmimiz (*our federalism*)⁶²⁹ ifadesiyle, söz konusu federalizmin Amerika'ya özgü olduğunun altını çizmektedir.

Federalizme ilişkin tanımının, ne federe yönetimlerin haklarına (*states' rights*) körü körüne itaat etmek, ne de her önemli konuda federal yönetimin veya mahkemelerin merkezîyetçi kontrollerine imkan tanımak anlamına gelmediğinin altı çizilmektedir. Yargıç, federasyon kurucularının bu iki önermeyi de reddetmiş olduklarını ifade ederek söz konusu tanımlamanın, federal yönetimin, federe yönetimlerin meşru yetkilerine müdahale etmemesi anlamına geldiği ve federe yönetimlerin yetkilerine duyarlılık gösterilmesi gerektiği şeklinde anlaşılacağına kanaat getirmektedir. Yargıç bu ifadesini, federal yönetimin “*federal haklar ve federal çıkarlarını savunmak ve koruması konusunda her zaman endişesi olsa da, gereksiz yere federe yönetimlerin meşru faaliyetlerine-yetkilerine engel olmama yönünde çabası olduğuna*” da dikkati çekerek desteklemektedir.⁶³⁰

Amerika'da, Demokrat Partili Başkan Obama'nın, özellikle “Obamacare” olarak nitelendirilen, sağlık alanına özgü federal yönetimin düzenlemeleri ciddi şekilde tartışılmaktadır. Özellikle son on yıllık periyotta, federalizmin siyasi koalisyonları ya da birlikleri aşar nitelikte olduğu belirtilir. Öncelikle, kürtaja ilişkin olarak Senato'nun sınırlayıcı yasayı kabul etmesi ve Temsilciler Meclisinin onayıyla, tüm federasyon

⁶²⁷ Karar, *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37, 91S. Ct. 746, 27 L. Ed. 2d 669 [1971] başlığı ile belirtilmektedir. Karara ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/401/37#writing-type-1-BLACK>, Erişim Tarihi: 10/01/2011.

⁶²⁸ Alıntıda geçen eyalet ifadelerini, çalışmanın genel prensibi bakımından, federe yönetimler şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

⁶²⁹ Yargıç Black, Bizim Federalizmimiz *Our Federalism* ifadesi için ayrıca, Bizim Federalizmimiz kavramının, ulusumuzun tarihi ve geleceğinde çok önemli yere sahip bir kavram olarak, ABD (devletler – çev.) birliğimizin ilk mücadeleleriyle birlikte doğduğu asla unutulmamalıdır

⁶³⁰ Burada ifadesi geçen ulusal hükümet, federal yönetimi, devlet ise federe yönetimi veya yönetimlerini ifade etmektedir. İfadenin orijinal metni şu şekildedir. ...The concept does not mean blind deference to 'States' Rights' any more than it means centralization of control over every important issue in our National Government and its courts. The Framers rejected both these courses. What the concept does represent is a system in which there is sensitivity to the legitimate interests of both State and National Governments, and in which the National Government, anxious though it may be to vindicate and protect federal rights and federal interests, always endeavors to do so in ways that will not unduly interfere with the legitimate activities of the States.. Karara ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak:

<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/401/37#writing-type-1-BLACK>, Erişim Tarihi: 10/01/2011.

genelinde, söz konusu yasa gereği doktorların kürtaj uygulaması halinde suç işlemiş oldukları kabul edilmiştir. Anayasa’da kürtajın düzenlenebilmesine ilişkin yetkiler açıkça bulunmamakla beraber, Yüksek Mahkemenin *Roe v. Wade* kararıyla, 1973 yılında federe yönetimlerin kadınların kürtaj haklarını sınırlamayacağına ilişkin kararı federalizmin anayasal gerekliliklerinin dışında olduğu yorumlanmıştır.⁶³¹

Yüksek Mahkeme’nin *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, kararında, federal yönetimin, bireyler zorunlu olarak sağlık sigortası yaptırmaları gerektiğine ilişkin kuralı, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinden değil, vergilendirme yetkisi bakımından anayasaya uygun bulmuştur.⁶³²

Federe yönetimlerin artık yetkilerinin ve haklarının, belirgin olarak savunulduğu süreç takriben 1990’lı yıllara denk gelmektedir. Yüksek Mahkeme’nin *National League of Cities v. Usery* kararı, artık yetkilerin düzenlendiği Anayasa’nın 10. değişiklik metnine dayalı olarak, federe yönetimlerin egemenliklerine ilişkin ilk önemli yargı kararı olarak kabul edilmektedir.⁶³³ Kararda federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisine dayanarak, federe yönetimlerin istihdam uygulamalarını düzenleyip düzenleyemeyeceği tartışılmıştır. Muhafazakar Yargıçlardan biri olan REHNQUIST, federal yönetimin *Fair Labor Standards Act* değişiklik getiren 1974 tarihli yasanın, açıkça federe yönetimlerin artık yetkileri içerisinde olduğuna işaret etmiştir. Buna karşın, liberal Yargıçlardan BRENNAN, Yüksek Mahkeme’nin Anayasa’daki federe yönetimlerin artık yetkilerine ve dolayısıyla egemenliklerine ilişkin hükmünün, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisi üzerinde bir kısıtlama şeklinde yorumlanmayacağını ileri sürmüştür. Yargıç karşı oyunda, siyasi korunma teorisine uygun olarak, “siyasi sürecin devletlerin bu tür sorunları ile başa çıkmak için izin verdiği” belirtmiştir.⁶³⁴ Karar, 5 Muhafazakar yargıcın oyuna karşılık, 4 Liberal yargıcın karşı oyuyla kabul edilmiştir.⁶³⁵

Yüksek mahkemelerin, özellikle yönetimlerarası uyuşmazlık çözümü ile ilgili kararları, her zaman tartışma konusu olmaktadır.⁶³⁶ Özellikle ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararlarda, muhafazakâr yargıçların federal yönetimin, federe yönetimin yetki alanlarını ihlal ettiği ve anayasanın bu şekilde yorumlanamayacağı

⁶³¹ ALT, Robert, *Defending Federalism*, John M. Ashbrook Center for Public Affairs at Ashland University, Editorial, April 2003, İnternet Kaynak: <http://www.ashbrook.org/publicat/oped/alt/03/federalism.html>, Erişim Tarihi: 02-03-2012.

⁶³² *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012).

⁶³³ *National League of Cities v. Usery* 426 U.S. 833 (1976). Karara ulaşmak için İnternet Kaynak: <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/the-federal-legislative-power/national-league-of-cities-v-usery/2/>. Erişim Tarihi:10-02-2010.

⁶³⁴ Yargıç Brennan ve diğer karşıoy yargıçlarının değerlendirmeleri için bkz. *National League of Cities v. Usery* 426 U.S. 833 (1976). Page 426 U. S. 857. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/426/833/case.html>. Erişim Tarihi:10-02-2010.

⁶³⁵Kararın ideolojik değerlendirmesi için bkz. İnternet Kaynak:http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1974/1974_74_878#sort=ideology. Erişim Tarihi:10-02-2010.

⁶³⁶ Bu uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili Anayasa Mahkemelerinin eleştirdiği çalışmalardan bazıları; SMITHEY, Shannon Ishiyama, ISHIYAMA, John, *Judicial Activism in Post-Communist Politics*, **Law & Society Review**, Vol. 36, No. 4 (2002), s. 719-742, OKERE, B. Obinna, *Judicial Activism or Passivity in Interpreting the Nigerian Constitution*, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 36, No. 4 (Oct, 1987), s. 788-816, COTTRELL, Jill, *Indian Judicial Activism, the Company and the Worker: A Note on National Textile Workers*, *Union v. Ramakrishnan*, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 39, No. 2 (Apr, 1990), s. 433-451.

şeklinde kararlar verirken, kimi kararlarında ise, federal yönetimin yetki alanlarının genişletildiği belirtilmektedir. Aynı zamanda, mahkemelerin karar verici olmalarının yanı sıra federalizm davalarında verdikleri kararlar nedeniyle federalizm yönündeki tartışmaları beslediği de öne sürülmektedir.⁶³⁷ Yüksek Mahkeme'nin uyuşmazlık çözümüne ilişkin kararlarıyla, yargısal sınırları genişletme ve hukuksal yorumları bakımından eleştirilmekle kalmamış, aynı zamanda anayasal sınırları aşarak yargısal aktivizme⁶³⁸ de kaynaklık ettiği belirtilmiştir.⁶³⁹ Yargısal aktivizmle, kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal edebildiği ve seçilmişlerden oluşan yasama kararlarını iptali, yeniden yorumlanması ve hatta yeni kararlar oluşturmak suretiyle yasamanın alanına müdahale edildiği belirtilmektedir. Federasyonlar açısından bakıldığında ihlal edilen sadece yatay kuvvetlerin ayrılığı değil, önemli oranda kuvvetlerin dikey ayrımından da önemli sonuçlar çıkmaktadır. Bu durum yönetim düzenlerinin yetki alanlarının da ihlal edilmesi anlamında gelmektedir ki federal sistemlerde yargısal aktivizm eleştirileri, çift yönlü tartışma alanı bulabilmektedir.

TREISMAN, yerinde bir tespitle federe yönetimlerin özellikle sert yetki paylaşımı kategorisinde münhasır yetkilerinin olmamasını, önemli bir sorun olarak kabul etmektedir. Artık yetkilerin federe yönetimlere bırakılması genel kanının aksine yönetimlerin sistem içerisinde zayıf olmalarına yol açtığı ileri sürülmektedir. Özellikle Amerikan ve Avustralya federasyonlarında, artık yetkilerin ya da genel yetkilerin federe yönetimlere bırakılmasına rağmen, federe yönetimlerin zayıf olduğunu belirtmektedir.⁶⁴⁰

1920 yılına kadar atanan Avustralya Yüksek Mahkeme yargıçlarının, kesin yetki paylaşımına ilişkin kararlarında, federe yönetimlerin açıkça belirlenmeyen artık yetkilerini, geleneksel olarak federe yönetimlerin kullandıkları bilinen yetkilerini muhafaza etmeye çalışmıştır. Söz konusu dönemlerde mahkeme, federal yönetimin açıkça sayılan yetkilerini oldukça sınırlı yorumlamaktaydı. Bu yönde, federe

⁶³⁷ Davalara örnek olarak, 1992 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesine getirilmiş bir dava örneğini belirterek aktarmak yerinde olacaktır. ABD Anayasasının 1. maddesinin 8. Kısımının 3. fıkrasında düzenlenen, Amerikan Kongresinin, yabancı ülkelerle federe yönetimler ve Hint yönetimleri arasında yapılacak her türlü ticari faaliyetler konusunda, tam yetkili olduğunu belirtmektedir. Somut olayda, Mahkemenin, muhafazakâr olarak bilinen Baş yargıcı William Rehnquist'in, her ne kadar anayasanın bu maddesinde federal yönetimin yetkisi sınırsızmış gibi gözükse de aslında, federal yönetimin anayasada yer alan bu madde ile anlatılmak istenen yetkilerinin üç alanda toplanabileceğini belirtmiştir. Yargıcın değerlendirmesine göre Kongrenin kullanabileceği bu yetkiler, Dış ilişkilere ait ticari faaliyetler, federe yönetimler arası ticari faaliyetler ve Hintliler arasında yapılacak ticari faaliyetlerle sınırlı olduğunu belirtmiştir. maddeyle üç farklı uygulamanın düzenlendiği yönünde karar veren Baş yargıç, uyuşmazlığın ticari faaliyetlere ilişkin anayasa maddesinin Kongreye verilen yetkiler nedeniyle ortaya çıktığını belirtmiştir. Yine aynı Baş yargıç tarafından 1977 yılında açılan bir davada yine federal yönetimin Anayasayla kendisine verilen yetkileri geniş yorumlayarak federe yönetimin yetki alanlarını ihlal ettiği yönünde karar vermiştir.

⁶³⁸ Aktivizm aynı zamanda Eylemcilik veya Etkincilik olarak da tanımlanmaktadır. Kelime anlamı olarak, Aktivizm sosyal ya da politik değişiklik getirmek için kasıtlı bir biçimde yapılan eylem ya da eylemsizlik olarak tanımlanabilir. Bu eylem çekişmeli tartışmalarda birini desteklemek ya da muhalefet etmektir.

⁶³⁹ Bu konudaki çeşitli eleştiriler için bkz. KMIEC, Keenan D, *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, **California Law Review**, Vol. 92, No. 5 (Oct, 2004), s. 1441-1477. MCDOWELL, Gary L, *Were the Anti-Federalists Right? Judicial Activism and the Problem of Consolidated Government*, **Publius**, Vol. 12, No. 3 (Summer, 1982), s. 99-108.

⁶⁴⁰ TREISMAN, *Defining and Measuring Decentralization: A Global Perspective*, s. 32-33.

yönetimlere bırakılan “*artık yetkiler*” türü, federasyonun ilk yirmi yılında geçerliliği olan bir kavram olarak değerlendirilmektedir.⁶⁴¹

1920 yılında Mahkeme'nin bu eğilimi kırılma noktası yaşanmış ve merkeziyetçi yargıçların ilk kez çoğunluğu sağlamasıyla alınan *Engineers Case* kararı, Yüksek Mahkeme içtihatları arasında önemli bir yer tutmaktadır.⁶⁴² Söz konusu kararlar o döneme kadar geliştirilen, federe yönetimlerin saklı ve geleneksel yetki alanları bulunduğu ilişkin doktrin terk edilmiştir. Bu karardan sonra, federe yönetimlerin saklı alanlarının bulunması için federal yetkilerin öncelikli uygulanması varsayımından hareketle, engellenmemiş olması gerekmektedir.⁶⁴³

Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *Commonwealth v Tasmania* (1983) 158 CLR 1, davasına ilişkin süreç önemlidir. Avustralya Anayasası'nın 51. maddesi, federal yönetimin yetkilerini sayarak belirlemiştir. Daha önce ifade edildiği gibi bu yetkiler sayılan ama münhasır yetkiler değildir. Bu yetkilerin, anayasadan kaynaklanmayan bir şekilde, federasyonun kurulduğu ilk yıllarda ve Mahkeme'nin 1920'li yıllara kadar, federe yönetimlerle uygulamada kullandıkları ortak yetkiler olduğu görülmektedir. Söz konusu maddenin xxix. fıkrasında, “dış ilişkiler” hükmü düzenlenmiştir. Maddenin uygulama biçimi nedeniyle, federe yönetimlerinde bu alanlarda talepkâr olmaları söz konusudur. Bu yönde federal yönetim, uluslararası bir antlaşmaya yürürlük kazandırdığı yasayla, UNESCO'nun Dünya miras programını yürüttüğü Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme'ye taraf olmuştur. Avustralya'nın, Tasmania, Victoria, New South Wales ve Queensland federe yönetimleri, federal yönetimin imzalamış olduğu *World Heritage Act*'e karşı, söz konusu davayı Yüksek Mahkeme'ye taşımışlardır. Federe yönetimlerin iddiası, federal yönetimin dış ilişkiler yetkisini kullanarak birçok alanda federe yönetimlerin yetkilerini ihlal edeceğini, bu nedenle “federal denge”nin altüst olacağıdır.⁶⁴⁴

Yüksek Mahkeme bu durumda uluslararası ilişkilerin ya da dış ilişkilerin federal yönetimin münhasır yetkisi olup olmayacağını tartışmalıdır. Burada, çevre örgütleriyle federal yönetimin, Tasmania federe yönetiminde kurulacak olan hidroelektrik santrallerine karşı gelmişlerdir. Mahkeme, dış ilişkiler konusunda yetkilerin uyuşmazlığı söz konusu olsa bile, belirli kategorilerle uyuşması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'nin belirlediği kategoriler, “uluslararası hukukun uygulanması; veya ister tek ister genel (çok taraflı) olsun, uluslararası anlaşma veya sözleşmelerin

⁶⁴¹ WILLIAMS, John M., MACINTYRE, Clement, *Commonwealth Of Australia*, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s. 19.

⁶⁴² *Engineers Case* kararı (1920) 28 CLR 129. *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (1920) 28 CLR 129, Karar için bkz. İnternet Kaynak: <http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?DocID=JUD%2F28CLR129%2F00004>, Erişim Tarihi:02-10-2011.

⁶⁴³ TAYLOR, *Federalism in Australia*, s. 174.

⁶⁴⁴ *Commonwealth v Tasmania (Tasmanian Dam case)* [1983] HCA 21; (1983) 158 CLR 1 (1 July 1983) ,p486, 11-13. İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1983/21.html>, Erişim Tarihi: 17-01-2011.

uygulanması; Birleşmiş Milletler Örgütü ya da Dünya Sağlık Örgütü, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü, Gıda ve Tarım Örgütü ve Uluslararası Çalışma Örgütü gibi yan kuruluşlarının herhangi bir öneri veya isteklerinin uygulanması veya Avustralya'nın siyasi oluşumları, kişi veya kuruluşlarıyla, Avustralya dışındaki diğer ülkelerle veya dış kuruluşlar, gruplar veya kişilerin arasındaki dış ilişkileri geliştiren (ya da engelleyen); Avustralya dışında koşullar ya da şeylerle ilgilenir; veya Avustralya içinden koşullara ya da durumlara ilişkin uluslararası sorunlar” şeklinde belirtmektedir.⁶⁴⁵

Mahkeme sonuç olarak, bu alanın uluslararası karakteri nedeniyle federal yönetimin yetkisinde olduğunu, bunun aynı zamanda Anayasa'nın 51. maddesinin xx. fıkrasında ifade edilen, federal yönetimin dışişleri, ticaret ve mali kurumlara yönelik yasa yapabilme yetkisine bağladığı görülmektedir. Federe yönetimler bu madde nedeniyle, kendi elektrik kurumlarının bağlı olmayacağını, bu kurumların ticari kurumlar olmadığını iddia etseler de, Mahkeme, bunların ticari kurumlar olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla, federe yönetimlerin talepleri reddedilmiştir.⁶⁴⁶ Karar 3'e karşı 4 oyla kabul edilmiş, federal yönetimin federe yönetimlerin baraj inşaatını engellemek için kullandığı dış ilişkiler yetkisinin yerinde olduğuna hükmetmişlerdir.⁶⁴⁷

Bu yorumlamanın en büyük sorunsalı, federal yönetimin yazılarak belirtilmiş münhasır yetkilerine karşılık, federe yönetimlerin belirsiz yetki alanlarının bulunmasıdır. Ne var ki, federal sistemin tasarımında sayılarak münhasır verilen yetkilerin sınırlı doğaları bulunduğu ve artık yetkileri bulunan yönetim düzenlerinin sınırsız yetki alanına sahip oldukları prensibi, yüksek mahkemeler tarafından ters çevrilerek merkezileşmenin kaçınılmaz olmasına neden olunmuştur.

Nitekim, federasyonlarda var olan yönetim düzenlerinin, belirli bir ölçüde özerkliklerinin bulunması gerekmektedir. Bu özerkliklerin, anayasal yetki paylaşımı konusunda da ciddi endişeler doğurmaktadır. Yukarıda değindiğimiz, artık yetkilerin federe yönetimlere bırakılıyor olmasının, o yönetimlerin birer karar verici olmalarını ve özerkliklerini sağlamadığı belirtilir. Anayasayla federe yönetimlere artık yetkilerin verilmeyip, anayasayla herhangi bir münhasır yetkinin kendilerine tanınmış olması halinde, federe yönetimlerin en azından söz konusu yetki alanında bir özerkliğe sahip olduğu sonucuna varılacağı, ifade edilmektedir. Bu şekilde herhangi bir yetkinin anayasayla federe yönetimlere bırakılmayıp, federe yönetimlere sadece artık yetkilerin tanınıyor olmasının, o yönetimlerin sistem içerisinde zayıf olmalarına yol açtığı belirtilmektedir. Özellikle, federe yönetim yasama organlarının artık yetkilerle donatılmış olmalarının onların belirli bir alanda ve konuda özerklik sahibi olmalarını

⁶⁴⁵ *Commonwealth v Tasmania*, parag. 43.

⁶⁴⁶ *Commonwealth v Tasmania*, parag. 66.

⁶⁴⁷ *Commonwealth v Tasmania*, parag. 91.

gerektirdiği ifade edilerek, federe yönetimlerin bir dizi politik konu üzerinde yetkili olmalarının da aynı şekilde zayıf özerkliklerinin olduğu anlamına geleceğine değinilmektedir.⁶⁴⁸

ii. Esnek Yetki Paylaşımında Artık yetkilere İlişkin Uyuşmazlıklar

Kanada ve Hindistan federasyonlarında, artık yetkiler federal yönetim lehine benimsenmiştir. Her iki federasyonda da, münhasır yetkilerin federe yönetimler lehine sayıldığı, aynı zamanda federal yönetimin yetkilerinin de sayıldığı görülmektedir. Her iki federasyonda da, hem artık yetkilerin federal yönetime verilmesi hem de federe yönetimlerin yetkilerin sayılmasındaki amaç, bunların sınırlanmasıdır. Zira, Kanada'da kurucular, o dönemde Amerikan federasyonunda yaşanan İç Savaş'tan etkilenmişlerdir. Kurucular, İç Savaş'ın federe yönetimlerin ilk zamanlarda oldukça güçlü olmalarına dayandırmaktaydılar. Bu nedenle Kanada'da, Amerikan federal tecrübesinden bir takım dersler çıkarılmıştır. Hindistan ise, Kanada federal sistemini büyük oranda kopyaladığından, her iki federal sistem de tercihler bu yönde gelişmiştir.

Ayrıca günümüzde federal bir sistem olarak Kanada, federasyonların merkezileşmemiş örnekleri arasında kabul edilmektedir. Tam tersi olarak Hindistan federasyonunun ise, en merkezileşmiş federal sistemler arasında kabul edilmektedir.⁶⁴⁹ Dolayısıyla artık yetkilerin ya da yetki paylaşımı kataloglarının federe yönetimler lehine münhasır olarak sayılarak belirlenmesinin, sistemin merkezileşmesi ya da merkezileşmemesi bakımından önemli bir role sahip olmadığı şeklinde yorumlanabilir.

Bunun yanı sıra merkezileşmiş bir diğer örnek olarak 1920 Avusturya Anayasası'nın 10-15. maddelerinde yer alan hükümlere göre federasyonda yetki paylaşımını federal ve federe yönetimler arasında dağıtmıştır. Avusturya Anayasası'nın özellikle 10. maddesiyle federal yönetime verilen yetkiler, Hindistan Anayasası'nda, federal yönetime verilen yetkilerin sayısı kadar olmasa da, diğer federasyonlar arasında çarpıcı biçimde federal yönetim lehine dengelenmiştir.

Avusturya Anayasası, “..aslında, federe yönetimler için münhasır –özel-yetkiler”⁶⁵⁰ içerdiği şeklinde yorumlansa da, bunun sadece federe yönetimlerin artık yetkilerinin belirtildiği, Anayasa'nın 15. maddesi olduğu görülmektedir.⁶⁵¹

Artık yetkiler, her ne kadar federasyon yetki paylaşımalarında önemli bir yetki alanı gibi görülse de, çoğu federe yönetim yetkileri, sadece *artık yetkiler* düzeyinde kalmaktadır. ERK, artık yetkilerin federe yönetimlerde olmasının, pozitivist bir yaklaşımla, federasyonun güçlü kanadının federe yönetimler olarak tespit

⁶⁴⁸ TREISMAN, Daniel, *Defining and Measuring Decentralization: A Global Perspective*, sscnet.ucla.edu, unpublished manuscript, 2002, İnternet Kaynak: <http://www.sscnet.ucla.edu/polisci/faculty/treisman/Papers/defin.pdf>, Erişim Tarihi: 20-06-2011, s. 9.

⁶⁴⁹ KINCAID, *Comparative Observations*, s. 419

⁶⁵⁰ ERK, *Austria: A Federation without Federalism*, s. 2-3.

⁶⁵¹ GAMPER, *Introduction to the Study of the Law of the Austrian Federal Constitution*, s. 103. GAMPER, Anna, *On Loyalty and the (Federal) Constitution*, *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, Vol 4, 2/2010, s. 154 vd.

edilebileceğini ancak, örneğin siyasi ve toplumsal gerçeklikte bunun Avusturya’da geçerli olmadığı belirtmektedir. Aksine burada federe yönetimlerin, giderek zayıflayan birimler haline geldiğine dikkat çekilmektedir.

Avusturya Anayasa’sının 15. maddesi, artık yetkileri federe yönetimler lehine belirledikten sonra, diğer maddelerinde federal yönetim lehine bir takım yetki konularını daha sıralamaktadır.⁶⁵² Maddede, açık bir şekilde federe yönetimlerin, “*tiyatrolar ve sinemalar, halka açık gösteri ve performanslar ve eğlencelerle ilgili hükümlerine*” veya federe yönetimlerin, “*kendi yasama yetkilerinin sınırları içerisinde kalan konularda, o konunun ceza ve medeni hukuk alanını ilgilendiren yönüyle gerekli hükümleri de düzenleyebileceklerine*” ilişkin oldukça sınırlı bir kaç yetki konusu düzenlemiştir. Ancak ikinci yetki alanının, normalde geniş bir düzenleme alanı verebileceği düşünülse de, federe yönetimlerin yasama yetkileri yok denecek kadar az olduğundan, pek de anlamlı bir yetki konusu olarak yorumlanamaz.

Nitekim, Anayasa’nın ilgili düzenlemesi Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanmıştır. Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin, artık yetkilere ilişkin hükme rağmen, madde de geçen “gerekli” ifadesini, “arzu edilen” ya da “uygun” anlamında yorumlamak yerine, federe yönetimlerin söz konusu alanlarda yasalar oluşturmasının, sadece “zaruri” hallerde mümkün olabileceği şeklinde sınırlı yorumlayarak daraltmıştır. Mahkemenin aynı sınırlı yorumunun, medeni hukuk alanındaki yetkilere de uyguladığı görülmektedir.⁶⁵³

Mahkeme başka bir kararında, Salzburg federe yönetimi tarafından kentlerin tarihi parçalarına ilişkin yasanın, 15. maddede belirtilen, federe yönetimlerin yetkilerine ilişkin medeni hukuk kurallarını düzenlediği bir yasa olarak kabul etmiştir. Mahkeme söz konusu yasanın, federe yönetimin yetkilerini tamamlayan bir alan olarak kabul etmemiş, bu yönde medeni hukukun, asli bir kural olduğuna işaret etmiştir.⁶⁵⁴ Mahkeme bu durumda, “*diğer normlara zorunlu bağlantı*” bulunması gerektiğini ve yasadaki kamu hukukunun somut normları ile medeni hukuk kuralları arasında dahil bir “teknik hukuk” bağlantısı bulunması gerektiğine kanaat getirmiştir. Kararda, federe yönetimlerin, medeni hukuk kapsamındaki düzenlemelerinin, “özel hukuk kuralının, kamu hukuku kuralıyla desteklenmesine ilişkin bağlantıyla”, sınırlandırılmıştır.⁶⁵⁵

Federal yönetime verilen yetkilere Anayasa’nın 11. maddesinden başlayarak, 15. madde de sayılan artık yetkilere ilişkin hükümde de ayrıntılı olarak yer almaktadır.

⁶⁵² Örneğin 2. fıkrada, *Devlet emniyet güçlerinin mahalli emniyet birimlerini ilgilendiren ve belediyenin temsil ettiği yerel halkın menfaatlerini doğrudan doğruya ya da büyük ölçüde ilgilendiren ve uygunsuz gürültüye karşı kamu huzurunun ve düzeninin korunması örneğinde olduğu gibi, yerel halkın mahalli sınırlar içerisinde uygun şekilde çözümlenebileceği meselelerde, belediyelerin bu meseleleri ele alışı şeklini denetleme ve gözlenen her türlü eksikliğin düzeltilmesini validen talep etme yetkisi federasyona aittir. Federasyonun bu amaçla yürüttüğü teftiş yetkileri belediyeye devredilebilir. Böyle bir yetki devrinin yapıldığı her durumda vali keyfiyetten haberdar edilir*, düzenlenmiştir.

⁶⁵³ TAYLOR, *Characterisation in Federations: Six Countries Compared*, s. 96-97.

⁶⁵⁴ öVerfGH, Erk Slg 13 322/1992.

⁶⁵⁵ TAYLOR, *Characterisation in Federations: Six Countries Compared*, s. 97.

Avusturya Federal Meclisi'nin kendisi de, federal yönetimin yetkilerinin bu denli fazla olmasının, federal sistemin zayıf bir ülke olarak görülebileceği belirtilmektedir.⁶⁵⁶

Nitekim, Avusturya'nın merkezi yanı, yani federal yönetimi güçlü bir federasyon olduğu konusunda fikir birliği bulunmaktadır.⁶⁵⁷ Bu değerlendirmenin gerekçesi olarak, Avusturya Anayasası'nın merkez ve kurucu birimler arasında belirlemiş olduğu dengeden kaynaklanmaktadır. Avusturya federe yönetimleri (*Lander*), federal yönetime (*Bund*) oranla anayasal olarak daha zayıf bir konumdadırlar.⁶⁵⁸ Avusturya federe yönetimleri, kurucu birimler olarak pozisyonlarını korumaktan çok, adem-i merkezîyetçi bir yönetim içerisinde yer alan, idari alt birimler haline gelmişlerdir.⁶⁵⁹

Anayasa Mahkemesi'nin en azından federasyonun ilk yıllarında merkezileşmiş bir içtihat geliştirmediğini belirtmek gerekir. İlk zamanlarda, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin federalizm ilkesine ilişkin çok fazla olmasa da önemli atıflar yaptığı görülmektedir.⁶⁶⁰ Mahkeme 1928 yılında vermiş olduğu bir kararında, anayasanın ruhunda federal sistemin bulunduğu ve federalizm ilkesinin ise federal yapının temel prensibi olduğuna işaret etmiştir. Ayrıca Mahkeme'ye göre, yasama yetkilerini kullanılmanın ve yasa yapabilmenin temel koşulu federalizm ilkesidir.⁶⁶¹

Bununla birlikte Avusturya'da ortaya çıkan yeni yetki konularının, artık yetkiler bakımından federe yönetimlerin yetkisinde mi kabul edileceği, yoksa federal yönetimin detaylı bir şekilde sayılan ve geniş alanlara yayılan yetkileri içerisinde mi olacağı konusunda uyuşmazlıklar yaşanmaktadır.⁶⁶²

Avusturya Anayasası'nın, yasama yetkilerini detaylı bir şekilde federal yönetime vermiş olması, yetki paylaşımının açık olduğu anlamına gelmemektedir. Aynı yönde GAMPER, federal yönetimin münhasır yetkilerinin, kısa terimler ve basit cümlelerden oluştuğunu, Anayasa'nın ilgili maddelerinde, (örneğin Anayasa'nın, 11, 12, 14, 14a, 14b. maddeleri) bu yetkileri açıklayıcı ya da yorumlanmasına ilişkin kuralların

⁶⁵⁶ İlgili Açıklama için bkz. *Nationalrat Web Site, Federalism in Austria - a Weakly Developed System?* ,İnternet Kaynak: <http://www.parlinkom.gv.at/ENGL/PERK/BOE/PR/index.shtml>, Erişim Tarihi: 20-06-2011. TAYLOR, **Characterisations in Federations: Six Countries Compared** , s. 95.

⁶⁵⁷ ERK, *Austria: A Federation without Federalism* , s. 1.

⁶⁵⁸ TAYLOR, **Characterisations in Federations: Six Countries Compared** , s. 95-96. Ayrıca bkz. ENGELMANN, Frederick C, SCHWARTZ, Mildred A, *Perceptions of Austrian Federalism* , **Publius**, Vol. 11, No. 1, (Winter, 1981), s. 85-87.

⁶⁵⁹ ERK, *Austria: A Federation without Federalism* , s. 2-3.

⁶⁶⁰ GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria* , s. 8.

⁶⁶¹ VfSlg 1030/1928.İlgili karara ulaşmak için bkz. *Österreichische Nationalbibliothek* , İnternet Kaynak: http://alex.onb.ac.at/tab_lgo.htm, Erişim Tarihi: 09-20-2012. GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria* , s. 8.

⁶⁶² Burada genel olarak Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen yetki uyuşmazlıklarının şu şekilde ortaya çıkacağı belirtilmektedir. Yetki uyuşmazlıkları, iki veya daha fazla otoritenin, aynı konu üzerinde münhasır karar verme yetkisine sahip oldukları ya da her iki otoritenin tam tersi olarak, söz konusu alanda münhasır yetkilerinin bulunmadığı iddiasına dayanır. Birinci halde, olumlu ya da pozitif yetkinlik çatışması, ikinci durumda da olumsuz ya da negatif yetkinlik çatışması söz konusu olmaktadır. Burada sonuç olarak, otoritelerden birinin söz konusu alanda yetki sahibi olduğu ya da olmadığı konusu hukuk dışı olacaktır. Tabii her iki otoritenin söz konusu alanda ortaklaşa yetkileri söz konusuysa veya iki yetkili otorite söz konusu alanda yetkileri bulunmadığını iddia ediyorsa, yetki uyuşmazlığından söz edilmeyecektir . HUPPMANN, *Cases of Conflicts of Competence between State Powers before the Constitutional Court* , s. 7 vd.

belirtilmediğine, bu nedenle bu yetkilerin yorumlanmasına ilişkin metodun, Avusturya Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirildiğine dikkati çekmektedir.⁶⁶³

Mahkeme 1987 tarihli başka bir kararında, Avusturya federal sisteminin kurucu unsurlarından birinin, “dolaylı federal yürütme” olduğunu belirtmiştir.⁶⁶⁴ GAMPER Mahkeme’nin özellikle federalizm üzerine teorik görüşlerden kaçındığını belirtmektedir.⁶⁶⁵

Bununla birlikte Hindistan Yüksek Mahkemesi, Anayasa’yla artık yetkiler federal yönetime verildiğinden, federe yönetimlere ait olan yetkilerin oldukça geniş yorumlanması gerektiğine işaret etmektedir. Bu yönde yargı organının, yetki paylaşımı kataloğunun yeniden dağıtımına yol açacak kadar ya da yasama yetkilerinin birbirine karışmasına neden olacak şekilde yetkileri yorumlamaması gerektiği de ifade edilmektedir.⁶⁶⁶

Mahkeme artık yetkilere ilişkin kararlarında genellikle, federe yönetimlerin yetkileri (*State List*) oldukça “geniş yorumlanması” gerektiğini, bu alanın, federal yönetimlerin artık yetkileri nedeniyle sınırlı olmaması gerektiğini benimsemektedir. Mahkeme bu yöndeki görüşünü dile getirdiği, *International Tourism Corporation v. State of Haryana* kararında, federal yönetime bırakılan artık yetkilere dikkat edilmezse, “*federe yönetimlerin yetkilerinin eritileceğini ve federal ilkelerin tehlikeye atılacağını*” belirtmiştir.⁶⁶⁷ Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin bu yönde farklı kararları bulunsa da, artık yetkilerin federal yönetime bırakılması nedeniyle daha dikkatli ele alınmaktadır. Dolayısıyla, artık yetkilerin hangi yönetim düzenine bırakıldığının önemi, mahkemelerin bunu nasıl yorumladığıyla ilgilidir.

Öncelikle geleneksel algının tersine, federe yönetimlere bırakılan saklı ya da genel yetkilerin, onları sistem içerisinde güçlü bir konuma getirmedikleri görülmektedir. Artık yetkilerin belirsiz yapısı, federal yönetimin bu alanlara müdahale etmesine neden olmaktadır. WEINBERG’e göre, yoğun yersellik arz eden konular, aile, eğitim, bireysel suçlar (*personal injuries*), sigorta ve kolluk güçlerine ilişkin yetkiler dahi, federal yönetimler uyumsuzluk çıkaran yasalar oluşturmaktadırlar. Dolayısıyla artık yetkiler, federal sistem içerisinde gerekli dengeyi sağlayamamakta, “federal yetkiler “*üzerinde güvenilmez bir sınırlama*” olarak kalmaktadırlar.⁶⁶⁸ Burada yoğun yersellik olarak ifade edilen kavram, aslında Avrupa federalizminde ifade edilen ikincillik ya da yersellik (*subsidiarity*) ilkesine vurgu yapmaktadır.

⁶⁶³ VfSlg 1030/1928. GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria* , s. 8.

⁶⁶⁴ VfSlg 11.403/1987.

⁶⁶⁵ GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria* , s. 8.

⁶⁶⁶ AKHTAR, *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , içinde MATHEW, George, *Republic of India* , s. 160.

⁶⁶⁷ *International Tourism Corporation v. State of Haryana*, AIR 1981 SC 774.

⁶⁶⁸ WEINBERG, Louise, *The Federal-State Conflict Of Laws: ‘Actual’ Conflicts* , V: 70, *Texas Law Review*, 1992, s. 1748.

Büyük ölçüde artık yetkilerin önemi, anayasalarda sayılan yetki alanlarının büyüklüğü ve niteliği ile ilgilidir. Münhasır ya da sayılan yetkilerin fazla olması, artık yetkilerin bırakıldığı diğer yönetim düzenine çok sınırlı yetkinin bırakılmasına neden olur. WATTS'a göre, Kanada ve Hindistan Anayasaları'nda her yönetim düzenine ayrı ayrı sayılan münhasır yetkilerin ve ortaklaşa yetkilerin bulunmasının, federal yönetime bırakılan artık yetkilerin nispeten daha az önemli olmaları sonucunu ortaya çıkarmıştır.

Buna karşılık Almanya, Avusturya, ABD ve Avustralya gibi federal sistemlerde, federe yönetimlerin yetkileri açıkça sayılmayıp sadece basit bir şekilde belirsiz artık yetkileri kapsadığından çok daha önemlidirler. WATTS'a göre söz konusu federasyonlarda federe yönetimlere bırakılan artık yetkilerin, federe yönetimlerin özerkliklerini ve federal yönetime bırakılan münhasır ya da ortaklaşa yetki alanının sınırlılığını vurgulamak adına, sembolik olarak verilmiştir. Bu yetkilerin belirsiz ve sınırsız olabilecek doğasına karşılık, uygulamada yüksek mahkemelerin zımni yetkiler gibi yeni yetki alanlarıyla bu yetkileri daraltma eğilimindedirler.⁶⁶⁹

Bununla birlikte anayasal yetki uyumsuzluklarının ortaya çıktığı alanlardan biri de ortaklaşa yetki alanlarıdır. Hindistan'da ortaklaşa yetki listesi oldukça detaylı olarak tanımlanmıştır. Kanada'da ortaklaşa yetkiler ise anayasada daha az yer almaktadırlar. Buna karşılık uygulamada ortaklaşa yetkilerin (*de facto concurrent powers*) daha fazla olduğuna dikkat çekilmektedir.⁶⁷⁰

Kanada'da ortaya çıkan uygulamadaki ortaklaşa yetki alanlarının, özellikle harcama yetkilerinin genişlemesi ve mali programların devlet düzeyleri arasında paylaşılmasıyla ortaya çıktığına işaret edilir. Bununla birlikte örneğin çevre konularında Yüksek Mahkeme, tek başına federal yönetimin bu alanı düzenlemesinin yeterli olmadığına, federe yönetimlerinde bu alanda yetki ve sorumluluklar üstlenmesine karar vermiştir.⁶⁷¹ Dolayısıyla, ortaklaşa yetkilerin doğası yargı kararlarıyla genişletilmiştir.

Kanada ve Hindistan federal sistemlerinde, merkeziyetçi kurucuların güçlü bir federal yönetim yaratma amacıyla federe yönetimlerin yetkilerini sayarak sınırlama amacına karşılık, burada yüksek mahkemelerin söz konusu artık yetkileri daha geniş yorumlayarak, federal yönetimin büyümesine engel olma eğilimi ön plana çıkmaktadır.⁶⁷² Dolayısıyla yetkilerin belirli olması, sınırlı oldukları anlamına gelmediği gibi, belirsiz yetkiler her zaman için dar yorumlanabilmektedirler.

⁶⁶⁹ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 318.

⁶⁷⁰ Kanada federasyonunda, ilk başta yaratılan katı ve merkeziyetçi anlayış gerek Yüksek Mahkeme kararıyla, gerekse siyasi gelişmelerle dönüşüm geçirmiştir. Bazıları federal yönetimin, federe yönetimlerin yetki alanlarına çok fazla dahil olduğunu ifade etsede, genellikle bu değişimin merkeziyetçi olmama eğiliminde olduğu konusunda fikir birliği bulunmaktadır.

SIMEON, PAILLON, *Canada*, s. 104.

⁶⁷¹ R. v. Hydro-Quebec [1997] 1 S.C.R. 213.

⁶⁷² WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 318.

d. Ticareti Düzenleme, Vergilendirme ve Harcama Yetkilerine İlişkin Uyuşmazlıklar

Genel olarak federal sistemlerde, ticareti düzenleme, vergilendirme ya da harcama yetkileri, federal yönetim düzenlerine verilmiştir. Bunun dışında, kültürel, eğitim ve sosyal politika alanlarında federe yönetimlerin sorumlu oldukları görülmektedir.⁶⁷³ Bununla birlikte yetki paylaşımlarındaki bu genel dağılımın, toplumların modernizasyonu ve demokratikleşmesi için zamanla bir sorun haline gelmiştir.⁶⁷⁴

Söz konusu yetkiler, yetki paylaşımı kataloglarında, federal yönetimlerin en fazla yayılma gösterdiği ve federe yönetimlerin yetki alanlarına sıklıkla müdahale edildiği alanlardır.

i. Ticareti Düzenleme Yetkilerine İlişkin Uyuşmazlıklar

Federasyonlarda yetki uyuşmazlıklarının önemli bir kısmı ticareti düzenleme yetkisinden ortaya çıkmaktadır. WEINBERG, bu yetki federal yönetime neredeyse sınırsız bir güç verdiğini belirtmektedir. Federal yönetimin ticaret düzenleme yetkisiyle, federe yönetimlerin içerisindeki kamusal konaklama yerlerini düzenleyen federal bir yasayla, eyaletler arası piyasada seyahat eden yolculara konaklama ve gıda hizmet vermesi nedeniyle yerel bir motele hükmedebileceğine karar verilebildiğini belirtmektedir.⁶⁷⁵ Federal yönetim, ticareti düzenleme yetkisi, sadece eyaletler arası ticarete ilişkindir. Fakat mahkeme kararlarıyla, federe yönetimlerin kendi içerisindeki ticari aktivitelerinin, eyaletler arası ticareti etkilerse, federal yönetimin eyalet içindeki ticarete de müdahale edileceğine karar vermiştir.⁶⁷⁶ Yüksek mahkemelerin anayasadaki hükümleri federal yönetime geniş alan bırakacak şekilde yorumlamalarına en önemli örnek, federal yönetimlerin ticareti düzenleme yetkileridir.

Ticaretin düzenlemesi yetkisinin, en fazla yayıldığı ABD ve Avustralya federasyonlarında, bu alanda, federe yönetimler arasılık (*interstateness*) sınırlaması öngörülmektedir. Şu nedenle ki, her iki federal sistemde, federe yönetimler arası meseleler, federal yönetim tarafından düzenlenmektedir. Bu iki federasyonda da, federe yönetimler federe yönetimler içinde (*intrastateness*) ticaret, bankacılık veya sigorta gibi alanlarda yetki sahibidirler. Anayasalara baktığınızda ise bu alanların federal yönetimin yetkileri içerisinde sayıldığı görülmektedir. Örneğin Avustralya Anayasası'nın 51. maddesinin, xii ve xiv. fıkralarında düzenlendiği gibi, ABD Anayasası'nın 1.

⁶⁷³ Yetki Paylaşımı kataloğu hakkındaki genel listeye bakınız.

⁶⁷⁴ HUEGLIN, Thomas O, *Bottom-up Federalism: The Early Modern Contribution to Local Governance in a Globalizing World*, Hokkaido University Graduate School of Law Institute for Law and Politics Papers, İnternet Kaynak: <http://www.juris.hokudai.ac.jp/global-g/paper/4-09.pdf>. Erişim Tarihi: 22-09-2012.

⁶⁷⁵ WEINBERG, *The Federal-State Conflict of Laws: Actual Conflicts*, s. 1748.

⁶⁷⁶ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 124-25 (1942), İnternet Kaynak: <http://www.lawnix.com/cases/wickard-filburn.html>, Erişim Tarihi: 02-12-2012.

maddesinin 8. fıkrasının 3.bendi belirtilmektedir.⁶⁷⁷

Amerikan Hukuk sistemine özgü olarak yapılmış bu değerlendirmeyi, aktarmak gerekir, “Amerikan hukuk sistemini tek kelimeyle ifade etmek gerekirse, tercih edeceğim kelime çelişki ya da karşıtlık (*contradiction*) (tezat, ikilem, itiraz veya tutarsızlık) olur....İkinci bir kelime daha kullanılabilirse bu da karmaşık (*complex*) olur....Üçüncüsü ahlak “moral” (ahlak, fazilet, erdem) ve sonuncusu: çeşitlilik (*diverse*)”.⁶⁷⁸ Amerikan hukukunun kaynakları, anayasadan, yasama organının çıkardığı yasalardan, yürütme organının yasalara uyulmasını sağlamak amacıyla oluşturduğu düzenlemelerden ve nihai olarak yargı organlarının kararlarından (*case law*) oluşmaktadır.

ABD Anayasası’nda olduğu gibi, Avustralya Anayasası’nın 51. maddesinin i. fıkrası, federal yönetimin federe yönetimler arası ticareti düzenleme yetkisini içermektedir. Bu yetkinin, Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin 1937’den sonra bu yetkiyi, federal yönetim lehine yorumlanmaya başladığı belirtilmektedir. Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin eyaletler arası ticarete ilişkin federal yönetimin yetkisini, ABD Yüksek Mahkemesi’nin kararlarında olduğu gibi genişletme konusunda direndiği görülmüştür. Mahkeme, federal yönetimin söz konusu eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisini, federe yönetimlerin saklı ya da artık yetkiler alanına müdahale etmemesi yönünde sınırlı bir şekilde yorumlamıştır.⁶⁷⁹

ABD örneğin federal yönetim ticareti düzenleme yetkisinden hareketle, Kadına Karşı Şiddet Yasası, Çocuk İşçiler, Kürtaj veya silah bulundurma gibi, gerçek anlamda ticaretle ilgi olmayan düzenlemeler yapmaktadır. Üstelik federal yönetimin bir çok durumda bu düzenlemelerinin, mahkeme tarafından da onaylandığı görülmektedir.⁶⁸⁰

Bu yönde bir başlangıç noktası olarak kabul edilen *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation* kararı, neredeyse bir çok yetki konusunun, federal yönetimin federe yönetimler arası ticareti düzenleme yetkisi (*interstate commerce*) dahilinde kabul edilmesine neden olmuştur.⁶⁸¹ Bu yönüyle karar,

⁶⁷⁷ Yukarıda anlatıldığı üzere, ABD Anayasası’nın söz konusu hükmü sayılmış yetkidir. Buradaki eyaletlerarası ticaretin münhasır federal yönetim yetkisinde olmasının en önemli ve meşhur sebebi, Marshall’ın *Gibbons v. Ogden* kararında. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824), İnternet Kaynak: <http://www.lawnix.com/cases/gibbons-ogden.html>, Erişim Tarihi: 23-09-2011.

⁶⁷⁸ HAKERİ, Hakan, **Amerikan Ceza Hukukuna Giriş**, 2008, İnternet Kaynak: http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=1, Erişim Tarihi: 20/12/2011.

⁶⁷⁹ Bu tür kararlara örnek olarak; AG (WA) v Australian National Airlines Commission (1976) 138 CLR 492, 499, 502, 508–510; R v. Burgess Ex parte Henry (1936) 55 CLR 608, 628–629; Australian National Airways Pty Ltd v. Cth (1945) 71 CLR 29, 61; Swift v. Boyd Parkinson (1962) 108 CLR 189, 203; Redfern v. Dunlop Rubber Australia Ltd (1964) 110 CLR 194, 221; Airlines NSW v. NSW (No. 2) (1965) 113 CLR 54. verilmektedir. Değerlendirme için bkz. SELWAY, Bradley, WILLIAMS, John M., *The High Court and Australian Federalism*, Publius: The Journal of Federalism, Publius/Summer 2005, s. 480.

⁶⁸⁰ ABD Yüksek Mahkemesi’nin bu konudaki kararlarından bazıları, *Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971). *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn.*, *Hodel v. Virginia Surface Mining*, 452 U.S. 264 (1981). *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995). P. 559, İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.html>, Erişim Tarihi:03-10-2011.

⁶⁸¹ Söz konusu kararda da, belirtilen yasa üyeleri direkt olarak ABD Başkanı tarafından seçilen idari bir kurul olan *National Labor Relations Board (NLRB)*, federe yönetim normlarını geçersiz kılabilmek yetkisi vermektedir. Şöyle ki, kurul sendikalaşma ve işçi ile işveren haklarına ilişkin federal düzenlemeleri yapmakta ve federe yönetimlerin bu idari düzenleme ya da kararlara uymayan normlarını federal hukukun üstünlüğü ilkesinden kaynaklanan yetkiyle, geçersiz kılmaktadır. Karar Hakkında Bilgi için bkz. *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp*, Karar No: 301 U.S. 1, 57 S. Ct. 615, 81 L. Ed. 893, 1937 U.S., İnternet

federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin, 1990'lı yıllara kadar tüm alanlara yayılmasına neden olmuştur.

National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation, kararında Mahkeme, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin, kapsam bakımından sınırlanamayacağını, federal yönetimin federe yönetimler arası ticareti (*interstate*) etkileyebilecek olan konuların da, bu yetki dahilinde kabul edileceğine karar vermiştir. Kararda, herhangi bir eylem “*federe yönetimler arası ticarete yakın ve önemli bir ilişki*” kurabilecek nitelikteyse, federal yönetimin bu alanı kontrol etmek için açık bir güce sahip olacağı belirtilmiştir. Mahkeme kararını verirken, davalı şirketin bir çok eyalete yayılan önemli ve zengin bir şirket olması nedeniyle, sendika üyesi olan çalışanlarına karşı ayrımcılık yapması gibi faaliyetlerinin, bir çok alana yayılabileceğine dikkati çekmiştir. Bu tür faaliyetler yerel düzeylerde federe yönetimler arası ticaret üzerinde doğrudan ve hemen etki edecek zararlı eylemler olabilecektir. Davalının, çalışanların kendi haklarını savunabilme amacıyla organize olmalarını (*self-organize*) engellemenin, federe yönetimler arası ticareti etkileyebileceğine karar vermiştir. Buradan hareketle, federal yönetimin “*çalışanların organize olmalarına ilişkin sendikal faaliyetleri düzenleme yetkisinin*” bulunduğu karar vermiştir. Karara katılmayan Yargıç MCREYNOLDS, federal yönetimin bu konuda ticareti düzenleme yetkisinden kaynaklanan bir yetkisi olmayacağını belirtmiştir.⁶⁸²

Bu tür duruma örnek olarak ABD Yüksek Mahkemesi'nin, 1995 tarihli *United States v. Lopez* davası verilebilir. Federal yönetimin *The Gun-Free School Zones Act of 1990* düzenlemesinin ticareti düzenleme yetkisinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tartışılmıştır.⁶⁸³ Karar, Yüksek Mahkeme'nin, yarım yüz yıllık bir süreçten sonra ilk kez federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisini sınırladığı görülmektedir.⁶⁸⁴ Karar, Federe yönetim haklarının savunucusu olarak kabul edilen Başyargıç REHNQUIST başkanlığında verilmiştir.

United States v. Lopez kararında, federal yönetimin *The Gun-Free School Zones Act* düzenlemesinin federe yönetimlerarası ticari faaliyetleri düzenleme yetkisi kapsamında olup olmadığı tartışması söz konusudur.⁶⁸⁵ Federal yönetimin yönetimlerarası ticari faaliyetleri düzenleme yetkisi, sadece federe yönetimlerin kendi

Kaynak: <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/the-federal-legislative-power/national-labor-relations-board-v-jones-laughlin-steel-corp/>, Erişim Tarihi:03-02-2012.

⁶⁸² *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* - 301 U.S. 1 (1937) İnternet Kaynak: <http://history.eserver.org/us-labor-law.txt>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.

⁶⁸³ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995). İnternet Kaynak: http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1999/1999_99_5/, Erişim Tarihi:03-10-2011.

⁶⁸⁴ TUSHNET, Karara ilişkin olarak, federal yönetimin söz konusu yasayı yaparken, örneğin, federe yönetimlerin bu yasaya ihtiyacı olabileceğine ilişkin herhangi bir yasama bulgusuna yer vermeden veya yasaya ilişkin herhangi bir oturum yapılmaması konusunda yeterli özeni göstermemesine dayandırılmaktadır. Yazar Kongre'de makul bir müzakere sürecinden geçtiğini, yasaların ulusal çıkarlar söz konusu olduğunda federe yönetimlerin çıkarlarından üstün kılınması anlayışıyla yapıldığına dikkati çekmiştir. Söz konusu iki yanın yapılaş sürecinde, federe yönetimler tamamıyla yok sayılmasa da, Kongre ile federe yönetim yetkililerinin taleplerinin aynı yönde olmamasının önemli bir kayıp olduğunu ifade etmiştir. TUSHNET, **Taking the Constitution Away from the Courts**, s.101-103.

⁶⁸⁵ *United States v. Lopez* 514 U.S. 549 (1995), İnternet Kaynak: <http://www.justia.us/us/514/549/case.html>, Erişim Tarihi: 09-12-2010.

aralarındaki ticari faaliyetlere ilişkin olmalıdır. Bu yetki federe yönetimlerin kendi içlerindeki ticari faaliyetleri düzenleyecek şekilde genişletilmemelidir. Nitekim Anayasa federe yönetimlerin kendi içlerindeki ticari faaliyetler konusundaki yetkileri, federe yönetimlere bırakmaktadır.⁶⁸⁶

Bununla birlikte karara konu olan *The Gun-Free School Zones Act* düzenlemesi, okul bölgeleri gibi yerlerde bilinçli bir şekilde ateşli silah bulundurulması yasaklamaktadır. Oysa ki yasa ateşli silahların seyahat amacıyla taşınması veya federe yönetimlerarası ticareti etkileyen silah sahipliğini yasaklamamaktadır. Yasanın bu doğrultuda, ne ticari faaliyeti düzenleyen, ne de federe yönetimlerarası ticarete ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Kararda federal yönetim adına Başsavcı, silah bulundurmanın ulusal ekonomiyi iki açıdan etkileyeceğini savunmuştur. İlki, sigorta yoluyla toplum üzerindeki yüksek finansman maliyetleri getirilmesi ve ikinci olarak da, bireylerin şiddetin yaygın olduğu bölgelere seyahat engellemesidir. Mahkeme, beş muhafazakar yargıcın oyuna dört liberal yargıcın karşı oyuyla kararını vermiştir.⁶⁸⁷ Mahkemenin çoğunluğu, federal yönetimin bu iddialarını, aksi halde federal yönetimin yetkileri konusunda hiçbir sınırlama olmayacağı ifadesiyle reddetmiştir. Kararda, özellikle geleneksel olarak federe yönetimler tarafından düzenlenen bir yetki alanına ilişkin herhangi bir faaliyetin, doğrudan ticareti düzenleme yetkisine bağlantısı bulunmadığı durumlarda, federal yönetimin bu tür bir düzenlemeyi onaylamasının uygun olmadığına karar vermiştir.⁶⁸⁸

United States v. Lopez kararı, federal yönetimin yaptığı bir düzenlemenin özellikle federe yönetimlerarası ticareti düzenleme yetkisi içerisinde olabilmesi için federe yönetimlerarası ticareti “önemli ölçüde etkileyen” bir faaliyetin bulunması gerektiğine işaret etmiştir.⁶⁸⁹ Mahkeme, söz konusu uyuşmazlığa ilişkin normun, ekonomik faaliyetlerden çok, ceza yasası olduğunu belirtmiştir.⁶⁹⁰

Kararda, federe yönetimlerarası ticaret *kanallarına*, federe yönetimlerarası ticaret *vasıtalarına* ve son olarak da, federe yönetimlerarası ticaret üzerinde *önemli bir etkiye sahip faaliyetler*, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisi kapsamındadır.⁶⁹¹

Mahkeme somut olaydaki yasanın ilk iki koşula dahil olmadığını, ancak üçüncü koşulda değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Üçüncü koşulun tespiti bakımından, söz konusu silah bulundurma faaliyetinin, ekonomik bir faaliyet olup olmadığına, yetki

⁶⁸⁶ ABD Anayasası'nın 1. maddesi ve 1. değişiklik hükümleri.

⁶⁸⁷ Kararın ideolojik boyutu ile ilgili değerlendirme için bkz. İnternet Kaynak: http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1994/1994_93_1260#sort=ideology, Erişim Tarihi: 09-12-2010.

⁶⁸⁸ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), öncelikle The District Court tarafından görüşülerek, aynı şekilde federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinden kaynaklarak böyle bir yasa oluşturamayacağına hükmetmiştir. Karar temyiz edilerek, Court of Appeals götürülmüştür. Court of Appeals bölge mahkemesinin kararına katılmış ve daha sonra karar Yüksek Mahkeme'ye götürülmüştür.

⁶⁸⁹ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) Paragraf 559. Karar metni için bkz. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.html>, Erişim Tarihi: 09-12-2010.

⁶⁹⁰ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) Opinion of the Court, 514 U. S. 549 (1995), prg. 561.

⁶⁹¹ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) Par.558.

bakımından silah bulundurmanın, eyaletler arası ticaret kapsamında taşınıp taşınmadığına, federal yönetimin silah bulundurmaya eğitim arasında ekonomik bir bağlantı kurup kurmadığına ve son olarak eylemle eyaletler arası ticaret arasındaki bağlantının zayıf noktalarını belirlemiştir.⁶⁹²

Mahkeme, bireylerin silah bulundurmasına ilişkin düzenlemenin, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinden kaynaklanmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla somut olayda okul yakınlarında üzerinde silah taşıyan Lopez'in suçlamaları düşmüştür.⁶⁹³

Kararda, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin sınırları çizilmeye çalışılmıştır. Buna göre federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisini kullanacağı bir düzenlemede, eyaletler arası ticaret kanallarına ya da bağlantılarına ilişkin olması⁶⁹⁴; eyaletler arası ticaretin aracı kurumlarına veya kişi ya da şeylerine ilişkin olması⁶⁹⁵; son olarak önemli ölçüde eyaletler arası ticareti etkileyen ya da büyük ölçüde eyaletler arası ticaretle ilgili etkinlik olması gerekmektedir.⁶⁹⁶

Federal yönetim, ABD Anayasası'nda sayılan yetkileri dışında bir çok yetkiyi elinde bulundurmaktadır. Federal yönetimin yetkilerinin bu denli yayılmasında, "vergilendirme ve harcama yetkisiyle, federe yönetimler arası ve dış ticareti düzenleme yetkisinin" oldukça geniş yorumlanması etki etmiştir.⁶⁹⁷

Yüksek Mahkeme'nin, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisine ilişkin en önemli kararı, siyasal koruma teorisini güçlendirdiği, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*⁶⁹⁸ kararıdır. Kararın en önemli sonucu, yargının kendi kendini sınırlamasının yanı sıra, federalizm uyumsuzluklarına ilişkin çözüm yerinin, siyasi alan olarak ifade edilmesidir.

⁶⁹² Söz konusu davanın önemli bir toplumsal sonucu, yakın zamanlara kadar yaşanan okul baskını ve öğrencilerin öldürülmesine ilişkin trajediyle tekrar gündeme gelmiştir. Federal yönetim bu karardan sonra yeni bir yasa düzenleyerek yürürlüğe koymuş fakat federe yönetimlerle federal yönetim arasında silah bulundurma, taşıma, lisans, satışı gibi bir çok alanda tartışmaya yol açmıştır. Son olarak, Aralık 2012'de yaşanan okul trajedisine Amerika'da ikinci kez silah ve okul konusu gündeme gelmiştir. Bu tür kitle cinayetlerinin, ABD silah kanunları hakkında tekrar tartışmaları canlandırmıştır. Burns, Dan, KAUFMAN, Chris, (*Reuters*) - *A heavily armed gunman killed 26 people, including 20 children from 5 to 10 years old, in a rampage at a Connecticut elementary school on Friday, one of the worst mass shootings in U.S. history.* , İnternet Kaynak: <http://www.reuters.com/article/2012/12/14/us-connecticut-towns-idUSBRE8BD0U120121214>, Erişim Tarihi: 27-12-2012.

⁶⁹³ Karar 5'e karşı 4 oyla alınmıştır. Kararı takip eden başka bir Yüksek Mahkeme dava, 2001 tarihli *Solid Waste Agency of Northern Cook County v. United States Army Corps of Engineers* (99-1178) 531 U.S. 159 (2001), İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-1178.ZS.html>, Erişim Tarihi:03-10-2011.

⁶⁹⁴ Bununla ilgili kararlar için *United States v. Darby - 312 U.S. 100 (1941)*, *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964), bu davada Yüksek Mahkeme den hareketle oluşturduğu Civil Rights Act of 1964 düzenlemesine dayanarak, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin özel işletmelerin söz konusu yasaya uymaları için zorlamayabileceğine karar vermiştir. Davayı açan Georgia'da bulunan bir otel sahibi, anayasadan kaynaklanan (5. ve 13. değişiklik kapsamında) temel hakları gereği isterse siyahlara otelinde oda kiralamalarına izin vermeyebileceğini iddia etmiştir. Mahkeme, kamusal alanlarda ayrımcılığı yasaklayan söz konusu yasanın, kamuya açık tesislerde de ayrımcılık yapılamayacağı ve aynı zamanda bu sorunun federal ya da federe yönetim hukuklarının ötesinde bir durum olduğunu belirtmiştir. [p.273], İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0379_0241_ZC.html , Erişim Tarihi:03-10-2011.

⁶⁹⁵ Bu koşula ilişkin karar örnekleri, *Shreveport Rate Cases*, 234 U. S. 342 (1914); *Southern R. Co. v. United States*, 222 U. S. 20 (1911) şeklinde belirtilebilir.

⁶⁹⁶ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995). P. 559, İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.html>, Erişim Tarihi:03-10-2011.

⁶⁹⁷ KATZ, Ellis, *United States of America* , McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s.305.

⁶⁹⁸ *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985).

Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority kararında, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin her alana yayılabileceği, federe yönetimlerin egemenliğinin ise, mahkeme tarafından değil, siyasi süreç içerisinde sağlanacağı belirtilmektedir. Mahkeme, federe yönetimlerin lobicilik faaliyetlerini arttırabileceklerini ve yargısal koruma gibi hiçbir ek korumaya ihtiyaç duymayacaklarını dile getirmiştir.⁶⁹⁹

ABD Yüksek Mahkemesi'nin, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* kararı, federal sistemin kendi içerisinde koruma ve dengeleme mekanizmaları bulunduğu ve Kongre'nin aşırı taleplerine karşı federal yönetimin kompozisyonun, büyük ölçüde eyaletleri korumak için tasarlandığı belirtilmiştir.⁷⁰⁰

Karar, federalizm açısından büyük bir handikap olarak değerlendirilmiş ve tümüyle federalist bir bakış açısıyla alındığı ifade edilmiştir. Kararın en önemli özelliği, federal sistemin korunmasında yargının geleneksel rolünü değiştirmesi ve Mahkeme'nin federal yönetimin yetkileri konusunda kendi kendini sınırlaması gerektiği anlayışının ortaya konulmasıdır.⁷⁰¹

Bu kararla, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisine dayanarak oluşturduğu, işverenlerin asgari ücret sağlamak ve federe ve yerel yönetimlerin, mesai saatlerinin uzatılması halinde çalışanlarına ek ödeme yapmasını gerektiren Adil Çalışma Standartları Yasası'nı, federal yönetimin yetkisi dahilinde kabul etmiştir. Mahkeme bu kararla, daha önce federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisiyle federe yönetimlerin haklarını ihlal ettiğine ilişkin, yargısal korunmayı ön plana çıkardığı içtihadını da bozmuştur.

Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority kararı, federe yönetimleri detskeleyerek, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin her alana yayılmayacağı ve sınırlanması gerektiğine ilişkin daha önceki *National League of Cities v. Usery* kararını bozmuştur. *National League of Cities v. Usery* kararında muhafazakar yargıçlara katılarak oyunu kullanan Yargıç BLACKMUN, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* kararıyla da liberal yargıçlara katılmasıyla, ticareti düzenleme yetkisine ilişkin mahkeme kararlarında dengeler değişmiştir. BLACKMUN'un 4 liberal yargıcın oyuna katılmasıyla, daha önceki federe yönetimlerin egemenlikleri adına olumlu oy kullandığı *National League of Cities v. Usery* kararının bozulmasına neden olan oyu bakımından, kararsız oy (*swing vote*) kapsamında değerlendirilmektedir.⁷⁰²

⁶⁹⁹ *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985), P. 469. Karar için ayrıca bkz. İnternet Kaynak: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=469&invol=528>, Erişim Tarihi: 02/01/2012.

⁷⁰⁰ *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985).

⁷⁰¹ *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*.

⁷⁰² KELSO, Charles D., KELSO, R. Randall, *Swing Votes on the Current Supreme Court: The Joint Opinion in Casey and Its Progeny*, *Pepperdine Law Review*, Volume 29, Issue 4, Article 1, 2012, s. 269.

Federal sisteme ilişkin önemli davalardan biri olan bu kararda Yargıç BLACKMUN, federal mevzuatın oluşturulması sürecinde, federe yönetimlerin çıkarlarının korunmasında, federal siyasi sürecin etkinliğinin açık olduğunu belirtmektedir. Bir yandan federe yönetimler kendi hazinelerine genel ve programa özgür devlet yardımları şeklinde federal gelirlerin önemli bir kısmını doğrudan alabilmelerinin mümkün olduğuna dikkat çekilmektedir. Federal yönetim, federe ve yerel yönetimlerin desteklenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Cumhuriyetin başından itibaren federal yönetimin, federe yönetimleri finanse etmek için federal arazi (*land grants*) yardımları ve 1887 tarihli *Hatch* Yasasıyla doğrudan nakit yardımları sağlamaktadır. Mahkeme, federe ve yerel yönetimlere yapılan federal yardımların son çeyrek yüzyılda 7 Milyar Dolar'dan 96 Milyar Dolar'a çıktığına işaret etmektedir.⁷⁰³

Kararda, federe yönetimlerin polis ve yangın koruma, eğitim, kamu sağlığı ve hastaneler, parklar ve rekreasyon ve sağlık gibi hizmetler için federal fon aldıklarına işaret edilmektedir. Bu alanlar federe yönetimlere bırakılan artık yetkiler kapsamında değerlendirilen kolluk yetkileri ya da geleneksel yetkililerdir. Yargıç BLACKMUN, federe yönetimlerin, federal yönetimin *münhasır yetkilerinden* biri olan ticaretin düzenlemesi gibi yükümlülük getiren yetkilerden de muaf olduklarına işaret etmektedir.⁷⁰⁴

ABD Yüksek Mahkemesi, 1990 tarihli *Gun-Free School Zones Act*, *Brady Handgun Violence Prevention Act* ve *Religious Freedom Restoration Act* gibi yasalara ilişkin kararlarında, federal yönetimin uzunca bir süredir yapmadığı şekilde yetkilerini aştığı sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu kararıyla, federalizmin anayasada belirtilen siyasi sınırlar tarafından korunmayacağı, yargının bu alana müdahale etmesine gerek olduğu sonucu ortaya çıkmıştır. Bu durumda yargının geleneksel koruma işlevinin yeniden anlamlandırılması sağlanmıştır.

Aynı şekilde *United States v. Morrison* ve *Solid Waste Agency of Northern Cook County (SWANCC) v. U.S. Army Corps of Engineers*, kararlarında, federal yönetimin, *Violence Against Women Act of 1994* ve *Clean Water Act* düzenlemelerinin, ticareti düzenleme yetkisinden kaynaklanmayacağına karar vermiştir.⁷⁰⁵

CARELLI, Richard, *Blackmun Swinging High Court to Liberal Side*, **The Lewiston Daily Sun**, 1982. İnternet Kaynak:<http://news.google.com/newspapers?nid=1928&dat=19820712&id=Bn8jAAAAIBAJ&sjid=h2QFAAAAIBAJ&pg=1371,2060650>, Erişim Tarihi: 20-09-2011.

⁷⁰³ *Garcia v. San Antonio Transit Auth.* - 469 U.S. 528 (1985), Jusita US Supreme Court Center, U.S. 551-552, s. 469. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/469/528/case.html>. Erişim Tarihi: 10-2-2010.

⁷⁰⁴ Kararda, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinden hareketle düzenlediği ve federal yönetime bazı yükümlükler getiren yasalarda, tüm federe yönetimlere ve onların alt birimleri için açık veya zımni muafiyetler içerdiğine dikkati çekilmektedir. Bu yasalara örnek olarak, Federal Power Act, National Labor Relations Act, Labor-Management Reporting and Disclosure Act, Occupational Safety and Health Act, Employee Retirement Income Security Act ve Sherman Act olarak gösterilmektedir. *Garcia v. San Antonio Transit Authority*, s. 469.

⁷⁰⁵ *United States v. Morrison* - 529 U.S. 598 (2000), İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/598/>, Erişim Tarihi: 02-10-2011. *Solid Waste Agency of Northern Cook County (SWANCC) v. U.S. Army Corps of Engineers*, 531 U.S. 159 (2001), İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/598/>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.

Ayrıca *National League of Cities v. Usery* kararında, Yargıç Marshall'ın verdiği *Gibbons v. Ogden* kararıyla, 34 yıl önce verilen *Wickard v. Filburn*, kararlarının da, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin, federe yönetimlerin yetki alanlarına en fazla yayılan kararlar örnek gösterilmektedir.⁷⁰⁶ Kararlarda en önemli nokta, siyasi korunma teorisine ilişkin atıflardır. Her iki kararda da federal yönetimin yetki paylaşımında yer alan ticareti düzenleme yetkisi, federe yönetimlerin yetki alanına dahil olacak şekilde yorumlanmıştır. Kararlarda, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisine ilişkin sınırların yargısal süreçle değil, siyasi süreç içerisinde gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁰⁷

ABD'de ticarete ilişkin yetkiler söz konusu olduğunda, Yüksek Mahkeme kararlarıyla ilk yıllarda kurulan çerçevenin ortaya konulması önemlidir. Ticareti düzenleme yetkisi, Başyargıç MARSHALL'ın bu konudaki önemli içtihatlarıyla federal yönetim lehine genişletilmiştir. *Gibbons v. Ogden* kararında, federe yönetimlerin egemenlikleri üzerinde, federal hukukun üstünlüğü ilkesini kesin olarak benimsemiş, federal yönetimin sayılmış yetkileri arasında bulunan, federe yönetimler arası ticareti düzenleme yetkisinin, federe yönetimlerin sınır çizgileriyle sınırlı olmadığına karar verilmiştir. Bu kararla birlikte, federal yönetimin, federe yönetimler arası ticareti düzenleme yetkisi (*interstate commerce*), federe yönetimlerin kendi içlerinde ticareti düzenleme yetkilerine (*intrastate commerce*) dahil edilmiştir.⁷⁰⁸

Gibbons v. Ogden kararıyla, federal yönetimin yetkileri içerisinde olmayan alanlarda da federal hukukun üstünlüğü ilkesinin kullanılmasının yolu açılmıştır.⁷⁰⁹ Ancak Yüksek Mahkeme'nin daha sonraki *Lochner v. New York* kararında ise, federal yönetimin, yönetimler arası ticareti düzenleme yetkisinin (*interstate commerce*), federe yönetimlerle ortaklaşa düzenledikleri alanlar olduğunu belirtmiştir.⁷¹⁰

Ticareti düzenleme yetkisinde önemli doktrin olarak negatif ticaret doktrininin (*dormant commerce clause*) ifade edilmesi gerekir. MARSHALL'ın *Gibbons v. Ogden*

⁷⁰⁶ *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 22 U. S. 197 (1824), *Wickard v. Filburn*, 317 U. S. 111, 317 U. S. 120 (1942). Kararlara ulaşmak için İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/1/case.html#197>, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/111/case.html>. Erişim Tarihi: 10-02-2010.

⁷⁰⁷ *National League of Cities v. Usery* 426 U.S. 833 (1976).

⁷⁰⁸ Karara konu olan uyuşmazlık, New York meclisi Fulton ve Livingston'a, New York sularda buharlı gemi çalıştırılması için özel bir hak tanıyan yasayı kabul etmiştir. Fulton ve Livingston ise Ogden'a New York ve New Jersey arasındaki feribot çalıştırmak için bir New York federe yönetimi mevzuatı uyarınca lisans vermiştir. Gibbons ise federal yasalar uyarınca New York'ta sularında vapur çalıştırmak için lisans almış fakat bu işletmenin çalışması, Ogden'ın lisansı engellemiştir. Ogden, Gibbons karşı bir önlem alınması için New York mahkemelerine başvurmuş ve mahkeme Gibbons'ın lisansının hukuksal olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye temyiz edilen davada, New York işletmesinin, Anayasanın federal hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince geçersiz olduğuna karar vermiştir. Gibbons'ın New York su yolları içerisinde de hareket edebilmek için federal yasa uyarınca aldığı lisansın geçerli olduğunu belirtmiştir. *Gibbons v. Ogden*, 100 U.S. 1, p222. İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0022_0001_ZO.html, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

⁷⁰⁹ Kararla birlikte federe yönetimlerin kendi içlerindeki ticareti düzenleme yetkilerinin, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisini engellemesi halinde de, federal hukukun üstünlüğü gereğince, federe yönetim düzenlemeleri geçersiz olacaktır. ESKRIDGE, William N. Jr., FERREJOHN, John, *The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism*, **Vanderbilt Law Review**, Vol. 47, Faculty Scholarship Series. Paper 3795, 1994, s. 1370. ZIMMERMAN, *National-State Relations*, s. 21 vd.

⁷¹⁰ EPSTEIN, Richard A., GREVE, Michael S., *Introduction: Preemption in Context*, içinde, **Federal Preemption: States' Powers, National Interests**, EPSTEIN, Richard A., GREVE, Michael S., (Ed.), The AEI Press, Publisher for the American Enterprise Institute, USA, 2007, s. 11. Karar için bkz *Lochner v. New York* - 198 U.S. 45 (1906), İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>, Erişim Tarihi: 05-04-2012.

kararı, bu doktrinin kurulması yönünde başlangıç arz eder. Bu kararlar federal yönetimin zımnî yetkiler gibi sistem içerisindeki etkisi büyük olmuştur.⁷¹¹ Kararda, federal yönetimin federe yönetimlerin yetki kullandığı alanları “yasaklamasına” ilişkin negatif ticaret maddesi olarak ifade edilen yargı doktrini kabul edilmiştir. Bu doktrin kapsamında, federal yönetimin ticaret düzenleme yetkisinin negatif bir anlamı olduğu belirtilmiştir. Buna göre, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinden hareketle, federe yönetimlerin ticarete ilişkin düzenlemelerine “yasaklanma” getirilebilecektir.⁷¹²

Mahkeme'nin ticareti düzenleme yetkisine ilişkin olarak bir çok federe yönetim yetkisinin, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisi içerisinde olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme'nin ticareti düzenleme yetkisine ilişkin kararlarının, federe yönetimlerin egemenliklerini sınırlandığı ve yetki paylaşımının “amansız dönüşümü” olarak ifade edilir.⁷¹³

Kesin yetki paylaşımı örneklerinden biri olan Avustralya'da, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisi en önemli yetki yayılma alanı olarak kabul edilebilir. Örneğin MCCALLUM, Avustralya Parlamentosu'nun kendi iş hukuku yetkilerinin genişliğini artırmak için, Anayasa'da yer alan diğer yetkilerine dayandığını belirtmektedir. Federal yönetimin bu alandaki yetkilerini genişletmek adına kullandığı başlıca yetki ise, ticareti düzenleme yetkisidir. Avustralya federal yönetimi örneğin denizciler, yalıtılmış işçiler ve uçak mürettebatı kapsayan iş yasalarını yürürlüğe koymak için ticareti düzenleme yetkisini kullanmıştır.⁷¹⁴

Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin, federal ve federe yönetimler arası yetki uyuşmazlıklarına ilişkin kararları, sadece ABD federasyonunda yetki paylaşımı kataloğunda benimsenen usulleri benimsemediği, aynı zamanda, özellikle federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisi üzerinden, bir çok yetki alanına müdahale etmesini de örnek aldığı görülmektedir. Federasyonun kurulduğu ilk yıllarda, Avustralya Yüksek Mahkemesi kendisinden önce, yetki uyuşmazlıklarına ilişkin kararları veren ve İngiltere'de bulunan Privy Council'in, yönetimlerin yetkilerinin dar yorumlanmasına ilişkin uygulamasını sürdürdüğü görülmektedir. Örneğin 1909 yılında Yüksek Mahkeme, *Huddart, Parker & Co Pty Ltd v Moorehead*, davasında,

⁷¹¹ MARSHALL bu ifadeyi başka kararlarında da dile getirmiştir. of *Willson v. Black-Bird Creek Marsh Co.*, 27 U.S. 245 (1829), İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/27/245/case.html>, Erişim Tarihi:05-04-2012.

Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1, 9 Wheat. 1, 6 L. Ed. 23 (1824); İnternet Kaynak: <http://www.lawnix.com/cases/gibbons-ogden.html>, Erişim Tarihi:05-04-2012.

⁷¹² WOLFSON, 1988-1989, s. 76. Ayrıntılı bilgi için bkz. Chin PANN, The Dormant Commerce Clause and State Regulation of The Internet: Are Laws Protecting Minors from Sexual Predators Constitutionally Different Than Those Protecting Minors from Sexually Explicit Materials?, *Duke Law & Technology Review*, No. 8, 2005, s. 5 vd.

⁷¹³ ESKRIDGE, FERREJOHN, *The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism*, s. 1358.

⁷¹⁴ MCCALLUM, Ron, *The Australian Constitution and the Shaping of our Federal and State Labour Laws*, **Industrial Relations Society of New South Wales 46th Annual Convention**, Beyond the Centenaries, Rethinking Labour Relations, 2005, s. 3.

Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan, federal yönetimin şirketler ve ticareti düzenleme yetkisinin dar yorumlanmasına karar vermiştir.⁷¹⁵

Ne var ki daha sonraları Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin de, bu konuda oldukça aktivist kararlar ürettiği görülmektedir. Bu bakımdan, Avustralya federal sisteminde öngörülen anayasal kesin yetki paylaşımından farklı olarak, daha esnek bir yetki paylaşımının ortaya çıktığı belirtilebilir.⁷¹⁶

Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetiminde üstlendiği rolünün, özellikle son dönemlerde verdiği kararlarının önemli bir sonucu olarak "siyasi" bir kurum olarak değerlendirilmektedir. Mahkemenin anayasa ile belirlenen sert yetki paylaşımını değiştirmesinin nedenleri, yine yargısal kaynaklıdır.

Bu yönde Yüksek Mahkeme'nin kararlarıyla yetki paylaşımının esnetilmesi iki yargısal kaynağa dayandırılmaktadır. İlki; özellikle federal yönetimin yasama yetkileri ile ilgili Yüksek Mahkeme'nin genişletilmiş yorumu, ikinci olarak da; Anayasa'nın 92. m.de federal yönetime oldukça geniş alanlarda münhasır sağlayan hükmünden hareketle, federal yönetimin özellikle yönetimlerarası ticareti etkileyen eylemleri üzerindeki sınırlamaları gevşetmesidir.⁷¹⁷ Yargının özellikle ikinci kaynakta kullandığı, Anayasa'nın 51. fıkrasında belirtilen, federal yönetimin belirli alanlarda özel yetkileri olduğuna ve bu alanlarda barışı, düzeni ve iyi yönetimi tesis etmek için istediği yasaları oluşturabileceğine ilişkin genel hükümdür.⁷¹⁸ Nitekim Mahkeme'nin, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisine ilişkin dar yorumu, *Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co Ltd.* kararına kadar sürmüştür.

Buna karşılık Hindistan'da Anayasası'nın 13. bölümü, federe yönetimler arası (*Inter-State*) ticaret ve alım-satım ile ilişkin düzenlemelere ayrılmıştır. Anayasa'nın ilgili hükümleri, ABD ve Avustralya'nın ticareti düzenleme yetkisine benzemektedir.⁷¹⁹ Bu

⁷¹⁵ Karara için bkz. WILLIAMS, John M, *The Constitution and Workplace Relations Act 1996 - [2006]*, Vol. 16(2), **The Economics and Labour Relations Review**, 61-84, 2006. Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/ELRRev/2006/4.html>, Erişim Tarihi:02/10/2011.

⁷¹⁶ Aynı yönde, GALLIGAN ve BRIGHT'da Avustralya federal sistemin, esnek olduğunun kanıtlandığını belirtmektedirler. Bu esnekliği sağlayan faktörleri küreselleşme etkisi ve iç meseleler üzerindeki arabuluculuk baskıları olarak ifade etmişlerdir. GALLIGAN, Brian, WRİGHT, John S. F, *Australian Federalism: A Prospective Assessment*, **Publius: The Journal of Federalism**, 32:2, Spring 2002, s. 165.

⁷¹⁷ Bu kararların önemli bir kısmının, Anayasanın 51. maddesinde yer alan federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinden kaynaklandığı görülmektedir. Yüksek Mahkemenin ticareti düzenleme yetkisinin federal yönetim lehine genişlettiği örnek kararlarından bazıları; *Actors & Announcers Equity v Fontana Films Pty Ltd* (1982) 150 CLR 169; *Fencott v Muller* (1983) 142 CLR 570; *Commonwealth v Tasmania (the Tasmanian Dam case)* (1983) 185 CLR 1; *Richardson v The Forestry Commission* (1988) 77 ALR 237 şeklinde gösterilebilir. Kararlara ulaşmak için; <http://www.hcourt.gov.au/cases/current-cases-submissions>, GAGELER, federal yönetimin yetki alanlarının genişletilmesinde kullanılan anayasal alanların bir diğerini, uluslararası ilişkiler alanındaki yetkisi (Anayasa. bölüm 51 xxix. Paragraf) olarak ifade etmektedir. Aynı zamanda federal yönetimin uzlaştırma ve tahkim yetkisini de (Anayasa bölüm 51 xxxv. Paragraf), bu trend içerisinde göstermektedir. Yazara göre bu termdin tek istinasi federal yönetimin evlilik ve boşanma konusundaki yetkilerini düzenleyen 51. maddedeki (xxi.) evlilik yetkisi ve (xxii) boşanma ve evlilik nedenleri konusundaki yetkisi olduğunu ileri sürmüştür. GAGELER, *Foundations of Australian Federalism and the Role of Judicial Review*, s.162.

⁷¹⁸ Avustralya Anayasası'nın 92. maddesinde, federal yönetimin kamusal amaçlar için kendisi tarafından edinilmiş tüm yerler ile federal yönetimin konumladığı yerlere ilişkin konularda, Anayasa ile federal yönetimin yürütme organına verilen kamu hizmetlerinin herhangi bir bölümünün kontrolü ile ilgili konularda ve son olarak, Anayasa ile federal yönetim parlamentosunun münhasır yetkisi içinde olan diğer hususlarla ilgili, parlamentonun anayasa altında barış, düzen ve federasyonun iyi yönetimi konusunda yasalar oluşturabileceği ve bu yönde federal yönetimin ayrı bir yetkisi olduğu hükme bağlanmaktadır. Avustralya Anayasası'na ulaşmak için bkz. http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/s52.html, Erişim Tarihi: 01-02-2010.

⁷¹⁹ NİRANJAN, V., *Interstate Trade and Commerce: The Doctrine of Proportionality Reaffirmed*, İnternet Kaynak: <http://www.indlaw.com/display.aspx?58B0AEB6-20B3-46BA-8CEF-21E8411C23EF>, Erişim Tarihi: 09-01-2013.

yetkinin, Anayasa'nın, Birlik Listesi (*Union List*) olarak ifade edilen, federal yönetimin münhasır yetkilerine ilişkin listede yer aldığı görülmektedir.

İlgili bölümün geniş kapsamlı 301.maddede, “*ticaret, alım-satım ve alım satım işlemlerinin (intercourse)*” tüm Hindistan coğrafyasında serbest olduğunu düzenlemiştir. Bununla birlikte 302. maddede federal yönetimin, kamu yararının gerekli kıldığı konularda isterse söz konusu özgürlük üzerinde sınırlamalar yapabileceği düzenlenmiştir. 303. maddenin 1. ve 2. fıkraları, kıtlık durumlar hariç bu sınırlamaların, federe yönetimler arasında ayrımcılık amacıyla kullanılmayacağını belirterek, federal yönetimin sınırlama yetkisi kısıtlanmıştır.

Madde 304(a) federe yönetim yasama organlarının, mallar üzerindeki ayrımcı vergilerini empoze etmelerine imkan tanırken (b) bendi ise, 301 ve 303. maddelere bakılmaksızın, diğer makul sınırlamaları (devlet başkanının onayıyla) getirmeye olanak sağlamaktadır.

Hindistan Anayasası'nın, genel olarak detaylı ve birbirine karışmış maddeler dizini, aynı bölümde de görülmektedir. Nitekim *The Automobile Transport (Rajasthan) Ltd. V. Rajasthan* kararında, söz konusu maddelerde, “*istisnanın, istisnalarının, birbirine karıştığı*” ifade edilmiştir. Kararda, *Rajasthan Motor Vehicles Taxation Act 1951* düzenlemesinin, Anayasa'nın 301. maddesine uygun olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Hindistan Anayasası'nın bu karmaşık yapısı, çoğu zaman Yüksek Mahkeme yargıçları için bir mücadele oluşturmaktadır. Kararda, ticareti düzenleme yetkisine ilişkin hükümler formüle edilmeye çalışılmış, “*telafti edici ve düzenleyici tedbirler teorisi*” formüle edilmiştir.⁷²⁰

Yüksek Mahkeme yargıçlarının bu yetki alanındaki yorumlarında, sürekli farklılık görülmektedir. Örneğin *The Automobile Transport (Rajasthan) Ltd. V. Rajasthan* kararında ticaretin düzenlenmesine ilişkin alan belirli bir formül aracılığıyla geliştirilmiştir. Ardından gelen *Bhagat Ram V. Commissioner Of Sales Tax*, kararıyla, *State Of Bihar V. Bihar Chamber Of Commerce*, kararları bu formül üzerinde değerlendirmeler yapmış, ardından gelen *Jindal Stainless Ltd. v. Haryana*, kararıyla, söz konusu formüle edilen sistem tamamıyla bozulmuştur.⁷²¹

Genel olarak, Hindistan'da ticareti düzenleme yetkisinin Anayasa'daki hükümlerden “serbest” olduğu belirtilse de, bunların yorumlanması konusunda mahkemenin sürekli karar değiştirdiği görülmektedir. Anayasa'nın detaylı olması, yetki

⁷²⁰ *The Automobile Transport (Rajasthan) Ltd. V. Rajasthan [Automobile]*, A.I.R. 1962 S.C. 1406, Para. 16. İnternet Adresi: <http://www.indiankanoon.org/doc/304499/>, Erişim Tarihi: 09-2-2012.

⁷²¹ *Bhagat Ram V. Commissioner Of Sales Tax*, 1994 (4) SCALE 1103 [BHAGAT RAM]; *State Of Bihar V. Bihar Chamber Of Commerce*, 1996 (9) S.C.C. 138 [BIHAR CHAMBER]; *Jindal Stainless Ltd. v. Haryana*, (2006) 7 S.C.C. 241 [JINDAL]. Kararların değerlendirilmesi için bkz. NİRANJAN, V., *Interstate Trade and Commerce: The Doctrine of Proportionality Reaffirmed* .

uyuşmazlıklarının çözümünde tek başına yeterli olmadığını da göstermektedir. Hindistan Anayasası detaylı ancak, açık bir Anayasa değildir. Anayasal yetki paylaşımı listelerinin, düzenli olarak Anayasa’da yer almaları da bu durumu düzeltmemektedir. Nitekim özellikle devlet başkanının, muhtelif alanlarına etki edebilen önemli yetkilere sahip olması, federe yönetimlerin yetkilerini kullanırken her an bir sınırlamayla karşı karşıya kalmalarına neden olmaktadır.

Bunların yanı sıra, ticareti düzenleme yetkisinin, Kanada Anayasası’nın 91. maddesinde, federal yönetimin münhasır yetkileri arasında görülmektedir. İlgili düzenlemede, “*Federal Meclis’in ticaret ve iş-alım satım konusunda (trade and commerce) yasa yapma yetkisi*” bulunduğu belirtilmektedir. Kanada Yüksek Mahkemesi ise, Avustralya ve ABD Yüksek Mahkemelerinin aksine, federal ve federe yönetimler arasındaki dengenin sağlanması adına, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin daha dar yorumlamaktadır.⁷²²

Kanada Yüksek Mahkemesi’nin, *A.G. Canada v. CN Transport Ltd.* kararında, ticareti düzenleme yetkisinin, iyi kurulmuş bir yetki alanı olarak ortaya çıktığı belirtilmiştir. Mahkeme, Kanada’da ticareti düzenleme yetkisinin, geçerli bir yetki alanı olarak karakterize edilmesinin, çeşitli göstergeleri olduğunu ifade etmiştir.⁷²³ Mahkeme bu göstergeleri; “*Ulusal düzenleyici*” bir planın varlığı; *düzenleyici kurumun bir gözetimi; belirli bir iş alanında değil, genel anlamda ticaretin ele alınması; federe yönetimlerin anayasal anlamda müştereken veya münferit olarak yasalar oluşturamaması; son olarak, bir ya da daha fazla federe yönetimdeki başarısızlık durumunda, Kanada’nın diğer bölgelerindeki başarılı işleyişin tehlikeye gireceği*”⁷²⁴ şeklinde belirlemektedir.

Burada mahkemenin kullandığı, “geçerli düzenleyici bir plan”⁷²⁵ kavramının, yetkilerin paylaşıldığı federal bir sistemde, yetki uyuşmazlıklarının üstesinden gelmek için kullanılan, anayasa hukukunun tekniklerinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Mahkeme burada, ticaretin düzenlenmesinde, federal yönetimin geçerli bir düzenleyici program oluşturmasının, vergilendirme yetkisini de içerdiğini ifade etmiştir. Ancak kararda, geçerli bir düzenleyici programın, nasıl oluşturulacağına ilişkin herhangi bir detay belirtilmemiştir.⁷²⁶

HUEGLIN, ticaretin düzenlenmemesine ilişkin federal yetkilerin, federe yönetimleri ekonomik anlamda federal yönetime bağımlı olduğunu ileri sürmektedir.

⁷²² SIMEON, Richard, RADINY, Beryl A., *Reflections on Comparing Federalisms: Canada and the United States*, **Publius: The Journal of Federalism**, Volume 40, Number 3, s. 363.

⁷²³ *A.G. Canada v. CN Transport Ltd. (A.G. Ca. v. C.P. Transport Co.)*, [1983] 2 S.C.R. 206, [Page 276], İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1983/1983canlii36/1983canlii36.html>, Erişim Tarihi: 10-10-2012.

⁷²⁴ *A.G. Ca. v. C.P. Transport Co.* Page 268.

⁷²⁵ *A.G. Ca. v. C.P. Transport Co.* Page 270.

⁷²⁶ MAGNET, Joseph, *Trade and Commerce Power*, **Constitutional Law of Canada**, İnternet Kaynak: <http://www.constitutional-law.net/Division%20of%20Powers%20Topics%20-%20Trade%20&%20Commerce.htm>, Erişim Tarihi: 10-10-2012.

Yazar bu yönde, federal yönetimin ticareti düzenlemesi ve ticaret politikaları, düzensiz bölgesel kalkınma modelleri oluşturulmasına neden olduğu, aşırı derecede artan sosyal politika sorunlarının ise, federe yönetimleri federal transferlere bağımlı hale getirdiğini belirtmektedir. Mali gelirleri yükseltmek için yetkisi bulunmayan federe yönetimler tarafından giderek daha fazla harcanmıştır.⁷²⁷

Burada iki örnek olan Kanada ve Avustralya'nın yetki paylaşımı kataloglarının, iki farklı yönde olmalarına rağmen, esnek ve sert yetki paylaşımında, ticareti düzenleme yetkisinin oldukça geniş yorumlanmasına engel olmadığı görülmektedir.

Nitekim, ilk başta Avustralya'da federe yönetimleri güçlü federal yönetimi zayıf bir federal sistem tasarlanmış, fakat günümüzde bu yapı tamamıyla ters bir etkiyle federal yönetimin güçlü federe yönetimleri zayıf bir yapıya dönmüştür. Aynı şekilde Kanada federal sistemi kuruluşunda etkiyle federal yönetimin güçlü federe yönetimleri zayıf bir tasarım öngörmesine rağmen, bu yapıda günümüzde tamamıyla ters dönmüştür.

TAYLOR Avustralya federasyonunda bunun nedenlerini öncelikli olarak Yüksek Mahkeme'nin yetki paylaşımına ilişkin kararlarına ve ikinci olarak, federal yönetimin mali konulardaki aşırı hakimiyetinden kaynaklandığını belirtmektedir.⁷²⁸

Burada söz konusu siyasi mekanizma ve işleyişin, toplumsal tabandan etkileniyor olması da önemlidir. Sosyal anlamda federe yönetimlerin çeşitliliği, bu tür yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasında önemli bir rol oynarken, federal sistemin merkezileşmesinde önemli bir engel oluşturmaktadır. Dolayısıyla siyasi mekanizma ve işleyiş, söz konusu çeşitliliği özellikle de federal sistem içerisinde ciddi bir katman oluşturan çeşitlilikleri görmezden gelmektedir. Bu nedenle örnekleri olmakla birlikte, Kanada'da federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisi, ABD veya Avustralya'da olduğu kadar uyuşmazlıklara tam olarak adını veren karakteristik bir alan olarak görülmemektedir. Nitekim TAYLOR, Avustralya'da ki bu uyuşmazlıkların sıklığını ve sistemin merkezileşmesini, Quebec gibi bir farklılığın Avustralya'da bulunmamasına bağlamaktadır.⁷²⁹

ii. Vergilendirme-Harcama Yetkilerine İlişkin Uyuşmazlıklar

Ticareti düzenleme yetkisinde olduğu gibi, vergilendirme ve harcama (*spending*) yetkilerinde de, federal yönetimin, federe yönetimlere bağımlı hale gelmesini sağlayacak düzenleme ve kararlar dikkati çekmektedir.

Avustralya federasyonunun kurulduğu 1901 yılından bu yana, federal yönetimin yetki ve nüfuzunun evrimsel artışına karşılık, federe yönetimlerin yetki ve etkilerinin

⁷²⁷ HUEGLİN, Thomas O, *Federalism at the Crossroads: Old Meanings, New Significance* , **Political Science Faculty Publications**, Paper 2, 2003, s. 287, İnternet Kaynak: http://scholars.wlu.ca/poli_faculty/2, Erişim Tarihi: 02-10-2012.

⁷²⁸ TAYLOR, *Federalism in Australia* , s. 173.

⁷²⁹ TAYLOR, *Federalism in Australia* , s. 173.

azalma göstermesi, özellikle mali alana ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu genişlemenin hukuksal kaynağının bulunmadığı, bu kaynakların tamamıyla siyasi süreçten kaynaklandığı da ileri sürülmektedir.⁷³⁰

Avustralya’da, özellikle mali alana ilişkin veya diğer yetki alanlarında genişlemesinin bir nedeni olarak, Anayasa’nın değiştirilmesine ilişkin 128. maddenin zorluğu, yetki paylaşımına ilişkin konularda, Yüksek Mahkeme’nin anayasayı yorumlama yetkisine odaklanmasıdır. Dolayısıyla Avustralya’da, anayasa değişiklikleri aracılığıyla yetki paylaşımının dengelenmesi sınırlı olarak ortaya çıkmaktadır.

Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin yetki paylaşımına ilişkin rolü, öncelikle anayasal yoruma ilişkin genel yaklaşımıyla değerlendirilmektedir. Bu yönde Mahkeme’nin yaklaşımının metinseliliğin yanı sıra, yasama yetkilerinin cömert bir şekilde yorumlamasına dayandırılmaktadır. Mahkemenin özellikle cömert yorumlarına ilişkin siyasi etkisinin, en iyi ticareti düzenleme, vergilendirme ya da harcama yetkileri gibi mali

alanlarda görüleceği ifade edilmektedir.⁷³¹

Bu nedenle, Avustralya’da federal yönetimin, federe yönetimler üzerinde güçlenmesine neden olan yargısal tutumların ortaya konulması gerekmektedir. Avustralya’da vergiler, federal, federe ve yerel yönetimler olmak üzere üç kısımda ortaya çıkmaktadır. analda çalışmaktadır. Vergiler federe yönetimler arasında ihtiyaçlarına ve nüfus oranlarına göre farklılık gösterir. Federal yönetim kişisel gelir vergisi ve iş vergi gelirleri yüksektir. Federe yönetimlerin en önemli gelir kaynağı, federal yönetimidir. Federe yönetimlerin federal yönetime merkezi olmayan harcama sorumlulukları karşılamak için federal vergi gelirine bağlıdır, bu nedenle Avustralya’da dikey mali dengesizlik olduğu ifade edilir. Burada mali federalizme özgü merkezileşme dereceleri hayli önemli bir ekseninde yer almaktadır. Mali konular bakımından, federal ve federe yönetimler arasında sık sık yetki uyuşmazlıklarının yaşandığı, özellikle federal yönetimin vergilendirme konusundaki önemli yetkileri, iki yönetim arasında uyuşmazlıklar çıkmasına neden olmaktadır. Avustralya’da federal yönetimin mali gücü sebebiyle, federe yönetimler büyük ölçüde federal yönetimin mali cömertliğine bağlıdırlar.⁷³²

Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin, son yüzyılda anayasanın yorumlanmasındaki eğilimi, federe yönetimlere rağmen federal yönetimin gücünü genişletme lehinde

⁷³⁰ SELWAY, WILLIAMS, *The High Court and Australian Federalism*, s. 481.

⁷³¹ SELWAY, WILLIAMS, *The High Court and Australian Federalism*, s. 482.

⁷³² Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Australian Federalism, isimli makale, 1999, İnternet Kaynak: <http://australianpolitics.com/key-terms/federalism>, Son Erişim Tarihi: 10/12/2011.

olduğu belirtilmektedir.⁷³³ Yüksek Mahkemenin 1997 tarihli *Ha v New South Wales* kararıyla, federe yönetimlerin perakende satış vergilerini geçersiz sayması, bu duruma bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim Mahkeme, federe yönetimlerin perakende satış vergilerini ortadan kaldırılma yönünde karar üretmiştir.⁷³⁴ Bu gibi kararların, federe yönetimlerin kendi rollerini uygun bir şekilde yerine getirmelerini zorlaştırmıştır. Bu durumda anayasal yerinden yönetimci devletin avantajlarını tanımlamak ve değerlendirmek daha da zor hale gelmiştir.⁷³⁵

Avustralya Anayasa koyucularının, federal sistemin kurulmasında üzerinde en çok tartıştıkları konu, federal ve federe yönetimler arası mali meselelerdir. Bu nedenle Anayasa'ya, 96. maddede benimsenen, federal yönetimin federe yönetimlere ilişkin mali yardım hükmü, eklenmiştir. Maddede, federal yönetimin, federe yönetimlere, uygun gördüğü "hüküm ve koşullar altında" yardım vereceği belirtilmiştir. Sonuçta, federe yönetimlerin giderek ihtiyari federal fona bağımlı hale gelmişlerdir.⁷³⁶

Bu kapsamda, Avustralya federasyonunda yetkilerin önemli derecede dengesini kaybetmesinin, 1926 yılında düzenlenen *Federal Aid Roads Act* düzenlemesiyle ortaya çıkmıştır. O dönemde, federal yönetim, federe yönetimlere yolların yapımı için yardım sağlamış, ancak iki federe yönetim yetersiz yardım koşullarına itiraz etmişlerdir. Bu bağlamda, 1926 yılında Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin verdiği karayolların finansmanına ilişkin *Victoria v. Commonwealth* kararıyla, Anayasa'nın 96. maddesinde düzenlenen mali yardımlar için, federal yönetime neredeyse sınırsız uygulama imkanı tanımıştır.⁷³⁷ Avustralya federasyonunda yetkilerin dengesinin kayması adına temel teşkil etmiştir.

Bu karar üzerine federal yönetim sadece kendi belirlediği koşullarda federe yönetimlere mali fon sağlaması söz konusu olmuştur. Mahkemenin kararı, metinsel bir ve yasama yetkilerini geniş yorumlanmasını yansıtmaktadır.⁷³⁸ Yüksek Mahkemenin, aynı şekilde vergilendirme konusunda da federe yönetimlerin yetkilerini sınırlayıcı kararlar verebilmiştir. 1997 yılında Yüksek Mahkeme'nin, özellikle federe yönetimlerin vergilendirme yetkilerine ilişkin sınırlı yorumunu düzelttiği

⁷³³ WALKER, Geoffrey de Q, *Ten Advantages of a Federal Constitution and How to Make the Most of Them* , **The Centre of Independent Studies Publications**, 2001, s. 9.

⁷³⁴ *Ha v New South Wales* [1997] HCA 34; (1997) 189 CLR 465; (1997) 146 ALR 355; (1997) 71 ALJR 1080 (5 August 1997), İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1997/34.html>.

⁷³⁵ WALKER, Geoffrey de Q, *Ten Advantages of a Federal Constitution and How to Make the Most of Them* , **The Centre of Independent Studies Publications**, 2001, s. 9.

⁷³⁶ SELWAY, WILLIAMS, *The High Court and Australian Federalism* , s. 482.

⁷³⁷ *Victoria v Commonwealth* [1926] HCA 48; (1926) 38 CLR 399 (30 November 1926), İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1926/48.html>, Erişim Tarihi: 09-2-2012. Ayrıca kararla ilgili olarak bkz. SPRY, Max, *The Executive Power of the Commonwealth: Its Scope And Limits* , Law and Public Administration Group, Research Paper 28 1995-96, **Australian Parliament Library**, İnternet Kaynak: http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/RP9596/96rp28, Erişim Tarihi: 09-2-2012.

⁷³⁸ SELWAY, WILLIAMS, *The High Court and Australian Federalism* , s. 482.

belirtilmektedir.⁷³⁹ Bu kararlarla Yüksek Mahkeme, federe yönetimlere devletler alkol, tütün ve benzin gibi alanlarda vergi koyabilmelerine izin vermiştir.

Bu kararlarla Mahkeme, çöktürülmüş Avustralya vergi sisteminin, önemli bir yeniden yapılanması ve Anayasa'nın 96.maddesi çerçevesinde, federal mal ve hizmet vergisinin, federe yönetimler arasında dağıtılması amaçlamıştır. Bu kararın ardından Avustralya federasyonunda, federe yönetimlerin gelir yaratma yetkileriyle, harcama gereksinimleri arasında, diğer federal sistemlerde olduğundan daha fazla asimetriyle sonuçlanmıştır.⁷⁴⁰

Avustralya'da federe yönetimlerin genellikle vergilendirmeye ilişkin yetkileri belirli vergilerden vazgeçmeleri ya da örneğin, tütün ve alkol vergilerinin federal yönetime ait olduğuna ilişkin yüksek mahkeme kararları sonucunda oldukça aşınmıştır. 1997 yılında Yüksek Mahkemenin verdiği "*Ha v. New South Wales (1997) 189 CLR 465*" kararlar federe yönetimlerin tüketim / franchise vergi rejimleri çökmüştür. Bu uygulamaların sonucunda, federe yönetimlere bağlı kalan damga vergisi, arazi vergisi, kayıt ücreti, maaş/bordro vergileri ve (giderek artan) kumar vergileri dahil olmak üzere vergi kaynakları sınırlı alanda kalmıştır.⁷⁴¹

Federe yönetimlerin kendi kendilerini yönetmeleri Anayasa tarafından aşırı derecede korunmaktadır.⁷⁴² Anayasa federe yönetimleri yasal anlamda özgür bırakmakta fakat mali konularda merkezi yani federal yönetime bağlı olmasını zorunlu kılmaktadır. Federe yönetimlerin ihtiyacı federal yönetimin fırsatı olacaktır.⁷⁴³

Avustralya yetki paylaşımı kataloğunun, Anayasa'nın usulünden de anlaşılacağı gibi, ABD federasyonunun yetki paylaşımı kataloğunu, prototip olarak benimsemiştir.⁷⁴⁴ Avustralya'da, yetki alanlarının federal yönetime doğru kaymasının bir önemli nedeni de, federal yönetimin eğitim, sağlık, rekabet politikası ve konut gibi belirli alanlarda kendi istediği siyasi etki ve sonuçları, Anayasa'nın 96. bölümünde yer alan "Bağış Yetkisini" kullanarak (*Federal Grants*) dikte ettirmesidir.⁷⁴⁵

Avustralya Yüksek Mahkemesi bu konuda, federal yönetimin "amaçlarına uygun" olarak yaptığı harcamaların sadece anayasada açıkça sayılan münhasır yasama yetkileri

⁷³⁹ Mahkeme öncelikle, *South Australia v Commonwealth* (1942) 65 CLR kararıyla tek tip vergilendirmeye ilişkin karar vermiştir. Aynı şekilde Mahkeme ikinci kez tek tip vergilendirmeye ilişkin kararını, *Victoria v Commonwealth* (1957) 99 CLR 575 vermiştir. Ancak Mahkeme, *Ha v. NSW* (1997) 189 CLR 465., kararıyla federe yönetimleri belirli alanlarda vergilendirme yetkilerini desteklemiştir. Bu yönde ticaret ve vergilendirmeye ilişkin benzer kararlar, *South Australia v. Commonwealth* (1942) 63 CLR 373; *Victoria v. Commonwealth* (1957) 99 CLR 575; *Peterswald v. Bartley* (1904) 1 CLR 497, 509; *Parton v. Milk Board (Vic)* (1949) 80 CLR 229; *Matthews v. Chicory Marketing Board (Vic)* (1938) 60 CLR 263, şekilde belirtilebilir. SELWAY, WILLIAMS, *The High Court and Australian Federalism*, s. 487.

⁷⁴⁰ WATTS, *Comparing Federal Systems 1990s*, s. 48.

⁷⁴¹ Uygulamada, mali ve siyasi yetkilerin kaydırılması ve anayasa düzenlemesinin bir sonucu olarak federal yönetim, federasyona egemen olmuştur. Bu durum anayasa koyucuların tahmin ettiği İngiltere hazinesinin gücünün Avam Kamarasının dereceli yetkisiyle kurulduğu gibi sonuçta Avustralya'da da federal yönetimin yetkileriyle kurulacaktır. BENNETT, Scott, *Australia's Constitutional Milestones*, *Parliamentary Library Politics and Public Administration Section Publication*, 2004, İnternet Kaynak: <http://www.aph.gov.au/library/pubs/online/milestones.htm>, Erişim Tarihi: 20-11-2011.

⁷⁴² Alfred DEAKIN, daha sonra Avustralya'nın ikinci Başbakanı olmuştur.

⁷⁴³ AKHTAR, *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, s. 17-18

⁷⁴⁴ GAGELER, *Foundations of Australian Federalism and the Role of Judicial Review*, s.172.

⁷⁴⁵ Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Australian Federalism, isimli makale, 1999, İnternet Kaynak: <http://australianpolitics.com/key-terms/federalism>, Son Erişim Tarihi: 10/12/2011.

alanında olması veya bu yetkilere ek olarak, “ulusal” yarar (bilimsel araştırma gibi) için olan harcamalara olabileceğine karar vermiştir. Federal yönetimin harcama yetkisine sınırlanması, bazı faaliyetlerde federe yönetimler için federal yönetimin ödenekleri kullanılabilir hale getirmesi yani mali yardımda bulunmasını etkilemez. Bu mali yardımlar, Anayasa'nın 96. maddesinde ifade edildiği gibi, federal yönetimin uygun gördüğü koşulların varlığı halinde mümkün olabilir. Bu durumda, federal yönetim koşullu olarak federe yönetimlere yardım sunabilir. Federal yönetimin üzerindeki yasama gücünün, tarihsel olarak federe yönetimlerin alanlarında ortaya çıkan siyasi akıbetlerinde de önemli bir rol oynamaya engel olmadığı gayet açıktır. Anayasa'nın 96.fıkrası, bu gücün temelidir.⁷⁴⁶

Sonuç olarak Avustralya'da vergilendirme ve harcama yetkilerine ilişkin olarak, iki ayırt edici özelliği ile tanımlanmaktadır. Bunlar, “*federasyonun içinde var olan dikey mali dengesizliğin*⁷⁴⁷ ölçüsü ve *yatay mali denkleştirmeyle*⁷⁴⁸ ilgili detaylı ve kapsamlı bir yaklaşım”⁷⁴⁹ olarak belirtilmektedir. Avustralya'da 1901 yılında Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden bu yana, vergi yetkilerin tahsisi önemli ölçüde değişmiştir. federal hükümetin mali konularda ki baskınlığının, bir takım tarihsel kriz ve Yüksek Mahkeme'nin aldığı bazı kararların sonucunda, federe yönetimlere rağmen büyük oranda artmıştır. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin özellikle mali ve sosyal güvenlik konularına ilişkin kararları hayli tartışmalıdır.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin, federal ve federe yönetimler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin önemli kararlarından olan *Mc Culloch v. Maryland* davasında, diğer önemli tespitlerin (*zımni yetkiler alanının federal yönetim lehine yaratılması ve federal yönetimin “gerekli ve uygun” gördüğü konularda düzenleme yapabilmesi*) yanı sıra, aynı zamanda vergilendirmeye ve mali federalizme ilişkin önemli bir dava olduğunu da belirtmek gerekir.

Karara özgü olarak 1913 yılına kadar Anayasa'nın ilgili maddesi Ticaret maddesi –*Commerce Clause*- olarak adlandırılan 1. maddenin 8. bölümünde⁷⁵⁰ ABD

⁷⁴⁶ Bağlı mali yardımlar, (*tied grants*) sağlık ve eğitim gibi alanlarda federal yönetimin işlevsel yasama yetkisi olmamasına rağmen, federal yönetimin bu yetkilere ilişkin alanlarda işlevsel yetki vermektedir. Örneğin, Avustralya üniversiteleri için (bazı bölgelerde bu hariç tutulur) yasal varlıklarını federe yönetimlere borçludurlar fakat onların işleyişine ilişkin fonlar yani kaynakları, federe yönetimler tarafından değil, federal yönetim tarafından sağlanır. GAGELER, *Foundations of Australian Federalism and the Role of Judicial Review*, s.163. BLINDENBACHER, Raoul, (Ed.), SHAH, Anwar, **Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**, s. 41.

⁷⁴⁷ Avustralya'da mali dengesizliğin oranlarına ilişkin bu tespit hayli önemlidir. Federal yönetimin harcama giderlerine ait kendi ihtiyacını karşılaması için hükümet gelirlerinden %61'lik alacağı payının yeterli olmasına rağmen, federal yönetimin devlet payından aldığı payın yaklaşık % 80 olduğu, buna karşılık, federe ve bölge yönetimlerinin devlet payından almaları gerekli olan oranın % 33 olmasına rağmen, bu yönetimlerin aldıkları oranın, tüm gelirin sadece % 17 oranında olduğuudur. MORRIS, Lan, **Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives: Australia**, s. 15.

⁷⁴⁸ Yazar, yatay mali denkleştirmeyi, federal ve federe yönetimler ile diğer bölgesel yönetimler arasındaki fon transferlerinin dağıtımının bir rehberi şeklinde tanımlamaktadır. MORRIS, Lan, e, s. 14.

⁷⁴⁹ MORRIS, **Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives: Australia**, s.16. BLINDENBACHER, **Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**, s. 14.

⁷⁵⁰ ABD Anayasası'nın ilgili maddesi Kongre'nin yani federal yönetimin yetkilerini düzenlemektedir. Kongre'nin ticari yetkilerinin tespit edildiği bu madde Yüksek Mahkeme tarafından ticari kısımlara özgü geniş yorumlanarak Kongre'nin daha da güçlenmesine dolayısıyla federal yönetimin daha baskın olmasıyla sonuçlanmıştır. ABD Anayasası'nın, 1. madde 8. bölüm'ünün orijinal açıklaması aynen şu şekildedir. Ticaret maddesi olarak adlandırılan bu bölüm, Kongre'ye en önemli yetkilerinden bir kısmını sağlar. Yüksek

Kongresinin vergi, harç, gümrük, üretim ve tüketim vergisi belirlemek ve toplama yetkisinin federe yönetimlere nüfus oranlarına göre paylaştırıldığına dikkati çekmekte ve 1913 yılından sonra Anayasa’da yapılan 16. Değişiklikle, doğrudan vergilerin federe yönetimlere “*Kongre, eyaletler arasında bir paylaşırma yapmaksızın ve herhangi bir nüfus sayımını ya da hesaplamayı dikkate almaksızın, hangi kaynaktan sağlanırsa sağlansın, bütün gelirlere vergi koyma ve toplama yetkisine sahip olacağı*” doğrultusunda verileceği düzenlenmiştir.⁷⁵¹

ABD Federasyonunda da, daha önce belirtildiği gibi Anayasa’nın 1. maddesinin 8. bölümü kongrenin yetkilerini düzenlemektedir. Bu yetkilerden birinci fıkrada düzenlenen, vergi ve harcama yetkisidir. Maddede, “*Vergi, harç, gümrük, üretim ve tüketim vergisi belirlemek ve toplamak, kamu borçlarını ödemek ve Birleşik Devletler’in ortak savunmasını ve genel refahını sağlamak; ancak Birleşik Devletler’in tümünde aynı gümrük, üretim ve tüketim vergisi uygulanacaktır;*”⁷⁵² hükmü düzenlenmiştir. Avustralya federasyonunda olduğu gibi, ABD federasyonunda da federal yönetimin vergilendirme ve harcama yetkileri onun güçlenmesine neden olan yetkilerindedir. Bu yetki, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisi kadar tartışmalı yetki alanlarındandır. Nitekim burada ifadesi olunan yetkiler aracılığıyla, federal yönetim özerk federe yönetimleri kontrol edebilmektedir.

Yüksek Mahkeme 1936 yılında, *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 401⁷⁵³ kararıyla, Kongre’nin vergilendirme yetkisinin sınırlı olduğunu ve Kongrenin vergi koyma yetkisini, Yüksek Mahkemenin Kongre’nin ticareti düzenleme yetkisinden kaynaklanan eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisinin bulunduğu karar verdiği durumlardaki gibi, sadece federal yönetimin ek olarak yetkilendirildiği (*additional power*) alanlarda kullanabileceğine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu davada vergilendirme ve harcama yetkilerinin birbirinden ayrı olduğunu ve davaya konu olan 1933 tarihli *Agricultural Adjustment Act* yasasının açıkça Anayasa’nın 10. Ek maddesinde artık yetkileri federe yönetimlere ve halka ait olduğunu düzenleyen hükme aykırı olduğuna ve dolayısıyla anayasaya uygun olmadığından hareketle iptaline karar

Mahkeme, ticareti yalnız alış verişi değil, aynı zamanda her türlü ticari faaliyet olarak yorumlamıştır. Yüksek Mahkeme, birçok eyalet arasında yapılan ticaretin - eyaletler arası ticaretin- yalnız eyalet sınırlarının diğer tarafında alış verişi değil, aynı zamanda birden fazla eyaletteki ticareti etkileyen herhangi bir faaliyeti de içerdiği yönünde karar vermiştir. Mahkeme düzenleme sözcüğünü teşvik, geliştirmek, korumak, yasaklamak veya sınırlamak anlamında yorumlamıştır. Sonuç olarak, Kongre, su yollarını düzeltmek, hava güvenliği önlemlerini uygulamak ve bazı malların eyaletler arası taşınmasını yasaklamak için yasalar çıkarabilir ve fon sağlayabilir. İnsanların, trenlerin, hisse senedi ve tahvil hareketlerinin, ve hatta televizyon ve internet yayınlarının dağılımını düzenleyebilir. Kongre, eyaletler arası ticaretin çeşitli suçlar için kullanılmasını amacıyla eyalet sınırlarından çıkarak, eyalet polisi ya da yerel polisten kaçma fiilinin bir federal suç teşkil ettiğine karar vermiştir. Kongre aynı zamanda eyaletler arası tesisler işleten veya eyaletler arası yolculara hizmet veren kişilerin ırk, cinsiyet, uyruk, yaşlılık veya engelli olması nedeniyle müşterilerine haksız davranmalarını yasaklamıştır. Ayrıntılı Bilgi için bkz. **About America: The Constitution of the United States Of America** with Explanatory Notes adapted from **The World Book Encyclopedia**, 2004, World Book, Inc, A.B.D. Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Bilgi Programları Bürosu, 2004, <http://usinfo.state.gov/>.

⁷⁵¹ Bu konuya ilişkin karşılaştırmalı yüksek mahkeme kararlarından örnekler, son bölümde aktarılacaktır.

⁷⁵² Maddenin açıklamasında, **Gümrük, Birleşik Devletler’e giren mallardan alınan vergilerdir. Üretim ve tüketim vergileri satış, kullanım veya üretim ve bazı durumlarda da ticari işlemler veya imtiyazlardan alınan vergilerdir. Örneğin, kurumlar vergisi, sigara satışlarına uygulanan vergiler ve eğlence vergisi üretim ve tüketim vergileridir. Harç, gümrük ve üretim ile tüketim vergilerinin dâhil olduğu genel bir vergi terimidir.**

⁷⁵³ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 401 Karar için bkz. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/1>.

vermiştir. Mahkemede, yargıçların çoğunluk oyuna göre yapılan değerlendirmeleri, aynı ideolojide bulunan yargıçların çoğunluk oyuna katıldıkları yöndedir. Ayrıca çoğunluk ayına katılan Yargıç ROBERTS, bu kararda olduğu gibi bu tür eylemler, anayasaya aykırı ve aynı zamanda anayasanın 10. Ek'inde yer alan federe yönetimlere bırakılmış alanlar bakımından artık yetkilere de aykırıdır demiştir.⁷⁵⁴

Davanın, asıl önem arz eden konusu Kongrenin yani federal yönetimin vergi koymak yetkisine sahip olduğu ve bu vergilerden toplanan gelirleri kamu refahı genel refah adına paylaşmak yetkisinin bulunduğu fakat, Kongre bu vergilendirmeye ilişkin yetkilerini federe yönetimlere artık bırakılmış yetkiler anlamında yani federe yönetimlere muhafaza edilmiş güçlerin söz konusu olduğu alanlarda kullanamayacağına ilişkindir. Davada, federal yönetimin, “sınırlarını aşan bitki üretimini kısıtlamak için vergilendirme zorunluluğu getirebilir getiremeyeceğine” ilişkin olup, Mahkeme burada olumsuz karar vermiştir. Mahkeme, federal yönetimin ek yetkisi olduğu ifade edilen tarımı düzenlemek konusunun, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisiyle bağlı olmadığını, bu yetkinin federe yönetimlere ait olduğunu belirtmiştir.⁷⁵⁵

Yargıç STONE'un Karşıoy'unda, federe yönetimler lehine, federal yönetimin yasadışı, anayasaya aykırı bulan çoğunluk kararının, Yüksek Mahkeme'nin yargısal sınırlamanın (*judicial restraint*) sınırlarını aştığı şekilden yorumlamıştır.⁷⁵⁶ Kararda, vergilendirme ve harcamaya ilişkin yetkilerin, geniş ama hukuksal olarak sağlam bir zeminde ortaya çıkmasına rağmen, Mahkeme'nin özellikle ROOSEVELT'in New Deal dönemiyle sonraki kararlarında bu görüşlerinin değiştiği görülmektedir.

Nitekim Mahkeme'nin, bu ikili federalizm (*dual federalism*)⁷⁵⁷ ve 10. değişikliği ilişkin görüşlerinin etkisi yani federe yönetimlerin federasyonda özerk oldukları ve

⁷⁵⁴ Mahkemenin çoğunluk kararına katılan hakimlerin çoğu Cumhuriyetçi Parti başkanlarıncaya aday gösterilmişlerdir. Charles Hughes ve Owen Roberts Cumhuriyetçi Başkan Herbert Hoover, William Taft tarafından atanan Willis Van Devanter, Demokrat partinin ve Başkan Woodrow Wilson büyük destekçilerinden James Clark McReynolds, Cumhuriyetçi Başkan Warren Harding tarafından atanan George Sutherland ve Pierce Butler, Herbert Clark Hoover, Warren Harding ve William Howard Taft cumhuriyetçi gibi başkanlarca atanan mahkeme yargıçları, aynı ideolojik yönde çoğunluk görüşüne katılmışlardır. Aralarından, bir tek Yargıç McReynolds demokrat gelenekten gelen bir Başkanın açık destekçisi olarak karara katılıyordu. Zaten karar Cumhuriyetçi muhafazakârların görüşlerinin tersine Demokratların görüşlerine daha uygun bir karar olmuştur. Muhafazakâr gelenek, federal yönetimi daha güçlü olması ilkesine, eski Federalist Parti kadar bağlı olmasa da aynı yönde görüş birliği içerisindedir. Kararın karşı görüşüne katılmakla birlikte çoğunluk oyuna katılan Yargıç Cardozo Cumhuriyetçi gelenekten gelen Calvin Coolidge (Coolidge, kendisinden önce gelen Cumhuriyetçi Başkan Warren G. Harding Başkan Yardımcısıydı. Harding'in görev başında ölmesiyle Başkan olmuştur. 1924 yılındaki seçimleri kazanarak 1929 yılına kadar başkanlığa devam etmiştir.) tarafından atanmıştır. Bu arada karara katılmayan iki yargıçtan sadece Yargıç Brandies Demokrat Partiden başkan olan, Woodrow Wilson tarafından atanmış diğeri, Yargıç Stone'da Cumhuriyetçi gelenekten gelen Herbert Hoover tarafından atanmıştır. O dönemde görüldüğü üzere, ciddi bir muhafazakâr geleneğinden gelen Başkanların atadıkları Yargıçlar mahkemede hüküm sürmekteydi. Söz konusu karara katılmayan, Stone karşı görüşü yazmış, ve temelde Kongre'nin yetkisinin daraltılmasına karşı çıkmıştır. Söz konusu dönemde Amerikan ekonomisi çökmüş durumdaydı ve New York Borsasının battığı ağır bir ekonomik kriz Dünya Savaşının etkilediği evrensel ekonomik kriz hali Amerika'da daha sonra demokratların zaferinin kazanıldığı bir döneme girileceğinin sebepleridir. Yargıçların, atanmaları ve aday gösterilmelerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. RUTKUS, Denis Steven, BEARDEN, Maureen, *Supreme Court Nominations, 1789 - 2009: Actions by the Senate, the Judiciary Committee, and the President*, **Congressional Research Service**, N: 7-5700, İnternet Adres: www.crs.gov, Erişim Tarihi:02-03-2012. Ayrıca Yüksek Mahkeme Yargıçlarının ABD Başkanlarının aday gösterilme ve Senato onayının gösterildiği bir liste için bkz. **USA Senate**, İnternet Kaynak: <http://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm#8>, Erişim Tarihi:10-11-2011.

⁷⁵⁵ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 56 S. Ct. 312, 80 L. Ed. 477, 1936 U.S., İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0297_0001_ZS.html, Erişim Tarihi:10-11-2011.

⁷⁵⁶ *...the Supreme Court of the United States has overstepped judicial restraint in declaring the Act unconstitutional...*

⁷⁵⁷ Mahkeme kararda, *Bizim yönetim şeklimiz ikilidir; her federe yönetimin iki devlet-hükümet vardır; federe yönetimler ve Birleşik Devletler; her federe yönetimin vatandaşların olduğu gibi anayasayla verilmiş kendi devlet yetkileri vardır, Birleşik Devletlere*

federasyonun ikili bir düzende işlediğine ilişkin tespiti çok fazla sürmemiştir. Mahkemenin bir yıl sonra verdiği kararla, *Steward Machine Co. V. Davis*, federal yönetimin vergilendirme ve harcama yetkilerini teşvikler sağlamak amacıyla kullanabileceğini ifade etmiştir. Örneğin Kongre federe yönetimlere okulların geliştirilmesi için para verebileceğini veya okullar geliştirilmemişse para vermeyebileceğini ifade etmektedir. Bu federal yönetimin harcamalarla ilgili yetkilerinin daha geniş yorumlanmasına neden olmuştur.⁷⁵⁸

Steward Machine Co. V. Davis kararında, federal işsizlik maaşı sistemi altında, işverenlere ABD hazinesine belirli bir vergi ödemesi istenmiştir. Fakat, işverenler "onaylanmış" bir federe yönetim işsizlik fonuna katkı yaptılarsa, söz konusu vergi yükümlülükleri % 90 oranında düşeceğini iddia etmişlerdir.

Buradaki sorunsal, federal işsizlik vergi sisteminin, Anayasa'nın Beşinci Değişikliği veya federalizm esaslarına aykırı olup olmadığıdır. Mahkeme buna, olumsuz yanıt vermiştir. Söz konusu uyuşmazlığa konu olan, vergilendirme sisteminin sadece federal ve federe kurumlarının, birlikte çalışmalarına yardımcı olmak üzere tasarlandığı ifade edilmiştir. Burada, Anayasa'nın "artık yetkilerin federe yönetimlere ve halka aittir" hükmüne istinaden, bu vergilendirmeye, ne halkın ne de federe yönetimlerin zarar görmediklerini belirtmiştir.⁷⁵⁹

Söz konusu sistemin, federe yönetimlerin yarı-egemen statüsünü için gerekli yetkilerini teslim etmelerini gerektirmeyeceği, zorlama ile cezp etme arasında bir sınır çizilmesinin gerekliliği ifade edilmiştir. Her verginin belirli bir dereceye kadar zorlama içerdiğini, vergilendirme şartına getirilen her indirimin bir ölçüde, bir cezp edici bir yön teşkil ettiği ifade edilir. Söz konusu davada vergilendirme zorlamaya girmemektedir.

Karar 5'e karşı 4 oyla alınmıştır, mahkeme Sosyal Güvenlik Yasasında "*Social Security Act*" düzenlenen vergilendirme ilkesinin, kongrenin anayasal yetki alanında olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, söz konusu verginin devletlerin homojen olduğu ve federe yönetimlerin Onuncu Değişikliliğine aykırı bir zorlama içermediğine dikkati çekmiştir.⁷⁶⁰

NORMAN, federal harcama yetkisinin bir sopa ya da havuç gibi kullanılabilceğini belirtmektedir. Bu yetkinin Amerika'da ise büyük bir sopa gibi kullanıldığını belirterek, münhasır federe yönetim yetkilerinde önemli değişiklik meydana getirmek için kullanmaktadır. Örneğin federe yönetimlerin herhangi biri yasal

verilenler, federe yönetimlere mahrum bırakılan veya kendilerine ayrılmış yetkileri bulunmaktadır ifadesiyle, yüksek mahkemenin federalizmi nasıl algıladığı anlaşılabilir. Mahkeme, ikili bir devlet yönetimin ifade edildiği dual federalizm anlayışını simgelemektedir. Karar için bkz. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/1/case.html#63> , Erişim Tarihi: 02-10-2011.

⁷⁵⁸ 301 U.S. 548, 57 S. Ct. 883, 81 L. Ed. 1279, 1937 U.S. 1199.

⁷⁵⁹ 301 U.S. 548, 57 S. Ct. 883, 81 L. Ed. 1279, 1937 U.S. 1199.

⁷⁶⁰ İnternet Kaynak: http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1936/1936_837 , Erişim Tarihi:02-10-2012.

alkollü içki kullanma yaşını yirmi bire yükselmediği sürece önemli karayolu harcamalarında yarımının kesileceği gibi örnekler, ABD federal politikaların zorlayıcı federalizmi ifade eden boyutlarını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Kanada.2da benzer örneklerin görülmesi mümkündür. Örneğin federal yönetim ferde yönetimlerin yetki alanında bulunan “ulusal bir sağlık reformu” öngördüğünde, federe yönetimler tarafından bu ortak kurallara uyulması için büyük nakit aktarımları yapmıştır.⁷⁶¹

Yetki paylaşımı katalogları genellikle karmakarışıktır ve uygulamada federe yönetimlere belli standartları yerine getirme veya belirli bir programın yönetimi konusundaki prensipleri yerine getirmeleri halinde, federal yönetim tarafından mali destek sunması sağlama teklifleri, federal harcama yetkisi gibi araçların kullanımıyla federe yönetimlerin münhasır alanlarında düzenleme yapılabilmektedir.⁷⁶²

3. Esnek veya Genel Nitelikli Anayasal Hükümlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü

Federasyon anayasalarının gerek yetki paylaşımı kataloglarında, gerekse anayasanın diğer hükümlerinde bulunan esnek ya da genel nitelikli hükümlerin, sistem içerisinde meydana gelen köklü değişiklikleri kolaylaştırma potansiyelleri bulunmaktadır.⁷⁶³ Federasyon anayasalarının çoğunda, özellikle yetki uyuşmazlıkları bakımından oldukça esnek veya geniş yorumlanabilen hükümler bulunduğu görülmektedir. Bu genel ve esnek nitelikteki anayasal düzenlemelerin, özellikle yüksek mahkemeler tarafından federal yönetim lehine yorumlanması eğilimi söz konusudur. DUCHACEK, bu tür esnek hükümlerin yetki paylaşımının “belirliliği ve açıklığı” bakımından önemli bir engel olarak kabul eder.⁷⁶⁴

Yetki uyuşmazlıklarının çözümü bakımından bu hükümlerin, yetki paylaşımının kesin veya esnek olarak belirlenmesi bakımından farklılığı bulunmamaktadır. Bu tür anayasal düzenlemeler, iki yönetim düzeni arasındaki “açık yetki paylaşımının” sağlanması önünde önemli bir engel teşkil ettikleri gibi, ortak bir sonuç olarak yetkilerin sadece federal yönetim lehine yorumlanmasında kullanılmaktadırlar. Özellikle zımnî ya da yan yetkiler gibi yeni yetki alanlarının ortaya çıkarılmasında ve artık yetkilerin hangi yönetim düzeninde olduğuna bakılmaksızın yeni yetki konularının federal yönetime aktarılmasında bu tür esnek ve genel nitelikli hükümler kullanılmaktadır.

Özellikle, bu tür düzenlemelerin federal hukukun üstünlüğü ilkesiyle beraber sert yetki paylaşımının anayasal doğasını değiştirmede kullanıldığı, bariz bir şekilde

⁷⁶¹ NORMAN, *Negotiating Nationalism* , s. 103.

⁷⁶² NORMAN, *Negotiating Nationalism* , s. 103.

⁷⁶³ ZIMMERMAN, *National-State Relations* , s. 21.

⁷⁶⁴ DUCHACEK, *Comparative Federalism* : , s. 245 vd.

görülmektedir. Söz konusu anayasal esnek hükümler federe yönetimlerin gerek ortaklaşa, gerekse diğer yetkilerinin bir kısmının veya tamamının geçersiz bırakılmasını kolaylaştırmıştır.⁷⁶⁵

Bu yönde, mahkemeler anayasaların ihlal edilmesi halinde, önlerinde bulunan uyuşmazlığı çekimser veya müdahaleci bir yargısal tutumla çözebilmeleri hususunda takdir hakkına sahiptirler.⁷⁶⁶ Siyasi korunma teorisi savunucuları da, mahkemelerin anayasaların açık uçlu kavramlarını yorumlama zorunluluğundan kaçamayacaklarını belirterek, bu yöndeki yargı kararlarına destek olmaktadır.

Anayasal yetki paylaşımı kataloglarında veya anayasaların diğer hükümlerinde bulunan yumuşak ya da esnek düzenlemelere örnek olarak, Avustralya ve Kanada Anayasaları'nda “*barış, düzen ve iyi yönetim*” (POGG) hükmü ifade edilmelidir. Amerikan Anayasası'nda bulunan, federal yönetimin “*gerekli ve uygun*” yasaları oluşturabileceğine ilişkin hükümle de, diğer federal sistemlerde de benzer hükümler aracılığıyla yetkilerin federal yönetime aktarılması sağlanabilmektedir.

Bununla birlikte mahkemelerin yetki uyuşmazlıklarının çözümünde, sıklıkla federal yönetim lehine geliştirdikleri kararları “*ulusallık arz eden konulara*” ve “*olağanüstü yetkilere*” dayandırabilmektedirler. Yetki uyuşmazlıklarının çözümünde, ulusallık arz eden konulara ilişkin yorumlar hemen her federasyon örneğinde görülmektedir. Bunun yanı sıra federal yönetimin olağanüstü yetkilerine ilişkin konular ise, sıklıkla Hindistan ve daha az da olsa Kanada federasyonunda görülmektedir.

Burada federal sistemin merkezi olmama unsuru bakımından, yetki paylaşımı kataloglarının açık ve belirlilikleri konusunun önemli olduğunu ifade etmek gerekir. Anayasanın yetki paylaşımı kataloğunu değiştiren ve yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasında bir faktör olarak görülen hükümler, geniş ya da esnek nitelikli oldukları gibi yüksek mahkemelerin bu hükümleri, genel bir eğilim olarak federal yönetime geniş ve daha belirsiz alanlar oluşturacak şekilde yorumladıkları görülmektedir.

a. Gerekli ve Uygun İlkesi

Federalizmin federal yönetimin istekleriyle uyumlu bir şekilde kullanıldığında bir anlam ifade ettiği, tersi durumlarda ise, federal yönetimin bu kavramı reddettiği ileri sürülmektedir. Bu konuda anayasaların bir bakıma sürgünde oldukları, özellikle ABD Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa'yı “*asıl amacı*” veya “*asıl anlamına*” göre yorumlamadığı belirtilmektedir.⁷⁶⁷

Günümüz federal sistemlerinin, kurucuların tasarladıklarından daha farklı bir görünüme büründüğü belirtilmektedir. Bu yönde, ABD Anayasası'nda, federal yönetim

⁷⁶⁵ ZIMMERMAN, *National-State Relations*, s. 21.

⁷⁶⁶ WECHSLER, *The Courts and the Constitution*, s. 1002.

⁷⁶⁷ Andrew P. Napolitano, eski New Jersey Yüksek Mahkeme yargıcısıdır. NAPOLITANO, Andrew P, *The Constitution in Exile*, Thomas Nelson, Inc, 2006, USA, s. 13.

yetkilerinin genişletmesine neden olan iki hükme dikkat çekilmektedir. İlki federal yönetimin “ticareti düzenleme yetkisi”, diğer ise federal yönetimin “gerekli ve uygun” gördüğü yasaları düzenleyebileceğine ilişkin hükümleridir. Söz konusu hükümlerin yorumlanmasında, anayasanın orijinal anlamının aşıldığı belirtilmektedir.⁷⁶⁸

Anayasa’nın, federal yönetimin kendisine verilen yetkileri bakımından “gerekli ve uygun yasaları” oluşturabileceğine ilişkin esnek düzenlemesi, ticaret yetkisiyle birlikte geçersiz bırakma ilkesi ya da doktrinin kaynağında yer almaktadır.⁷⁶⁹

Mc Culloch v. Maryland davasında Yargıç MARSHALL, federal yönetimin yasama organının, Anayasa’da ifadesi geçen “gerekli ve uygun” yasaları yapabileceğine ilişkin ifadesinden hareketle, federal yönetimin zımnî yetkileri gibi yepyeni bir yetki alanı oluşturmuştur.⁷⁷⁰

Bu kararda MARSHALL daha da ileri giderek, federe yönetimlerin Anayasa’nın 10. değişikliğinde belirtilen artık yetkilere ilişkin olarak, federe yönetimlere “aittir-ayrılmıştır”⁷⁷¹ ibaresinden önce “açıkça-münhasır” yetkiler sınırlamasının bulunmadığını ileri sürmüştür. Bu nedenle federal yönetimin zımnî yetkileri bakımından da sınırlanamayacağı, bu tür yetkilerinin olabileceği ve bunların engellenemeyeceğini dahi ifade etmiştir.

MARSHALL, ABD Anayasası’nda federal yönetime (vergi koymak ve toplamak, para borçlanmak, ticaret düzenlemek; savaş ilanı ve savaş yönetmek ile orduları ve donanmaları desteklemek ve yükseltmek konularında) açıkça yetki verildiğini belirtmiştir. Ayrıca, Anayasa’nın federal yönetimi açıkça yetkili saydığı alanlar bakımından “gerekli ve uygun” gördüğü yasaları yapabilme yetkisinin de anayasadan kaynaklandığına değinmiştir.⁷⁷²

Asıl sorun ise, federal yönetimin “gerekli ve uygun” yetkileri yerine getireceği ifadesinden “hangi yetkilerin” anlaşılması gerektiği olacaktır. Anayasalarda yer alan bu tür ifadeler, yüksek mahkemelerin uyuşmazlık çözümünde anayasayı daha geniş yorumlamalarına yer verdiği gibi, bu yorumların federal yönetimler lehine geliştirilmesi daha çarpıcıdır. Söz konusu gerekli ve uygun hükmü, federal yönetim lehine yetkilerin yorumlanması bakımından sık sık kullanılan, anayasanın esnek hükmü olarak kabul edilmektedir.⁷⁷³

⁷⁶⁸ NAPOLITANO, *The Constitution in Exile*, s. 27,40.

⁷⁶⁹ ABD Anayasası’nın federal yönetim lehine sayılan yetkilere ilişkin 1. maddesinin 8. fıkrasının 18. bendinde, *Daha önce belirtilmiş olan yetkilerin ve bu Anayasa ile Amerika Birleşik Devletleri hükümetine, ya da bu hükümetin herhangi bir dairesine ya da görevlisine verilmiş bütün diğer yetkilerin yerine getirilmesi için gerekli ve uygun bütün yasaları yapmak* hükmü düzenlenmiştir.

⁷⁷⁰ *Mcculloch v. Maryland: 17 U.S. 316 (1819)*, Marshall Court (1812-1823), İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZO.html, http://www.ovez.org/cases/1792-1850/1819/1819_0, Erişim Tarihi:22/05/2010.

⁷⁷¹ ABD Anayasasının 10. Değişikliği için bkz. s. 363.

⁷⁷² VILE, John R, *Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*, Fifteenth Edition, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, New York- UK, s. 28.

⁷⁷³ KATZ, *United States of America*, s. 380.

Sonuç olarak kararda, Anayasa’da yer alan “gerekli ve uygun” ifadesi gibi esnek ifadelerden hareketle federal yönetimin zımnı veya örtülü veya ima edilen yetkilerinin de bulunduğu da işaret edilmiştir. *McCulloh* kararında Mahkeme, ulusal bankaların kurulması konusunda Kongre’nin yetkilerinin, Anayasada açıkça ifade edilen federal yönetimin vergi toplamak ve ticareti düzenleme gibi diğer yetkilerinden kaynaklandığına işaret edilmiştir.⁷⁷⁴

Özellikle, federal hukukun üstünlüğü ilkesiyle beraber bu hükmün, sert yetki paylaşımının anayasal doğasını değiştirmede kullanıldığı, genel anlamda yetkilerin federal yönetime devredilmesinde sıkça kullanıldığı görülmektedir. Söz konusu anayasal esnek hükümlerin, federe yönetimlerin gerek ortaklaşa gerekse diğer yetkilerinin bir kısmının veya tamamının iptal edilmesini kolaylaştırdığı belirtilmektedir.⁷⁷⁵

CORWIN, gerekli ve uygun hükmü gibi Anayasa’da federal yönetimin genel refahı sağlmasına ilişkin ifadelerin, bir tür yasama jokeri şeklinde kabul edildiğini belirtmektedir. Bu yönde gerekli ve uygun hükmünün, *McCulloh* ya da *Gibbons v Ogden* kararlarında, federal hukukun üstünlüğü ilkesiyle tavizsiz bir şekilde yorumlanmıştır. Söz konusu kararlarla MARSHALL’ın yorumlarının, “iki merkez arasında yetkilerin anayasayla bölündüğü yetki paylaşımını” yıktığı belirtilmektedir.⁷⁷⁶

MARSHALL’ın başlattığı, esnek hükümlere ilişkin yorumlar günümüzde de, geçerliliğini korumaktadır. KATZ, bu esnek hükmün federe yönetimlerin artık yetkiler prensibiyle çeliştiğini belirtmektedir. Bu hükmeye dayanarak federal yönetimin, vergilendirme ve harcama gücüyle, yönetimlerarası ve dış ticareti düzenleme yetkisinin oldukça geniş yorumlanmasına ve federal hükümetin sistem içerisindeki rolünün muazzam şekilde genişlemesi sağlanmıştır. Burada yetki paylaşımının doğasının, Anayasa’da federal yönetime verilen yetkilerin münhasır veya ortaklaşa yetkiler olup olmadığı probleminin devam eden bir problem olduğuna da işaret etmek gerekir.⁷⁷⁷

GARDBAUM ise, gerekli ve uygun maddesinin federe yönetim yasalarını geçersiz bırakarak, tek tip ulusal yasaların oluşturulmasında önemli bir güç sağladığını belirtir. Özellikle, federal yönetimin gerekli ve uygun yasaları oluşturma yetkisi, ticareti düzenleme yetkisinin her alanda türetilmesine de imkan verdiği gibi geçersiz bırakma yetkisi bakımından da genel bir güç sağlamaktadır.⁷⁷⁸

⁷⁷⁴ UYGUN, *Federal Devlet* , s. 155-156.

⁷⁷⁵ ZİMMERMAN, *National-State Relations* , s. 21.

⁷⁷⁶ CORWIN, *The Passing of Dual Federalism* , *Virginia Law Review*, s. 7.

⁷⁷⁷ KATZ, Ellis, *United States of America* , içinde, AKHTAR, Majeed, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities* McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s. 305. Buna örnek olarak, bu maddenin yukarıda belirtilen yetkileri altında oluşturulan yasaları ihlal eden kişi hapse mahkum edilmesini sağlaması gibi.

⁷⁷⁸ GARDBAUM, *The Nature of Preemption* , s. 767.

b. Barış, Düzen ve İyi Yönetim İlkesi

Avustralya ve Kanada federasyonlarında, anayasal yetki paylaşımı başta olmak üzere bir takım farklılıkları bulunmaktadır. Ancak her iki sistemde tarihsel gelenekler, (*commonwealth*) hükümet sistemi anlamında özdeşleşen unsurlarla kendini göstermektedir. Her iki sistemde özdeş olan önemli bir unsur, yüksek mahkemelerin federalizm davalarında sık sık federal yönetimi destekleyen kararlar üretmesine yönelik esnek anayasal hükümleridir.

Bu doğrultuda gerek Avustralya Yüksek Mahkemesi, gerekse Kanada Yüksek Mahkemesi'nin, federalizm davalarında sıklıkla hayat kurtarıcısı barış, düzen ve iyi yönetim (*peace, order and good government-POGG*) hükmünü ifade etmek gerekir.

Kanada Anayasası'nın 91. maddesi federal yönetimin Senato ve Temsilciler Meclisi'nin tavsiye ve onayıyla, Kanada'nın barış, düzen ve iyi yönetimi için gerekli olan yasaları yapabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte aynı hükmün devamında, federal yasamaya bir sınırlama getirerek, söz konusu yasaların, Anayasa'da açıkça sayılan federe yönetimlerin münhasır yetkileri içerisinde bulunamayacağını belirtmektedir.

91. maddede yer alan hüküm, daha kesin olması amacıyla (*great certainty*) federal yönetimin münhasır yetkilerinin sayılmış olmasının, federal yönetimin “*barış, düzen ve iyi yönetime ilişkin genel*” yetkisini sınırlamadığını da düzenlemektedir. Aynı zamanda hükümde, federal yönetimin artık yetkilerini ifade etmek üzere, federal yönetimin burada sayılan münhasır yetkilerinin yanı sıra, “*bundan sonraki tüm hususlarda münhasır yetkileri*” olduğu ifade edilmektedir.⁷⁷⁹

Bazı yazarlar Kanada Yüksek Mahkemesi'nin, barış, düzen ve iyi yönetim hükmünü dar yorumladığını ileri sürerken, literatürde ağırlıklı olarak bu hükmün, federe yönetimlerin özerkliklerini azaltmak için kullanıldığı yönündedir.⁷⁸⁰ *Privy Council* döneminde söz konusu genel yetki oldukça dar yorumlanırken, federe yönetimlerin mülkiyet ve sivil haklar ilişkin yetkileri ise (AY.nın m. 92. f. 13.) daha geniş yorumlanmıştır.⁷⁸¹ Genel anlamda *Privy Council*'ın bu hükmü, ya olağanüstü yetkilere ilişkin durumlarda ya da federal yönetimin artık yetkilerine ilişkin konularda olmak üzere daha dar yorumladığı görülmektedir.⁷⁸²

⁷⁷⁹ Kanada Anayasa'sı 91. maddesi. **The Constitution Act, 1867** , İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/const/const1867.html>, Erişim Tarihi:08-02-2011.

⁷⁸⁰ SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada: An Overview* , s. 6. Buna katılmayan yazarlar ise, TAYLOR, Gregory, **Characterisation in Federations: Six Countries Compared** , Springer, First edition, UK, 2005, s. 23. SWINTON, Katherine, **Federalism Under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada** , **Law and Contemporary Problems**, 55, 1992, s. 121-145.

⁷⁸¹ LAU, EDİNGER, *Federalism CAN* , s. 3.

⁷⁸² Örneğin *Konsey AG Canada v. AG Ontario (The Employment and Social Insurance Act)* [1937] PC (36) kararına ilişkin uyuşmazlıkta, federal yönetimin düzenleme yapmasını gerektirecek olağanüstü bir durum bulunmadığından, barış, düzen ve iyi yönetim hükmünün uygulanamayacağını belirtmiştir. Yine *Reference re Regulation and Control of Radio Communication in Canada* [1932] PC

kararında, radyolara ilişkin düzenlemelerin ne federal ne de federe yönetimlerin yetkileri içerisinde bulunmadığını, bu nedenle barış, düzen ve iyi yönetim hükmü kapsamında federal yönetimin artık yetkilerinden olacağına karar vermiştir.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin bu konuda geliştirdiği doktrinin kaynağı, *Privy Council*'in verdiği kararlara dayanmaktadır. 1887 tarihli *Russell v The Queen* kararında, federal yönetimin barış, düzen ve iyi yönetim yetkisinin, nasıl uygulanacağı tartışılmıştır. Konsey, federe yönetimlerin münhasır yetkileri içerisine girmeyen konularda, söz konusu yetkinin, federal yönetimin yetki alanları içerisinde olup olmadığına aranmasına gerek olmadığını, bu alanın otomatikman barış, düzen ve iyi yönetim kapsamında olduğuna işaret etmiştir. Dolayısıyla Konsey, herhangi bir sorunun, ulusal olarak belirlenmesi halinde, Kanada'da artık yetkilerin federal yönetime bırakılmasını da göz önünde bulundurarak bunu, barış, düzen ve iyi yönetim kapsamında değerlendirmiştir.⁷⁸³

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.* davasında, federal yönetimin çevre konusun bir parçası olarak gördüğü *Ocean Dumping Control Act* düzenlemesini, “barış, düzen ve iyi yönetim hükmü kapsamında” olduğunu yorumlayarak federal yönetimin yasasını onamıştır. Kararda, “ulusal olağanüstü doktrin” ve “ulusal sorun doktrini” olmak üzere, federal yönetime yetkilerin geçirilmesinde kullanılan yargısal doktrinler uygulanmıştır.⁷⁸⁴ Bu yönde Kanada Yüksek Mahkemesi'nin önemli ve bu hükme ilişkin modern yorumunun, “ulusal konu doktrini” (*national concern doctrine*) şeklinde geliştirdiği görülmektedir.

Kanada Yüksek Mahkemesi, barış, düzen ve iyi yönetim hükmünü, hem ulusallık arz eden konularla⁷⁸⁵ hem de federal hukukun üstünlüğüne ilişkin doktrinini geliştirmede kullanmıştır.⁷⁸⁶

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin, sık sık ulusal sorun ya da ulusal olağanüstü durum doktrinleri üzerinde değerlendirme yapmaktadır. Bunun en önemli nedeni de, Anayasa'da belirtilen barış, düzen ve iyi yönetim gibi esnek bir düzenlemenin federal yönetim lehine benimsenmesidir. 1923 tarihli *Fort Frances Pulp & Paper Co. v. Manitoba Free Press* kararıyla, barış, düzen ve iyi yönetim yetkisinin, olağanüstü durumlara ilişkin yetkiler verdiği de ifade edilmiştir. Bu uyuşmazlığa konu olan düzenleme, Birinci Dünya Savaşı sırasında yapılmış ve normal koşullarda, federal yönetimin yasa yapmasının mümkün olmayacağı bir alan söz konusudur. Kağıt üreticilerine ilişkin yasa, normal olarak federe yönetimlerin mülkiyet ve medeni haklara ilişkin yetkileri kapsamında olacaktır. Ancak kararda, olağanüstü hallerin varlığında

⁷⁸³ *Russell v. The Queen* (1882), 7 AC 829 (PC). İnternet Kaynak: <http://www.yorku.ca/igreene/kris.html>, Erişim Tarihi: 21-12-2012.

⁷⁸⁴ *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, 1988-03-24, [1988] 1 S.C.R. 401, Karar No: 18526, İnternet Kaynak: <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/306/index.do>, Erişim Tarihi: 10-2-2011.

⁷⁸⁵ *Ontario Hydro v. Ontario* [1993] 3 SCR 327. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1993/1993canlii72/1993canlii72.html>, Erişim Tarihi: 09-10-2010.

⁷⁸⁶ BÉLANGER, Claude, *Peace, Order and Good Government*, Marianopolis College, 2001, İnternet Kaynak: <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/federal/pogg.htm>, Erişim Tarihi: 09-10-2010.

federal yönetimin, diğer yetkileri altında hareket edemeyeceği anlamına gelmediği ifade edilmiştir.⁷⁸⁷

Sınırlı da olsa, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında tersi değerlendirmeler yapabildiği de görülebilir. Örneğin eroin bağımlılığına ilişkin bir yetki uyuşmazlığında, “ulusal bir sorun haline gelmediği, büyük ölçüde federe yönetimlerin meselesi haline geldiği” gerekçesiyle, federal yönetimin barış, düzen ve iyi yönetim hükmü kapsamında değerlendirmemiştir.⁷⁸⁸

Anayasası'nda aynı hükmü düzenlenmiş olan Avustralya'da Yüksek Mahkeme'nin, sıklıkla federal yönetim lehinde verdiği kararlarını, Anayasa'nın 51. maddesinde belirtilen, federal yönetimin “barış, düzeni ve iyi yönetimi” tesis etmek için istediği yasaları oluşturabileceği genel yetkisine dayandırmaktadır.⁷⁸⁹

Yüksek Mahkeme ulusallık arz eden konulara ya da ekonomik anlamda acil ya da acele düzenlemelerin gerekliliği halinde, federal yönetimin barış, düzen ve iyi yönetim hükmü kapsamında genel yetkileri olduğunu kabul etmektedir. Bu yönde Avustralya Yüksek Mahkemesi çeşitli içtihatlarında, milliyetçilik (*nationhood*), ulusal konular ve ulusal acil ya da ivedi durumlara ilişkin kavramları, barış düzen ve iyi yönetim hükmüyle özdeşleştirmiştir.⁷⁹⁰

Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin bu hükmü sıklıkla kullanarak, anayasal yetki paylaşımını oldukça değiştirmiş olması nedeniyle, “federal denge sağlama yönündeki rolünü, hukuki sürece bırakmak yerine artan bir eğilimle siyasi sürece bıraktığı” ifade edilmektedir.⁷⁹¹

Mahkemeler, federal yasaları iptal etme yetkileri bulunmasına rağmen, bu yasaların anayasaya uygunluğu konusunda daha hareketsiz ve daha hoşgörülü kalmaktadırlar.⁷⁹² Mahkemelerin bu tutumu, uyuşmazlığa konu olan ihtilafli federal yönetim yasal girişimlerine, bir bakıma yargısal onaylama getirmektedir. BZDERA'ya göre bu durumda mahkemeler, “federal yönetimin söz konusu alana ilişkin ihtilafli yetkisini, yargısal bir damgayla karakterize etmektedir.”⁷⁹³

⁷⁸⁷ *Fort Frances Pulp & Paper Co. v. Manitoba Free Press* (1923) PC

⁷⁸⁸ Mahkeme bu kararında, *Heroin Treatment Act* düzenlemesini, federe yönetimlerin Anayasa'da belirlenen 92.maddenin (7),(13) ve (16) fıkraları kapsamında olduğunu, söz konusu düzenlemenin federal yönetimin 91.maddesinin 27. fıkrasında belirtilen ceza hukuku münhasır yetkisinde bulunmadığına karar vermiştir. *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 SCR 112. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1982/1982canlii26/1982canlii26.html>.

⁷⁸⁹ Avustralya AY.sı m. 92., kamusal amaçlar için federal yönetimin kendisi tarafından edinilmiş tüm yerlerle; federal yönetimin konumlandığı yerlere ilişkin konularda; Anayasa ile federal yönetimin yürütme organına verilen kamu hizmetlerinin herhangi bir bölümünün kontrolü ile ilgili konularda ve son olarak, Anayasa ile federal yönetim parlamentosunun münhasır yetkisi içinde olan diğer hususlarla ilgili konularda, federal yönetimin federasyonun barış, düzen ve iyi yönetimi konusunda yasalar oluşturabileceği ve bu yönde federeal yönetimin ayrı bir yetkisi olduğu hükmüne bağlanmıştır. Avustralya AY.sı için bkz. http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/s52.html, Erişim Tarihi: 01-02-2010.

⁷⁹⁰ Bu kavramların değinildiği önemli bir karar için bkz. *Pape v Commissioner of Taxation* [2009] HCA 23 (7 July 2009). İnternet Kaynak: <http://www.worldlii.org/au/other/HCAASP/2009/10.html>, Erişim Tarihi: 18-12-2012.

⁷⁹¹ GAGELER, *Foundations of Australian Federalism and the Role of Judicial Review*, s.163.

⁷⁹² Burada yazar, federal yüksek mahkeme ifadesini kullanmaktadır. Bunun nedeni, anayasa yargısının yaygın modelini benimseyen sistemlerde, federe yüksek mahkemelerinin de (*State Supreme Court*) anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmeleridir. BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s.28.

⁷⁹³ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s.28-29.

c. Olağanüstü Yetkilere İlişkin İlkeler

Bazı federasyon anayasalarında, olağanüstü hallerde federal yönetimin ulus çapında etkin müdahalelerde bulunmasını sağlayan hükümler kabul edilmiştir. Bu tür hükümlerin önemli ölçüde Hindistan Anayasası'nda, belirli bir oranda da Kanada Anayasası'nda bulunduğu görülmektedir. Bu tür yetkiler nedeniyle federal yönetimin, federe yönetimlerin bazı yetki alanlarına kesin müdahalesi kabul edilmektedir.

Bu yönde Hindistan Anayasası'nın 250. maddesi, olağanüstü hallerde federe yönetim listesinde yer alan münhasır yetkilerin, federal yönetim tarafından düzenlenebileceğine işaret etmektedir.⁷⁹⁴ Aynı zamanda Anayasa'nın 252. maddesinde de, iki veya daha fazla federe yönetimin rıza göstermesi halinde, münhasır yetkili oldukları alanları federal yönetime devredebilecekleri düzenlenmiştir. Söz konusu anayasal düzenlemeler, olağanüstü hallerde federal yönetimin müdahalesini kolaylaştırmak için kabul edilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 353. maddesi gereğince, federal yönetim aksine karar vermedikçe, Anayasa'nın belirli hükümlerinin işlemeyeceği de benimsenmektedir.

Ayrıca Hindistan AY. m. 3., federal parlamentonun bir yasayla federe yönetimlerin sınırlarının azaltılması ve arttırılmasıyla, yeni ortadan kaldırması veya oluşturması bakımından yetki vermektedir. Bununla birlikte federal yönetimin, mevcut federe yönetimlerin sınırlarını değiştirme yetkisi de bulunmaktadır. Federal yönetimin özellikle yeni federe yönetimler kurabilme konusundaki yetkisi tartışmalı olmuştur.⁷⁹⁵

Hindistan'da parlamenter sistem söz konusu olmasına rağmen devlet başkanın önemli yetkileri olduğu görülmektedir.⁷⁹⁶ Hindistan devlet başkanının Başkanlık Kuralı'na (*President Rule*) ilişkin yetkisi, federal sistem bakımından önemlidir. Anayasa'nın 356. maddesinde, federe yönetimlerin anayasal düzenin tesisinde başarısız olduğu durumlarda, başkanın bu konudaki bir bildiriyle yönetimin federal organlar vasıtasıyla gerçekleştirileceği öngörülmektedir.⁷⁹⁷ Burada önemli olan belirli bir federe yönetimde anayasal düzenin bozulmasına federal yönetim tarafından müdahale edilmesi, federe yönetimlerin anayasal düzenin tesisinde kendi müdahale yöntemlerinin oluşturulmasına izin verilmemesidir. Söz konusu mekanizmanın anayasada

⁷⁹⁴ Hindistan Anayasası'nda, federal yönetime esneklik kazandıran diğer hükümler, Anayasasının 252. maddesinin 3. fıkrasıyla, 353. maddenin, 4. ve 5. fıkraları şeklinde ifade edilmektedir. Bu hükümlerde de olağanüstü hal ilanı ve federe yönetimlerin bu tür durumlarda ki konuları düzenlenmektedir. Burada, aksine, federal parlakamneto tarafından izin verilmediği müddetçe Anayasa'daki bazı hükümlerin işlemeceğine dikkat çekilmektedir. SRIDHAR, *Evolution and Philosophy behind the Indian Constitution*, s. 20.

⁷⁹⁵ Devlet başkanının bu konuda karar vermesi ve federal yönetimin yasayla bunu oluşturması halinde federe yönetimlerin bu konudaki rızalarının alınması konusunda devlet başkanına yetki verilmektedir. Bu konuda Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin önemli kararları bulunmaktadır. Özellikle belirli federe yönetimlerden ya da bölge yönetimlerinden ayrılarak yeni bir federe yönetim kurma konusunda farklı talepleri olan topluluklar söz konusu olabilmektedir. Bu konudaki önemli bir karar olan Telangana davasına ilişkin olarak bkz. **Key to Telangana: Article 3**, İnternet Kaynak: <http://sujaiblog.blogspot.com/2011/01/key-to-telangana-article-3.html>. Ayrıca Anayasa'nın 3. maddesine ilişkin başka bir karar için bkz. *Babul Parante v. State of Bombay*, 1960 AIR 51, 1960 SCR (1) 605

⁷⁹⁶ Aynı yönde bkz. LIJPHART, **Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları**, s. 187.

⁷⁹⁷ Hindistan Anayasası madde 356

öngörülmesinden daha önemli olarak, uygulamada sık sık kullanılmış olduğunu da belirtmek gerekir.

Federal sistemi, üniter bir devlet biçimi şeklinde işlemlerini sağlayabilecek olağanüstü durumlara ilişkin hükümler, “federalizmin inkarı” şeklinde değerlendirilmektedir.⁷⁹⁸ Ancak bu konuda Anayasası'nın olağanüstü durumlara ilişkin hükümleriyle, Başkanlık Kuralına ilişkin yetkinin uzun süreli işleyebilecek hükümler olmaması nedeniyle, sistemin federal doğasını çok fazla bozmayacağı da ileri sürülen görüşler arasındadır.⁷⁹⁹

Hindistan Yüksek Mahkemesi bu düzenlemelere ilişkin önemli sayıda karar vermek durumunda kalmıştır. Mahkeme, olağanüstü yetkilere ilişkin olarak *State of West Bengal V. Union of India* kararında, “federe yönetimlerin egemenliklerinden kaynaklanan yetkileri” tartışmıştır.⁸⁰⁰ Kararda uyuşmazlığa konu olan federal yönetim yasası (*Coal Bearing Areas (Acquisition and Development) Act 1957*), federe yönetim topraklarının, zorla iktisap edilmesini düzenlemektedir.⁸⁰¹ Uyuşmazlıkta, federal yönetim söz konusu yasa uyarınca, West Bengal federe yönetiminin kömür bulunan bazı topraklarını iktisap etmek istemiştir. West Bengal yasanın federe yönetimlere ait araziler için geçerli olmayacağını, bunun kabulü halinde ise federal yönetimin kendine ait yasama yetkisini aşmış olacağını ileri sürmüştür.⁸⁰²

Kararda Mahkeme, “Hindistan Anayasası'nın kurduğu federal sistem anlayışının, mutlak federalizm (*absolute federalism*) olmadığını, anayasal yetki paylaşımının çoğunlukla büyük alanları yönetmenin zorluğundan kaynaklandığını” belirtmiştir.⁸⁰³ Kararda, diğer federal sistemlerin (ABD, Avustralya ve Kanada) temel özelliklerinden hareketle, Hindistan Anayasası'nın “geleneksel federal anayasa” olmadığı sonucuna varılmıştır.⁸⁰⁴

Mahkeme, gerçek bir federal sistemin bağımsız ve egemen federal ve federe yönetimler arasında yapılmış anlaşmaya dayandığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, egemen kurucu birimler ortak ilgi alanlara ilişkin konularda, egemenliklerinin bir kısmını federal yönetime vermekte; fakat, geriye kalan konularda kendi alanlarında egemenlik yetkilerini kullanmaktadırlar. Ancak Mahkeme, anayasal yetki paylaşımıyla kurulan yapının federe yönetimlerin mutlak egemenliğini (*absolute sovereignty*)

⁷⁹⁸ BHASKARA RAO, V, VENKATESWARLU, B, (Eds.), **Parliamentary Democracy In India** , içinde, RAJASEKHARAI AH, A.M, *Center-State Relations: Demand for State Autonomy* , Alka Enterprises, 1987, India, s. 167 vd.

⁷⁹⁹ SRIDHAR, Madabhushi, *Evolution and Philosophy behind the Indian Constitution* , **Inauguration of 87th Foundation Course for Central Civil Services Programme Publication**, Dr. Marri Channa Reddy Human Resource Development Institute of Andhra Pradesh, s. 20. İnternet Kaynak: <http://www.hr diap.gov.in/87fc/images11/4.pdf>. Erişim Tarihi: 28-10-2011.

⁸⁰⁰ Karar, Hindistan Anayasası'nın, 13, 31, 73, 162, 245, 246, 248, 249, 254, 294, 298, maddeleriyle, Yedinci Ek, Liste I'in 52 54, 97, Liste II'nin 23, 24, Liste III giriş ve 42. alanlarıyla ilgilidir. *State Of West Bengal vs Union Of India on 21 December, 1962, 1963 AIR 1241, 1964 SCR (1) 371*, İnternet Kaynak: <http://www.indiankanoon.org/doc/603736/>. Erişim Tarihi:05-10-2011.

⁸⁰¹ *State Of West Bengal vs Union Of India*, Headnote.

⁸⁰² *State Of West Bengal vs Union Of India*, Prg. 372.

⁸⁰³ PATHAK, Shubhangi, *Nature of the Indian Constitution:Judicial Exposition* , İnternet Kaynak: <http://www.legalservicesindia.com/articles/c1onst.htm>, Erişim Tarihi: :18-10-2011.

⁸⁰⁴ Prg. 397.

sağladığını ifade etmenin yanlış olacağını da belirtmiştir.⁸⁰⁵ Mahkeme burada, Hindistan'da bir çok federe yönetimin kendi anayasasının dahi bulunmadığına dikkati çekmiştir.⁸⁰⁶

Federe yönetimlerinin kendi anayasalarının bulunması, federal sistemlerin önemli kurucu unsurlarından biridir. Yalnız, Hindistan Anayasası'nın 370. maddesi gereği, Jammu ve Kashmir federe yönetiminin kendi anayasasının bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu aslında federal sistemin asimetrik bir özelliği olmakla birlikte, Hindistan'da ki çeşitliliğin bir gereği olarak da benimsenmiştir.⁸⁰⁷ Ayrıca Anayasa'nın 152. ve 308. maddelerinde burası için ayrı hükümler getirilmiştir. Bu bölgede, Hindistan Anayasası'nın geçerliliği bakımından, 1954 tarihli bir düzenleme (*Appendix I: The Constitution (Application to Jammu And Kashmir) Order, 1954*) anayasaya eklenmiştir. Bu bölgede federal yönetimin yetkilerinin geçerli sayılmasının, ancak Jammu and Kashmir yasama organının onayına bağlı olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, Jammu and Kashmir, Hindistan Anayasası'nın federe yönetimlerin temsiliyetinin sağlandığı Devletler Konsey'ine (*Council of States*) dört üye ile katılabileceği düzenlenmektedir.⁸⁰⁸

Federal sistemin tespitine devam eden Mahkeme, Anayasa'nın değiştirilmesi konusunda federe yönetimlerin zayıf bir konumda olduklarını, Anayasa'nın bir çok hükmünün federal yönetim tarafından değiştirilebileceğini belirtmiştir.⁸⁰⁹ Ancak, söz konusu karara katılmayan Yargıç RAO, karşıyonda federe yönetimlerin sınırlarının değiştirilmesi adına, federal yönetime verilen yetkilerin sadece olağanüstü yetkilerden biri olduğunu ve federal yönetimin gelecekteki olağanüstü durum olasılıklarını karşılayabilmesi adına benimsendiğini ifade etmiştir.⁸¹⁰

Mahkeme'nin *State of West Bengal V. Union of India* kararı, federasyonun ilk kurulduğu yıllarda verilmiştir. Bu yönde Hindistan Yüksek Mahkeme'si sistemin üniter özelliklerini sayarak, bir bakıma federal sistem açısından öz eleştirilerde bulunmuştur. Mahkeme, sistemin federal unsurlarını da belirterek federe yönetimlerin yasama ve yürütme organlarının, sistemin "üstün güçleri" arasında yer aldıklarını ifade etmiştir. Bunun yanı sıra, her ne kadar siyasi egemenlik, federal yönetim lehine daha fazla da

⁸⁰⁵ Prg. 405-408.

⁸⁰⁶ Mahkeme bu yönde Hindistan'da çifte vatandaşlık olmadığını ve federal yönetimin, federe yönetimlerin sınırlarının değiştirilmesine karşı hiçbir anayasal garantilerinin bulunmadığını da belirtmektedir. Prg. 406.

⁸⁰⁷ Jammu ve Kashmir Anayasası, Hindistan Ay.nın 1. Ekinde (*Appendix I*) bulunmaktadır. Ayrıca bkz. BİLLAWRİA, Surya Bhan Singh, *Constitutional Position of Jammu and Kashmir*, İnternet Kaynak: <http://www.legalserviceindia.com/article/1281-Constitutional-Position-of-Jammu-and-Kashmir.html>, Erişim Tarihi: :18-10-2011. *Jammu and Kashmir Constitution*, İnternet Kaynak: <http://www.vakilno1.com/bareacts/Constitution/S408.htm>, Erişim Tarihi: :18-10-2011.

⁸⁰⁸ Ayrıca Hindistan AY.nın İlk Ek'i *First Schedule* 28 farklı federe yönetimi tanıtmaktadır. Anayasa'da, örneğin 244A m.de, Assam federe yönetimlerinin (*State of Assam*) bütün ya da bölümlere ayrılmak suretiyle kendi yasama organlarını, bakanlar kurullarını kurabilecekleri, anayasaları ve kendi bölgelerinde vergi toplayabilecekleri ayrıca ifade edilmiştir. Jammu ve Kashmir'e ilişkin hükümler Hindistan AY.nın b. 4. m.152, 308 ve 370 de düzenlenmiştir. **Constitution of India** (Uptodated upto 92nd Amendment Acts) Hindistan Anayasası'nın İngilizce Orjinal Metni için Hindistan Devletler Konseyi Resmi Web Adresi bkz. İnternet Kaynak: <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>, Erişim Tarihi: 02/10/2011.

⁸⁰⁹ Prg. 398.

⁸¹⁰ Prg.444.

olsa, federe ve federal yönetim düzenleri arasında paylaştırılmıştır. Ancak Mahkeme, söz konusu yasayla federal yönetim yasama organının, kendi yetkilerini aşmadığı ve yasanın geçerli olduğuna karar vermiştir.⁸¹¹

Amerika’da Başyargıç REHNQUIST gibi, federe yönetimlerin haklarının savucusu olarak bilinen Yargıç SUBBA RAO, “*Hindistan’da egemenlik yetkilerinin, federal ve federe yönetimler arasında dağıtıldığı*”, bu yönde federal bir sistem olduğunu ifade ederek karara katılmamıştır.⁸¹²

Hindistan federasyonunda artık yetkiler federal yönetime bırakılmıştır. Ancak Mahkeme’nin federal sistem ve federe yönetimlerin hakları bakımından önemli kararlar verdiği görülmektedir. Bir önceki kararın aksine Hindistan Yüksek Mahkemesi, 1973 tarihli *Keshavananda Bharathi* kararında, “anayasanın temel özelliğinin, onun federal karakteri” olduğunu belirtmiştir. Çok geçmeden Mahkemenin *State of Rajasthan v. Union of India* kararında, Anayasa’nın sözde federal karakterine dayalı olarak, federe yönetimlerin herhangi bir hak iddia edemeyecekleri belirtilmiştir.⁸¹³

Bu yönde, federalizmin kaçınılmaz sonuçları olarak hukuksallık ve katılık unsurlarının, Hindistan Anayasası’nın federalizmden kaynaklanan bir kusuru olarak kabul görmektedir. Hindistan yetki paylaşımı kataloğunun oldukça detaylı belirlenmesinin, bu katılığı ve hukuksallığı hafifletmek için bir umut olacağı düşünülmekteydi.⁸¹⁴ Bununla birlikte Anayasa’da federal yönetim lehine benimsenen olağanüstü yetkilerin, sisteme söz konusu esnekliği kazandırdığı ileri sürülmektedir. Ne var ki, söz konusu hükümlerin uygulamadaki boyutu, Yüksek Mahkeme’nin *West Bengal v. Union of India* kararında, Hindistan’ın gerçek bir federasyon olmadığına ilişkin yorumuna neden olmuştur.

Hindistan Anayasası’nda bulunan olağanüstü durumların, federasyonun iç karışıklığı, dıştan gelen saldırı, mali kriz veya anayasal mekanizmanın federe yönetimler tarafından ihmali halinde ortaya çıktığı, buradan kaynaklanan yetkilerin ise, “*ülkenin geleceğini korumak için*” benimsenen “*emniyet valfi*” olduğu belirtilmektedir.⁸¹⁵

Hindistan Yüksek Mahkemesi *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* kararıyla, AY.nın değiştirilmesine ilişkin düzenlemelerin, “federal sistemin ve anayasanın temel yapısına” aykırı olduğuna karar vermiştir.⁸¹⁶ Söz konusu kararda federalizm vurgusu ön plana çıkarılarak bunun, federal yönetimle federe yönetimler arasında yapılmış yetki

⁸¹¹ *State of West Bengal V. Union of India*, Prg. 398 vd. Prg. 372.

⁸¹² Yargıç RAO, her federe yönetimin kendi yasama, yürütme ve ayrıca yargı organları bulunduğunu, ancak her federe yönetimin yargı organının bulunmasının federal ilkeyi etkilemeyeceğini ifade etmektedir. *State of West Bengal V. Union of India*, Prg. 374. PATHAK, *Nature of the Indian Constitution: Judicial Exposition* .

⁸¹³ *State of Rajasthan v. Union of India* (AIR 1977 SC 1361)

⁸¹⁴ SRIDHAR, *Evolution and Philosophy behind the Indian Constitution* , s. 13.

⁸¹⁵ *State of West Bengal V. Union of India*, Yargıç Subba Rao Karşı Oyu, Prg. 444.

⁸¹⁶ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala And Anr.*

paylaşımına dayandığını, bu nedenle de anayasa değişikliği getiren 39. değişikliğin belirli hükümlerini iptal etmiştir.⁸¹⁷ Mahkeme anayasa değişikliklerini bu yolla denetleyebilmekte ve hatta iptal edebilmektedir. Bu denetimi ilk kez gerçekleştirmiş olduğu bu kararda da, sistemin temel yapısının federal olduğunu vurgulamıştır.

Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin başka bir kararı olan *State of Rajasthan V. Union of India*'da, AY'nın Başkanlık Kuralı gibi açık hükümleri karşısında, federalizmin değerini bir kez daha tartışmak zorunda kalmıştır. Mahkeme, Hindistan'ın federe yönetimler düzeyinde ayrı ayrı yasama, yürütme ve yargı organlarının bulunmasının federal bir yapıya işaret ettiğini ancak, Anayasa'nın 356. maddesinde düzenlenen, Başkanlık Kuralı gibi anayasal hükümlerin, federal yönetimin federe yönetimlere verilen yetkilerle ilgili olarak kendi kararlarının yürütülmesi konusunda zorlayabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, federal yönetim organlarına üstünlük sağlayan Başkanlık Kuralı gibi hükümlerin birer "ayrıcalık"⁸¹⁸ olduğunu, bu yönde söz konusu yetkiye ilişkin olarak bunun, "bireylerin yararına ve Anayasa'nın Başlangıç metninde belirtilen hedefleri gerçekleştirmeye yönelik" olarak kullanılması yönünde bir sınırlayıcı bir yorum getirmiştir.⁸¹⁹

1990'lı yıllara gelindiğinde, Mahkeme'nin sisteme ilişkin önemli ilkeleri değiştirmeye başladığı görülmektedir. Bu yönde, Mahkeme'nin *S.R.Bomma V. Union of India* kararının en önemli özelliği, federal sistemin merkezileşmesinde önemli mekanizmalardan biri olan Başkanlık Kuralı'nın esaslı sınırlamaların getirilmesidir. Mahkeme, bu sınırları kesin olarak ortaya koyarken, hem federal sisteme hem de Hindistan Anayasası'nda, anayasaya uygunluk denetiminin önemine işaret etmektedir.⁸²⁰

Söz konusu kararlar birlikte Hindistan'da, devlet başkanlarının Anayasası'nın ilgili hükmünde yer alan kuralı, kendi çıkarları doğrultusunda keyfi olarak kullanmalarına son verilmiştir. Bu kararda Hindistan'ın, federal bir sistem olarak algılanmasının doğru olmayacağını belirten yargıçlara karşılık, karara katılan diğer yargıçlar, "*demokrasi ve federalizmin Hindistan Anayasası'nın temel özellikleri*"⁸²¹ olduğunu belirtmişlerdir. Yargıçlar, olağanüstü durumlarda federal yönetime verilen baskın yetkilerin olmasının, AY'nın federal karakterini yok edemeyeceğini vurgulamışlardır.

⁸¹⁷ Kararda, Anayasa değişikliği usulün ilişkin maddenin 4. ve 5. fıkraları iptal edilmiştir. Prg. 96-97.

⁸¹⁸ *State Of Rajasthan & Ors. Etc. Etc vs Union Of India Etc. Etc on 6 May, 1977, Equivalent citations: 1977 AIR 1361, 1978 SCR (1) I, Prg. 39-40.* İnternet Kaynak: <http://indiankanoon.org/doc/174974/>, Erişim Tarihi:15-12-2012.

⁸¹⁹ *State Of Rajasthan & Ors. Etc. Etc vs Union Of India Etc. Etc on 6 May, 1977, Equivalent citations: 1977 AIR 1361, 1978 SCR (1) I, İnternet Kaynak: http://indiankanoon.org/doc/174974/*, Erişim Tarihi:15-12-2012. Ayrıca bkz. PATHAK, *Nature of the Indian Constitution:Judicial Exposition* .

⁸²⁰ Bununla birlikte, Kararda katılmayan bazı yargıçların, *Hindistan Anayasası'nın gerçek doğasının, federal bir Anayasa yerine, yarı-federal veya üniter bir Anayasa şeklinde tanımlanmasının, daha uygun olacağı* belirtilmiş olmalarına rağmen, yargıçların çoğunluğu, AY'nın 356. m.de düzenlenen Başkanlık Kuralı'nı sınırlamışlardır. *S.R. Bommai vs Union Of India on 11 March, 1994*, Prg. 100, İnternet Kaynak: <http://indiankanoon.org/doc/596735/>, Erişim Tarihi:15-12-2012.

⁸²¹ *S.R. Bommai vs Union Of India on 11 March, 1994*, Prg. 75.

Kararda, AY.nın 356. maddesinde düzenlenen bu kuralın “mutlak bir yetki” olamayacağı, bu tür bir yetkiye, ancak son çare olarak başvurulabileceği, bu tür bir yetkinin kullanılması halinde ise, anayasaya uygunluk denetimi kapsamında olacağına karar vermiştir.⁸²² Zira Mahkeme, AY.da düzenlenen Başkanlık Kuralı’na ilişkin olarak, devlet başkanının yayınlacağı bildiri/beyannamelerin (*proclamation*), anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulamayacağına karar vererek, somu olaya konu olan bildiriye de anayasaya aykırı bulunarak iptal etmiştir.⁸²³

Mahkemenin söz konusu kararı, Hindistan’da anayasa yargısı bakımından çığır açmış bir diğer içtihadı olarak kabul edilebilir.⁸²⁴ Burada ayrıca, federal sistem açısından Başkanlık Kuralı’nın, federe yönetimlerin bağımsız yetkilerini kapsamayacağı gibi önemli bir değerlendirme daha yapılmıştır. Kararda, federe yönetimlerin “*kurucu siyasi birimler*” olduğu, federal yönetimin olduğu gibi federe yönetimlerin de, aynı süreçlerle seçilen veya oluşturulan münhasır yasama ve yürütme organları bulunduğu işaret etmiştir.⁸²⁵

Nitekim, Hindistan Yüksek Mahkemesi federasyonun merkeziyetçi yapısına, federal ve federe yönetimlerin tek taraflı merkezden idare edilmesine ilişkin önemli *S.R. Bommai vs Union of India* kararında, “*Hindistan en doğru tarifinin, dünyanın en heterojen toplumu olarak ifade edilebileceği*” belirtilmiştir.⁸²⁶

Hindistan federasyonu için Kurucu Meclis Anayasa Hazırlama Kurulu (*Drafting Committee of the Constituent Assembly*) başkanı olan AMBEDKAR tarafından, “*Hindistan’ın, Devletler Federasyonu “Federation of States” yerine, Devletler Birliği “Union of States” şeklinde tanımlanmasının daha uygun olacağı, bunun anayasada bu şekilde kullanılmasının önemli*” olduğunu vurgulamıştır.⁸²⁷

Burada, birlik ifadesinin kullanılmasının kasıtlı olduğu ve “*her ne kadar ülke ve insanlar yönetimin kolaylığı için farklı devletlere bölünmüş olsalar da, ülke bir bütündür onun halkı ise tek bir kaynaktan oluşan tek bir egemenlik altında yaşayan tek bir insan*”⁸²⁸ olduğu ifade edilerek, Hindistan federasyonunun tasarımından ve tasarımına etki eden aktörlerden oluşumunun ve bugünkü federasyon sisteminin durumunu anlatır niteliktedir.

⁸²² Mahkeme, devlet başkanının bu yetkiyi kötüye kullandığı durumlarda, ayrıca AY.nın 61. m.de düzenlenen, Devlet Başkan’ın Görevden Alınmasına ilişkin Prosedürü’ün uygulanabileceğini belirtmektedir. Prg. 209.

⁸²³ Prg. 291.

⁸²⁴ Söz konusu karara kadar özellikle 1977 yılında yoğun olmak üzere, yaklaşık 100 adet Başkanlık Kuralına ilişkin bildiri yayımlanmış ve bu kural kullanılmıştır. Kararın ardından, söz konusu kural sadece 17 kez kullanılmıştır. İstatistiki bilgi için bkz. İnternet Kaynak: http://en.wikipedia.org/wiki/President's_rule#Instances_of_President.27s_Rule, Erişim Tarihi:20-10-2012.

⁸²⁵ *State Of Rajasthan & Ors. Etc. Etc vs Union Of India Etc. Etc* Prg.104, 169.

⁸²⁶ *S.R. Bommai vs Union Of India, Supreme Court of India* 11 March, 1994, Karar No: Appeal (civil) 3645 of 1989, Karar Metni için Bkz. <http://indiankanoon.org/doc/596735/>, Erişim Tarihi: 20/12/2011.

⁸²⁷ REDDY, K. Jayasudha, JOSEPH, Joy V, *Executive Discretion and Article 356 of the Constitution of India: A Comparative Critique*, **Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)**, Vol. 8.1, March 2004.

⁸²⁸ REDDY, JOSEPH, *Executive Discretion and Article 356 of the Constitution of India: A Comparative Critique*.

Anayasa hükümlerinin Hindistan federasyonunun kurucu meclisi, federasyon sisteminin benimsenmesi ve yeni bir federasyon anayasasının oluşturulmasında; federasyon anayasalarının ikili bir yönetim biçimine dayanarak, merkezde birliğin ve çevrede de federe yönetimlerin bulunduğu, her birinin federasyon anayasası tarafından tahsis edilmiş alanlarında egemen olmaları için yetkilerle donatıldığı bir yapı kurduğunu ifade etmişlerdir.

Hindistan federasyonunun kurucularının, federasyon anayasalarının özelliklerine ilişkin olarak kanımızca iki önemli tespitte bulunmuşlardır. İlki, federasyon sisteminin bel kemiği olan anayasal yetki paylaşımının korunması ve güvencesinin salt çerçeve bir anayasa anlayışıyla sağlanamayacağını, ikinci olarak da, daha yeni federasyonların Amerikan tecrübesinden “kaçınma” anlamına yararlandıklarıdır. Bu yönde kurucular, Hindistan Anayasası’nı, ABD örneğinde olduğu gibi dar bir kalıbın içerisine sıkıştırılmasından kaçındıkları belirtilir. Kurucular Anayasa’nın, zamanın ve durumun gerektirdiği ölçüde hem üniter hem de federal ilkeleri olabileceğini belirtmektedirler.⁸²⁹

Federasyonun ilk kurulduğu zamanlarda da Hindistan Yüksek Mahkemesi kararlarının aynı ikileme düştüğü görülmüştür. Kimi mahkeme kararlarında sistemin federal olmadığı, kimilerinde ise sistemin teme yapısının federal olduğu konusunda tartışmalar mevcuttur. Ancak Mahkeme’nin 1990’lı yılların başında önemli kararlarla hem federal yapının korunması hem de olağanüstü yetkilerin sınırlanması konusunda tam bir dönüşüm geçirmiştir. Burada merak konusu olan, Mahkeme’nin bu dönüşümündeki sebeplerdir. Buna bir gerekçe olarak, uzun yıllar Hindistan’da önemli bir siyasi parti olarak *Indian National Congress* partisinin 1989 yılı seçimlerini kaybetmesi önemli bir gerekçe olabilir.

GANDHİ ailesinin partisi olarak *Indian National Congress* seçimleri kaybetmesiyle, yerine gelen *Bharatiya Janata Party* yeni bir soluk getirdiği ifade edilebilir. Bu döneme kadar, Indira Gandhi’nin daha önceki devlet başkanı olan babası Nehru’nun aksine, siyasi partiler üzerindeki baskıcı tutumu ve partilerin kendisine bağımlı olması seçimlere ilişkin süreci göstermektedir. Nehru’nun parti içi demokrasiyi, Indra Gandhi’nin ise, parti içi demokrasiyi askıya alarak, tartışma ortamını yok ettiği ifade edilir. Bu dönemlerde başkanlık kuralı gibi olağanüstü yetkilerin, partizan amaçlarla sık sık kullanıldığı belirtilir.⁸³⁰

Hindistan’da 1977 yılına kadar, ekonomiyle doğru orantılı olarak federal yönetim yetkilerinin genişlediği dönem, Hindistan Yüksek Mahkemesi bakımından da önemlidir.⁸³¹ Bu dönemde GANDHİ ile Yüksek Mahkeme arasında ciddi oradan bir

⁸²⁹ MITRA, SUBRATA K, *The Nation, State and The Federal Process in India*, s. 40.

⁸³⁰ LIJPHART, Arend, *The Puzzle of Indian Democracy: A Consociational Interpretation*, *The American Political Science Review*, Vol. 90, No. 2, 1996, s. 264.

⁸³¹ Bununla birlikte Gandhi’nin ilk seçildiği 1971 yılında, ekonominin ve federal yönetim yetkilerinin, büyük oranda geliştiği, oldukça genişlediği bir dönem olmuştur. Federalizmin Ekonomik Boyutuna ilişkin Sorunlar başlığına bakılabilir.

gerginlik ortaya çıkmıştır. Bunun nedeni ise, anayasada federal yönetimin yetkilerini inanılmaz derecede arttıracak olağanüstü durum yetkilerinin kullanılmasıdır. 1975-1977 yılları arasında GANDHI olağanüstü durum ilan ederek, demokrasi ve sivil özgürlükler askıya alınmıştır.⁸³²

Söz konusu olağanüstü durum, 1976 Yüksek Mahkemenin *A. D. M. Jabalpur v. Shiv Kant Shukla* kararıyla yargıçların dörtte biri olağanüstü duruma, mahkemeler tarafından siyasi tutukluların yargıya erişim haklarının, başkanlıkla ilan edilen olağanüstü durumlarda askıya alınabileceği gerekçesiyle karşı koymayı reddetmişleridir. Yargıçlardan biri *Hans Raj Khanna* karara karşı gelerek, olağanüstü hallerde dahi yargıya erişim hakkının askıya alınamayacağını belirtmiştir. Bu dönemde Başyargıcın emekli olmasıyla, yerine geçecek olan KHANNA yerine, GANDHI hükümeti tarafından yaş sınırı neredeyse altmış beş olduğu halde, hükümetin politikalarını desteklediği bilinen başka bir yargıç, Başyargıç olarak atanmıştır. Bu olay nedeniyle KHANNA istifa etmiş ve yargının bağımsızlığı konusunda rol model olarak Kabul edilmiştir. Hindistan’da anayasa yargısı sadece federalizm yönünden değil, temel hak ve özgürlüklerin tesisi bakımından da önem arz etmektedir. Hindistan yüksek mahkemesi kararlarının, ağırlıklı olarak mülkiyet hakları ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu görülmektedir. Bununla birlikte federal yönetimin sistemi hem üniter hem de otoriter bir rejime dönüştürdüğü olağanüstü durum kararları, Yüksek Mahkeme tarafından her zaman aşılmaya çalışılan bir sorun olduğu görülmektedir.

Olağanüstü ya da ivedi durumlara ilişkin önemli yetkiler, aynı zamanda Kanada federasyonunda da görülmektedir. Zira Hindistan federasyonunun büyük oranda Kanada modelinden etkilendiği bilinmektedir. Kanada’nın İngiltere ile olan bağlarının önemli bir etkisi, Kraliçe tarafından atanan Genel Vali ve kendisine verilen yetkilerinde görülmektedir. Genel Vali, federe yönetimlerin vali yardımcılarını atamaktadır.⁸³³ Bu vali yardımcılarının, federe yönetimlerin mevzuatlarının, federal yönetim tarafından gözden geçirilmesi için “erteleme” (*reserve*) yetkileri bulunmaktadır. WATTS bu yetkilerin, ayrılma tehlikesine karşı geliştirilmiş yetkiler olduğuna dikkati çekmektedir.⁸³⁴

Anayasa’nın 90. maddesi, federal yönetime tek taraflı olarak federe yönetim mevzuatını “geçersiz” (*disallow*) kılma yetkisi de vermektedir. Ayrıca, Anayasa’nın 92. maddesinde, federe yönetimlerin çalışma alanlarının, federal yönetimin yetki alanı içerisinde olduğunu “açıklama” (*declare*) yetkisi de vermektedir. 92. maddesinin 10.

⁸³² NEUBORNE, Burt, *The Supreme Court of India*, **International Journal of Constitutional Law**, Constitutional Court Profile, 2003, s. 482.

⁸³³ Ayrıca Kanada’nın, İngiltere’yle olan sömürge modeli ilişkilerinin federasyonun tasarımında devam ettiği belirtilmektedir. Senato’nun federe yönetimleri temsil etmesine rağmen üyelerinin başbakan tarafından atanması buna örnek olarak gösterilir. PAPILLON, Martin, SIMEON, Richard, *Canada*, **Forum of Federations: An International Network on Federalism**.

⁸³⁴ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 323.

fıkrasında da federal yönetime, federe yönetimler düzeyinde yerel işletmelere (*local works*) ilişkin düzenlemelerin federal yönetim münhasır yetkileri içerisinde olduğunu “ilan” etme yetkisi vermektedir.

Ayrıca federal yönetimin münhasır yetkilerinin sayıldığı 91. maddede, federal yönetimin “barış, düzen ve Kanada’nın iyi yönetimi” için gerekli gördüğü yasaları oluşturacağını belirterek, federe yönetimlere verilmeyen artık yetkilerin federal yönetimde olduğu tasvir edilmektedir. Bu hüküm, federal yönetime her zaman geniş alan bırakacak şekilde yorumlanmaktadır.⁸³⁵ Bu özelliği itibariyle Kanada federalizminin su geçirmez bölmeleri (*watetight-compartments*) olarak kabul edilmektedir.⁸³⁶

Re Anti-Inflation Act 1976 SCC kararında ulusal ekonomiye müdahale edilmesinin gerekliliğine karar veren mahkeme, bunu ivedi ve acil bir durum kabul ederek bu yasa, Anayasa’nın barış, düzen ve iyi yönetim kapsamı içerisinde kabul etmiştir.⁸³⁷

1992 tarihli *Friends of the Oldman River Society v. Canada* kararında ulusallık arz eden konularla, federal yönetimin ivedilikle ele alması gereken konulara ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır. Buradaki uyuşmazlığa, *Transport and Fisheries and Oceans* federal idari organının, Alberta eyaletinin Oldman Nehri üzerine inşa edilmiş bir baraj ile ilgili olarak çevresel değerlendirmeler için oluşturduğu *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* düzenlemesi konu olmuştur. İlgili düzenleme *Department of the Environment Act* yasasının 6.m.ne dayanarak oluşturulmuştur. Ancak Alberta federe yönetiminin, *Navigable Waters Protection Act* kapsamında 1987 yılından beri bakanlıkla ortaklaşa yürüttüğü proje kapsamında bu projeleri gerçekleştirdiğini ve ilgili yönergenin kendisine uygulanmasının durdurulmasını istemiştir.⁸³⁸

Yüksek Mahkeme, 1992 tarihli *Friends of the Oldman River Society v Canada* kararında da, çevre konusunun çok dağınık ve geniş alanlara yayılması bakımından, federal yönetimin ivedi bir şekilde ele alması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme söz konusu kararında, olağanüstü durum ya da ivedi durum doktrininden hareketle bu kararı vermiştir. Kararda ivedilik durumu, federal yönetimin barış, düzen ve iyi yönetimden kaynaklanan genel yetkisine dayandırılmıştır.

Karada, çevre konusunun Anayasa’da düzelenmiş bağımsız bir yetki konusu olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme, çevre konusunun genel anlamda ele alındığında fiziksel, ekonomik ve sosyal bir çok alanda yönetim düzenlerine verilen diğer yetki

⁸³⁵ Bu konuda ikinci bölümde, Federal Yönetime Geniş Alan Bırakan yetkiler başlığında değinilmiştir.

⁸³⁶ SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada* .

⁸³⁷ *Re Anti-Inflation Act 1976 SCC*, İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1976/1976canlii16/1976canlii16.html>, Erişim Tarihi:23-03-2012.

⁸³⁸ *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)* [1992] 1 S.C.R. 3, İnternet Kaynak: http://www.hrcr.org/safrica/environmental/oldman_river_soc.html, Erişim Tarihi:23-03-2012.

konularını kapsayabileceğini belirtmiştir. Kararda, “her iki yönetim düzeninin, çevreyle ilgili eylemleri olsa da, çevresel kaygıları etkileyen yasama yetkisinin en uygun yetki başlığıyla bağlantılı olması” gerektiği belirtilmiştir. Burada yerel eylemlerin genellikle federe yönetimlerin sorumluluğu içinde olduğu, ancak somut uyuşmazlıkta olduğu gibi federal yetki alanını etkileyen bir konu olduğundan, bunun federal yönetimin katılımını gerektirdiğini belirtmiştir.⁸³⁹

Sonuç olarak, özellikle Hindistan örneğinde görüldüğü üzere, detaylı bir anayasa modelinin de yetki uyuşmazlıklarına engel olmamaktadır. Bu tür olağanüstü durumlara ilişkin yetkilerin, federal sistemlerin kurucu unsurlarını bertaraf etme özelliği bulunmaktadır. Nedeni şu ki, federal yönetimin federe yönetimlerin özerk yetkilerini ve dolayısıyla egemenliklerini tek taraflı olarak ortadan kaldıracaktır. Bu da, anayasal güvenceli yetki paylaşımını, federe yönetimlerin federasyon anayasasının değiştirilmesine katılmalarını ve de ikinci meclislerde eşit olarak temsil edilmeleri gibi federal sistemin kurucu güvencelerini anlamsız kılmaktadır. Dolayısıyla, federe yönetimlerin akıbetleri, söz konusu yetkiler nedeniyle federal yönetimin iradesine bırakılmıştır. Bu yönde BAIER, olağanüstü ya da ivedilik arz eden durumlara ilişkin yargısal doktrinlerin, federalizmde yargının hakemliğine ilişkin rolü bakımından daha az riskli bir strateji olduğunu belirtmektedir.⁸⁴⁰

Ancak, burada önemli olan olağanüstü ya da ivedilik arz eden bir durum olarak, neyin federal yönetimin yetki alanları içerisinde olup olmayacağının belisizliğidir. Yargı organının uyuşmazlık çözümüne ilişkin genel ve esnek nitelikli hükümleri, daha belirli ve çerçevesi olabilecek doktrinler aracılığıyla çözümlenmesi beklenir. Bir önemli tespit olarak, bu tür geniş ve esnek hükümler aracılığıyla oluşturulan geniş yargı çözümlerinin her zaman federal yönetimler lehine geliştirilmesidir. Kanımızca bu durumda, federal sistemlerin anayasaya olan bağlılığının anlamı da kalmamaktadır.

d. Ulusallık Arz Eden Uyuşmazlıklar

BURGESS’e göre, federal sistemlerde çözülmesi gereken sorunların başında “federe yönetimlere farklılaşmaları için serbest bir alanın bırakılması” gelmektedir. Böylelikle, bir yandan otoritelerin yetkililerini serbestçe kullanmalarına izin verilecek bir ortam, diğer yandan da, ulusal birliği korumak için güvenli ve etkin merkezi bir yönetim düzeninin varlığı sağlanabilecektir.⁸⁴¹

BRYCE’a göre ise, federasyonlarda asıl olarak çözülmesi gereken bilmece, kurucu birimlerin yapısında var olan farklılıklarının ve yerel kimliklerin, “siyasi ulusçuluk” olgusuyla uzlaşıp uzlaşmadığıdır.⁸⁴² Federal sistemlerde ulusal değerler aracılığıyla

⁸³⁹ *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*.

⁸⁴⁰ BAIER, *Courts and Federalism*, s. 125.

⁸⁴¹ BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 17.

⁸⁴² Yazar Amerikan federasyonunda var olan ulusallık ve federasyona ilişkin olarak, bir yandan yerel bağımsızlık ve kendi kendini yönetmeye olan bağlılık, diğer yandan kan bağı, dil, alışkanlıklar ve fikirlerin topluluk duygusu ile ortak bir ulusal bayrak ve ulusal

merkezileşmenin güçlenmesi, federal yönetimlerin, meşru olmadığı halde federe yönetimlerin alanlarına müdahale etmesi ve yetkileri ele geçirmesi kolaylaşmaktadır.⁸⁴³

Federal sistemlerde, bağımlı ya da bağımsız bir çok değişken nedeniyle, bazı yetki konularının ülke sathında düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir. Bu yönde, uyuşmazlık çözümünde ortak olarak kullanan dayanaklardan biri, ulusallık arz eden ya da ulusal endişelere ilişkin konulardır.

Ulusal çıkarlar söz konusu olduğunda, anayasaya uygunluk denetiminde yüksek mahkemeler, sadece yetki paylaşımı kataloğunda yer alan yetki konularının ya da türlerinin yorumlanmasından değil, anayasalarda bulunan genel nitelikli, esnek hükümlerin yorumlanmasıyla bazı uyuşmazlıkları çözmektedir. Bu yolla, federal yönetimin yetki alanlarını genişletebilmektedirler.⁸⁴⁴ Bu yönde yüksek mahkemelerin, yetki paylaşımının kendi doğasındaki kusurlardan veya anayasanın diğer esnek ve genel nitelikli başlıklarından faydalanmaktadırlar.

Federasyonlarda, “birliği” tehdit edecek gibi oranlarda olmasa da, “çeşitliliğin” bir derecesi bulunmaktadır. Bu derecelere göre, federal sistemin federalizme ilişkin biçimi ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi’nin “ortak yarar” (*common interest*) veya “bütün devlet” (*whole state*) gibi, hiçbir yönetimin sahip olmadığı kavramları, bazı dönemlerde ortaya çıkarmış olduğu görülmektedir. Aslında, federal sistemlerde ideal olarak tüm yönetimlerin devlet sistemine katılımları ve katkılarının sağlanması prensibi söz konusudur.⁸⁴⁵

Benzer biçimde Alman Anayasa Mahkemesi’nin başka bir kararında, yönetim düzenlerinin aralarındaki anayasal anlaşmanın doğası gereği “işbirliği içerisinde bulunmakla yükümlü oldukları” belirtilmiştir. Mahkeme, bu anlaşmanın istikrarının yanı sıra, yönetim düzenlerinin “federasyonun” ve “kurucu devletlerin çıkarlarının korunmasına katkıda bulunmak zorunda olduklarını” belirtmiştir.⁸⁴⁶ Kararda, hem işbirliği federalizmine verilen önem betimlenmiş, hem de federal bağlılık ortaya konulmuştur.⁸⁴⁷

Bununla birlikte, Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin açıkça anayasal bir kaynağı olmayan “karşılıklı gözetim prensibini” ulusallık arz eden konular bakımından

tarihin gururu değerlendirmesini yapmaktadır. Bu tespitler, günümüzde federal yönetimlerin ulusal çıkarlar bilinci ve duygusu ile federe yönetim alanlarına müdahale edebilmesinin bir uzantısını göstermektedir. BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 17.

⁸⁴³ Bryce, 1901 yılında esnek ve katı anayasalarla federal sistemleri değerlendirdiği *Studies in History ve Jurisprudence* adlı eserinde, Anayasa Hukuku literatürüne, merkezkaç/sentrifügal yani merkezizetçi (merkezi) olmayan ile merkezci/sentripetal yani merkezizetçi olan kavramları kazandırmıştır. BURGESS, *Comparative Federalism*, s. 17. BRYCE, James, *The American Commonwealth*, 2nd Ed, Vol.1, 1890, s. 24, Alıntılama Tarihi: 23-08-2011. İnternet Kaynak: <http://www.archive.org/stream/americancommonw32brycgoog#page/n8/mode/1up>, Erişim Tarihi: 5-10-2010.

⁸⁴⁴ BZADERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review*, s. 13.

⁸⁴⁵ SAUNDERS, *Constitutional Arrangements of Federal Systems*, s. 79.

⁸⁴⁶ BVerfGE 6, 309, 361.

⁸⁴⁷ GAMPER, Anna, *On Loyalty and the (Federal) Constitution*, *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, Vol 4, 2/2010, s. 160.

geliştirmiş olduğu görülmektedir.⁸⁴⁸ ERK bu konuda, “federal ve federe yönetimler arasındaki yetki sorunlarını çözmekle sorumlu olan Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin, federal sistemi merkeziyetçi bir yorumlama eğilimi olduğunu, buna örnek olarak da Mahkeme’nin, federal gözetim prensini (*bundesstaatlicheRucksichtnahmepflicht*) göstermektedir. Bu ilke, federal yönetim ile federe yönetimler arasında uyumlu eylem ve karşılıklılık unsurlarını ortaya koyduğu gibi federe yönetimlerin özerklikleri bakımından etkili bir sınırlama öngörmüştür.⁸⁴⁹

Avusturya Anayasa Mahkemesi, İkinci Dünya Savaşı’nın sonuna kadar federalizm ile ilgili prensipleri desteklemiştir. Bu yönde, 1928 yılında verdiği kararlardan birinde federalizmi değerlendirmiş, anayasanın ruhunda federal sistemin bulunduğunu ifade etmiştir.⁸⁵⁰ GAMPER bu kararın, Mahkeme’nin federalizm ilkesine ilişkin sınırlı sayıda kararlarında biri olduğunu belirtmektedir.⁸⁵¹

Çok geçmeden Mahkeme’nin verdiği başka bir karar olarak, federal sistemin temel özelliklerinden biri olarak görülen, federal vatandaşlığa ek olarak federe yönetimlerin vatandaşlığı kurumu reddettiği kararı önemlidir. 1952 yılında verdiği bu kararlar Mahkeme’nin, federalizm konusundaki teorik ve metodik görüşleriyle yorumunu değiştirmiştir.⁸⁵² Bilindiği üzere, federal sistemlerde çifte vatandaşlık kurumu söz konusudur. Federe yönetimler birer devlet olarak kabul edildiklerinden, vatandaşlar hem federal hem de yaşadıkları federe yönetimlerin vatandaşlarıdır.

Mahkeme bu kararıyla çifte vatandaşlık kurumunu kaldırılmıştır. Mahkeme, bunun federalizm ilkesinin bir kurucu unsuru olduğunu ancak, federasyonda yapılacak bir anayasa değişikliğine gerek duyulmadığını belirtmiştir. Burada Avusturya Anayasası’nın federal bir sistem olduğuna ilişkin hükümlerinin kaldırılabilmesi için Anayasa’nın bunu toptan bir revizyon olarak gördüğü ve bu durumda da ancak referandum koşuluyla bu tür değişikliklerin yapıldığını belirtmek gerekir. Avusturya AY. m. 44. f. 3.de, referandum ancak Anayasa’da bütüncül bir değişiklik olduğu hallerde mümkün olabilmektedir.⁸⁵³

Mahkeme, çifte vatandaşlık kurumunun iptal edilmesini, federal sistemin temel özelliklerinden olmadığı, bu nedenle de Anayasa’nın toplam revizyonu anlamına gelmediğine karar vermiştir. Kararda, federalizmin unsurlarının yetki paylaşımı ve federe yönetimlerin federal yasa yapım sürecine ikinci meclisler aracılığıyla katılmaları

⁸⁴⁸ Cf. VfSlg 8831/1980, 10.292/1984, 14.403/1996, 15.281/1998, 15.552/1999, 16.452/2002, 17.212/2004, 17.497/2005, 18.096/2007. GAMPER, *On Loyalty and the (Federal) Constitution*, s. 160.

⁸⁴⁹ ERK, *Austria: A Federation without Federalism*, s. 9.

⁸⁵⁰ VfSlg 1030/1928.

⁸⁵¹ GAMPER, *Judge Made Federalism?*, s. 8.

⁸⁵² VfSlg 2455/1952.

⁸⁵³ Avusturya Anayasası’nın 44. maddesinin 3. fıkrasına göre referandum şu şekilde düzenlenmiştir. (3) *Federal Anayasanın genelinde yapılacak her türlü bütüncül değişiklik, 42’nci maddede belirtilen usulün tamamlanmasından sonra ve her halükarda değişikliğin Federal Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasından önce, tüm ulus genelinde halk oylamasına sunulur. Ancak, Federal Anayasada yapılacak tüm kısmi değişikliklerde ancak Milli Konsey ya da Federal Konsey üyelerinin üçte birinin talebiyle referandum gereklidir*

şeklinde ifade edilmiştir. Mahkeme, sadece bu unsurların referandum olmadan ortadan kaldırılmayacağı ya da bu ilkelere ciddi bir değişiklik olamayacağını belirtmiş, bu nedenle sadece bu iki unsura ilişkin durumlarda referandumun gerekli olacağını ileri sürmüştür.⁸⁵⁴ Mahkeme çifte vatandaşlık konusunun, bu tür bir zorunluluk kapsamında olmadığına karar vermiştir. Avusturya Anayasa Mahkemesi, federal sistemlerde tipik olarak benimsenen bu ilkeyi reddetmiştir. Mahkeme, federal sistemin kurucu unsurlarını belirtmekten kaçınmış, sadece genel olarak kurumları belirtmiştir.

Yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasıyla, bu uyuşmazlıkların çözümü ciddi anlamda iç içe geçmiştir. Bunun en güçlü örneği, yüksek mahkemelerin federal yönetim lehine ortaya çıkardıkları zımni ya da yan yetkilere ilişkin doktrinin, yeri geldiğinde ulusallık arz eden meseleler bakımından kullanılmasıdır. Bu yönde, Avustralya AY. m. 51 f. xxxix.'de, federal yönetime kendi yasama, yürütme veya yargı yetkilerinin yürütülmesini kolaylaştıracak esnek ve genel nitelikli bir yetki vermektedir. Maddede, federal yönetimin yasama, yürütme ya da yargı organlarına ilişkin yetkilerinin yürütülmesinde yardımcı olabilecek yan yetkileri (*incidental powers*) bulunduğu düzenlenmiştir.⁸⁵⁵ Bahsi geçen düzenleme, uyuşmazlıkların çözümünde federal yönetime yetkilerin aktarılması bakımından esnek bir hüküm olarak kullanıldığı gibi, “ulusallık arz eden konuların” tespitinde de kullanılmaktadır. Aynı şekilde ABD AY. m. 1 f. 8’de yer alan, “*gerekli ve uygun*” ifadesi de söz konusu amaca yönelik kullanılmaktadır.

Avustralya federal yönetime açıkça ifade edilen yürütme gücü ile birlikte federal yönetime verilen yan yetkilerinin (*incidental*), federal yönetimin “milli güç” (*nationhood power*) olması yönünde kullanıldığı ve yeni yetki konularının aktarılması anlamında federal yönetim için bu yan yetkilerin, zımni bir yol olduğu belirtilmektedir.⁸⁵⁶

Mahkeme’nin, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde bu yan yetki alanını, federal yönetim alanlarını genişletme yönünde kullanmaktadır.⁸⁵⁷ Avustralya Yüksek Mahkemesi *Victoria v. The Commonwealth and Hayden* kararında, zımni ortaklaşa yetkilere ilişkin girişim ve faaliyetlerle ilgili yetki konularının, özel olarak federal yönetime aktarıldığını, aksi halde bu yetki konularının “ulusun yararına sürdürülemeyeceğine” karar vermiştir.⁸⁵⁸

⁸⁵⁴ GAMPER, *Judge Made Federalism?*, s. 9.

⁸⁵⁵ Avustralya Anayasası için bkz. İnternet Kaynak: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/s51.html, Erişim Tarihi: 09-12-2011.

⁸⁵⁶ AKHTAR Majeed, WATTS, Ronald L., BROWN, Douglas M. (Eds.), **Distribution Of Powers and Responsibilities in Federal Countries**, içinde, WILLIAMS, John M., MACINTYRE, Clement, *Commonwealth Of Australia*, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s. 19.

⁸⁵⁷ WILLIAMS, MACINTYRE, *Commonwealth Of Australia*, s. 19.

⁸⁵⁸ *Victoria v Commonwealth* [1975] HCA 52; (1975) 134 CLR 338 (29 October 1975), İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1975/52.html>, Erişim Tarihi: 09-12-2011.

Bununla birlikte Avustralya Yüksek Mahkemesi, “ulusal çıkar” konusunda, mali alanlara ilişkin yetkilerin, federal yönetim lehine oldukça geniş yorumladığı da görülmektedir. 1971 tarihli *Victoria v. Commonwealth* kararında Avustralya Yüksek Mahkemesi, “Avustralya’nın artık ulusal ihtiyaçları karşılamak için ulusal yasalara gereksinim duyan tek bir ülke olduğuna” işaret etmiştir.⁸⁵⁹ Mahkemelerin böyle bir doktrinsel dönüşüme neden olmasının en önemli sebebi, federal sistemlerde federalizm algısının eksikliğidir. Nitekim Avustralya’da, 1920 yılında itibaren değişen mahkeme içtihatları nedeniyle, “tek bir halk olduğu” dile getirilmiştir.⁸⁶⁰

Avustralya Yüksek Mahkemesi ulusallık arz eden konulara ilişkin yorumlarını bir adım daha ileri götürerek, zımni ulus yetkisi (*implied nationhood power*) kavramını ortaya çıkarmıştır. Buna göre, federal yönetimin bazı yetkileri sadece zımnen ortaya çıkabilecektir. Federal yönetimin zımni ulus yetkisi, ya ulusal yönetimin bir devlet olarak yıkımına karşı kendisini koruyabilmesi⁸⁶¹ ya da kültürel veya bilimsel çalışmaların veya ulusal sembollerin ve etkinliklerin kutlanması gibi, özel olarak ulusa ait olan girişim ve faaliyetlere destek olunması konularında ortaya çıkabilecektir.⁸⁶²

Bu tür mahkeme içtihatları, federal sistemlerin anayasaya ya da anayasal yetki paylaşımına olan bağlılığını ciddi anlamda sorgulamaya yöneltmektedir. Elbette ki federal sistemlerde çeşitlilik ve birlik aynı mekanizma içerisinde dengeli bir şekilde yer almaktadırlar. Ancak şimdiye kadar verilen mahkeme içtihatları ve yetki paylaşımının çözümlerine ilişkin değerlendirmelerde, bu tür esnek yorumların ya da anayasal yetki paylaşımında yer almayan yargısal doktrinlerin federe yönetimler lehinde geliştirildiği çok nadir olarak görülmektedir. Mahkemeler arada bu yönde kararlar vermiş olsa da, federe yönetimler lehine yaratıcı yorum geliştirme konusunda istikrarlı olmadıkları görülmektedir.

Kanada Yüksek Mahkemesi ise, “barış, düzen ve iyi yönetim” hükmünü, ulusallık arz eden meselelerin çözümünde de kullanmaktadır. Mahkeme, federal yönetimin bu esnek hükme dayanarak yetkilerini aşmasının, ancak ulusal olağanüstü bir durumda mümkün olabileceğini, federal yönetimin eylemlerinin ancak “ulusal sorun” söz konusu olduğundan desteklenebileceğine hükmetmiştir.⁸⁶³

⁸⁵⁹ *Victoria v. Commonwealth (Payroll Tax Case)* (1971) 122 CLR 353, 396 per Windeyer J. İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1971/16.html> , Erişim Tarihi:02-10-2011.

⁸⁶⁰ WILLIAMS, MACINTYRE, *Commonwealth Of Australia* , s. 19.

⁸⁶¹ *Burns v Ransley* (1949) 79 CLR 101; *R v Sharkey* (1949) 79 CLR 121; *Communist Party Case* (1951) 83 CLR 1, kararları bu kısma örnek olarak gösterilmektedir. kararları bu kısma örnek olarak gösterilmektedir. KIRK, Jeremy, *Constitutional Implications (I): Nature, Legitimacy, Classification, Examples* , **Melbourne University Law Review**, Vol. 24, s. 670.

⁸⁶² *AAP Case* (1975) 134 CLR 338, 397 (Mason J); *Davis v Commonwealth* (1988) 166 CLR 79, 117- 19 (TooheyJ); *Re Wakim; Ex parte McNally* (1999) 198 CLR 511, 581-2 (Gummow and Hayne JJ) kararları bu kısma örnek olarak gösterilmektedir. KIRK, *Constitutional Implications* , s. 670.

⁸⁶³ Örnek olarak bkz. *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.* kararına bakılabilir.

Ontario (Attorney General) v. Canada Temperance Federation kararı, ulusal sorunlar ya da olağanüstü durumların varlığı halinde, barış, düzen ve iyi yönetim hükmüne başvurulabileceğini bir kez daha yinelemiş bir karardır.⁸⁶⁴

Burada dikkati çeken, hangi konuların “ulusallık” kapsamında ele alınacağı belirsizliktir. Mahkemeler, savaş, ağır ekonomik bunalım ya da şiddet olayları gibi olağan durumun bozulmasına ilişkin hallerde mi bu tür yetki konularının federal yönetime aktarılmasının söz konusu olacağını açıkça ortaya koymamaktadırlar. Ayrıca burada, başka bir sorunsalı daha ortaya koymak gerekmektedir ki, ulusal çıkarlar söz konusu olduğunda yeni yetki konularının mı, yoksa federe yönetimlerin özerk yetki konularının mı federal yönetime aktarılacağı konusu da belirsizdir.

Bu yönde, *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation* kararında Kanada Yüksek Mahkemesi, hangi yetkilerin ya da hangi konunun ulusallık arz edeceğine, somut uyuşmazlığa göre kendisinin karar vereceğini belirtmiştir.⁸⁶⁵

Ulusallık arz eden konulara ilişkin yorumların, Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından sık sık kullanıldığı görülmektedir. Bunun bir nedeni de, yetki paylaşımı kataloglarında belirlenmemiş yeni yetki türlerinin ortaya çıkmasıdır. Buna en iyi örnek, Kanada’da çevre konusuna ilişkin sorunlar gösterilebilir.

Mahkeme’nin *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul* kararında, havaalanlarının konumlarının denetlenmesine ilişkin belediye tüzüğünü, havacılığın bütün bir ülkeyi ilgilendiren bir konu olması nedeniyle, bu tür bir yetkinin doğası gereği federal yönetim tarafından düzenlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme bu yöndeki içtihadını, daha sonraki *Munro v. National Capital Commission* kararında da yinelemiştir.⁸⁶⁶ Mahkeme’nin belirli yetki konularını, “doğasından kaynaklanan” sebeplerle federal yönetim lehine yorumlaması, federe yönetimlerin zamanla gelişen ve değişen ihtiyaçlar halinde dahi o alanda düzenleme yapmalarını engellemektedir.⁸⁶⁷

Kanada Yüksek Mahkemesi’nin, ulusal sorun ya da meselelerle ilişkin sorunları, federal yönetimin barış, düzen ve iyi yönetim yetkisine bağladığı görülmektedir. Mahkeme’nin bu ilişkilendirmesi, yetki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan anayasadaki esnek hükümlerin, başka uyuşmazlıkların çözümünde araç olarak kullanılmasına bir örnek teşkil etmektedir.

Kanada Yüksek Mahkemesi’nin *Reference re Anti-Inflation Act* kararında ise, “ulusal anlamda olağanüstü konulara” ilişkin değerlendirme yapılmıştır. Kararda,

⁸⁶⁴ *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193. İnternet Kaynak: http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1946/1946_2.html, Erişim Tarihi: 12-10-2011.

⁸⁶⁵ *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193.

⁸⁶⁶ *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul* [1952] (54). İnternet Kaynak: <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/7424/index.do>, Erişim Tarihi: 09-12-2011. *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663. İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1966/1966canlii74/1966canlii74.html>, Erişim Tarihi: 09-12-2011.

⁸⁶⁷ MACDONALD, Patrick N., *Peace, Order and Good Government: The Laskin Court in the Anti-Inflation Act Reference*, *McGill Law Journal*, Vol. 23, 1977, s. 456.

ulusal anlamda ortaya çıkan krizin doğasından başka bir sınırlamanın olmadığı, geçici düzenlemelerin bu kapsamda ele alınacağı belirtilmiştir. Bu kararda ilginç bir şekilde, federal yönetimin *Anti-Inflation Act*, yani enflasyona ilişkin düzenlemelerin, olağanüstü ulusal konular içerisinde olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu tür kararlarını, barış, düzen ve iyi yönetim hükmüne dayandırmaktadır.⁸⁶⁸

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin “ulusal çıkarlara” ilişkin ayrı bir yargısal doktrin geliştirdiği görülmektedir. Bu doğrultuda Kanada Yüksek Mahkemesi *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd* kararında, “bir yetkinin ulusallık arz etmesi ya da ulusal bir sorun olarak nitelenmesi için federe yönetimlerin yetkileri üzerinde ve açıkça federe yönetimleri ilgilendiren konularla bağdaşp bağdaşmadığının, federe yönetimlerin yetkilerinden açıkça ayırt edici olması” gerektiğini ortaya koymuştur.⁸⁶⁹

R v Crown Zellerbach kararda uyuşmazlığa konu olan yasa, federal yönetimin *Ocean Dumping Control Act* düzenlemesinin 4. maddesinin 1. fıkrasına ilişkindir. Burada, deniz gibi tatlı su olmayan yerlere, atık ve çöplerin atılmasının yasaklanması söz konusudur. Davada, British Columbia federe yönetiminin sınırları içerisinde bulunan sulara, atık boşaltan bir şirkete verilen lisansın, iptali söz konusu olmuştur. Burada şirketin lisansının federal yönetimin ilgili yasasından kaynaklandığı belirtilse de, bu lisansının yasa kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüş, şirket sorumlu tutulmuştur.⁸⁷⁰

Kararda asıl sorun, federal yönetimin denizlerde atıkların düzenlemesine ilişkin yasasının, federe yönetimlerin deniz sularına yapılan atıklara ilişkin yönetmeliğiyle uyuşmazlık çıkarmasıdır. Mahkeme, barış, düzen ve iyi yönetime ilişkin aynasal esnek hükümden kaynaklanan “ulusal çıkarlara” ilişkin konuların, “olağanüstü ya da ivedi” konulara ilişkin doktrininden bağımsız olduğunu ortaya koymuştur.⁸⁷¹

Burada, uyuşmazlığa konu olan bir yetkinin, “olağanüstü durumların” bulunmadığı alanlarda, yeni alanların ve orijinalde federe yönetimlerin yerel ve özel nitelikteki konularının, “ulusallık arz eden” bir konuya dahil edilebileceği belirtilerek, her iki doktrin birbirinden ayrılması sağlanmıştır. Mahkeme, ulusallık arz eden konular bakımından, “bir konu, teklik, ayırt edicilik ve bölünmezlik” arz ediyorsa, bunun federe yönetimlerin konularından ayrılacağını ortaya koymuştur. Bu uyuşmazlıkta, ulusallık arz eden, fakat ulusal olağanüstü durum kapsamında değerlendirilmeyen ilgili yasa geçersiz kılınmıştır.⁸⁷²

⁸⁶⁸ *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 SCR 373, İnternet Kaynak: <http://casebrief.me/casebriefs/reference-re-anti-inflation-act/>, Erişim Tarihi: 17-12-2012.

⁸⁶⁹ *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.* [1988] 1 SCR 4. P.24. İnternet Kaynak: <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/306/index.do>, Erişim Tarihi: 17-12-2012.

⁸⁷⁰ *R v Crown Zellerbach Canada Ltd.*

⁸⁷¹ *R v Crown Zellerbach Canada Ltd.* Prg. 27.

⁸⁷² *R v Crown Zellerbach Canada Ltd.* Prg. 57.

Bu açıdan bakıldığında, Kanada Yüksek Mahkemesi sıklıkla ulusal çıkarlara ilişkin doktrinini kullansa da, bunu belirli kılma noktasında daha sonraki kararlarının açıklayıcı olabildiği görülmektedir. Bu nedenle Mahkeme, federalizm açısından kritik öneme sahiptir. Mahkeme'nin, ulusal çıkarlar gerekçesiyle, öncelikle uyuşmazlığa konu olan yetki konusunda “federe yönetimlerin yetersizliği” doktrinini geliştirdiği görülmektedir. Kanada federasyonunda, Mahkeme'nin özellikle çevre konusundaki müdahaleleri, anayasaya uygunluk denetiminin sahip olduğu önemi vurgulamaktadır.⁸⁷³

Bu tür sorunların çözümü bakımından, anayasal ilke artık yetkilerin bırakıldığı yönetim düzeni olarak federal yönetimin sorumlu olmasıdır. Ancak Kanada Yüksek Mahkemesi, federal yönetimin bu yetkileri kullanmasında anahtar ilkenin, federe yönetimlerin “yetersizliği” olduğunu kabul etmiştir. Buradaki yetersizlik ölçütü, ortaya çıkan sorunun federe yönetimlerin sahip oldukları yetkilerinin ötesinde bir çözüm gerektirmesidir.⁸⁷⁴ Burada görüldüğü üzere, federe yönetimler tarafından ele alınabilecek bir yetkinin, federe yönetimler düzeyinde kullanılmasının gözetildiği görülmektedir. Kanımızca burada gözetilen ilke, yersellik ilkesinin (*subsidiarity*) ön plana çıkarılmasıdır.

Bu tür yetkiler, genellikle Anayasa'da öngörülme, çevre, havacılık, kirlilik ya da yayıncılık gibi konulara ilişkindir. Anayasa'da belirtilen artık yetkiler çerçevesinde bu yeni alanlar, federal yönetim lehine değerlendirilebilir, ancak bu alanlara ilişkin düzenlemelerin örtüşerek, federe yönetimlerin yetki alanlarına müdahale edilmesini de gerektirebilir.

Bunların dışında federal sistemlerde uluslararası konulara ilişkin yetkilerin federal yönetimler tarafından ele alınması genel bir tercih olarak görülmektedir. Ancak, bu yetkilerin uyuşmazlıklara konu olabilmesi de mümkündür. Yüksek mahkemelerin bu konudaki genel eğilimi dış ilişkiler ve uluslararası anlaşmalar gibi ulusallık arz eden konuların federal yönetimin yetkileri olarak açıkça ortaya konulması yönündedir.

Ancak, Kanada'nın belirli dönem federalizm davalarına bakan Privy Council'ın 1937 *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario* kararını burada aktarmak gerekir. Konsey bu uyuşmazlıkta, federe yönetimlerin kendi yetki alanlarında uluslararası anlaşmaların iç hukuka geçirilmesi bakımından yetkili olduğuna karar vermiştir.⁸⁷⁵ Burada uluslararası bir anlaşmanın federe yönetimlerin yetki alanlarında olması durumunda, bu anlaşmanın iç hukuka uygulanabilmesi için federe yönetimlerin

⁸⁷³ BAIER, *Courts and Federalism*, s. 165.

⁸⁷⁴ Kanada Yüksek Mahkemesi'nin ulusal sorun doktrinini kullandığı diğer kararlarından bazıları, *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348, *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.* P.24.

⁸⁷⁵ *Labour Conventions* davası olarak da bilinmektedir. Karar metni. *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario and Others*, *The American Journal of International Law*, Vol. 31, No. 2 (Apr, 1937), s. 348.

bir yasayla bunu kabul etmeleri gerektiğine işaret etmiştir.⁸⁷⁶ Federal sistemlerde uluslararası düzeydeki yetkiler karakteristik olarak federal yönetime verilmektedir fakat Konsey, bunun federe yönetimlerin “*özgün yapılarının önemli bir parçası*” olduğunu belirtmiştir.⁸⁷⁷

Hindistan Anayasası’nda, ulusal çıkarların gerekli gördüğü federal yönetime konularda sınırsız yetkiler verilmektedir. Hindistan Anayasası’nın 249. maddesinde, federe yönetimlerin münhasır yetki alanlarında, “ulusal gereklilikler” söz konusu olduğunda federal yönetimin düzenleme yapabilmesi mümkündür. Hindistan federal yönetimi Anayasa’nın 7. ekinde sayılan federe yönetimlerin münhasır yetkilerini (*State List*) ulusal çıkarlar nedeniyle kullanabilmektedir. Ancak buradaki federal yetkinin sınırsız olduğunu belirtmek doğru olmayacaktır. Nitekim federal yönetimin, federe yönetimlerin münhasır yetkilerini düzenlemesi için, Devletler Konseyi’nin üçte iki oyuyla söz konusu yetkinin, federal yönetim tarafından kullanılabilmesi için ulusal bir çıkar olup olmadığı yönünde karar vermiş olması gerekmektedir. Konsey’in bu şekilde verdiği karar en az bir yıl ya da daha fazla yürürlükte kalacaktır. Bu tür düzenlenmelerle, olağanüstü hallerle ilişkin düzenlemeler sisteme esneklik kazandırmak için kabul edilmiştir.

Bununla birlikte ABD Yüksek Mahkemesi’nin de sıklıkla “*ortak düzenleme ihtiyacı*” konularında birliği destekleme yönünde kararlar verildiği görülmektedir. *Cardwell v. American Bridge Co.* kararında ABD Yüksek Mahkeme’si, bu konudaki genel içtihadını değiştirerek, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin belirli koşullarda münhasır yetki olduğunu belirtmiştir. Kararda, federe yönetimlerin bu alanda yetki kullanabilecekleri ancak, “belirli bir konuda ulusal nitelikli düzenleme yapılması”, “tek biçimli (*uniformity*) düzenleme yapılmasının, tüm federe yönetimlerin eşit olarak etkilemesi bakımından” gerekli olması halinde sınırlanacağı belirtilmiştir.⁸⁷⁸

ALT, Yüksek Mahkeme’nin daha önce vermiş olduğu kararlardan hareketle, bir toplumun kürtaj ya da çocuklara ilişkin pornografik yayınların yasaklanması gibi konuları düzenleyebilmesi gerektiğini, bunun federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisiyle ya da bu konuların ekonomik boyutuyla ilişkilendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bu yönde federalizme ilişkin sınırlamaların, bu tür konularda federal yönetimin düzenleme yapması için uygun bir alan olmadığını belirtilmesi gerekmektedir. Yazar, bu alanların özel hayatın gizliliği veya ifade özgürlüğü gibi

⁸⁷⁶ Privy Council’in Kanada’da yetki uyumsuzlukları bakımından üstlendiği işleve ilişkin bir çalışma için bkz. KELLY, James B, MURPHY, Michael, *Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism: Canada’s Supreme Court as Meta-Political Actor*, **Publius**, Spring 2005, s. 219.

⁸⁷⁷ *A.-G. Can v. A.-G. Ont. [1937] A.C. 326, Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario and Others*, s. 357.

⁸⁷⁸ *Cardwell v. American Bridge Co.* - 113 U.S. 205 (1885) Page 113 U. S. 210.

anayasal hakların ihlal edilmeden, federe yönetimler tarafından düzenlenmesi gerektiğine işaret etmektedir.⁸⁷⁹

ABD Başkanı BUSH döneminde, federe yönetimlerin geleneksel yetkileri arasında bulunan kürtaajın düzenlenmesi konusu, federal yönetimin düzenlemeye çalışmasıyla ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümüne, Yüksek Mahkeme yargıçlarının bu konuya ilişkin tercihleri katkı koyduğu belirtilir. Bu yönde başkanların, federalizm davalarında kendi politikalarını gerçekleştirmek üzere yargıçları belirlemesi, sistemin en önemli problemi olarak kabul edilmektedir. Federalizm tarafsız bir dizi anayasal kurallardan başka bir şey olmadığı, ancak yargıçların ideolojileri ne olursa olsun bu ilkeye bağlı kalmalarının gerekliliği belirtilmektedir.⁸⁸⁰

Özellikle federe yönetim düzenlemelerinin, ulusal pazarın mal ve hizmetleriyle, maliyet ya da müdahale konusunda verimsiz eğilimler gösterdiklerinde, federal hukukun üstünlüğünden hareketle bu düzenlemeleri geçersiz kılmaya yöneldikleri görülmektedir.⁸⁸¹ Dolayısıyla ulusal ekonominin büyümesi yönünde engel olarak görülen federe yönetim yetkileri, ulusallık arz eden meseleler bakımından geçersiz kılınmaktadır.

Anayasal yetki paylaşımının, federal ve federe yönetimler arasında sert ya da esnek bir ayırım öngörmesinden ziyade, bu ayırımı yetki alanlarını daha “açık” belirtmekle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim her iki yönetim düzeni arasındaki ilişkiler, federasyon anayasalarının net olmasıyla sağlanabileceği genel bir kabul görmektedir.⁸⁸²

Yüksek mahkeme kararları genellikle, federal yönetimlerin istedikleri yasaları oluşturmaları yönündeki cesaretlerini arttırmaktadır. Mahkemeler, hiç bir zaman istikrarlı olarak federe yönetim haklarının savunucusu olmamıştır. Federe yönetimlerin egemenlikleri adına, önemli kararlar verdiği olmuştur; fakat, Mahkeme'nin genel eğilimi, kesinlikle federe yönetimlerin hakları üzerine değil, birlik vurgusu üzerine gelişmiştir.

Federal sistemlerde, ulusallık arz eden konular fazlalaştıkça, sistemin daha fazla bütünleştirici bir hale gelmesine neden olabilir. Dolayısıyla gitgide bütünleşen toplum

⁸⁷⁹Bu konulara ilişkin Yüksek Mahkeme kararları, *Ashcroft v. Free Speech Coalition* - 535 U.S. 234 (2002) çocuklara ilişkin pornografik materyallerin bulundurulması, yayımlanması gibi yasaklamalar getiren federal yönetim yasasının ilgili hükümleri ekonomik faaliyete ilişkin olmadığından iptal edilmiştir. P. 236. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/535/234/case.html>, Erişim Tarihi: 09-10-2011. ALT, *Defending Federalism*.

⁸⁸⁰ Aynı sorunun, federal yönetimin kürtaajı düzenleme yetkisinde de ortaya çıktığı belirtilmektedir. *Guns Free School Zones Act* ile federal yönetim federe yönetimlerin eğitim alanına müdahale edebilecek bir düzenleme yapmıştır. Mahkeme bunu, *US v. Lopez* kararıyla iptal etmişse de, kürtaaj konusunda yaşanan sıkıntılar aynı boyuttadır. Federal yönetimin kürtaaj konusunu düzenlemesi, eyaletlerarası ticareti düzenleme yetkisiyle bağdaştırılmıştır. Burada bir doktorun kürtaajı gerçekleştirmek için belirli bir bedel alması ve bunun ekonomik boyutu olduğu argümanı ileri sürülmüştür. Ekonomik boyutu olması, federal yönetimin yetki alanına girmesi için yeterli kabul edilse de, Mahkeme'nin *US v. Lopez* kararının burada da geçerli olması gerektiği yönündedir. ALT, *Defending Federalism*.

⁸⁸¹ NELSON, *Preemption*, s. 290 vd.

⁸⁸² Bu federal sistemlerin hukuksal yaklaşımlarla ifade edildiği teorilere ilişkin genel bir düşünce olmakla beraber bu teoride genel eğilim, federal sistemlerin, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından seçkin bir devlet biçimi olarak kabul edilmesidir. PAGANO, *In the Eye of the Beholder*, s. 10 vd.

yapısı içerisinde, aynı zamanda federalizmin çeşitlilik unsurundan da uzaklaşmaktadır. Bu durumda federal ve federe yönetimler arasında denge sağlamak hayli zor olabilecektir.

GAMPER'e göre, bu dengeyi sağlamak için, federal ve federe yönetimler arasında, ayrıca federe yönetimlerin kendi içlerinde homojenliğin minimum standartta olması gerekir. Bu yolla federasyonda denge sağlanabilecek, sistemin dağılmasına yol açabilecek uyuşmazlık ve çatışmalar önlenebilecektir.⁸⁸³

Amerika'nın anayasal kesin yetki paylaşımı ve çerçeve anayasaya sahip olması nedeniyle, federalizm davaları aracılığıyla Yüksek Mahkeme'nin manevra kabiliyetini arttırmış, yetki paylaşımı usullerinin anayasal ve yargısal olmak üzere iki farklı alanda tanımlanması gereğini ortaya çıkarmıştır.

Yönetimler arasında yetki uyuşmazlıkların ortaya çıkışı veya yetki paylaşımlarının uygulamada, anayasayla belirlenen listeden daha farklı bir biçim almasının nedenleri farklılık gösterebilir. Bu farklılıklar genel olarak, herhangi bir yönetime verilmiş münhasır yetkinin, yönetimin siyasi yorumu vasıtasıyla geniş yorumlanması; herhangi bir yetki alanında, "tekbiçimli" bir düzenleme ihtiyacı doğması; her iki yönetim düzenine bırakılmış yetki alanları olarak bilinen ortaklaşa yetkilerin kaçınılmaz bir şekilde örtüşmesi; her iki yönetim düzeninin münhasır ya da geleneksel olarak düzenlediği yetkilerin, diğer yönetim düzenin yetkileriyle örtüşecek kadar geniş olması; anayasada düzenlenmeyen yeni yetki alanlarının ortaya çıkması ve anayasada düzenlenmeyen veya eksik düzenlenen yetki alanlarının, anayasada federe yönetimlere bırakılması konusuna açık hüküm bulunmasına rağmen, yüksek mahkemeler tarafından bu konuda oldukça çekimser olmaları; yüksek mahkemelerin bu tür kararlarını destekleyecek esnek anayasal hükümler ve yetki paylaşımının kusurlu doğaları olarak ifade edilebilir.

Bunun dışında, federasyonun sosyolojik ve toplumsal boyutları bakımından, yetki paylaşımı listelerinin bugünkü karakterinde çok fazla değişikliğe neden olmayabilir. Bunları, federalizm olgusunun toplumun temeli bakımından yerleşik olmaması, toplumun temelinde farklılık unsurunun öneminin giderek kaybolmuş olması veya uluslarüstü birliklere bağlılık gibi unsurlara endeksli olduğunu ifade edebiliriz. Ancak bu alanın önemi, Kanada'da Quebec federe yönetiminin durumuyla değerlendirilebilir. Kanada'da asimetrik federalizm benimsenmesi ve sistemin merkezileşmiş federalizmden, merkezileşmemiş federalizme dönüşümü bakımından toplumsal farklılığın önemi büyüktür. Özellikle Kanada Yüksek Mahkemesi'nin ulusal çıkarlara

⁸⁸³ GAMPER, *Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court's Ruling on Direct Democracy in Vorarlberg*, s.45

ilişkin geliştirdiği doktrinlere karşın, bu doktrinlerin uygulanması bakımından daha sonraları belirli sınırlamalar ortaya koyduğu görülmektedir.

Aynı zamanda, sosyolojik bakımından bütünleşmiş federal sistemlerde, merkezileşme eğilimleri daha fazla kendisini göstermektedir. Bu nedenle sisteme ve yetki uyumsuzluklarının ortaya çıkması ya da çıkmamasına etki eden diğer faktörlerin de genel olarak çerçevesinin ifade edilmesi mümkündür.⁸⁸⁴

Anayasa yargısının genel işlevi anayasaya uygunluk denetimi yaparak anayasanın üstünlüğü ilkesinin sağlanmasıdır. Bazı federasyonlar bakımından federasyonların hakemi rolünün yanı sıra yüksek mahkeme federal yönetim hukukunun, federe yönetim hukukluklarına üstünlüğünü de denetlemektedir. Federe yönetim hukukunun ve özellikle federe yönetim anayasalarının “ulusal çıkarlar” nedeniyle federal yasalarla geçersiz kılınması gerçekten mahkemelerin yasama organlarının normları oluştururken neyi niyet ettiklerini araştırmaya yönelmektedir. Bu da federasyonlar bakımından yüksek mahkemelerin işlevini son derece hayati bir noktaya getirebilmektedir. Özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi’ne yöneltilen bu eleştiriler, hukuki realizm akımının etkisinden de kaynaklanmaktadır. Bu akımın etkisiyle, yargısal faaliyetlerin yaratıcılık boyutuna dikkat çekildiği ve yargıcın hukuku keşfetmekten çok onu yarattığı iddiası söz konusudur.⁸⁸⁵ Gerçekten de, federalizm davaları bakımından da yüksek mahkemelerin, anayasal yetki paylaşımını yorumlamada, yetki konularını federe yönetimler lehine daraltma konusunda oldukça yaratıcı olabilmişlerdir. Bu nedenle bir çok federal sistemde uygulamadaki yetki paylaşımı, anayasal olanla uyumsuzdur. Yargı organının yaratıcı doktrinleri vasıtasıyla uyumsuzlukları çözmesi, yetkilerin federal yönetimde toplanmasını sağlamaya yöneliktir. Bu yönde özellikle Common Law geleneğinde bulunan yüksek mahkemelerin, önemli doktrinler kurma ve uyumsuzlukları bunlar aracılığıyla çözüme konusunda ön plana çıkmaktadırlar. Bu da anayasa-dışı ya da anayasal yetki paylaşımı dışında yargısal kaynaklı yetki paylaşımı kataloglarının oluşmasına imkan sağlamaktadır.

Federal yüksek mahkemeler, özellikle federalizm konularında “merkeziyetçi” veya “ulusalçı” bir siyasi etki eğilimindedirler. Bunu da, uyumsuzlukların çözümünde yetkileri, genellikle federal yönetim lehine yorumlayarak ortaya koyarlar. Yüksek mahkemelerin “ulusalçı” bakış açılarını ifade eden BZDERA, “*stratejik ekonomik alana ilişkin yetkilerde ve iş gücü akışkanlığıyla ilgili bireysel haklarda belirgin olarak ortaya çıktığını*” ifade etmektedir.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ Bu konudaki değerlendirmeler, genel olarak Yetki Uyuşmazlıkların Etki Eden Diğer Faktörler başlığında ifade edilecektir.

⁸⁸⁵ Hukuki Realizm ve siyaset bilimi teorilerinin yargı ve yüksek mahkemelerle olan ilişkisi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. ERGÜL, *Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s.14 ve 19 vd.

⁸⁸⁶ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 27.

Yargının bu merkezîyetçi ve ulusalcı görüşlerinin, mahkemelerin örgütlenmelerinden de kaynaklandığı ifade edilir. Mahkemelerin kurumsal yapı ve örgütlenme anlamında federal yönetime sıkıca bağlanmış oldukları belirtilir. Federal yönetimin mahkemelerin oluşumundan, idaresine, bütçesinden iç prosedürlerine ve en önemlisi yargıçların seçilmesine kadar her alanda yetki sahibi olduğu görülmektedir. BZDERA, yüksek mahkemelerin talep ettikleri yargı bağımsızlığı derecesinin dahi, federal yönetim tarafından tanındığı ve bunun, federal yönetimin kendi siyasi çıkarının bir fonksiyonu olduğunu ifade etmiştir.⁸⁸⁷

e. Zımnî ve Yan Yetkilere (*Implied/Incidental*) İlişkin Uyuşmazlıklar

SAGAR, yetki paylaşımı katalogları ne kadar ayrıntılı ve özenle hazırlansalar da, federal ve federe yönetimlerinin yetkileri arasında örtüşme ya da çatışma çıkmasının kaçınılmaz olduğunu ifade eder.⁸⁸⁸

Federal yönetim, var olan bir yetki alanı içerisine başka bir yetki alanını dahil ederek, bu alanı genişletebilir ama bunun önemli bir sonucu, söz konusu alanın federal yönetim için “yeni bir yetki türü” ortaya çıkarmasıdır. Bununla birlikte, anayasal yetki paylaşımında yer almayan bir yetki konusu da, aynı şekilde yönetim düzenlerinden birinin yetki alanına dahil edilmektedir. Burada, artık yetkilere ilişkin bölümün nasıl yorumlandığı önemlidir. Zira artık yetkiler, anayasada sayılmayan yetkilerin dışında kalan tüm yetkileri, lehine benimsenen yönetim düzenine bırakılmasını gerektirir.

Anayasal yetki paylaşımında değişiklik yapılması, anayasanın değiştirilmesi yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi yetki paylaşımı katalogunun yorumlanmasıyla da değişime uğramaktadır. Bununla birlikte, yetki alanlarının federal veya federe yönetimler tarafından yorumlanması siyasi bir yorumlama olarak kabul edilir. Siyasi yorumlama, yönetimlerin yetki alanlarına ilişkin düzenlemelerinin özellikle ortaklaşa yetkiler, mevcut yetki alanlarının veya ortaya çıkan yeni yetki konularının kendi özerk alanları içerisinde tasarruf edilmesine de bağlıdır.⁸⁸⁹

Yüksek mahkemeler ise zaman zaman, yeni yetki alanlarında federal yönetimlerin yasal girişimlerini teşvik etmekte ve çoğunlukla da federal yönetimlerin merkezîyetçi ve ulusalcı yasal girişimlerini sınırlamamaktadırlar.⁸⁹⁰

Yeni yetki alanlarına karakteristik olarak verilecek örnek, ima edilen ya da zımnî yetkiler (*implied powers*) olmalıdır. Bu yetki türü, ABD Yüksek Mahkemesi’nin, *McCulloch v. Maryland* davasında MARSHALL tarafından ortaya çıkarılmıştır. Başyargıç, Anayasa’yı yorumlayarak federal yönetimin Anayasa’da belirtilmeyen *zımnî*

⁸⁸⁷ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 28.

⁸⁸⁸ SAGAR, *Federal Supremacy and the Occupied Field*, s. 3.

⁸⁸⁹ SWENDEN, *Regionalism and Federalism in Western Europe*, s. 45.

⁸⁹⁰ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 28.

ya da *ima edilmiş* yetkileri olduğuna karar vermiştir.⁸⁹¹ MARSHALL, söz konusu kararıyla federal yönetimin yetki alanlarının bir kaç alanda genişlemesini sağlamıştır. Bu yönde kararda; “mali federalizm”, “federal hukukunun üstünlüğü”, “federal yönetimin, “*gerekli ve uygun*” gördüğü her alanda düzenleme yapabileceği” ve “birlik” ilkesine vurgu yapılmıştır.⁸⁹²

Zımnî yetkiler, federal yönetimin Anayasa’da belirtilen diğer yetkilerini yerine getirebilmesi adına, kendisine açıkça verilmemiş diğer yetkileri de kullanabilmesini ifade etmektedir. İma edilen yetkiler, gerek yetki paylaşımının, gerekse esnek diğer anayasal yetki başlıklarının yorumlanmasından ortaya çıktığı görülmektedir. Bu yetkiler, anayasalarda federal yönetime açıkça verilmiş yetkilerinin haricinde, ayrı bir yetki alanı olduğu ve ülkenin değişen gereksinimlerini sağlamak üzere kullanılacaktır.⁸⁹³

ABD Yüksek Mahkemesi’nin zımnî yetkilere ilişkin kararı, Anayasas’da açıkça belirtmediği halde, federal yönetimin bankalar oluşturması ve Maryland federe yönetiminin, kendi yetkilerinden kaynaklanarak federal yönetimin oluşturduğu bir kurumu vergilendirip vergilendiremeyeceği tartışılmıştır.⁸⁹⁴

MARSHALL zımnî yetkiler prensibiyle, geniş yorumlanabilecek bir yetkiler alanı yarattığı gibi, ironi olarak bu yetkileri Anayasa’nın geniş yorumlanabilecek şeffaf bir düzenlemesi olan federal yönetimin yetkilerini yerine getirmek üzere “*gerekli ve uygun*” tüm yasaları yapabileceğine ilişkin kurala dayandırmıştır. Burada, esnek bir hükümden hareketle, esnek başka bir yetki alanının yaratılması söz konusudur. Bu da federal sistemlerin hukuksalıcı ya da anayasal yaklaşımları bakımından önemli bir ikilem olarak görülebilir.

Mahkeme, Maryland federe yönetiminin federal yasayla kurulan federal bir kurumu vergilendiremeyeceğine karar vermiştir. Federal yönetimin, bankalar oluşturabilmesine dair yetkisinin, kendisine emanet edilen diğer yetkilerinin, amaçlarına ulaşılabilmesi için ortaya çıkabileceği belirtmiştir.⁸⁹⁵

Üstelik burada MARSHALL, federal yönetimin “vergilendirme veya ticareti düzenleme yetkilerini”, “yok edici” yetkiler olarak ifade etmiştir. Maryland federe yönetiminin ilgili yasası, anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bu

⁸⁹¹ CROMPTON, Samuel W, **Great Supreme Court Decisions: McCulloch v. Maryland : Implied Powers of the Federal Government** , Chelsea House Infobase Publishing, 2007, USA, s. 45-47.

⁸⁹² *McCulloch v. Maryland: 17 U.S. 316 (1819), Marshall Court (1812-1823)*Kararı için Ayrıca bkz. İnternet Kaynak: <http://www.lawnix.com/cases/mcculloch-maryland.html>, Erişim Tarihi: 20/07/2010.

⁸⁹³ Örneğin, Kongrenin kâğıt para basması için kendisine verilmiş bir yetkisi yoktur fakat böyle bir yetki, Anayasası’nın 1. maddesinin 8. bölümünde federal yönetime borç alma ve madeni para basma yetkisi verilmiş olduğundan hareketle dolaylı olarak vardır. PELTASON, **Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı** , s. 67.

⁸⁹⁴ *McCulloch v. Maryland: 17 U.S. 316 (1819)*.

⁸⁹⁵ VILE, John R, **Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law** , Fifteenth Edition, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, New York- UK, s. 28.

değerlendirmeye zımni yetkilerin ortaya çıkmasının yanı sıra, kararda, federal hukukun üstünlüğü ilkesi de uygulanmıştır.

MARSHALL, federal yönetim yasalarının üstün olduğunu, bunların federe yönetimlerce kontrol edilemeyeceğini belirtmektedir. Eğer federe yönetimler, federal yasaları denetlemeye ya da düzenlemeye yeltenirlerse, bu, Anayasa'nın ve federal yönetimin önemini yitirmesine neden olacaktır.⁸⁹⁶

Esnek hükümlerden hareketle oluşturulan yeni yetki alanlarının, asıl olarak artık yetkiler kapsamında gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak buradaki kararda, federe yönetimlerin artık yetkilerinin (AY. 10. Değişiklik), federe yönetimlere “*aittir-ayrılmıştır*” ibaresinden önce, “*açıkça-münhasır*” ifadesinin yer almadığı, dolayısıyla Anayasa'da böyle bir sınırlamanın bulunmadığı ortaya konulmuştur. Mahkeme, federal yönetimin zımni yetkileri bakımından federe yönetimlerin artık yetkilerinin sınırlanma getirmediğine ve federal yönetimin bu tür yetkilerinin engellenemeyeceğine karar vermiştir.⁸⁹⁷

Federe yönetimlere bırakılan artık yetkiler, federal yönetimin “zımni yetkilerini” kullanmasını engellemeyecektir. Dolayısıyla, artık yetkilere ilişkin belirttiğimiz belirsizlik sonucunun, burada açıkça ortaya konulduğu açıktır. Federe yönetimlerin artık yetkilere sahip olmasının, federal yönetimin tartışmalı zımni ortaklaşa veya münhasır yetkilerinin yanı sıra, zımni yetkileri bakımından da bir engel oluşturmamaktadır. Burada ayrıca her türlü uyuşmazlığın çözümünde, federal hukukun üstünlüğü ilkesinin bir çerçeve dayanak olarak ortaya konulduğu da görülmektedir.

Hatorlanacağı üzere, Amerikan federasyonunda zımnilik olgusu sadece bu tür yetkilerin ortaya konulmasıyla sınırlı değildir. Geçersiz bırakma ilkesiyle, federal yönetimin oluşturduğu bir yasada, federe yönetimlerin ilgili alandaki tüm mevzuatlarının federal mevzuata uyması ve federe yönetimlerin bu alanda artık düzenleme yapamayacaklarına ilişkin “açık bir kaydının” bulunmadığı durumlarda da, Mahkeme, bu alanın zımninden geçersiz bırakıldığına kendisi karar verebilmektedir. Ancak bu durumun ironik olarak, federal yönetimin zımni yetkilerine ilişkin alanlarda da ortaya çıktığı görülmektedir. Kısacası federal yönetimler zımni yetkileri kapsamında oluşturdukları yasalarda, açıkça o alanı geçersiz bıraktıklarına ilişkin kayıt eklemeseler de, bu zımni yetki alanı Mahkemelerce zımninden geçersiz bırakılabilmektedir. Burada ikinci bir zımni yetki uygulaması ortaya çıkmaktadır.

⁸⁹⁶ VILE, *Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*, s. 28-29.

⁸⁹⁷ Implied ya da zımni yetkilere ilişkin verilmiş kararlara örnek olarak, *Everard's Breweries v. Day* - 265 U.S. 545 (1924); *Merrill v. Monticello* - 138 U.S. 673 (1891); *Jacob Ruppert v. Caffey* - 251 U.S. 264 (1920); *United States v. Hudson* - 11 U.S. 32 (1812); *Hamdi v. Rumsfeld* - 03-6696 (2004); *Osborn v. Bank of the United States* - 22 U.S. 738 (1824); *In re Neagle* - 135 U.S. 1 (1890). Ayrıca benzeri kararlar için Jusita Supreme Court Bilgi Bankasına bakılabilir. İnternet Kaynak: <http://law.justia.com/lawsearch/?query=%22implied+powers%22&dataset=supreme-court&page=3>, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

Bu tür durumlarda, ikinci bir zımni geçersiz kılma (*implied preemption*) ilkesi yaratılmayacağına işaret edilerek, bu durumda, federal yönetimin sessiz kalmasının, mahkemeler bakımından geçersiz bırakma olarak anlaşılmasının yanlışlığı doktrinde fazlasıyla eleştirilere neden olmaktadır.⁸⁹⁸

Bu yönde, federal yönetimin zımni yetkilerini destekleyen görüşlerde mevcuttur. NOONAN'a göre, *McCulloch v. Maryland* davasında MARSHALL başkanlığındaki Yüksek Mahkeme, Anayasa'da federal yönetimin "sayılmış ya da açıkça verilen yetkilerini" tefsir etmişlerdir. Federal yönetimin zımni yetkilerinin, açıkça verilmiş yetkilerinin başarılı bir şekilde yerine getirebilmesi ve uygulayabilmesi için her türlü yasayı oluşturabileceği, yani bu yönde istediği yetkileri kullanabilmesi için herhangi bir yasayı yürürlüğe koyabileceği anlamına gelmektedir.⁸⁹⁹

Yeni yetki alanlarının yaratılması, aynı zamanda ortaya çıkan yeni yetki konularını da kapsamaktadır. Anlaşılacağı üzere bu konu, büyük oranda artık yetkilere de ilişkindir. Artık yetkiler federe yönetimlere bırakıldıysa, doğaları gereği bunların federal yönetime bırakılmayan her yetkiyi kapsamasını gerektirir. Ancak, zaman içerisinde gelişen yeni yetki konularının, hangi düzeyde ele alınabileceğinin tespiti oldukça zordur. Mahkemeler bu durumu, zamanın koşullarına göre yorumlama eğilimindedirler.

Bu yönde başka bir örnek olarak, federal yönetimi eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisi, aynı zamanda "*su yollarını düzenleme, işveren ve işçilerin sendikal haklarına yönelik düzenleme yapma*"⁹⁰⁰ gibi bir çok alanda yeni yetki türlerine yayılmıştır.

Bunun yanı sıra Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da, anayasa dışı (*extra-constitutional*) olarak ifade edilen kararlarının bulunduğu görülmektedir. Bunların ise, merkezileşmenin daha fazla ön plana çıkmasına neden olduğu belirtilir. Mahkemenin bu yönde, yönetim düzenleri arasındaki işbirliği federalizmi yerine, merkezileşme eğilimlerine destek olabilecek, "*federal samimi davranış*" (*bundesfreundliches Verhalten*) gibi anayasa bulunmayan bir takım ilkeleri örnek olarak gösterilmektedir. Aynı şekilde Mahkeme'nin bu yönde oluşturduğu "*federal nezaket*" (*Bundestreue*)

⁸⁹⁸BAIER, *Courts and Federalism*, s. 160-165.

⁸⁹⁹ Yazarın çalışması federasyonlara ilişkin olarak federe yönetimlerin egemenlikleri haklarının savunulmasında başka bir yönü ifade etmektedir. Yazar, ulusal yasaların federe yönetim özerklikleri nedeniyle uygulanmamasından doğan uyumsuzlukları ve bunun en önemli tespiti olarak kişi hak ve özgürlükleri bakımından değerlendirmesini içermektedir. Çalışmaya ilerleyen bölümlerde daha fazla yer verilecektir. NOONAN, John Thomas, *Narrowing The Nation's Power : The Supreme Court Sides With The States*, University of California Press Berkeley and Los Angeles, California, USA, 2002, s. 4-5.

⁹⁰⁰ Bu alanların sayısı artırılabilir. Örneğin HASDAY, Aileye ilişkin federal yönetim düzenlemelerini şu şekilde örneklendirir. No Child Left Behind Act ile eğitimin düzenlenmesi, Clean Air Act ile arazi kullanımı ve kirletici boşaltım sistemlerine ilişkin düzenlemeler, Endangered Species Act ile belirli hayvan tür ve ortamlarının korunması, Hobbs Act ile çoğu market soygunlarının hukuki sonuçlarının federalleşmesi gibi. HASDAY, Jill Elaine, *Federalism and the Family Reconstructed*, *UCLA Law Review*, Vol: 45, 1998, s. 1297.

ilkesi, ortaklaşa eylemler üzerinde federe yönetimlerin özerkliklerini sınırlamak amacıyla kullanmıştır.⁹⁰¹

Mahkeme'nin, bir federal yetkinin belirli gereksinimleri olduğunu ifade ederek, yargı kararlarında “*siyasi bir mesele*” ifadesini sıklıkla kullandığı da belirtilir.⁹⁰² Bu yolla, federal yönetime geniş bir takdir marjı bıraktığına işaret edilmektedir. ERK, Alman Anayasa Mahkemesi'nin sonraki kararlarında da, bu tür anayasa dışı kavramlarla federal yönetimin yetki alanlarını genişletmeyi sürdürdüğünü ifade etmektedir.⁹⁰³

Alman Anayasa Mahkemesi, bunun bir adım ötesine geçerek, federal yönetime yeni yetki alanları yaratacak biçimde Anayasa'da birkaç örtülü ya da zımni federal yetki olduğuna karar vermiştir. Böylelikle Mahkeme, federal yasaların kapsamını genişletmiştir. Mahkeme bu yetkileri ortaya çıkarırken, “*maddenin doğasından*”, “*çözumsuz bir konu bağlantısı*” ve “*belirli bir yetki için önemsiz ek düzenleme ihtiyacı*” gibi kavramlardan hareket etmiştir.⁹⁰⁴

Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin de, zımni yetkilere ilişkin içtihadını çok uzun zamandır ortaya koyduğu görülmektedir. Mahkeme *R. v. Kidman and Others* kararında, federal yönetimin “Anayasayla kazanılmış herhangi bir yetkisinin yürütülmesindeki arazi konularda (*incidental*)” yetkisi olmasına (AY. m. 51. f. xxxix) ilişkin esnek hükümden hareketle, federal yönetimin zımni yetkileri olduğuna karar vermiştir.⁹⁰⁵ Mahkeme, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde zımni yetkileri, federal yönetim alanlarını genişletme yönünde sıklıkla kullanmıştır.⁹⁰⁶ Avustralya Yüksek Mahkemesi *Victoria v. The Commonwealth and Hayden* kararında ise, federal yönetimin “ulusallık arz eden” konular bakımından da “zımni yetkileri” olduğuna karar vermiştir.⁹⁰⁷

Mahkeme'nin, *D'Emden v Pedder* kararı, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *McCulloh v Maryland* kararına atıfta bulunarak, Tasmanian federe yönetimin *Stamp Act*, düzenlemesinin, federal yönetimin *Audit Act* düzenlemesini engellediği, bu yönde federal yönetimin söz konusu yasayı oluşturmaya ilişkin yetkisinin, zımni bir yetki olarak, diğer yetkilerinden kaynaklandığını ifade etmiştir. Bu kararda ise federal yönetimin zımni yetkilerinin, Anayasa'nın başkaca hükmünde yer alan “*barış, düzen ve iyi yönetim*” (AY. m. 53) adına yapıldığını belirtmiştir.⁹⁰⁸ *McCulloh v Maryland*

⁹⁰¹ LEONARDY, Uwe, *The Institutional Structures of German Federalism*, [Electronic ed.], Working papers, Friedrich-Ebert-Stiftung, London Office, 1999, İnternet Kaynak: <http://library.fes.de/fulltext/bueros/london/00538toc.htm>, Erişim Tarihi: 12-11-2012.

⁹⁰² Bu konudaki yargı kararları bakımından örnek olarak *BVerfGE 111, 226; BVerfGE 112, 226*.

⁹⁰³ ERK, *Explaining Federalism*, s. 60.

⁹⁰⁴ *BVerfGE 111, 226; BVerfGE 112, 226*. HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 16.

⁹⁰⁵ *R v Kidman* [1915] HCA 58; 20 CLR 425, 1915, İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1915/58.html>, Erişim Tarihi: 09-12-2011. Avustralya Anayasası için bkz. İnternet Kaynak: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/s51.html, Erişim Tarihi: 09-12-2011.

⁹⁰⁶ WILLIAMS, MACINTYRE, *Commonwealth Of Australia*, s. 19.

⁹⁰⁷ *Victoria v Commonwealth* [1975] HCA 52; (1975) 134 CLR 338 (29 October 1975), İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1975/52.html>, Erişim Tarihi: 09-12-2011.

⁹⁰⁸ *D'Emden v Pedder* [1904] HCA 1; (1904) 1 CLR 91 (24 February 1904), İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1904/1.html?stem=0&synonyms=0&query=D'Emden%20v%20Pedder>, Erişim Tarihi: 09-12-2011.

davasında da federal yönetimin, “gerekli ve uygun” yasaları yapabileceğine ilişkin esnek hükmünden hareketle federal yönetimin zımni yetkiler alanı oluşturulmuştu. Dolayısıyla Avustralya’da da federal yönetime yetkilerin aktarılmasında kullanılan bir diğer esnek hüküm, yetki paylaşımı kataloğunda sayılmayan “barış, düzen ve iyi yönetim” hükmüdür.

Daha önce, artık yetkilere ilişkin eleştirimizi ifade ettiğimiz üzere bu konunun, Avustralya’da geçerli olduğu görülmektedir. Burada da artık yetkiler federe yönetimlere bırakılmasına rağmen bunların, artık geçerliliği olmayan bir yetki türü haline geldiği belirtilmektedir.

Ayrıca ABD Yüksek Mahkemesi’nin zımni yetkiler ya da zımni geçersiz bırakma ilkeleri gibi, Avustralya federasyonunda da bir çok “zımni” prensibi oluşturarak, federal yönetime yetkileri aktarmak üzere kullanmıştır. Mahkeme’nin zımni yetkilerin yanı sıra bu kapsamda üretilen ilkelere örnek olarak, zımni yasaklama (*implied prohibition*), zımni arızı-yan yetkiler (*implied incidental power*) ve açık arızı-yan yetkiler (*express incidental power*) şeklinde belirtilmiştir.⁹⁰⁹Bu doğrultuda *Melbourne Corporation v. The Commonwealth and Another* kararında Mahkeme, federal yönetimin zımni yetkileri üzerindeki esaslı sınırlamaların, ancak zımni yasaklamalar olabileceğini belirtmiştir.⁹¹⁰

Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin, tıpya ABD Yüksek Mahkemesi’nde olduğu gibi federal yönetimin “zımni yetkilerine” iki katlı bir ağırlık verdiği görülmektedir. Mahkeme, zımni federal yetkilere, zımni arızı yetkileri de eklemiştir. Bu yetki alanının, ayrı bir yetki başlığı olmadığı, bunun yerine, “*federal yönetime yorumlanarak verilen her yeni yetkinin, yerine getirilmesi adına makul olarak gerekli yan güçler*” olduğu belirtilmektedir.⁹¹¹ Kısacası, federal yönetimin anayasada sayılan yetkilerinin belirsiz yan yetkilerine (AY. m. 51 f. xxxix) sahip olduğu gibi, Anayasa’da sayılmayan belirsiz zımni yetkilerinin de, aynı şekilde belirsiz yan yetkileri olduğu ortaya konulmuştur.

Bu yönde Mahkeme *Grannall v. Marrickville Margarine Proprietary Limited* kararında, her yasama yetkisinin kendi içerisinde, o yetkiye ilişkin olarak yan ya da arızı konularda yasalar oluşturma yetkisini taşıdığına da karar vermiştir. Kararda, federal yönetimin gerek açık, gerekse zımni yetkilerine ilişkin *yan ya da arızı* yetkileri bulunduğuna işaret etmiştir. Mahkeme *zımni arızı yetkilerin*, “*federal yönetimin söz konusu yasaları oluştururken amacını yerine getirebilmesi için gerekli olan yan yetkiler*” olduğunu belirtmiştir.⁹¹²

⁹⁰⁹ ONG, D. S. K., *The Federal Balance: The Australian Constitution and Its Implied Power, Implied Prohibition and Incidental Powers*, **Melbourne University Law Review**, Vol. 14, December '84, s. 661.

⁹¹⁰ *Melbourne Corporation v. The Commonwealth and Another* (1947) 74 C.L.R. 31. İnternet Kaynak: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1947/26.html>, Erişim Tarihi: 09-10-2011.

⁹¹¹ ONG, *The Federal Balance*, s. 680.

⁹¹² ONG, *The Federal Balance*, s. 681.

Zımnî yetkilere ilişkin yetki alanlarının, Kanada Yüksek Mahkemesi'nde de federal yönetim lehine geliştirildiği görülmektedir. *Cooligan v. British American Bank Note Company* davasında Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 91. maddesinde sayılan mülkiyet ve medeni haklara ilişkin yetkinin, zımnî yetkiler doğurduğuna karar vermiştir. Mahkeme federal yönetimin bu yetkisinden hareketle, “en geniş anlamda alt bölümlerini içerisinde barındıran bir yönü olduğu gibi”, “bu yetkinin etkin bir şekilde kullanılabilmesi” ve “yetkinin pratik sonuçları” nedeniyle *zımnî ya da arızı (incidental)* yetkileri bulunduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla bu tür zımnî ya da dolaylı yetkilerin, federal yönetimin münhasır olarak belirtilen yetki konularında, kendi politikalarını uygulamasına yardımcı olabilecek arızı yetkiler olduğuna işaret edilmiştir. Mahkeme, bu tür zımnî yetkilerin, “*federal yönetimin münhasır yetkileriyle ilgili olmadığı düşünülse dahi*” bulunabileceğine karar vermiştir.⁹¹³

Bununla birlikte Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin de, yetki uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarındaki yorum yöntemi eleştirilmektedir. Mahkeme, belirli bir konunun federal yönetime mi, yoksa federe yönetimlere mi ait olduğu konusunda, oldukça detaylı yorumlamalar geliştirdiğinden, bu konuda istenilenden fazla içtihat ortaya koymuştur. Bu nedenle anayasal yetki paylaşımı, bir yargıç yapımı “yorum” alanı haline gelmiştir. GAMPER, bu soyut anayasal terminolojinin, muğlaklığı zenginleştirdiği ve yorumun anlamının ötesinde, daha fazla yetki tahsisi geliştirip, belirlediğini ileri sürmektedir.⁹¹⁴ Bu nedenle Mahkeme'nin, federalizm davalarına ilişkin geliştirmiş olduğu kararlara kısaca değinmek gerekir.

Avusturya Anayasa Mahkemesi, yetki paylaşımının yorumlanması konusunda soyut bir dizi kural geliştirmiştir. Anayasa'nın yetkilerin yorumu konusunda “belirsiz” olması nedeniyle, Mahkeme, kendi kurallarına göre bu açığı telafi etmektedir. Bu kurallar, oldukça eleştirilmekle beraber, federal anayasa koyucuları tarafından yeni kurallar oluşturana kadar geçerlidirler.⁹¹⁵

Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin geliştirmiş olduğu iki yorum başlığını belirtmek gerekir. Bu yönde Mahkeme ilk olarak, yetkilerin “organik” ya da “özgünlük” (*petrification of powers*) yöntemini geliştirdiği görülmektedir. Bu yorum, objektif bir tarihsel yorum tekniği olarak ifade edilebilir. SAGAR bu yorum yöntemini, özgüncülük (*originalism*) kapsamında değerlendirmektedir.⁹¹⁶ Bilindiği üzere, tarihsel yorum yönteminde, “*yasa koyucunun gerçek iradesini (amacını) keşfetmek*” amaçlanmakta ve bu yönde, “*yasanın yapıldığı sıradaki tarihsel malzemelerden*”

⁹¹³ *Cooligan v. British American Bank Note Company* 1980 CanLII 4 (CHRT), İnternet Kaynak: <http://canlii.ca/t/1g8h8>, Erişim Tarihi: 09-12-2010.

⁹¹⁴ GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria* , s. 13.

⁹¹⁵ GAMPER, Anna, *On the Justiciability and Persuasiveness of Constitutional Comparison in Constitutional Adjudication* , **Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, Vol.3, 2009, s. 162.

⁹¹⁶ SAGAR, *Constitutional Interpretation in Federations and its Impact on the Federal Balance* , s. 11.

faydalanılmaktadır.⁹¹⁷ Avusturya Anayasa Mahkemesi, temelde yetkilerin özgün anlamını ortaya çıkarmak için, yetki paylaşımı kataloğunun yürürlüğe girdiği 1925 yılına odaklanarak, aynı yorum yönetimden hareket etmektedir.

Mahkeme bu yöntemle, belirli bir yetkiye ait konunun yürürlüğe girdiği zaman geçerli olan kanun, yargı kararları ve doktrininin (*organik yorumda kullanılan ölçü normlar*) yönelimlerini tespit etmeye çalışmaktadır. Mahkeme, yetki paylaşımı kataloğunun 1925 yılında yürürlüğe girdiğini ve bir konunun yürürlüğe girdiği dönemde, tipik olarak konunun ait kabul edilen hususları içermektedir.

Teori, yetki paylaşımı kataloğunun, yürürlüğe girdiği zamanın hukuk sistemi tarafından kabul edilen sınıflandırmalar çerçevesinde yorumlanmasını öngörmektedir. Bu yorumlama, 1925 yılında yani yetki paylaşımı kataloğunun yürürlüğe girdiği dönemde var olan federe yönetim hukukuna bakarak yapılır. Böylelikle, federal sistem kurulduğunda benimsenen biçimi devam ettirilmektedir.⁹¹⁸

Anayasa'nın yetki paylaşımı yürürlüğe girdiğinde, hukuk sistemine göre medeni hukuk konusunda, medeni ve medeni usul hukuku ya da medeni hukukun, yürütülmesine ilişkin alanlar içermekteydi. Burada, yeni kurallar eklenebileceği ancak bunların, medeni hukuk ve medeni usul hukuku veya medeni hukukun yürütülmesine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde dahil olabileceği belirtilir.⁹¹⁹ Genelde bu teori, federe yönetimlerin artık yetkileri için, federal yönetim lehine kullanılmaktadır. Böylece medeni hukuk alanındaki yetkiler, 1925 yılında medeni hukukun tanımı yanıtlayan yasaların alanlarını kapsamaktadır.⁹²⁰

Örneğin Su Yasası, genel anlamda federal yönetimin bir yetkisidir. Ancak Mahkeme uyuşmazlık konusunun, bu kapsamda kabul edilecek bir yetki olup olmadığını tespit etmek için öncelikle, yetki paylaşımının yürürlüğe girdiği dönemde, varsa yargı kararları ve akademik çalışmaları inceler ve o dönemin su hukuku kapsamını ortaya çıkarır. Böylelikle uyuşmazlık konusunun içeriğinin, yürürlüğe girdiği zamanki "su yasası" kapsamında olup olmadığını ortaya koymaya çalışır. Eğer olumlu bir bağlantı ortaya çıkarsa, uyuşmazlık konusu yetki, federal yönetime ait olup, anayasal yetkiler arasında kabul edilir. Eğer Mahkeme tarihsel yorum aracılığıyla, herhangi bir bağlantı bulamazsa, bu yetkinin federal yönetime ait olmadığını, bu nedenle iptalinin söz konusu olacağına karar verecektir.⁹²¹

Bu teorinin önemli boyutu, sadece sayılan yetkilere ilişkin olarak kullanılmasıdır. Avusturya Anayasası'na bakıldığında ise, sayılan ve münhasır olarak verilen yetkilerin federal yönetime ait olduğu görülecektir. Bu teorinin yanlış yorumlanması halinde, yeni

⁹¹⁷ AKTAŞ, Sururi, *Hukukta Yorum Çabaları*, EÜHFD, C. XV, 2011, s. 13.

⁹¹⁸ GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria*, s. 13.

⁹¹⁹ *oVerfGH, Erk Slg 5 534/1967*, p. 331. TAYLOR, *Characterisations in Federations: Six Countries Compared*, s. 99 vd.

⁹²⁰ TAYLOR, *Characterisations in Federations: Six Countries Compared*, s. 99 vd.

⁹²¹ GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria*, s. 16.

ortaya çıkan bir yetki türünün, federe yönetimlerin artık yetkiler kapsamında kabul edilmeden, federal yönetimin bir yetkisi olarak görülebilecektir.⁹²² Bununla birlikte bu tür bir özgün yorumun, somutlaştırma anlamına geldiği ve anti-merkeziyetçi etkilerinin belirgin olduğu ileri sürülür. SAGAR bu teorinin, “*numaralandırılan federal yetkilere izin vermeyerek, federe yönetimlerin egemenliklerini korumak için muazzam bir şekilde*” yorumlanabileceğini belirtir.⁹²³ Bunun temel nedeni, bu teoriyle yeni ortaya çıkacak yetkilerin, federal yönetim lehinde teleolojik bir dahil etmesi, bu yöntem tarafından kabul edilemez.⁹²⁴

Ancak Mahkeme, federal yetkilere ilişkin “organik ya da özgün” yorumunu, federe yönetimlerin çıkarları açısından bir güvence olarak uygulasa da, bunu “sistem içi gelişim” (*inter systemic development*) yöntemiyle ilişkilendirerek, federe yönetimlerin aleyhine yorumlayabilmektedir.

Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin oluşturduğu “sistem içi gelişim” başlığına göre, bir yetki doğrudan özgün yetki başlığına girmediği ve federal hukukla, özgün yetki arasında yakın bir ilişki olduğu sürece federal yönetimin o alanı düzenlemesi söz konusudur. Böylelikle Mahkeme, organik yetkiler altında değerlendiremediği yetkileri, sistem içi gelişim yetkileri içerisine dahil ederek, federal yönetime bırakacaktır.⁹²⁵

Sistematik içi gelişme, özgünlük materyalleri içerisinde bulunmayan bir düzenlemenin bulunduğu yetkiye, “*yakın ve sistematik bir ilişki*” bulunursa, Mahkeme bu durumda açıkça sayılan yetki olduğunu kabul ederek, federe yönetimlerin artık yetkisini uygulanamayacağına karar verecektir. Bu yüzden yöntemin, Bu yöntem oldukça federal bir yetkilerin artması ve böylece merkezileşme için teşvik etmektedir.⁹²⁶ Bununla birlikte Avusturya Anayasa Mahkemesi bu konuda, açıkça anayasal bir kaynağı olmayan “*karşılıklı gözetim prensibi*” geliştirmiştir.⁹²⁷

Federasyonlarda, yasama organının kendi yetki alanlarını zorladığı zaman, federasyonun yapısında ciddi değişiklikler meydana gelmektedir. Federasyonun yapısında, yasama organının kendi yetki alanlarını aşmalarıyla başlayan bu değişim, mahkemelerin uygun bulması veya reddetmesiyle evrimini somutlaştırır. Bu bağlamda söz konusu değişikliklerin, bir bakıma resmileşerek, meşruiyet kazanırlar.⁹²⁸

Anayasal yetki paylaşımının sert ya da esnek yetki paylaşımı öngörülmesinin farkı olmaksızın, yetki paylaşımının “açık” olmaması, uygulamada anayasal yetki paylaşımının daha sık değişmesine neden olmaktadır. Özellikle yetki paylaşımında

⁹²² TAYLOR, *Characterisations in Federations: Six Countries Compared*, s. 102 vd.

⁹²³ SAGAR, *Constitutional Interpretation in Federations and its Impact on the Federal Balance*, s. 11.

⁹²⁴ Örnek bir karar için bkz. VfSlg 10.831/1986, GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria*, s. 11.

⁹²⁵ SAGAR, *Constitutional Interpretation in Federations and its Impact on the Federal Balance*, s. 11.

⁹²⁶ GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria*, s. 11.

⁹²⁷ Cf. VfSlg 8831/1980, 10.292/1984, 14.403/1996, 15.281/1998, 15.552/1999, 16.452/2002, 17.212/2004, 17.497/2005, 18.096/2007. GAMPER, *On Loyalty and the (Federal) Constitution*, s. 160.

⁹²⁸ BAIER, *Courts and Federalism*, s. 13.

ifade edilen ABD ve Avustralya federasyonları bu tür yetki paylaşımına örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu sistemlerde, açık olarak anayasada belirtilmemiş zımni ortaklaşa yetkilerin kabulü, artık yetkilerin federe yönetimlerde olması nedeniyle açıkça sayılmamış olmaları yetki uyuşmazlıkları önemli nedenleri olarak görülebilir. Söz konusu federasyonlarda artık yetkilerin, “geleneksel” yetkiler olarak kabulüyle, federal hukukun üstünlüğü ilkesine anayasal anlamda bir sınır benimsenmemiş olması, uyuşmazlıkların federal yönetim lehine çözümlenmesine neden olmaktadır.⁹²⁹

Federasyon yüksek mahkemelerinin, zımni alanlar oluşturma potansiyelleri, sistemin çok fazla belirsiz alana emanet edildiğinin göstergesidir. Mahkemeler bu yetkileri, federal hukukun üstünlüğü çerçevesinde, anayasanın diğer esnek hükümlerden hareketle oluşturmaktadırlar. Burada daha önemlisi bu yetkilerin her zaman için federal yönetime ilişkin geliştirilmesidir.

Bu tür kararları nedeniyle yüksek mahkemelerin, “federal yönetimin organı” olarak kabul edilmelerine ilişkin eleştiriler güçlenmektedir. Mahkemeler, ülkenin sosyal, ekonomik ve siyasi yapısından etkilenecek, yetki paylaşımının doğasına aykırı olarak federalizm davalarında oldukça aktivist karar üretebilmektedirler. Bu tür mahkeme kararları, federasyon yüksek mahkemelerinin, hakemlik yetkileri bakımından genel bir sonuç olarak kabul edilmektedir.⁹³⁰ Bu yönde mahkemelerin, federal sistemde ortak kuralı oluşturmada önemli rolü olan federal yönetimi, “merkez” haline getirdikleri belirtilebilir.

Sonuç olarak, esnek ya da genel nitelikteki düzenlemelerin, bir çok yetki alanına dahil edilebildiği görülmektedir. Örneğin barış, düzen ve iyi yönetim düzenlemesi, hem ulusallık arz eden konulara hem de olağanüstü durumlara ilişkin konulara uyarlanabilmektedir. Aynı şekilde bir başka federal sistemde yer alan esnek bir hüküm, federal yönetimin zımni ya da yan yetkilerine ilişkin alanlarda dayanak olarak kullanılabilir. Dolayısıyla bu başlık altına ifade edilen yetki uyuşmazlıkları ve çözümleri birbirleriyle açıkça örtüşmektedir.

Zımni yetkilerin kendisinden kaynaklanan yan yetkilere doğru yeni yetki başlıklarının da ortaya çıkmasına neden olduğu görülmektedir. Bu tür yeni yetkilerin en önemli sonucu, sadece federal yönetim lehine geliştirilmiş olmalarıdır. Buna göre, federal yönetimin zımni yetkileri anayasada açıkça bulunmayan fakat, federal yönetimin başka görev ve yetkilerini yerine getirmek üzere kullanması gerekli olan yetki alanlarıdır.⁹³¹ Bu tür ifadede, federal sistemin kurucu unsuru olarak ilk başta

⁹²⁹ Federal hukukun üstünlüğü ilkesinin sınırlanması konusundaki görüşler için bkz. CHEMERINSKY, Erwin, *Empowering States: The Need to Limit Federal Preemption*, **Pepperdine Law Review**, Vol. 33, Is.1 Symposium: Federal Preemption of State Tort Law: The Problem of Medical Drugs and Devices, Art. 5, 3-12-2012, s. 74-75.

⁹³⁰ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 4-6.

⁹³¹ *Mc Culloch v. Maryland* kararında, Maryland federe yönetimi bölgesinde bütün bankaların vergi ödemesine ilişkin bir yasayı yürürlüğe koymasıyla ortaya çıkmıştır. Yasada, federe yönetim tarafından verilen damgalı kağıt üzerine basılmış banknotların haricinde, başka banknot veren bankaların yasaklanması söz konusudur. Yasada ayrıca, tüm Maryland federe yönetiminde bulunan

belirttiğimiz “güvenceli anayasal yetki paylaşımının” önemli ölçüde esnediği görülmektedir. Bu tür bir yetki alanının ortaya konulması, yetkilerin hukuken belirliliği olması konusunda da önemli bir sapmadır.

4. Yetki Uyuşmazlıklarına Etki Eden Diğer Faktörler

Yüksek mahkemeler, anayasayı yorumlayarak yönetim düzenlerini ve devlet organlarını bağlamaktadırlar. Ancak, federal organların üzerinde uzlaştıkları ulusal bir uzlaşma zemini olmadan, mahkemenin bu yetkisinin devlet organlarını etkilememesi ve bu konuda siyasi sınırların olduğu da ileri sürülmektedir.⁹³² Ne var ki, federasyonlarda yargı organının, federal ve federe yönetim düzenlerinin yetkileri arasında dengeli bir çizgi çekmesi gerekmektedir.⁹³³

Anayasal yetki paylaşımının ihlal edilmemesi, federe yönetimlerin federal yönetimlerin yetki müdahalelerini engellemeyebilmeleri için federe yönetimlerin yetki ve çıkarlarının, federal yönetimin müdahalelerine karşı korunması ve bunların geliştirilmesi gerektiği belirtilir. Aynı zamanda, federe yönetim siyasi aktörlerinin, anayasal yetki paylaşımına ilkelerine uygun olarak, kendi hükümet yetkilerini korumaları ve geliştirmeleri gerekmektedir.⁹³⁴

Bu yönde, federe yönetimlerin kendi yetki ve çıkarlarını korumak için daha büyük riskler almaktan çok federal yönetimle birlikte yapıcı ortaklıklar kurmaları gerekmektedir. KRAMER bu bağlamda, federe yönetim yetkilerinin üç katmanda korunması gerektiğine dikkati çekmektedir. Bu katmanlar; yasal (federal yönetimden bağımsız olarak yasa yapabilme yetkisi), mali (yeterli ve önceden belirlenmiş federal fonların federe yönetimlere verilmesi) ve devletsel (federal politikaların uygulanmasında federe yönetimlerin biraz daha esnek ve özerklik sahibi olabilmeleri) yetkiler olarak ifade edilmektedir.⁹³⁵

ERK anayasal yetki paylaşımı kataloglarının, madalyonun bir tarafı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, federal sistem sosyal bir olgudur ve siyasi kurumlar, bu sosyal uyum sağlayarak, sistemin değişmesine sebep olmaktadır.⁹³⁶ Ancak, yetki paylaşımı kataloglarının uygulamada değişmesi bakımından şuna da dikkati çekmek gerekir ki, değişen yetki paylaşımı kurallarına karşın, federe yönetim çıkarlarının göz ardı edilmemesini sağlayıcı anayasal hükümlerin varlığı gereklidir.⁹³⁷ ERBSEN, tanımlayıcı bir perspektiften bakıldığında, bölünmüş bir egemenlik sistemi içinde

bankaların, belirli bir bedel vererek ilgili damgalı kağıtları yönetimden satın alacakları ve buna uymayanların ise cezalandırılacağı belirtilmiştir. Federal yönetimin, 1816 sayılı yasasıyla kurulan *The Second Bank of the United States* tarafından Maryland yasasına uyulmaksızın banknotlar çıkarmıştır. Maryland federe yönetimi, ABD İkinci Bankası kasiyeri olan McCulloch'a yasaya uyulmaması nedeniyle dava açmış ve McCulloch ise yasanın federal anayasaya aykırı olduğu karşı görüşünü savunmuştur. *McCulloch v. Maryland*: 17 U.S. 316 (1819).

⁹³² WECHSLER, *The Courts and the Constitution*, s.1000 vd.

⁹³³ YOO, *Judicial Safeguards of Federalism*, s. 1372.

⁹³⁴ KRAMER, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, s. 215-293.

⁹³⁵ KRAMER, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, s. 215-293.

⁹³⁶ ERK, *Explaining Federalism*, s. 4.

⁹³⁷ SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, s. 48.

federalizmin, karmaşık bir dizi siyasi, hukuki ve ekonomik ilişkilerin için bir kısaltılmış lakap olduğunu ifade eder.⁹³⁸

Federal sistemlerde, yetki uyuşmazlıklarına etki eden diğer unsurların da ifade edilmesi gerekmektedir. Sosyal, siyasi ya da ekonomik faktörler, büyük oranda sistemi etkileyen temel unsurlardır. Bu unsurlar, federal sistemlerdeki yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasında ya da bu uyuşmazlıkların çözümü sürecinde de etkili olabilirler. Tam tersi bir önermeyle, yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasını engellemek bakımından da bu unsurların sıklıkla değerlendirildiği görülmektedir.

a. Siyasi Mekanizmaların Etkisi

Federal sistemlerde anayasaların daha esnek olmasına ilişkin görüşler, bunu federasyon anayasalarının aşırı yasalıcı ve katı olmasına bağlamaktadırlar. Federasyon anayasalarının katılığı ve yasalıcılığı ise, yazılı olmaları, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yüksek mahkemelerin yetkili olması ve federal yönetimlerin, anayasa değişiklikleri dışında kendilerine verilen sınırlı yetkileri genişletememelerine bağlanmaktadır.⁹³⁹ Bu nedenle duyarlı bir federalizmin anahtarının, anayasanın esnekliğine ihtiyaç duyduğunu ve bu tür anayasaların değişen koşullara uyum sağlamada daha yetenekli oldukları da ileri sürülmektedir.⁹⁴⁰

Ne var ki bu değerlendirmelerin önemli bir kısmı, federal sistemi garanti altına alan mekanizmalar olduğu gibi, sistemi tanımlayan unsurlar olduğuna da dikkati çekmek gerekir. Yukarıda geliştirilen yetki uyuşmazlıklarına ilişkin faktörlere ilişkin çerçevede de görüldüğü üzere, yüksek mahkemeler federasyonun katılığı ya da yasallığını önemli ölçüde aşmışlardır.

BZDERA federasyonlarda belirli özel durumlarda, hukuksal yapının yanı sıra siyasi yapının yüksek mahkemelerin karar verme özgürlüğü marjını belirlediğini ifade etmektedir. Yazar, örneğin savaş ya da ekonomik kriz dönemlerinde yüksek mahkemelerin verdikleri kararları takdir etmek için bu tür etkilendikleri çevreyi ya da çevresel faktörleri göz önüne almak gerektiğini ileri sürerek, bu gibi durumlarda yargıçların sınırlı alternatifleri altında olduklarını belirtmiştir.⁹⁴¹

Yüksek mahkemelerin önündeki uyuşmazlıklar, siyasi güçler arasındaki mücadelelerin bir aşaması olarak da görülmektedir.⁹⁴² Federal sistemin yetki uyuşmazlıklarını etkileyen siyasi faktörler, siyasi partiler sisteminden, hükümet sistemine, ikinci meclislerin seçim usullerinden, siyasal kültüre kadar oldukça geniş bir alana yayılmaktadır. Bu yönde genel bir değerlendirme yapılması, yargısal çözüm

⁹³⁸ ERBSEN, Allan, *Horizontal Federalism*, *Minnesota Law Review*, Vol. 93, 2008-2009, s. 500.

⁹³⁹ SRIDHAR, *Evolution and Philosophy behind the Indian Constitution*, s. 13-14.

⁹⁴⁰ ELKINS, GINSBURG, MELTON, *The Endurance of National Constitutions*, s. 152.

⁹⁴¹ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 8.

⁹⁴² ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşım Türkiye Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 20.

mekanizmaları dışında, federal sisteme etki eden diğer unsurların da çerçevesini oluşturacaktır.

Bu yönde özellikle, bilinen bir örnek olarak ABD Yüksek Mahkemesi'nin, federalizme şekil veren dönemlerinden Yeni Düzen dönemi hatırlanabilir. Bu dönemde, Yüksek Mahkeme'nin kararlarında, federal sistemin dengesini değiştirecek kadar merkeze yakınlaştığı görülmektedir.⁹⁴³ Ne var ki, söz konusu dönemde Başkan ROOSEVELT'in siyasi kararları, Büyük Buhran'ın sosyo-ekonomik alanlara olan olumsuz etkisi yadsınmaz. Dolayısıyla Mahkeme'nin, federal yönetimin yetkilerini aşmasında, siyasi olduğu kadar, sosyo-ekonomik unsurlarında etkisi olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim 1937 yılında şekillenen Yeni Düzen'le birlikte, ABD Yüksek Mahkeme'si, uzunca bir süre Yeni Düzen Mahkeme'si şeklinde adlandırılmıştır.⁹⁴⁴

Aynı şekilde Hindistan'da, GANDHİ hükümetiyle yargının oldukça çekişmeleri dönemler geçirdiği de görülmektedir. GANDHİ, mülkiyet ve sosyal alana ilişkin konulardaki politikasını gerçekleştirmesine engel olan Mahkeme'ye ciddi yüklendiği belirtilmektedir. Mahkeme, Anayasa'nın mülkiyet hükümlerini uygulamaya çalışır gibi görüldüğü, ama bunun arkasından gerekli sosyal mevzuatın önünü tıkamakla eleştirilmiştir. Bu dönemde GANDHİ, misilleme olarak Mahkeme'nin anayasa yargısına ilişkin yetkisini ortadan kaldırmak için, Anayasa değişikliği arayışlarına girmiştir. Mahkeme buna karşılık vererek, 1973 yılında 7-6 oyla kabul edilen *Kesavananda Bharathi v. State of Kerala* kararıyla, Hindistan Anayasası'nın temel yapısını bozacak her türlü anayasa değişikliğine müdahale edeceği sinyalini vererek, söz konusu uyuşmazlıktaki anayasa değişikliklerini esasa girerek iptal etmiştir.⁹⁴⁵

Federe yönetimlerin temsil edildikleri ikinci meclisler bakımından bir takım eleştirilerin yapıldığı görülmektedir. Örneğin, ikinci meclislerin doğrudan seçimlerle belirlenmediği, yani atama usulünün tercih edildiği federasyonlar, bu yönleriyle eleştirilmektedirler. Kanada senatosu üyelerinin, federal başbakan tarafından atanmaları buna önemli bir örnek olarak gösterilebilir. Bu yönde senatörlerin belirlenmesinde,

⁹⁴³ Bu döneme ilişkin olarak özellikle Yüksek Mahkeme bünyesindeki tehditleri ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme üye sayılarının federal yasayla belirlenmesi , siyasi iktidar teorik olarak, üye sayısını artırma ve kendisine yakın kişileri Yüksek Mahkeme'ye atamak suretiyle, Mahkeme'deki ideolojik dengeleri değiştirme olanağına sahip olduğunu ifade etmektedir. ROOSEVELT'in çıkardığı yeni yasaların sürekli olarak (her defasında 5'e 4 gibi küçük bir farkla) Yüksek Mahkeme tarafından geçersiz kılınması üzerine, 1937 yılında federal yasada değişiklik yapmak suretiyle Yüksek Mahkeme üye sayısını değiştirmeye çalışmıştır. Kongre'de kanun değişikliği için gerekli çoğunluğun sağlanamadığı ancak, kanun değişikliğinin gündeme gelmesinin dahi, Yüksek Mahkeme'nin mesajı almasına yettiği belirtilir. Bu yönde, *Yüksek Mahkeme bundan sonra Yeni Düzen kanunları üzerinde mümkün olduğu kadar sınırlı bir denetim yaptığı, daha önce Yeni Düzen kanunlarına karşı oy kullanan bir üyenin taraf değiştirerek, bu kanunların Anayasa'ya uygun olduğunu savunmaya başlamasının da önemli rolü olduğunu* belirtmektedir. GIEGERICH, Thomas, *Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliğin Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaştırılması İçin Benimsenen Usuller* , T.C. AMAYD, S. 27, 2010, s. 128.

⁹⁴⁴ Bu dönemin yani 1937'nin öncesinde ABD Yüksek Mahkemesi'nin genel tutumu, anti-regülasyoncu , aktivist federal yönetime karşı ve kapitalizme müdahale etmeme (laissez-faire) doktrininin savunmasını oluşturması şeklinde özetlenmektedir. Bu tarihten sonra Mahkeme'nin, liberal milliyetçilik anlayışını kabul ettiği ve federalizm açısından en önemlisi, aktivist federal yönetim için, yeni anayasa temellerini inşa etmeye başladığı ifade edilmektedir. CUSHINAN, **Rethinking the New Deal Court: The Structure of A Constitutional Revolution** , s. 5 vd.

⁹⁴⁵ NEUBORNE, Burt, *The Supreme Court of India*, s. 481.

merkez ya da federal parti tarafından kontrol edilen parti listelerinden seçilmemişlerse, ancak bu durumda merkeziyetçiliği engelleyebilecektir.⁹⁴⁶ Buna benzer bir şekilde WHEARE'in, Amerika'da, federe yönetimleri temsil edecek senatörlerin, genel seçimlerle belirlendiği dönemlere kadar gerçek bir federal sistem olmadığını ileri sürmüştür.⁹⁴⁷

Bununla birlikte, Avusturya Federal Konseyi'nin federe yönetimlerin çıkarlarını koruyucu bir temsilci olmak yerine, "politik partizanlar meclisi" olarak tanımlanmaktadır. Bunun en önemli nedeni, Federal Konsey üyelerinin çoğunun, kendi siyasi parti talimatlarına göre oy kullanmalarındır. Bu nedenle Federal Konsey, sadece hükümet politikaları lehine Federal Meclis'in çoğunluk kararları kopyalayan bir meclis durumundadır.⁹⁴⁸

Almanya'da, federal sistemin güçlü işbirlikçi doğası, bölgesel parti liderlerinin merkez parti yönetimine yaygın olarak katılımlarını yansıtmaktadır. Genel olarak, merkezi partilerin sorunları, bölgesel seçim sonuçlarının doğrudan merkezi partilerin yönetim kapasitesini etkileyen bölgesel kampanyalara hakim olacaktır. Almanya'da özellikle siyasi partilerin yapısı ve ikinci meclis olan Federal Konsey'in (*Bundesrat*) diğer federal sistemlerde sağlanamayan, merkez ve bölgeler arasında kurumsal bir bağ sağlamaktadır.⁹⁴⁹

Ancak birinci meclislerle ikinci meclisler arasında, siyasi kurumların federal sistem üzerindeki etkileri, koalisyon dönemlerinde farklılık göstermektedir. Bu yönde Almanya'da, özellikle kanun yapma ve vergilendirme konularında merkezin güçlendiği dönemlerin, 1966-1969 yılları arasında Büyük Koalisyon dönemi olduğuna işaret edilmektedir. Söz konusu Hıristiyan Demokratlar (CDU) ile Sosyal Demokratlar (SPD) arasındaki koalisyon dönemlerinde, federal sistemde önemli yapısal değişiklikler meydana gelmiştir. Bu dönemler, koalisyon ortaklarının federasyonun her iki meclisinde gerekli çoğunluğun kolayca elde edilmesi anlamına gelmektedir.⁹⁵⁰

Bu durumda da federasyonun ikinci meclisinin, birinci meclisi üzerindeki önemli veto yetkilerinin koalisyon hükümetlerinin bulunmadığı dönemlere göre farklılık arz edeceği açıktır. Nitekim 1998 yılında yapılan bir araştırmaya göre, Alman Federal Meclisi ile Federal Konsey'in karşıt-muhalif siyasi çoğunlukların buldukları dönemlerde, bürokratik bağımsızlığın arttığı ifade edilmektedir. Söz konusu çalışmada, federe yönetimlerin koalisyon dönemlerinde federal yönetimi daha çok destekledikleri

⁹⁴⁶ VAUBEL, *Constitutional Safeguards Against Centralization in Federal States: An International Cross-Section Analysis*, s. 100.

⁹⁴⁷ WHEARE, *Federal Government*, s. 21 vd.

⁹⁴⁸ GAMPER, *Introduction to the Study of the Law of the Austrian Federal Constitution*, s. 103.

⁹⁴⁹ SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, s. 185-187.

⁹⁵⁰ SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, s. 6.

görülmektedir.⁹⁵¹ Alman federasyonunda, iki meclis arasındaki siyasi kilitlenmelerin, anayasal yetki paylaşımını bulanıklaştırdığı ifade edilmektedir.⁹⁵²

b. Siyasi Partilerin Etkisi

Siyasi sisteme büyük oranda yön veren, şüphesiz ki siyasi partilerdir. Federal sistemlerde bu alanın araştırılması ayrı bir çalışma konusudur. Ancak bu konuya ilişkin genel bir çerçeve belirlemek, yetki uyuşmazlıklarına etki eden unsurlar olarak faydalı olabilecektir. Federal sistemlerin siyasi yaklaşımları, sistemin merkezileşme derecelerinin ölçülmesinde, özellikle siyasi parti yapılanmalarına bakmaktadır. RIKER'e göre, parti sistemlerinin merkezileşmeme dereceleriyle, federal sistemin merkezileşmeme (*non-centralize*) derecesi bağdaşmaktadır.⁹⁵³

Federal sistemlerde çeşitliliklerin temsiliyetinde, federe ve yerel düzeyde örgütlenen merkezileşmemiş siyasi partiler, merkezileşmiş tek tip partilere oranla daha fazla duyarlıdırlar. Böylelikle parti rekabetleri siyasi iradenin, tamamıyla merkezileşmiş siyasi kontrollüne ilişkin arzularını önemli ölçüde engelleyebilecektir.⁹⁵⁴ Bu yönde örnek olarak ABD'de 1960'lı yıllarda oy kullanma konusunda yapılan değişikliklerle, federal yasama organı üyelerinin, yerel partilerle yakınlık kurmalarına yol açmıştır. Bu yolla merkez partilerin rollerinin azaltılması sağlanmıştır. VOLDEN, federal yasama organı üyelerinin kariyerlerini, birinci meclisler üzerine değil, federe ve yerel parti örgütleri üzerine kaydardıklarına dikkati çekmektedir. Siyasi yaklaşıma göre federal yasama organının, yerel düzeydeki partilere yaklaşırken, sistemin daha fazla merkezileşmesini arzulayan devlet başkanının, federal yasama organı üyelerine ihtiyaç duymakta, bu durumda da her iki organ arasında bir denge sağlanabilmektedir.⁹⁵⁵

Ancak genel olarak siyasi partilerin, federalizmin çeşitlilik anlayışıyla nasıl uyum gösterdiği önemli bir değerlendirme konusu olabilir. Bu yönde, siyasi parti politikalarının, hangi alanlara yoğunlaştıkları önem arz etmektedir. Siyasi partilerin politikalarının, dil, din ve kültürel etnik gibi toplumun çeşitlilikle özdeşleştiği durumlarda, federasyonu çeşitlilik unsurunda önemli etkileri olabilmektedir. Siyasi partilerin, söz konusu nitelikli çeşitlilik unsurunu sürekli gündemin de tutmaları halinde, bu ilkedен keskin sapmalar yaşanmasın engel olabileceklerdir. Bu özellikle, toplumsal siyasal kültürün çeşitlilik yönünde gelişmesine yardımcı olabilir.

Federal sistem örneklerinden Hindistan, toplumsal olarak farklı nitelikteki çeşitlilikleri bulunmasına rağmen, siyasi partilerin, özellikle sosyo-ekonomik ve dinsel

⁹⁵¹ LOHMANN, Susanne, *Federalism and Central Bank Independence: The Politics of German Monetary Policy, 1957-92*, *World Politics*, Vol. 50, No. 3 (Apr, 1998), s. 405.

⁹⁵² WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 42-43. HUEGLİN, *Federalism at the Crossroads: Old Meanings, New Significance*, s. 287

⁹⁵³ RIKER, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, s. 160.

⁹⁵⁴ RIKER, William H, *The Senate and American Federalism*, *The American Political Science Review*, Vol. 49, No. 2, 1955, s. 465.

⁹⁵⁵ WILDAVSKY, Aaron, (Ed.), RIKER, William H, BAST, William, *Presidential Action in Congressional Nominations: The Presidency*, Little, Brown and Company, 1969, USA, s. 264. VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker*, s. 102.

alanlarda yüksek derecede, kültürel, etnik ve rejim destekçisi alanlarda ise, orta seviyede örgütlenmeleri söz konusudur. Avustralya'daki siyasi partilerin, sadece sosyo-ekonomik alanda partileşme ya da parti politikaları bu alana yoğunlaştıkları görülmektedir. Avustralya'da, orta seviyede de olsa partilerin, kentleşme-kırsallaşma konularına eğilimleri bulunmaktadır. Buna karşın Kanada'da, diğer federasyonların tersine, parti politikalarında sosyo-ekonomik alana ilişkin konular orta seviyedeysen, partilerin daha çok kültürel etnik konularda eğilimleri bulunduğu görülmektedir.⁹⁵⁶

Kanada federasyonunun, Alman federasyonunda olduğu gibi bütünleşmiş bir yapısının olmadığını, tersine siyasi sisteminin büyük ölçüde bölünmüş bir yapı sergilediğini ifade edilir. Bu katmanlılık, aynı isme sahip olsalar dahi, federasyon siyasi partilerinin ve federe yönetim siyasi partilerinin birbirlerinden çok farklı olmalarına bağlanmaktadır. Parti sisteminin, son derece bölgeselci olması, son zamanlarda sadece bir siyasi partinin federasyon düzeyinde kalmasına, muhalefet partilerin ise, daha tutarlı ve büyük ölçüde bölgesel temelli partilerden oluşmasına etki etmiştir.⁹⁵⁷

Avusturya'da savaş sonrası ortaya çıkan ve federasyonun ilk kurulduğu dönemlerde daha yoğun yaşanan din eksenli konular, siyasi parti politikaların orta seviyede yansımıştır. Burada, yüksek oranda partilerin sosyo-ekonomik konulara yoğunlaştığı belirtilmiştir. Son olarak, ABD' ise parti politikalarında konu tercihlerinin, daha ılımlı olduğu, bu yönde hem sosyo-ekonomik hem de kültürel etnik alanda daha ılımlı orta seviyede yoğunlaşmalar şeklinde ifade edilir.⁹⁵⁸

Dolayısıyla, federal sistemlerin işleyişine etki eden önemli unsurlardan biri siyasi partilerdir. Bu doğrultuda federal sistemlerde siyasi partilerin, federasyonun işleyişine önemli derecede etkileri bulunmaktadır. Bu etkiler özellikle iki yönde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, federal düzeydeki parti örgütleriyle, federe yönetimlerdeki parti örgütleri arasındaki, örgütsel ilişkiler, ikinci olarak da, federal yasama organlarında, bölgesel temsiliyetin menfaatleri üzerindeki parti disiplindir.⁹⁵⁹

Alman federasyonunda olduğu gibi, federe yönetimler siyasi düzeni içerisinden, ulusal ya da federal yönetim düzenine geçen siyasi aktörlerin, sistemi nasıl etkiledikleri merak uyandırmaktadır. Ne var ki, federe yönetimlerin temsiliyetinin, partilere duyulan sadakatten daha fazla bir liyakat görmediği açıktır. GABRIEL Almanya'daki durumu şu şekilde aktarmaktadır.

“Bölgesel parti liderleri pozisyonundakilerin, kendi rollerin, genellikle ulusal parti elitleri arasına taşınmaktadır. Liderlik pozisyonlarının bu kombinasyonu, ulusal partinin çeşitli dalları arasındaki iletişim ve işbirliğini teşvik için önemli bir araç

⁹⁵⁶ LIJPHART, *Patterns of Democracy*, s. 80-81.

⁹⁵⁷ SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada*, s. 4 vd.

⁹⁵⁸ LIJPHART, A. *Patterns of Democracy*, s. 80-81.

⁹⁵⁹ WATTS, *Federal Second Chambers Compared*, s. 12.

olarak hizmet vermekte ve aynı zamanda ama aynı zamanda siyasi iktidarın parti içi yoğunlaşmasında önemli bir katkıda bulunmaktadır”⁹⁶⁰.

Almanya federasyonunda, federe yönetimlerin ABD olduğu gibi büyük ulusal partiler tarafından kontrol edilmektedir. Amerika’da Demokrat ve Cumhuriyetçi ulusal parti kongrelerinde yapılan delege seçimlerini büyük ölçüde, yerel parti örgütlerinin varlıkları olan federe yönetim örgütlerinin kontrolündedir. Aynı şekilde Almanya ulusal parti kongreleri de federe yönetim örgütlerince kontrol edilmektedir.⁹⁶¹ Her ne kadar partilerin federe ve federal düzeydeki örgütlenmeleri arasında sıkı ilişkiler ortaya çıksa da, önemli olanın parti politikaları olduğunu belirtmek gerekir. Federalizmin dengesi bakımından da aynı sonuç geçerli olacaktır. Federe yönetim parti örgütlerinden, federal yönetim mekanizmasına geçen parti elitlerinin, parti politikalarını etkileyebileceği gibi, federal hükümet içerisinde yer alma arzusu içerisinde de olabilirler. Nitekim GABRIEL bu konuda, “*federe yönetim parti elitleri ulusal parti siyaseti üzerindeki nüfuzunu, ulusal parti yürütme organları içerisinde kendi varlıkları bakımından kullanabileceklerine*⁹⁶²” değinmektedir.

c. Hükümet Sistemlerinin Etkisi

Federal sistemlerde, uygulamadaki yetki paylaşımı ile anayasal yetki paylaşımı arasında belirgin farklılıklar görüldüğü daha önce ifade edilmiştir. WATTS, anayasal yetki paylaşımının işleyişi, genellikle siyasi uygulama ve siyasi süreç tarafından değiştirildiğini belirtmektedir.⁹⁶³ Bu yönde federal sistem, “*yönetim düzenleri arasında belirli yetkilerin bir dağıtımı değildir, aksine bir takım kurumlar aracılığıyla yetkileri dağıtan ve yeniden dağıtılabilecek yapılandırılmış bir süreç*”⁹⁶⁴ şeklinde ifade edilerek, sistemde yetki paylaşımının zamanla biçim değiştirdiği ve bunun da bazı aktörler tarafından yerine getirildiği açıkça ifade edilmektedir. Federal hükümet, federal yasama ve federal yargı tarafından denetlendiği gibi, aynı zamanda federe yönetimlerin hükümetleri tarafından da denetlenir. Bu durumda federalizmin ön plana çıkan özelliği, “*her iki yönetim ve yetkilerinin karşılıklı bağımsızlıklarına değil, dayanışmalarıdır.*”⁹⁶⁵

⁹⁶⁰ GABRIEL, *Federalism and Party Democracy in West Germany*, s. 73.

⁹⁶¹ ORDESHOOK, Peter C., SHVETSOVA, Olga, *Federalism and Constitutional Design*, **Journal of Democracy**, Volume 8, Number 1, January 1997, s. 32-33.

⁹⁶² Nitekim Almanya’da belirgin olarak görülen parti içi yoğunlaşmalar nedeniyle ortaya çıkan işbirliğinin, federe yönetimlerin partilerinin özerkliğini üzerinde olumlu bir etkiye sahip olup olmadığı konusunda net bir karar vermek mümkün değildir. Bu tür yoğunlaşmaların federe yönetim parti örgütlerinde merkezileşme eğilimlerine neden olabileceği gibi, periferik veya çevreci eğilimlerin kısıtlanmasına da neden olabilir. GABRIEL, *Federalism and Party Democracy in West Germany*, s. 74.

⁹⁶³ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 325.

⁹⁶⁴ RODDEN, Jonathan, *Comparative Federalism and Decentralization: On Meaning and Measurement*, **Comparative Politics**, Vol. 36, No. 4 (Jul, 2004), s. 489.

⁹⁶⁵ Bu nedenle federasyon yönetimlerinin, Türkçe’ye düzey ya da tabaka olarak çevrilebilen orders ya da level kavramlarıyla ifade edilmesi sakıncalı görülmektedir. Bu tür kavramların federasyon yönetimleri arasında açık ya da örtülü olarak bir hiyerarşi ortaya çıkardığı ileri sürülmektedir. Bu eleştiriler göz önüne alınarak, Kavramsal Karmaşayı Aşma Önerisi başlığında ifade edildiği gibi bu çalışmada, federe yönetimler ve federal yönetim ifadelerini kullanılmaktadır. Bununla birlikte, federal yönetimi ifade etmek üzere kullanılan, ulusal yönetim veya merkezi yönetim; ayrıca, federe yönetimleri ifade etmek üzere kullanılan, alt yönetim ya da ikincil yönetimler gibi ifadelerin kullanılması da aynı hiyerarşik eleştiriyi muhatap olacağından, bu kavramlarında kullanılmaması gerekmektedir. Bu eleştiriyi ileri süren yazarlara örnek olarak, DUCHACEK ve ELAZAR verilebilir.

WATTS, örneğin ABD federasyonunda yürütme organının başı olan Başkan'la, yasama organını temsil eden Kongre'nin, önemli güç odakları olduklarını, ancak her iki organın temsil eden siyasi iradede farklılıkların bulunması, sistemde tıkanıklık ve çıkmazların olmasının muhtemel olduğuna değinmektedir. Bu tür tıkanıklıkların özellikle kamusal alanı olumsuz etkilediği, tek parti sistemlerinin veya istikrarlı koalisyonların bulunduğu parlamenter federal sistemlerde, genellikle belirli bir uyumun var olduğu belirtilmektedir.⁹⁶⁶

Bu durumun bir sakıncası olarak, “...*federal yasamanın basit çoğunluğa dayalı kabinelerin bulunduğu durumlarda siyasi eğilimin, bölgesel çıkarlar ve azınlıklar bakımından daha az kapsayıcı*” olmasıdır. Aynı şekilde, istikrarlı koalisyonların gelişmemiş çok partili federasyonlarda ise, federal hükümetin istikrarsızlığı ortaya çıkmakta ve bunun da, federal uyumu ciddi şekilde zayıflattığı ileri sürülmektedir.⁹⁶⁷

Bu yönde Kanada'da, parlamenter sistemin bir gereği olarak yasama ve yürütme organları birbirlerine sıkıca bağlıdır. Yetkilerin büyük çoğunluğu, yürütme organında toplanmıştır. Bu anlamda, önemli yetkiler özellikle başbakanlar ya da ilk bakanlarda (federal başbakan ve federe yönetimlerin başbakanları) yoğunlaşmıştır.⁹⁶⁸

Kanada federasyonunda yürütme yetkilerinin bu iktidarı, federasyonun bir “*yürütme federalizmi*” şeklinde adlandırılmasına da neden olmuştur. Yürütme federalizminde resmi olarak yönetimlerarası ilişkilerde daha fazla öne çıkan aktörler, başbakanların, kabine üyelerinin ve idari organları temsilen bürokratların yani geniş anlamda yürütme organının parlamenterlerden daha fazla ön planda olduğu bir federasyon biçimidir.⁹⁶⁹ TARR, parlamenter sistem olarak Kanada, Avustralya ve Hindistan gibi federasyonlarda, “*yürütme organının, büyük ölçüde yasama organını dışlayarak, yönetim düzenlerinin arasında ve içinde, siyaseten yönetimlerarası müzakereleri yaygın olarak sürdürmesi*” şeklinde tanımlamaktadır.⁹⁷⁰

Federal sistemin işleyişine ilişkin siyasal koruma teorisi, özellikle devlet başkanlarının ve onların federalizm ideolojileri konusunda değerlendirmeler de yapmaktadır. Başkanların sistem içerisinde önemli aktörler olmalarının yanı sıra, her başkanın ideolojik federalizm tercihi sisteme farklı bir biçim vermektedir. Üstelik anayasa koyucularının bu yöndeki tarihsel değerlendirmeleri de, siyasi değişime karşı savunmasız kalmaktadır. Örneğin, 1965'lerde Büyük Toplum (*Great Society*) sloganıyla ortaya çıkan Başkan Lyndon JOHNSON döneminde de, federe yönetimler

⁹⁶⁶ WATTS, *Comparing federal systems in the 1990s*, s. 79-80.

⁹⁶⁷ WATTS, *Comparing federal systems in the 1990s*, s. 79-80.

⁹⁶⁸ AKHTAR,(Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, içinde, SIMEON, Richard, PAPILLON, Martin, *Canada*, s. 96-97. Ayrıca Yazarların Kanada hakkındaki makaleleri için bkz. SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada*.

⁹⁶⁹ SIMEON, PAPILLON, *Canada*, s. 96-97, SIMEON, PAPILLON, *The Division of Powers In Canada*.

⁹⁷⁰ BLINDENBACHER, Raoul, OSTIEN, Abigail, (Ed.), *Dialogues on Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Volume 1, McGill-Queen's University Press, Canada 2005, s. 63.

önemli yetkilerini kaybetmeye başlamışlardır. Aynı şekilde ABD Temsilciler Meclisi başkanı Newt GINGRICH ve ABD Başkanı REAGAN'ın siyasi politikalarının, federe yönetimlerin daha fazla yetki elde etmelerini sağlamıştır.⁹⁷¹

Federal sistemlerde devlet organlarının sisteme ilişkin rolleri, sistemin uyuşmazlıklarla taraf olması bakımından önemlidir. Örneğin Amerika'da, federe yönetimi temsil etmek üzere Senatoya seçilmiş bir senatörün, daha sonra ABD Başkanı olarak görev yapabilmesi söz konusudur. Üstelik bu sayının oldukça fazla olduğuna da işaret etmek gerekir. Ne var ki, federe yönetimlerin temsiliyetini sağlayan senatörlerin, daha sonra ABD Başkanı olmaları, federe yönetimlerin hakları bakımından hassasiyet gösterecekleri anlamına gelmemektedir. Burada devreye, başkanın bağlı olduğu parti ve partinin genel federalizm anlayışı devreye girmektedir. Örneğin ABD şuan ki Başkanı OBAMA, 2005–2008 tarihleri arasında Illinois federe yönetimini temsilen 3 dönem senatör olarak görev yapmıştır.⁹⁷² Başkan OBAMA'nın sisteme ilişkin politikaları, federal yönetimin yetkilerinin artırılması, federal idari organların federe yönetimler üzerinde federal hukukun üstünlüğü ilkesinden türetilen, geçersiz bırakma (*preemption*) kararları vermeleri ve federe yönetimler üzerine aşırı derecede yük bindirilmesi şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıca bu dönemde, sağlık ve mali reformlar gibi alanlara özgür yeni açılımların, genellikle federe yönetimler üzerindeki kısıtlamalara yol açmıştır.⁹⁷³

Özellikle Yüksek Mahkeme Başyargıçları'nın da, devlet başkanı olarak görev yaptıkları da görülmektedir. Aynı durum diğer federal sistemler bakımından geçerli olmayabilir. Örneğin Kanada Başbakanı bir herhangi bir federe yönetimin başında, hiç bir zaman görev almamış ve federe yönetim temsiliyeti söz konusu olmamıştır. Bu nedenle federe yönetim düzenlerinden, ulusal yönetim düzenine çok az bir faaliyet olduğu ifade edilmektedir.⁹⁷⁴

Buna karşılık Almanya'da, ulusal siyasi aktörlerin kariyer geçmişlerinin, ABD ile paralel olduğu belirtilebilir. Buna örnek olarak, Kurt-Georg KIESİNGER ve Helmut KOHL'in federal şansölye olarak atanmadan önce, federe yönetimlerde bakan-başkanlık görevlerini yürütmeleriyle, Berlin belediye başkanı Willy BRANDT'ın Federal Almanya Başbakanı olarak görev yapması gösterilmektedir.⁹⁷⁵ Söz konusu

⁹⁷¹ TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, s.101-103.

⁹⁷² Amerika'da Başkan olarak seçilmeden önce, siyasi bir görevi bulunmayan sadece üç başkanı olduğu görülmektedir. ABD Başkanlarının daha önceki görevlerine ilişkin ayrıntılı bir tablo için bkz. *List of Presidents of the United States by Other Offices Held*, İnternet Kaynak: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Presidents_of_the_United_States_by_other_offices_held, Erişim Tarihi: 02-12-2011.

⁹⁷³ METZGER, Gillian E., *Federalism Under Obama*, *William and Mary Law Review*, Vol. 53, 2011, s. 568. Aynı şekilde federe yönetim hükümetlerinin başı olan Valiler arasında, oldukça önemli sayıda ABD Başkanı olarak görev yapan isimler görülmektedir. Buna örnek olarak Yeni Düzen'in mimarı olan Başkan Franklin D. Roosevelt'in, New York valisi olarak görev yaptığına işaret etmek gerekmektedir. Başka bir örnek olarak ABD Başkanı olarak görev yapan William H. TAFT (1909–1913), daha sonra Yüksek Mahkeme Başyargıcı olarak (1921–1930) görev yapmıştır. *List of Presidents of the United States by other offices held*, İnternet Kaynak: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Presidents_of_the_United_States_by_other_offices_held, Erişim Tarihi: 02-12-2011.

⁹⁷⁴ ORDESHOOK, SHVETSOVA, *Federalism and Constitutional Design*, s. 30.

⁹⁷⁵ ORDESHOOK, SHVETSOVA, *Federalism and Constitutional Design*, s. 31.

örneklere rağmen Alman federasyonunda federe yönetimlerden, federal yönetime geçişlerin çok fazla kurumsallaşmış olmadığı ileri sürülmektedir. Almanya’da federe yönetimlerin, federal yönetimde bir kariyere başlamadaki işlevinin, özellikle federal şansölye ve muhalefet liderleri de görülmektedir. Liderlik pozisyonları bakımından çok daha yoğun değişimin, federal ve federe yönetimlerin parti örgütlenmeleri arasında bulunmaktadır.⁹⁷⁶

Siyasi aktörlerin özellikle ABD Başkanı’nın ideolojik programlarının nasıl mahkeme kararlarını etkilediği ile ilgili önemli bir sonucu, 1970’li yıllarda “yeni federalizm” (*new federalism*) anlayışını benimseyen Cumhuriyetçi ABD Başkanı NİXON’ın döneminde yaşandığı görülmektedir. ABD Başkan’ı olarak NİXON, federal yönetimin yetkilerinin sınırlandırarak, yetkilerin daha çok federe yönetimler düzeyinde kullanılmasını öngörmüştür. NİXON, özellikle yargının “sessiz çoğunluk” felsefesi kapsamında, kendi yetkilerini sınırlamaları ve anayasanın dar yorumlanmasına işaret etmektedir. Bu, yargının giderek artan muhafazakâr tutumunu desteklemiştir.⁹⁷⁷

Hükümet sistemlerinde, devlet organlarının federal sistemlerin işleyişinde görülen en önemli etkisi, şüphesiz ki yüksek mahkemelere ilişkindir. Devlet organlarının, mahkemelerin örgütlenmesinde önemli rol oynadıkları görülmektedir. Mahkemelerin kararlarıyla, siyasi iradenin sıklıkla bağdaştırılması, bu alanda belirli tartışmaların aktarılmasını gerektirmektedir.

Yargıçların, kendilerini atayan siyasi iradeye duydukları bağlılık ya da kararlarıyla, sürekli olarak kendilerini atayan siyasi iradeyi desteklemeleri, genellikle yargıya ilişkin eleştirilerin başında gelmektedir. Bu genel kaniya karşı çıkanlar, yargıçların seçilmesinde ve kararlarında, kendi ideolojilerinin etkisi olduğu ifade edilerek, yargıçları atayan siyasi iradenin ise, bu çerçeveyi gözeterek yargıç adaylarını belirledikleri ileri sürülmektedir. LEVİTAN, siyasi iradenin atadığı yargıçların, genellikle dünya görüşü ve bakış açısı hakkında yeterli bilgi sahip olduklarına işaret etmektedir. Yazar yargıçların seçiminde, belirli bir yargı sorunun çözülmesi umuduyla siyasi iradenin ideolojisi doğrultusunda atama yapılmasının, nadiren karşılaşıldığını ileri sürmektedir.⁹⁷⁸ Bu görüşe göre yargıçlar seçildikten sonra, kendilerini atayan siyasi iradeyi takip etmemektedirler. Örneğin ABD Başkanları Jefferson ve Madison’ın cumhuriyetçi yargıç atamaları, o dönemin Başyargıcı olan Marshall’a katılarak,

⁹⁷⁶ GABRIEL, Oscar W, *Federalism and Party Democracy in West Germany* , **Publius: The Journal of Federalism**, 19, (Fall 1989), s. 71-72.

⁹⁷⁷ Başkan Nixon’ın mensubu olduğu Cumhuriyetçi Partinin, federe yönetimlerin haklarını, görünüşte Demokrat Parti’den daha fazla önemseyen bir anlayışı benimsemekteydi. Nitekim, Nixon kendisinden önce Demokrat Parti Başkanı Lyndon B. Johnson’ın tersi bir politika izlemiştir. Bu nedenle, federe yönetim haklarının ön plana çıkarılması, federal yönetimin sınırlandırılması adına Amerikan federal sisteminde, yeni federalizm anlayışının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Amerika’da Cumhuriyetçi Partinin bu ideolojisi, söz konusu dönemlerde iki kez üst üste başkanlık seçimlerini kazanmalarına neden olmuştur.

KINCAID, John, *Foreword: The New Federalism Context of the New Judicial Federalism* , **Rutgers Law Journal**, 1994-1995, Vol. 26, N:4, s. 913-914.

⁹⁷⁸ LEVİTAN, *The Effect of the Appointment of a Supreme Court Justice* , s.71-88.

Jefferson'ın oldukça uygunsuz olarak kabul ettiği, Anayasa'nın son derece milliyetçi yorumunu geliştirmişlerdir.⁹⁷⁹ Aynı şekilde, ABD Başkanı Reagan'ın atadığı yargıçlar olan Başyargıç REHNQUIST ve Yargıç SCALIA'nın özellikle federe yönetimlerin korunması konusundaki hassasiyetleri düşünüldüğünde, kendilerini atayan siyasi iradenin takipçileri olduklarına dair hiçbir şüphe bulunmamaktadır.⁹⁸⁰

Bu argümanın en önemli gerekçesi, Başkan Reagan'ın ABD federal sistemine kazandırdığı “yeni federalizm” anlayışının etkisidir. Başkan Reagan, federe yönetim odaklı bir federalizm anlayışı benimseyerek, kurumsal yapının buna uygun hareket etmesi yönünde uygulamalar yapmıştır. Bu yönde yayınladığı, federalizm başlıklı 12612 nolu Başkanlık Emri'nde, “*Federalizm, federal yönetimin büyüklüğü ve kapsamının sınırlandırıldığı hallerde, siyasi özgürlüklerin garanti altına alındığının bilincinde yatmaktadır*”⁹⁸¹ ilkesini ifade etmiştir. Başkan Reagan, yeni federalizm anlayışıyla belirlediği ilkelerinin, yürütme organının işleyişini geliştirmek ve idari otoritelerin ya da kurumların, sınırlı federal yönetim anlayışına uygun hareket etmelerini salık vermektedir.⁹⁸²

Yüksek mahkemelerin anayasaya uygunluk denetiminde başvurdukları yorum yöntemleri, özellikle federalizm davalarında belirgin hale gelmektedir. Buna göre, örneğin ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarının, Avustralya Yüksek Mahkemesi yargıçlarına oranla federe yönetimlerin yasalarını iptal etmeleri çok daha muhtemeldir. Bu durumda, mahkemenin federal yönetim yasama organına, federe yönetim meclislerinden daha fazla riayet ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.⁹⁸³ Buna karşın Avustralya Yüksek Mahkemesi yargıçlarının, federe yönetimlerin yasama organlarına daha fazla uyum göstermek konusunda istekli oldukları ileri sürülmektedir. Ne var ki karşılaştırmalı çalışmalarda, federal sistemlerde aktivist yüksek mahkemeler sıralamasında, Avustralya Yüksek Mahkemesi ikinci sırada gelmektedir.⁹⁸⁴

Amerika'da, Liberal geleneğin etkisiyle Yüksek Mahkemeye atanan yargıçların, genel olarak Muhafazakar gelenekten gelen yargıçlardan daha aktivist oldukları ileri sürülmektedir. Yargıçların kararlarda kullandıkları oylara göre yapılan değerlendirmeler, aktivizm konusunda önemli bir başlangıç noktası teşkil etmektedir. Söz konusu araştırmalar, yargıçların hem kendilerini atayan iradenin ideolojik

⁹⁷⁹ LEVITAN, *The Effect of the Appointment of a Supreme Court Justice*, s.71.

⁹⁸⁰ LEVITAN, *The Effect of the Appointment of a Supreme Court Justice*, s. 88.

⁹⁸¹ REAGAN, Ronald, *Presidential Executive Order 12612*, The White House October 26, 1987, Exec. Order No. 12612, 52 FR 41685, 1987 WL 181433 (Pres.), İnternet Kaynak: <http://reagan2020.us/federalism.asp>, Erişim Tarihi:20-02-2010.

⁹⁸² Başkan söz konusu emirinde, anayasaya uygunluk denetimi açısından bir ilke daha belirleme ihtiyacı görmüştür. Başkan, Bu emir sadece, Yürütme organının iç yönetimini geliştirmek için tasarlanmıştır ve ABD'ye karşı taraf, kendi kurumları, görevlileri, ya da herhangi bir kişi tarafından kanunda uygulanabilir, herhangi bir hak veya yarar, esasa veya usule oluşturmak için uygun değildir ifadesiyle yeni federalizm anlayışının yüksek mahkeme gibi kurumları hukuken bağlayıcı bir ilke olmadığına işaret etmektedir. REAGAN, *Presidential Executive Order 12612*.

⁹⁸³ LINDQUIST, Stefanie A, SOLBERG, Rorie Spill, *Judicial Review by the Burger and Rehnquist Courts: Explaining Justices' Responses to Constitutional Challenges*, *Political Research Quarterly*, 2007, 60, s. 75.

⁹⁸⁴ WEIDEN, David Lee, *Judicial Decision-Making In Comparative Perspective: Ideology, Law And Activism In Constitutional Courts*, Faculty of the Graduate School of the University of Texas at Austin, Doctor of Philosophy, May, 2007, s. 165.

görüşüne, hem de kararlarda kullandıkları oylar bakımından ortaya çıkan kendi ideolojik görüşlerine göre ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Yargıçlar, büyük oranda kendilerini atayan iradenin ideolojik görüşünü takip etse de, kullanılan oylara ilişkin araştırmalar bu sonucun her zaman ortaya çıkmadığını göstermektedir.⁹⁸⁵

Burada önemli olan diğer bir vurgu uyuşmazlıkların çözüm yeri olan yüksek mahkemelerinde federasyonun yapısı bakımından uyuşmazlığa etken faktörlerden biri olarak ortaya çıkmasıdır. Yüksek mahkeme yani yargı federasyondaki dengeyi sağlarken aynı zamanda kendi tercihlerini de bu dengede belirli bir yana koymaktadır. Mahkemenin yetki uyuşmazlıklarının çözümü sürecinde kararları ve yorumlarıyla federasyondaki dengede önemli bir hakem olmasının yanı sıra taraftır. Yargının taraf olması belirli bir yönetimi kayırma amacıyla olmasa da, federasyonun doğası gereği yargının ya merkezi ya da periferik kararlar ürettiği görülmektedir.⁹⁸⁶

d. Sosyolojik Boyuta İlişkin Etkiler

Yüksek mahkemelerin federalizm davalarında, toplumsal ve ekonomik farklılıklardan etkilenmeleri olgusal bir gerçeklik olarak görülebilir. Bunun en iyi örneği, Amerika'nın yeniden yapılanma, iç savaş ve büyük buhran gibi, sosyolojik ve ekonomik faktörleri etkileyen dönemlerin, federalizme olan etkileridir. Ne var ki, söz konusu etkilerin her zaman olumlu yönde olması beklenmemelidir.

Federal sistemlerde mali dağılım ve transfer programları, temel meselelerden biri olarak görülmektedir. ABD federasyonunda olduğu gibi koşullu federal hibe sisteminin kontrolsüz bir şekilde büyümesine ya da Kanada federasyonunda olduğu gibi yönetimler arası ilişkilerin, yarı diplomatik rejimi kapalı kapılar arkasında gerçekleştirilmiştir.⁹⁸⁷

Federal sistemlerde federalizm düşüncesine olan sosyolojik bağlılık, sistemi koruyan aktörleri de etkilemektedir. Aynı türden değerlendirmeler, devlet perspektifi açısından federal olarak düşünme şeklinde ifade edildiği de görülmektedir. Bu görüşlere göre, federalizm ile devlet ya da yönetim kavramları arasındaki ilişkinin federal olarak düşünebilme yeteneğini arttırmaktadır.⁹⁸⁸

Kanada ve Hindistan federal sistemlerinin asimetrik yapılarının, federal ve federe yönetimler arası uyuşmazlıklarla karşılaştırılmaktadır. Asimetrik yapılanmaların

⁹⁸⁵ LINDQUIST, SOLBERG, *Activism, Ideology, and Federalism: Judicial Behavior in Constitutional Challenges Before the Rehnquist Court, 1986–2000*, s. 238.

⁹⁸⁶ Örneğin *United States v. Lopez* kararında, Yüksek Mahkemenin önceki içtihatlarında, federal yönetimin ticareti düzenleme yetkisinin oldukça geniş yorumlandığı ifade edilmiştir. *United States v. Lopez - 514 U.S. 549 (1995)*. İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.html>. Erişim Tarihi: 02-02-2010. Yüksek Mahkemelerin belirli koşullar altında, zaman zaman çevresel yani periferik kararlar üretebilmektedir. Ne var ki bu durumun merkeziyetçi kurumların periferik-çevreci (federe yönetim ya da çeşitlilik yanlısı) bir denge sağlamada, belirli bir rol üstlendiği şeklinde kabul edilmemesi gerekmektedir. VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker*, s. 102.

⁹⁸⁷ WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 42-43. HUEGLİN, *Federalism at the Crossroads: Old Meanings, New Significance*, s. 287

⁹⁸⁸ CLARKE, Susan E, *Thinking Federally from a Governance Perspective*, içinde, PAGANO, Michael A, LEONARDI, Robert, *The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems*, Palgrave Macmillan, USA, 2007, s. 55.

nedeni, tüm federe yönetim düzenleriyle ilgili olmayıp, sadece birkaç federe yönetim düzeninin özelliği olarak görülmektedir. Bu tür yapılanmalarda, yerel ve merkezi otoriteler arasındaki ilişkinin, federal ve federe yönetimler arasında çatışma yaşanmasının olası bir sebebi olarak görülmektedir.

Ayrıca, federasyon tasarımının Kanada ve Hindistan gibi büyük coğrafyalarda, devletin daha fazla yönetilebilir olmasına çalışılmasının, federalizmin sonu olabileceği ileri sürülmektedir. Amerikan anayasa koyucularının da bunu amaçladıklarını fakat ABD Anayasası'nın diğer ülkelerdeki federasyon anayasalarından farklı olarak bir uzlaşma veya anlaşma (*covenant*) belgesi gibi uygulandığına dikkati çekmektedirler.⁹⁸⁹

Türdeş ya da heterojen toplumların, çok katmanlılıkları bakımından kesin bir değerlendirilmeye tabi tutulmayacağı öğretilerinde kabul edilmiş bir ilkedir. Türdeş toplumlar bakımından ihtimal az da olsa çok katmanlılık mümkün olabileceği gibi, heterojen toplumlarda da çok katmanlılık kesin değildir. Özellikle Hindistan federasyonu örnekimiz bakımından federal yönetimin bu denli güçlü olması, federalizm ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, var olan toplumsal katmanları da zedelemektedir. Öyle ki Hindistan'da var olan bu çok katmanlılık nedeniyle, federasyon dışında başka bir devlet sisteminin benimsenmesini mümkün olmamıştır.⁹⁹⁰

Gerçekte bir dereceye kadar, bir federal sistem içinde gözlemlenen uyum ya da çatışmanın derecesi, sistem içinde hakim olan simetrik ya da asimetric modellerin fonksiyonu olarak düşünülebilir. Bununla birlikte simetrik modellerin federal yönetimler ilişkileri birbirleriyle aynı ilişki derecelerine sahip federe yönetimleri ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde asimetric modellerde federe yönetimlerin federal yönetimle olan çatışma dereceleri, diğer federe yönetimlerde de görülme potansiyeline sahiptir.⁹⁹¹

Avusturya gibi, yetki paylaşımına ilişkin merkezîyetçi tercihleri bulunan federal sistemlerde, federalizm ilkesinden uzaklaşmanın diğer nedeni de, sosyolojik yapı olarak kabul edilir. Bu yönde Avusturya'da, eğitim, basın ve siyasi alanların, özellikle siyasi partiler ve alt örgütlerinin, merkez odaklı eğilimlerinin, belirgin katmansal ya da çeşitlilik temsiliyetine engel olduğu ifade edilir. Bu da sistemin, federal benzeri çalışmasının diğer önemli bir faktörüdür.⁹⁹²

Bunun tarihsel gerekçeleri de olabileceğini ifade etmek gerekir. Avusturya'da, birinci cumhuriyet sırasında merkezin değil, federe yönetimlerin yani kanatların güçlü olduğu bir federasyon tasarlandığı, ancak, ikinci cumhuriyet döneminde tam tersi

⁹⁸⁹ VERNEY, *Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India*, **Publius**, Vol. 25, No. 2 (Spring, 1995), s. 81-97.

⁹⁹⁰ P. SINGH, Mahendra, VERNEY, Douglas V, *Challenges to India's Centralized Parliamentary Federalism*, **Publius**, Vol. 33, No. 4, *Emerging Federal Process in India* (Autumn, 2003), s. 1.

⁹⁹¹ Örneğin California ve Washington D.C. veya Mississippi ve Washington, DC aralarındaki çatışma veya uyum düzeyleri, tüm federe yönetimlerin federal yönetimle olan ilişkileriyle bir simetride olduğu görülebilir.

⁹⁹² Söz konusu deneysel çalışmada, özellikle, Eğitim ve Kitle İletişim unsurlarının ele alınmasının nedeninin bunların önemli politika alanları olmaları şeklinde açıklamaktadır. Bunun nedeninin de kimlik siyasetinin, kültürel alanlarda egemen olduğuyla ifade etmektedir. ERK, *Austria: A Federation without Federalism*, s. 20.

olarak merkezin güçlendirildiği, federe yönetimlerin daha zayıf tasarlandığı bir federasyon kurulmuştur.⁹⁹³ İkinci cumhuriyetle merkeze verilen bu ağırlık bugün dahi aşılmış durumda değildir. Bu nedenle Avusturya federasyonunun, “merkeziyetçi” olarak ifade edilmesi, tarihsel, siyasi ve toplumsal olgulara dayandırılabilir.⁹⁹⁴

Avusturya federasyonunun federal bir yapıdan uzak olması, anayasal yetki paylaşımının yapısından ziyade toplumsal anlamda olarak homojenize olmuş bir yapının varlığıyla da açıklanmaktadır. Eğitim, basın gibi toplumun ortak alanlarında federal yönetimin ağırlığı tek tip bir sistemin ortaya çıkmasına ve sonuçta federasyon olarak tanımlansa dahi üniter yapıya benzer bir yönetim şeklinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Avusturya federasyonunda tüm siyasi alanlarda düşünce çerçevesi bütün bir Avusturya için kurulmaktadır. Bu, federalizm için esaslı bir bağlılığı sürdürmek için gerekli olan federasyonun bölgesel temelli heterojen toplumdaki yokluğundan kaynaklanmaktadır. ERK, toplumsal homojenliğin hükümetin her düzeyinde merkeziyetçi bir siyasi bakışa neden olduğunu, Avusturya federasyonunun merkeziyetçi eğiliminin Anayasa'nın yapısından değil toplumsal yapısından kaynaklandığını göstermektedir.⁹⁹⁵

Nitekim Avusturya'da federal hukuk ve federe yönetim hukuklarının eşitliği ilkesine dayanan yapı, yine ilk bakışta federalizmin güçlü olduğu kurumsal bir yapıyı akla getirmektedir. Kısacası Avusturya'da federal hukuka anayasal üstünlük verilmemiş olsa da, bu sistemin merkeziyetçi ya da federal benzeri olmasını engellememektedir.

Avusturya federasyonunun merkezileşmesinde rol oynayan unsurlar bir den fazla kaynağa dayanmaktadır. Bu yönde toplumunun sosyal, kültürel, toplumsal anlamda “birleşmiş-tekleşmiş” yapısını özetleyen ERK, “*Avusturya'da siyasetçiler, bürokratlar, çıkar grupları, profesyonel kurumlar, ticari birlikler ve en önemlisi seçmenler ülkeyi bir bütün ve üniter algılamaktadırlar, söz konusu bireyler ve gruplar, ülke açısından siyaseti ulusal anlamda görerek buna göre hareket*” ettiklerini ifade etmektedir.⁹⁹⁶

e. Ekonomik Boyuta İlişkin Etkiler

Federasyonlarda federal yönetimin yetki alanlarının genişlemesi bakımından önemli bir diğer kanal da ekonomi alanlarına özgüdür. Mali federalizm alanı, federasyonların ayrı bir çalışma konusudur. Bizim çalışmamızda sadece federal yönetimin ve federe yönetimlerin aralarında hukuken var olan yetkilerin, dönüşümü

⁹⁹³ HADLEY Charles D, MORASS, Michael, NICK, Rainer, *Federalism and Party Interaction in West Germany, Switzerland, and Austria*, **Publius**, Federalism and Intergovernmental Relations in West Germany: A Fortieth Year Appraisal, Vol. 19, No. 4, 1989), s. 84.

⁹⁹⁴ ERK, Jan, *Austria: A Federation without Federalism*, **Publius: The Journal of Federalism**, Vol. 34, Number 1, 2004, s. 1.

⁹⁹⁵ Söz konusu çalışmada, özellikle, Eğitim ve Kitle İletişim unsurlarını ele almasının nedeninin bunların önemli politika alanları olmaları şeklinde açıklamaktadır. Bunun nedeninin de kimlik siyasetinin, kültürel alanlarda egemen olduğuyla ifade etmektedir. ERK, *Austria: A Federation without Federalism*, s. 18-19, 20.

⁹⁹⁶ ERK, *Austria: A Federation without Federalism*, s. 4. Yazar, Avusturya federasyonunu federal olmayan bir toplum yapısına sahip bir federasyon olarak tanımlamaktadır. Bu tip federasyonlara ayrıca Almanya, Avustralya ve Amerika'da eklemektedir.

konusunda ekonomik yani mali federalizmin de bir kanal olduğunu göstermektedir. Federasyonlarda, federal yönetimin mali politikaları nedeniyle federe yönetimlerin (ve yerel yönetimlerin de) belirli derecelerde federal yönetime bağımlı olmaları, bazı alanlarda özerkliklerin taviz vermelerine neden olduğu ifade edilmektedir.⁹⁹⁷

Federasyon anayasalarında mali düzenlemeler federal yönetime doğru kayan yetkilerin ya da hareketlerin önemli yönlerinden birini teşkil etmektedir. Federal sistemlerde, merkezileşmeye yönelik eğilimlerin ısrarlı bir şekilde devam ettiği görülmektedir.⁹⁹⁸ Federasyon anayasalarında mali düzenlemeler, federal yönetime doğru kayan yetkilerin ya da hareketlerin önemli alanlarından birini teşkil etmektedir. Sonuçta federasyon, bir sistem içerisinde ayrı ve bağımsız yönetimlerinin, farklı kamu politikaları alanlarında özerk yetkiler sahibi olmalarıdır. Yetki konusunu mali açıdan düşündüğümüzde, özerk egemen bir yönetimin, kendi kamu politikalarını hayata geçirebilmek için mali açıdan belirli bir güvenceye ihtiyaç duyar. Federasyonda, en azından özerklik vurgusunun mali açıdan önemli bir boyutu olduğu, federe yönetimlerin kendi kamu politikalarını (makro ya da mikro politikalar) gerçekleştirmek üzere gelir alanlarına ihtiyaç duyacakları açıktır. Gelir alanlarının yaratılması, vergilendirme, harcamalar konusunda tamamen merkezi otoriteye bağımlılık şüphesiz ki federe yönetimleri zayıf kılar. Aynı yönde, anayasalardaki mali düzenlemelerin, federasyon eğilimlerini ortaya koymak için önemli alanlardan biri olduğu ifade edilir.⁹⁹⁹

Federasyonlarda, federe yönetimlerin özerklikleri ya da egemenliklerinin korunması yönünde, yüksek mahkemelerinin sistemin garantörü olmasının yanı sıra, ağırlıklı olarak federe yönetimlerin mali özerklikleri tartışılmaktadır. Bu kapsamda genel olarak, merkezi kurumların ekonomik sektör gücünü genişletmek eğiliminde olduklarına dikkat çekilmektedir.¹⁰⁰⁰

Federal sistemi etkileyen, ekonomik alana ilişkin önemli veriler, federal hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmaktadır. Federal yönetimin düzenlemelerine, geniş anlamda üstünlük verilmesi, federal yönetimlerin çok önemli mali kaynakları bulunmasına bağlanmaktadır. Bu nedenle federal yönetimler baskın hale gelmekte ve sistemin denge unsurunda önemli değişiklik meydana gelmektedir. Federal hukukun üstünlüğü ilkesiyle, federal yönetimin güçlü mali kaynakları bir araya geldiğinde, federe

⁹⁹⁷ DÖRİNG, Thomas, SCHNELLENBACH, Jan, *A Tale of Two Federalisms: Germany, the United States and the Ubiquity of Centralization*, **Constitutional Political Economy**, 2011, Vol. 22, Springer Science, s. 84 vd.

⁹⁹⁸ DÖRİNG, SCHNELLENBACH, *A Tale of Two Federalisms: Germany, the United States and the Ubiquity of Centralization*, s. 100.

⁹⁹⁹ MACINTYRE, Clement, WILLIAMS, M. John, Commonwealth of Australia, AKHTAR, Majeed, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**, s. 16.

¹⁰⁰⁰ VAUBEL, s. 95-96.

yönetimler, sadece kendilerine federal yönetim tarafından izin verilen yetkilerini kullanabilir hale gelmektedirler.¹⁰⁰¹

Amerikan federasyonunda, alt yönetimlerin (federe ve yerel yönetimler) merkezi otorite tarafından mali yönden sindirilmesi yönünde, federal hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde, federe yönetimlerin haklarının geçersiz bırakılması (*preemption*) gibi zorlayıcı araçların kullanımını gündeme getirmiştir.¹⁰⁰²

Görüldüğü üzere, mahkemelerin yetki uyuşmazlıklarını çözerek, federal sistemi dengeleme işlevleri, sistemin başka unsurlarıyla örtüşmektedir. Bu nedenle mali alana ilişkin bu baskın yapının, genel bir değerlendirmeyle aktarılması gerekmektedir.

Mali ya da ekonomik alana ilişkin en önemli göstergeler, yetki paylaşımı kataloglarının esnetilmesinde bir yöntem olarak gelişmiş olmalarıdır. Federal yönetimler, yardımlar yoluyla federe yönetimlere mali destek sağlamaktadırlar. Özellikle, ABD ve Avustralya gibi federal sistemlerde, yönetim düzenleri arasında uyuşmazlıklar, federal yönetimlerin genellikle devlet yardımı programları yoluyla ikna edici mali yardım sağlamasıyla engellenmektedir.¹⁰⁰³

WECHSLER, İç Savaş ve Büyük Bunalımın ardından, yüksek mahkemenin verdiği önemli kararlarla, yetki paylaşımı kataloğunu yeniden yapılandığı ve özellikle federe yönetimlerin ekonomik alanlara ilişkin yetkilerinin federal yönetime aktarıldığını belirtmiştir. Söz konusu kararlar, federe yönetim meclis üyelerinin yerel çıkarlarına karşılık olarak, Temsilciler Meclisi yapılanmasındaki rollerinin azalmasına neden olmuştur.¹⁰⁰⁴

Yetki paylaşımı kataloglarındaki, yetkilerin ve kaynakların dağılımında görülen farklılıklar, federal sistemlerin kendi siyasal kültürleriyle de ilgilidir. Bu doğrultuda, yetki paylaşımı kataloglarının uygulamada sık sık dönüşüm geçirmesi, anayasal yetki paylaşımının toplumun siyasal kültürü ve ekonomisiyle uyumlu olmamasında da kaynaklanabilir. Örneğin, bazı kalkınma planlarının geliştirilebilmesi için bölgesel eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir.¹⁰⁰⁵ Örneğin Hindistan'da federe yönetimler, yüzde 26'nın üzerinde olan federal vergi ve harçların, sadece yüzde üçünü almaktadırlar. Ekonomi açısından federe yönetimlere düşen oran, son derece düşük olsa da, federe yönetimlerin, artık yetkileri bakımından mali ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla federal ödeneklere ihtiyaçları vardır. Bölgesel eşitsizlikleri düzeltmek, sosyal

¹⁰⁰¹ KATZ, Ellis, **United States of America**, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006, s.305.

¹⁰⁰² DE FIGUEIREDO, R. J. P, WEINGAST, B. R, Self-enforcing federalism, **Journal of Law Economics and Organization**, Vol. 21, 2005, s. 103–135.

¹⁰⁰³ Bu durum ABD federal sisteminde federal hükümetin rolünü arttırırken, son 200 yıllık süreçte bu artan role katkıda bulunan sosyal ve ekonomik gelişmeler şu şekilde ifade edilmektedir. *1803 yılında Fransa'dan Louisiana Bölgesi satın alınması ve Batı Amerika'nın sonraki açılışı, İç Savaş, 19. Yüzyıl ve 20. Yüzyıl başlarında büyük ölçekli göçler, sanayileşme ve kentleşme, Büyük Buhran, 1930'larda Başkan Franklin Roosevelt Yeni Düzen programları, İkinci Dünya Savaşı ve onu takip eden Soğuk Savaş, teknolojik değişiklikler ve Küreselleşme*. KATZ, **United States of America**, s.305.

¹⁰⁰⁴ TUSHNET, **Taking the Constitution Away from the Courts**, s.100.

¹⁰⁰⁵ AKHTAR., (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**, s. 17.

refah programlarını teşvik etmek ve her şeyden önce, federe yönetimlerin kaynaklarını ve gelişimsel ihtiyaçları arasında ince bir denge bulunmasını gerektirmektedir.¹⁰⁰⁶

Bununla birlikte, Hindistan’da merkeziyetçi federalizm dönemlerinin ilk başında, 1957 yılında yapılan “İkinci Beş Yıllık Planın” benimsenmesiyle, federal otoritenin, federe yönetimlere görece çok daha güçlü olduğu bir dönemdir. Ancak, 1971 yılında GANDHİ seçimiyle periyot, federal yönetimin ekonomik gücünde ve federe yönetimlerin rollerinde genel bir genişleme konusunda büyük bir genişlemeler yaşanmış, bu dönem ise 1977 yılına kadar sürmüştür.¹⁰⁰⁷

Avustralya Anayasası’nın, 4. bölümü mali alanları düzenlemektedir. Anayasa’nın, 81-83. maddelerine göre, tüm federal gelirlerin, toplanan ve verilen paralar oluşturulacak bir *Konsolide Gelir Fonunda* olacak ve bütün ödenekler yasayla yapılmış olmalıdır. 81. maddede ifade edildiği gibi Federal yönetim parlamentosunun, para harcamalarını “federal yönetimin amaçları” için kullanacağı belirtilmiştir. Bu durumda da uygun fonların ne olduğu ile ilgili her hangi bir sınır olmadığını gösterir ki bu fonların harcamaları sınırlıdır.

Avustralya Anayasası’nın 90. bölümü, anayasa koyucularının öngördüğü gibi mevcut ekonomik birliğin, düzgün tek bir vergi politikası “*tariff policy*” belirlenmesi için federal yönetimi yetkilendirdiği görülmektedir.¹⁰⁰⁸ Bu düzenleme, alım-satım ve ticaretle ilgili alanlarda federe yönetimlerin kendi aralarında yani birbirlerine karşı federe yönetimler arası “*interstate*” “*protectionist*”¹⁰⁰⁹ vergi koymalarını engellemektedir.¹⁰¹⁰ Federal yönetim ve federe yönetimlerin her ikisinin de vergilendirme yetkilerinin bulunmasına rağmen, federal yönetimin bu konudaki otoritesi bir şekilde federe yönetimlerin etkin bir şekilde vergi koyma yetkilerini önlemek için getirilmiştir. Bu durum, İkinci Dünya Savaşı’nın olağanüstü bir sonucu olduğunu ifade etmektedirler.

Avustralya’da özellikle 1970’li yıllarda federal yönetimin vergilendirmeye ilişkin hevesine rağmen bu konuda federe yönetimler pek de ilgili gözükmemişlerdir. Bu

¹⁰⁰⁶ AKHTAR., (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , içinde MATHEW, George, *Republic of India* , s. 169.

¹⁰⁰⁷ 1977 yılından sonraki gelişmeler, Federal Yönetimin Yetki alanını genişleten düzenlemelere ilişkin başlıkta aktarılmıştır. CHHIBBER, Pradeep, KOLLMAN, Ken, **The Formation of National Party Systems: Federalism and Party Competition in Canada, Great Britain, India, and The United States** , Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2004, s. 132.

¹⁰⁰⁸ Avustralya Anayasası’nın 90. maddesi, Parlamentonun tekdüze vergilendirme yetkisinin, gümrük ve tüketim görevleri uygulamak ve gümrük - tüketim vergilerini uygulamak ve malların üretim veya ihracat gelirlerinin verilmesi konusundaki yetkisinin münhasır yetki olduğu düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, federe yönetimlerin sadece 1898 yılına kadar bu yönde yaptıkları ve yasaya dayanan düzenlemelerin geçerli olacağı ifade edilmektedir.

¹⁰⁰⁹ Vergilendirmeye ilişkin olan bu kavramın Türkçe karşılığı olan Korumacı şeklinde anlaşılmamıştır. Bu kavram, yabancı ithalat vergileri veya tarifeleri koyarak yerli sanayiye korunması ve böylelikle ekonominin desteklenmesini ifade etmektedir. Daha yalın bir ifadeyle bir devletin, kendi ülkesine giren yabancı mallara vergi koyması ya da bunların ülkeye girişini kısıtlaması yoluyla kendi sanayisine yardım etmesidir. Federasyonda, federe yönetimlerin birbirilerinin mallarına karşı bu uygulamanın yapılmaması amacıyla Avustralya Anayasası vergilendirme konusunda, federal yönetimi yetkili kılmaktadır. Tanım için bkz. **Longman Dictionary of Contemporary English (4th Ed)**. Dolayısıyla da burada federe yönetimlerin kendileri ve diğer federe yönetimlerdeki sanayi, ticaret ve alım-satımı korumak için dışarıdan gelen ithalat vergilendirmede söz hakkının olmamasını ifade etmektedir. Avustralya Anayasasıyla bu konudaki düzenleme federal yönetimindir.

¹⁰¹⁰ MACINTYRE, Clement, WILLIAMS, M. John, Commonwealth of Australia , AKHTAR, Majeed, (Ed.), **Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries** , s. 16.

dönemde Avustralya’da yaşanan mali federalizm dengeleri onun diğer federasyonlar bakımından "dikey mali dengesizlik" tabiri ile tanımlanmasına neden olmuştur. Bunun sebebi olarak federe yönetimlerin hastaneler ve okullar gibi şeylerin düzenlenmesi için yasal bir sorumluluğu olmasına rağmen mali kapasiteleri olmadığı, Federal yönetimin ise gelir anlamında etkin güçleri elinde bulundurur ancak bu konudaki ilkelerini politikasını uygulamak için gerekli yasal yetkiden yoksundur. Genel vergilendirme durumu, federasyonun kurulumundan bu yana oldukça değiştiği ifade edilmektedir.

Son dönemlere kadar, Avustralya federasyonu hem dikey hem de yatak anlamda mali dengesizlik konularıyla sık sık federasyon dengesini sınımıştır. Anayasa kurucularının ilk baştaki mali çekincelerinin federe yönetimler bazında sağlanması, federal yönetimin “ulusal” alanları yönetememesine ve federe yönetimlerin gelirlerinin çok ciddi seviyelerde olmasına neden olmuştur. Bu mali dengesizlik hali uzunca yıllar sürmüş ve bunun yanında Dünya savaşı tecrübelerinin geçirildiği bir ekonomik platformda, bu dengesizlikler giderek artış göstermiştir. Son dönem mali uygulamalara yönelik olarak, 1999 yılında Federe Yönetimlerle Mali İlişkiler, federal hükümetin bir mal ve hizmet vergisi getirerek, Avustralya vergilendirme sisteminde reform yapması, kapsamlı politikanın bir parçasını oluşturmuştur. Burada gerçek amacın, federe yönetimlerin mal ve hizmet vergisi karşılığında topladıkları vergilerin aralığını basitleştirmek ve daraltmaktır. Mal ve hizmet vergileri ile ilgili düzenlemeler daha yeni dönemlerde getirilmiş olduğundan bunun uzun vadede dikey ve yatay mali gelirler üzerindeki sonucu bilinmemektedir.

1011

ABD federasyonunda, federal yönetimin yetki alanlarının genişlediği dönemler, Yeni Düzen (*New Deal*) ve Büyük Bunalım (*Great Depression*) dönemleri olmuştur. Söz konusu dönemlerde, federe yönetimlerin ekonomik düzenlemelere ilişkin yetkileri, federal yönetime kayarak, yön değiştirmiştir. Daha sonraki dönemlerde de, Yüksek Mahkemenin yetki alanlarını yeniden paylaşmasına ilişkin kararlarıyla, yerel çıkarlara yanıt olarak Temsilciler Meclisi yapılanmasında federe yönetimlerin yasama rollerinin azaltılmıştır.¹⁰¹²

Nitekim SHAH, federal ve federe yönetimlerle daha alt düzeydeki yerel yönetimler arasında mali federalizmin ortaya çıkardığı uyuşmazlıkları, “*dikey mali boşluklar ve gelir özerklikleri, federasyonların kurucu –alt- birimleri ilgilendiren bir konudur, çünkü vergilendirme yetkilerinin merkezileşmesi federal harcamaları*

¹⁰¹¹ DOLLERY, Brian, *Fiscal policy (History)*, 2002, **History of Economics Review**, History of Economic Thought Society of Australia, Volume: 36, İnternet Kaynak: <http://www.freepatentsonline.com/article/History-Economics-Review/179424907.html>, Erişim Tarihi: 02/05/2011.

¹⁰¹² TUSHNET federal yönetimin, eğitimin içeriği konusunda ki yetkiler yerel düzeyde –federe yönetimler tarafından- belirlenen şekliyle kaldığını: şehirlerin ve federe yönetimlerin imar kontrolünü sağladığını ve böylece konut ve sanayinin genel dağılımının da federe yönetimlerin yaptığını belirtmiştir. TUSHNET, **Taking the Constitution Away from the Courts**, s.100-101.

*karşulamak üzere, federal yönetimin harcama gücü dahil olmak üzere, gerekli olandan daha büyüktür. Bu, kurucu –alt- birimleri politikaları üzerinde mali transferleri kullanımı yoluyla ulusal hedefleri karşılamak için aşırı bir etkisi olduğu*¹⁰¹³ şeklinde ifade ederek, kurucu birimlerin yani federe yönetimlerin özerkliğinin belirgin bir şekilde federal mali kaynaklara bağlılığını göstermektedir.

Mali federalizm açısından bakıldığında, yüklü mali transferle anlamlı sonuçlar gibi görülebilir, ne var ki işin aslında federal yönetim mali araçlarla yetki alanlarını genişletme metodunu sıkça kullanarak, yetki paylaşımı kataloglarını yeniden ve yeniden paylaşılmasını sağlamaktadır. Bu nedenle gelirlerin önemli bir kısmının mali dağılımının, federe yönetimler bakımından özerkliği ayrı bir önem kazanmaktadır. Yine de, her federe yönetimde siyasi aktörlerin seçim yarışı kazanma hedefleri kendi vatandaşlarının refahını sağlama yolunda her yolu deneyebileceklerini göstermektedir. Bunun önemli olabilecek sınırlayıcı noktası, gerçekten federe yönetimlerin dil, din, kültürel gibi farklılıklarının, keskin olabilmesidir. Bu durumda federal yönetimin bu keskin çizgilere sunacağı cazip teklifler daha temkinli olabilecektir.

B. YETKİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Bu başlık altında amaçlanan, yetki uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin temel odaklara dikkati çekmektir. Bu yönde öncelikle yüksek mahkemelerin örgütlenmelerine ilişkin genel bir değerlendirme yapılması gereklidir. Bununla birlikte, federal sistemi koruma işlevinin yargısal yaklaşım yani, anayasaya uygunluk denetimiyle gerçekleştirilmesinin yanı sıra, siyasi yaklaşımlarla da çözüm arayışlarının ön planda olduğu görülmektedir. Günümüzde siyasi yaklaşımlarının, alternatif çözüm yolu olarak ifade ettikleri önemli bir eğilimin altını çizmek gerekmektedir. Bu yönde geliştirilen yönetimlerarasılaşma eğilimleri, federal sistemlerin siyasi işleyiş içerisinde korunmasına yönelik bir eğilimdir. Bununla birlikte klasik olarak yargısal koruma işlevinin de, mahkemelerin örgütlenmesi ve genel anlamda yüksek mahkemelerin uyuşmazlık çözümüne etki eden işleyişleri bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Yönetimlerarasılaşma Eğilimleri (Intergovernmentalization)

Yetki paylaşımının analizlerine dair yapılan karşılaştırmalı çalışmalarda, yetki paylaşımının anayasal biçim ve kapsamıyla, işleyişlerinde önemli farklılıklar olduğu belirtilmiştir.¹⁰¹⁴ Çoğu durumda siyasi gerçeklik ve süreçlerle, yargısal çözüm

¹⁰¹³ Yazar Avustralya dışında diğer federasyonların bazılarında da aynı endişelerin var olduğuna dikkati çekmektedir. Bunlar, Almanya, Hindistan, Malezya, Nijerya, Rusya, Güney Afrika ve bölgesel devlet olarak İspanya şeklinde ifade edilmiştir. SHAH, Anwar, BLINDENBACHER, Raoul, (Ed.), **Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**, 2006, McGill-Queen's University Press, s. 42.

¹⁰¹⁴ Burada genel olarak, federasyonlarda anayasal yetki paylaşımının karakterinde önemli bir farkın, federasyon birliklerinin iki ve federasyon düzenlerinin üç farklı devlet düzeyine sahip olduğu durumlar şeklinde ifade edilmektedir. İlk duruma uygun olarak federe yönetim düzeninde devletler genellikle uygun gördükleri belirli yetkileri yerel yönetimlere devrederler, diğer kriterde ise, federal

yöntemleri, anayasanın işlettiği yöntemi değiştirmiştir. Bu açıdan hemen hemen tüm çağdaş federasyonlarda, değişen ve yeni ortaya çıkan koşulları karşılayabilmek adına, yetki paylaşımındaki usullerinin değiştirilmesi konusunda düzenleme yapılması için baskılar yaşanmaktadır.¹⁰¹⁵

Ayrıca her federasyonda, yönetim düzenlerinin anayasal yetkilerin dağıtılmasında üst üste geçme ve yönetimlerarası bağımlılığın kaçınılmaz olduğu belirtilmektedir. Bu bağımlılığın, yönetimler arasındaki işbirliğini kolaylaştırmak için çeşitli yöntemlerin ve kurumların varlığını gerektirmektedir.¹⁰¹⁶ Zira bu tür yönetimlerarası işbirliğinin ve yönetimlerarası bağımlılıkların karakteri, yönetim düzenlerinin karşılıklı etkileşimlerinin dengelenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu karşılık bağımlılık ya da işbirliği mekanizmalarının, federasyondan federasyona farklılık göstermekte ve çeşitli varyasyonları bulunmaktadır. Burada, federal sistemlerde yetki uyuşmazlıklarının çözümünde, alternatif bir yöntem olarak kabul edilen yönetimlerarasılaşma ya da yönetimlerarasılaşma mekanizmalarından söz etmek gerekir.¹⁰¹⁷

Federal sistemlerde anayasal, siyasi ve mali yetkilerin kaçınılmaz bir şekilde örtüşmesi, yönetimlerarası ilişkilerin federasyonların ayrılmaz bir özelliği olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak her federal sistemde, örtüşen yetkilerin yönetimlerarasılaşmaya, yol açma dereceleri bakımından farklılıklar vardır.¹⁰¹⁸

Bununla birlikte, yasama ve yürütme yetkilerinin aynı yönetim düzenine verilerek örtüştüğü federal sistemlerde, yetkilerin federe yönetimlerden federal yönetime geçirilmesinde ifade edilen eğilim de, yönetimlerarasılaşma olarak ifade edilir. Bu, federasyonlarda işbirliği gibi resmi olmayan müzakerelerle, yetki uyuşmazlıklarının çözüm mekanizmalarından biri olarak kabul edilmektedir.¹⁰¹⁹ Anayasal yetki paylaşımlarının dağınık ve belirsiz yapıları, yönetimlerarasılaşma eğilimlerine neden olduğu, bazı federal sistemlerde daha fazla olduğu belirtilmektedir.¹⁰²⁰

Özellikle, Amerika'da yetkilere ilişkin alanlarda yönetimlerarasılaşma eğilimlerinin tamamen yayıldığı, genel olarak buradaki yönetimlerarasılaşma ilişkileri, siyasi aktörleri içeren bir dizi "organize kaos" olarak tarif edilmiştir.¹⁰²¹ Buna karşılık

devletlerde anayasa açıkça yerel ve belediye yönetimlerinin üçüncü bir devlet düzeyi ya da yönetimi olduğunu kabul etmesidir. *Amerika, Kanada, Avustralya*, Belçika federal devletler ilk kategorinin örnekleriyken Breziya, *Almanya, Hindistan* (Önemli anayasal değişikliklerin bir sonucu olarak), Meksika, Nijerya ve İsviçre ikinci sıradaki duruma uygun federal ülkelerdir. WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 375.

¹⁰¹⁵ WATTS, *Participation of Federated Entities in Federal Policy-Making*, s. 5 vd.

¹⁰¹⁶ WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, s. 15.

¹⁰¹⁷ HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 8.

¹⁰¹⁸ WATTS, *Comparative Conclusion*, s.321-350.

¹⁰¹⁹ WATTS, *Models of Federal-Power Sharing*, s. 6-7.

¹⁰²⁰ HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 25.

¹⁰²¹ KINCAID bu tür resmi ya da resmi olmayan eğilimlerin, siyasi aktörlerin işbirliği, uzlaşma, hile, rekabet, çatışma ve zorlama ile karakterize edilen hiyerarşik konumlarını değiştirmedini belirtmektedir. Amerika'da bu eğilimlerin, *kadrolaşma ve yıkıcı davranışlarını sınırlama, yolsuzluğu en aza indirme ve bu açık, gözenekli sistemin, kendi çıkarlarına ilişkin endişelerini gidermek için fırsat verdiği* için yardımcı olduğunu ileri sürmektedir. HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 25.

Belçika gibi federal sistemlerde bu eğilimin, daha az görüldüğü ifade edilmiştir.¹⁰²² Nitekim “Amerika’da çok merkezli egemenliğin kavramı, açıkça Avrupalı benzerlerinden ayrı bir şekilde kök salmış” olduğu belirtilmektedir.¹⁰²³

Bunun yanı sıra Avustralya, Kanada, Almanya gibi federal sistemlerde de, söz konusu eğilime yönelik olarak pazarlıkların yapılabildiği ve yönetim düzenleri arasında karşılıklı bağımlılıkları teşvik eden kurumlar bulunmaktadır.¹⁰²⁴ Yönetimlerarasılaşma eğilimi, Amerikan federasyonunda ortaya çıktığı belirtilen ve federal yönetimin yetki alanlarını genişletmesiyle sonuçlanan uygulamaları ifade etmektedir. Yönetimlerarasılaşma, federal yönetimlerin federe ve yerel yönetimlerin kamu politika süreçlerine katılarak, kendi politikalarının işletilmesi için teşvikler sunmasına ya da yardım sağlayarak, federe yönetimleri kendine bağımlı hale getirmesiyle sonuçlanmaktadır. Bu da federasyonun yetki paylaşımının anayasal dengesini bozmaktadır.¹⁰²⁵ Yetki paylaşımının doğasının değişmesi bakımından yönetimlerarasılaşma eğilimleri, başta ABD olmak üzere bir çok federal sistemde, federal yönetimin kamu politikaları aracılığıyla yetki alanlarını genişletmeleriyle sonuçlanmıştır.¹⁰²⁶

Bu müzakerelerde, daha önce federasyonların oluşumuna ilişkin siyasi teoriler dolayısıyla pazarlıklar öne çıkabilmektedir. Eğilim, federal sistemlerde yetki uyumsuzluklarının çözümünde, yargısal olmayan alternatif bir çözüm mekanizması olarak kabul edilmektedir. Ancak söz konusu eğilimin çözüm mekanizması olmaktan çok, siyasi aktörlerin pazarlıklarıyla yetki paylaşımı kataloglarının yeniden tasnifinde önemli bir rol oynadığı görülmektedir.¹⁰²⁷

Bu mekanizmada, herhangi bir yönetimin münhasır etki alanı içinde olmayan kamu politikalarına ilişkin alanların, yönetimlerin bütün aktörlerinin dahil olduğu mekanizmalar aracılığıyla ele alınması söz konusudur. Bu eğilim Amerikan federalizminde, “kurucuların öngörmedikleri alanlara, bütün yönetim düzenlerinin, kamu politikalarının belirleyicisi ve uygulayıcısı olarak katılmaları” şeklinde

¹⁰²² Amerikan federasyonunu son 200 yıllık süreçte etkileyen çeşitli sosyal ve ekonomik faktörler olmuştur. 1803 yılında Fransa’dan Louisiana Bölgesi satın alınması ve Batı Amerika’nın sonraki açılışı, İç Savaş, 19. Yüzyıl ve 20. Yüzyıl başlarında büyük ölçekli göçler, sanayileşme ve kentleşme, Büyük Buhran, 1930’larda Başkan Franklin Roosevelt Yeni Düzen programları, İkinci Dünya Savaşı ve onu takip eden Soğuk Savaş, teknolojik değişiklikler ve Küreselleşme ile Amerikan federal sistemde, federasyonun kuruluşunda yönetimlere biçilen rolden daha fazlasının ortaya çıkmasına neden olmuş ve özellikle federal hükümetin rolü artmıştır. RODDEN, Jonathan A, **Hamilton’s Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism** Cambridge University Press, 2006, 2nd Publish, USA, s. 55-70.

¹⁰²³ HEYWOOD, Andrew, **Political Theory: An Introduction** Palgrave Macmillan, New York, Third Edition, 2004, s. 94.

¹⁰²⁴ WATTS, bu kurumlara örnek olarak Avustralya’da Başbakan (Prime Minister) başkanlığında toplanan ve tüm federe yönetim Başbakanlarıyla (State Premiers) ve Bölge Yönelimlerin Başkanları (Territory Chief Ministers) ile Avustralya Yerel Yönetimler Birliği Başkanı (Australian Local Government Association) katıldığı, Avustralya Yönetimler Konseyi’ni (The Council of Australian Governments-COAG) buna örnek vermektedir. Kanada’da, *First Ministers’ Conference*, *Annual Premiers’ Conference* ve çeşitli *Ministerial Councils* bu tür kurumlara örnek olarak kabul edilmektedir. Almanya’da, *Conference of Ministers-President (Premiers)*, Hindistan’da, *Inter-State Council (ISC)* ve *National Development Council (NDC)*, Amerika’da, *National Governors’ Association*, *Council of State Governments* ve *National Conference of State Legislatures* kurum ve komisyonlarını, yönetimlerarasılaşma eğilimlerini yönlendiren kurumlar olarak göstermektedir.

¹⁰²⁵ KAROS, BLINDENBACHER, **Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**, içinde, KATZ, *United States of America*, s.305.

¹⁰²⁶ HANSCHER, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 1 vd.

¹⁰²⁷ HANSCHER, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 2.

açıklanmaktadır. Bu etkinin, bir kamu politikalarının yönetimlerarasılaşıma eğilimini ortaya çıkardığına dikkati çekilmektedir.¹⁰²⁸

Bu tür yönetimlerarasılaşıma eğilimi, belirli kurumlar aracılığıyla, federal yönetim ve federe yönetimler arasında, müzakere yoluyla çatışmaları çözmek için yardımcı olmaktadır. Aslında bu prosedürler, federal sistemlerin siyasi yaklaşımında ifade edilen, sistemin “pazarlık” doğasına vurgu yapmaktadır.¹⁰²⁹

Bazı federal sistemlerde, birliği ve ulusal bütünleşmeyi sürdürmenin en önemli sorun olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda, bazı federasyonlarda yönetim düzenlerini birleştirme (*federalization*) yönünde parti sisteminin, yönetimlerarası ilişkilerin temel dayanağını değiştirdikleri ve federal yapıyı bozan yeni mekanizmalar yarattığı belirtilir. Bunun da, federe yönetimler arası ve federal, federe yönetimler arasında yeni yollar gelişmesine yol açmıştır.¹⁰³⁰ Bu durum bazı federal sistemlerde, geçici (*ad hoc*) ve anayasa ötesi, para-anayasal (*para-constitutional*) gibi yeni evrimleşmiş yapıları ortaya çıkarmıştır.¹⁰³¹ Özellikle Almanya’da, Büyük Koalisyonlar, federalizm reformları ve federal ya da federe yönetimlerin yetki paylaşımına ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararlarının uygulamaya etkisi, bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹⁰³²

Alman Anayasası’nda öngörülen ortak görevler (*joint tasks*), federal ve federe yönetimlerin temsilcilerinden oluşan ortak planlama komitelerinin kurulmasını öngörmektedir. Bu tür kurumlar, özellikle ortak görevlerin yürütülmesi için mali fon dağılımı konusunda karar vermektedirler. Anayasa bu kurumun dışında, Temel Hukuk federasyon ve eyaletler arasında veya kendi eyaletler arasındaki hükümetler arası ilişkiler için başka kurumlara sağlamakta ancak, federal ve federe yönetimler arasında siyasi koordinasyon sağlayan sayısız oturum ve konferanslar gibi mekanizma ve kurum olduğu belirtilmektedir.¹⁰³³

Yönetimlerarasılaşıma eğilimleri, Amerikan federalizmi için her zaman önemli bir alan olan federal devlet yardımları “*federal grants-in-aid*” federal yönetimin kamu politikaları aracılığıyla yetki alanlarını genişletmesiyle sonuçlanmıştır.¹⁰³⁴ Bu nedenle, federal yönetim, federe yönetimlere, yönetimlerarası mali transferler nedeniyle, 7 Milyar Dolar dağıtmıştır. Bu kamu politikaları aracılığıyla, federal devletin karayolları

¹⁰²⁸ KATZ, *United States of America* , s.305.

¹⁰²⁹ WATTS, Ronald L., *Participation of Federated Entities in Federal Policy-Making* , *Seminar on Minorities*, 2005, İnternet Kaynak: <http://www.federalism.ch/files/categories/SummerUniversity/participationoffederatedentitiesinpolicymaking.pdf>, Erişim Tarihi: 26.9.2011. WATTS, Ronald L., *Executive Federalism: A Comapartive Analysis* , *Institute of Intergovernmental Relations*, Canada, 1989.

¹⁰³⁰ AKHTAR,(Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 19.

¹⁰³¹ AKHTAR,(Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 19.

¹⁰³² SCHNEIDER, Hans-Peter, *The Federal Republic of Germany* , içinde, AKHTAR, (Ed.), *Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* , s. 161.

¹⁰³³ Yazar buna örnek olarak, Başbakanlar Konferansını, Bakanlar Konferansını örnek göstermektedir. Bu forumların, çzellikle eğitim gibi, federe yönetimlerin münhasıran sorumlu oldukları konularda büyük önem taşımaktadır KRAMER, *Federal Republic of Germany* , s. 150.

¹⁰³⁴ Bu konudaki modern federal devlet yardımı sistemin kurucusu, Cumhuriyetçi Dwight D. Eisenhower (1953-1961) Başkanlığına dayanmaktadır. 1960’lı yılların başında Amerika’nın iki büyük partisinin kooperatif federalizmin geliştirilmesi konusunda bir mutabakat sağladıkları, federal yönetimin, federasyon için bir eyaletler arası otoyol sistemi kurulması konusunda federal ve federe yönetimler arasında işbirliği sağlanmıştır. Burada ifadesi geçen federalizm işbirliğine dayanan federalizmdir.

yardımları, bakıma muhtaç çocuklar, yaşlılık yardımı ve iş güvenliği alanlarına aktarılmıştır. O dönemde federal yönetim fonlarının yüzde 90'ın üzerinde federe yönetimlere verildiği ifade edilir. 1960'larda devlet yardımı sistemi federal fonların miktarı ve programların sayısı bakımından muazzam genişledi. 2000 li yıllara gelindiğinde bu federal devlet yardımları 350 milyar dolara çıkmış ve 600 farklı kamu alanına aktarılmıştır. Böylelikle, neredeyse bütün kamu politika alanlarına ulaşılmıştır. Federe yönetimlere ve aynı zamanda yerel yönetimlere aktarılan ödenekler mali, idari ve politik ilişkilerde 40 yıl önceki halinden daha karmaşık bir yönetimlerarasılaşma ağı yaratmıştır.¹⁰³⁵

Bu yönde Amerika'da, belirli konularda federe yönetimlerle, federal yönetimin uzlaşma ilkesi temelinde, federe yönetimlere ilişkin konularda ortak bir tutum geliştirilmesine, *National Governors Association* (NGA) kurumu destekleyici olmaktadır.¹⁰³⁶

Federe yönetim parlamentoları, çok sayıda farklı çıkarlarının bulunması nedeniyle, Kongre'de, ortaklaşa çıkarlarını temsil etmek amacıyla *National Conference of State Legislatures* kurumunu düzenlenmişlerdir. Bununla birlikte yargı organlarına ilişkin uyuşmazlıklara dahil olan yönetimlerarası kurumlarda bulunmaktadır. Bu yönde, federe ve federal yargı konseyleri ön plana çıkmaktadır. Özellikle, *Judicial Conference*'ın, *Federal-State Jurisdiction Committee*'sinin, federal ya da federe yönetimlerden gelen mevzuat önerileri ya da her iki yönetim düzeni arasındaki işbirliğini sağlamada teşvik edici olduğu belirtilmektedir.¹⁰³⁷

Bununla birlikte Kanada'da daha az sayıda resmi yönetimlerarası kuruluşlar bulunmaktadır. Bunlarda öncelikli olarak ifade edileni, *First Ministers' Conference*'tır. Aynı zamanda, *Annual Premiers' Conference* ve çeşitli *Ministerial Councils*, bu kurumlara örnek olarak gösterilmektedir. Bu kurumların önemli etkisi, zaman içerisinde federal ve federe yönetimler arasındaki çatışmalarda, merkezin bir aracı haline dönüşmüş olmalarıdır. Bu yönde, 2003 yılında federasyon Konseyi tarafından, ilişkilerini yönetmek ve federal hükümet ile daha yapıcı ve işbirliğine dayalı bir ilişki oluşturmak için *Provincial ve Territorial Premiers* kurulmuştur. Kanada'da federe yönetimlerin federal yasama üzerindeki zayıf konumu nedeniyle, çoğu uyuşmazlıkların

¹⁰³⁵ RODDEN, *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism* s. 55-70.

¹⁰³⁶ Valilere ilişkin bu kurum, iki alt gruptan oluşmaktadır. Democrat Governors Association ve Republican Governors Association. Bununla birlikte Western Governors Association, Southern Governors Association, Northeastern Governors Koalisyonu ve Midwestern Governors Birliği olarak bazı alt kurumlar da görülmektedir. KATZ, *United States of America* , s.313 vd. HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States* , s. 23.

¹⁰³⁷ Aynı yönde, Conference of State Court Administrators (COSCA), Council of (State) Chief Justices (CCJ) ve National Center for State Courts (NCSC) yargıya ilişkin alanda önemli kurumlar olarak görülmektedir. Bunun yanı sıra yönetim düzenleri arasında uzlaşma sağlamada önemli diğer kuruluşlar da görülmektedir. Büyük Yedi (Big Seven) olarak adlandırılan bu kuruluşlar; National Governors Association (NGA), National Conference of State Legislatures (NCSL), U.S. Conference of Mayors, National League of Cities, National Association of Counties, Council of State Governments (CSG) ve International City Managers Association (ICMA) olarak belirtilmektedir. KATZ, *United States of America* , s.313 vd.

yürütme yetkisinde kaynaklandığı ifade edilir. Bu yönde yönetimlerarasılaşıma kurumlarının, özellikle bu alana eğilim gösterdiklerine dikkat çekilmektedir.¹⁰³⁸

Yönetimlerarasılaşıma eğilimleri, özellikle mali alanlarda kendisini göstermektedir. Bu tür mali yönetimlerarası kurumlar, özel bağımsız uzman komisyonlar olarak kurulmakta ve mali kaynakların dağıtılması ve belirlenmesinde formüller belirlemektedirler. Örneğin Avustralya'nın *Commonwealth Grants Commission* ile Hindistan'ın beş yıllık *Finance Commissions* buna örnek olarak gösterilebilir. Federal sistemlerde, mali düzenlemelerin yapılması için belirlenen resmi düzenlemelerin yanı sıra, federal hibe-yardımlarının kullanımı, yaygın olarak federe yönetimlerin masraflarını karşılamada yardımcı olmak amacıyla değil, anayasal anlamda federal yönetime verilmeyen yetkilerde, kendi politikasını etkilemek içindir. Bu tür devlet yardımları ya da hibeler, yönetimlerarası işbirliğinin teşvik ederek sisteme esneklik sağlamakta, ancak federal sistemin ciddi anlamda merkezileşmesine neden olmaktadır.¹⁰³⁹

2. Yüksek Mahkemelerin Örgütlenmesine Yönelik Değerlendirmeler

Federal sistemlerin bazılarında, dikey anlamda kuvvetlerin ayrılığı bakımından yargı organına ilişkin ayrılmaların kesin olarak gerçekleşmediği görülmektedir. Bu yönde Avusturya, Kanada ve Hindistan, ve Almanya'da yargı organlarının bütünlük bir sistem içerisinde oldukları görülmektedir. Bütünlük sistemlerde, yetkileri federal ve federe yönetimler arasında bölünmüş olması muhtemel bir tek mahkemenin hiyerarşisi söz konusudur. Buna karşılık ABD ve Avustralya'da ise, ikili sistem olarak ifade edilen birbirine ayrı ve paralel mahkemelerin her yönetim düzeni arasında ilgili yönetim düzeni tarafından atanan yetkisini kullanmaktadırlar.¹⁰⁴⁰ Bazı federal sistemlerde tek bir mahkeme sistemi bulunmakta ve burada alt mahkemeler kurucu birimlerin yetkisi altında oldukları gibi aynı zamanda federal davalara da bakabilmektedirler. Almanya, Avusturya, Hindistan ve Kanada bu grubun örnekleri olarak gösterilir. Bununla birlikte bütünlük sistemde olan Avusturya'da, yargı organına ilişkin olarak tek başına federal yönetimin yetkisinin bulunduğu görülmektedir.¹⁰⁴¹

SAUNDERS ikili ya da bütünlük sistemlerinin katı olarak uygulanmadığını, ikili mahkeme sisteminde de bütünlük özelliklerin ortaya çıkabildiğini belirtmektedir. Bu yönde Avustralya gibi ikili yargı sisteminin olduğu federasyonlarda, tek bir nihai mahkemenin temyiz yetkisine başvurulması nedeniyle,

¹⁰³⁸ HANSCHERL, *Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States*, s. 26.

¹⁰³⁹ WATTS, *Comparative Conclusion*, s. 336.

¹⁰⁴⁰ SAUNDERS, *Comparative Conclusions*, s. 365-366.

¹⁰⁴¹ Burada ayrıca Almanya, Avusturya, İsviçre, Güney Afrika ve Hindistan örneklerinde, yatay yetki kuralının belirli derecelerde uygulandığı belirtilmektedir. SAUNDERS, *Comparative Conclusions*, s. 365-366.

federe yönetimlerin çoğulcu ortak hukuklarını tek bir ortak hukuk içine entegre edilmesinde etkisi olmuştur.¹⁰⁴²

Tersi bir biçimde Hindistan federe yönetimlerin yüksek mahkeme yargıçlarının, daha alt derecede bulunan mahkemelerin kontrolü elinde bulunduran federe yönetim valilerine danışılarak devlet başkanı tarafından atanması, bütünleşmiş yargı sistemi içerisinde, ikili yapılanmanın bir etkisi olarak kabul edilir. SAUNDERS büyük ölçüde bu resmi prosedürlerin, yargıç atamalarında mahkemelerin kendileri tarafından kontrol edilmesini sağladığına işaret eder. Kanada'da, federe yönetimlerde bulunan yüksek mahkeme yargıçlarının, federal yönetim tarafından atanarak, maaşlarını buradan aldıkları görülmektedir. Ancak, atanacak yargıçların sayısı federe yönetimler tarafından belirlenmesinin ikili yargı örgütü yapılanmasının bir özelliği olarak kabul edilmektedir. Benzer biçimde Almanya'da yargı organının ilk iki düzeyinde mahkeme yargıçlarının federe yönetimler tarafından atanarak, maaşlarını buradan aldıkları belirtilir.¹⁰⁴³

Yüksek mahkemelerin yetki uyuşmazlıklarına ilişkin rolü bakımından tarafsız ve bağımsız olabilmesi gerekmektedir. Federasyonlarda, yasama ve yürütme organları arasında paylaşılan üye seçimi, hem federal yönetimin hem de federe yönetimlerin üye seçimlerinde etkili olabilmelerinin sağlanmasını gerektirir.

Federal sistemlerde mahkemelerin bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları, hem federal hem de sadece federe yönetimlerinden bağımsız olabilmelerini gerektirir. Federe yönetimlerin temsiliyeti bakımından ikinci meclislerin önemi, yüksek mahkemelerin örgütlenmesi bakımından da göz önüne getirilmesi gerekmektedir. Özellikle, yetki paylaşımının güvencesi olacak tarafsız yargı organının oluşumunda, federe yönetimlerin katılımlarının gözetilmesi gerekmektedir.

Federasyonda, yüksek mahkemelerin yargıçlarının atanmasında federe ve federal yönetimler arasında denge sağlanması bir çok yönden önemlidir. Öncelikle, federasyon birlik anlayışı ile çeşitlilik anlayışının bir araya getirildiği, dengelendiği bir sistem olduğuna göre, sistemin garantörü konumunda olan yargı organının örgütlenmesinde de, her iki yönetim düzeyinin dengeli bir biçimde rolü bulunması gerekir. Aksi halde, belirli bir yönetime mahkemelerin üye seçimlerinde ağırlık vermiş olmak, mahkemenin varlığını o yönetimin iradesine biraz da olsa tabi kılmak anlamında gelecektir.¹⁰⁴⁴

Birçok ülkede, yüksek mahkeme üyelerinin belirlenmesinde, yasama ve yürütme organı arasında bir denge kurulmaya çalışılmış, bazı ülkelerde yürütme kanadını sadece

¹⁰⁴² SAUNDERS, *Comparative Conclusions*, s. 366.

¹⁰⁴³ SAUNDERS, *Comparative Conclusions*, s. 366.

¹⁰⁴⁴ GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 431. Gözlerin, karşılaştırmalı hukuktan hareketle oluşturmuş olduğu tabloda, hem çok katmanlı hem de başka bir federasyon örneği olan Belçika'da 12 Yargıç bulunduğunu, görev sürelerinin 70 Yaş ve 6 Valon ve 6 Felemenk yargıcın, Temsilciler Meclisi ve Senato tarafından seçildiği belirtilmektedir. Aynı şekilde, başka bir çok katmanlı toplum yapısına örnek olan fakat federasyon olmayan örnek, İspanya'dır. Burada da 9 yıl görev yapan, 12 yargıcın 4 tanesi Kongre, 4 tanesi Senato, 2 tanesi Hükümet ve son 2 tanesinin de Yargı Genel Kurulu tarafından belirlenmektedir. Ayrıca, Rusya örneğini de ifade etmek gerekir. Rusya'da tamamı Devlet Başkanı tarafından (70 yaş üst görev limiti) seçilen ve 12 yıl görev yapabilen 19 yargıç, mahkeme üyesi olarak seçilmektedirler.

devlet başkanı oluştururken, sayıları az da olsa, doğrudan hükümetin seçime katıldığı örnekler de görülmektedir.¹⁰⁴⁵ Ne var ki federal sistemlerde, yüksek mahkemelerin kompozisyonunda, özellikle federal yönetimlerin baskın oldukları görülmektedir.

Yüksek mahkemelerin, siyasi iktidarın kontrolünde olmalarının en büyük dezavantajı, mahkeme kararlarının toplumun geniş kesimlerine kabul ettirmekte güçlük çekilmesidir. GÖNENÇ, siyasetin çözemediği sorunları yargısal yolla ve daha da önemlisi barışçı bir biçimde çözerek, mahkemelerin, siyasi sistemin sigortası işlevini görebileceklerine değinmektedir. Yazar, yüksek mahkemelerin bu işlevi yerine getirebilmeleri için iki unsurun gerekli olduğuna dikkati çekmektedir. Bunlar, “*anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmeye elverişli, etkin ve bağımsız bir anayasal denetim mekanizması*” ve “*toplumdaki temel siyasi aktörlerin (en azından çoğunluğunun) mahkemenin kararlarını kabul etmesini sağlamak amacıyla üyelerinin belirlenmesinde demokratik meşruiyet ilkesinin göz önüne alınması*” şeklinde belirtilmiştir.¹⁰⁴⁶

GÖNENÇ, yüksek mahkeme yargıçlarının seçilmesinde, devlet organları arasında (yasama, yürütme ve yargı) dengeli bir belirleme ölçütü olan, “karma yöntem”le seçilmesi ve yasama organının üye seçiminde ise, özellikle “nitelikli çoğunluk” aranmasının önemine dikkat çekmektedir.¹⁰⁴⁷ Burada aynı koşulların, federal ve federe yönetimler tarafından ayrı ayrı düzenlenmesinin zorunluluğunu ifade etmek gerekir. Yüksek mahkemeler, federal sistemin denge unsuru ya da sigortaları olduklarına ve bunu da, yetki uyuşmazlıklarına ilişkin işlevleriyle yerine getirdiklerine göre, mahkemelerin üyelerinin hem federal hem de federe yönetimler bakımından dengeli bir sayı gözetilerek belirlenmesi gerekir. Ayrıca, her yönetim düzeninin yasama organlarının üyeleri belirlerken, nitelikli çoğunluk ilkesi gözetilebilir. Burada önemli olan federe yönetimlerin gerek nitelik gerekse niceliksel farklılıklarının, üye seçiminde ve mahkemenin geniş anlamda kompozisyonu bakımından gözetilmesinin gerekliliğidir.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi yargıçlarının seçiminde nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Bu nedenle büyük partilerin, oyları kendilerine yakın olan muhalefet partileriyle aday gösterme hakkını paylaşmaktadırlar. Dolayısıyla siyasi parti hizipleşmeleri, yargıçların seçimi bakımından önemli oranda elimine edilmiştir.

Bununla birlikte her partinin, sekiz aday gösterdikleri, bunların altısının kendi partisine yakın olanlardan, ikisinin ise, tarafsız kişilerden seçildiği belirtilir. BOYAR,

¹⁰⁴⁵ Devlet organlarından yürütmenin başı olan devlet başkanlarının, ağırlıklı olarak mahkeme üyelerinin seçiminde belirleyici olması da ayrı bir tartışma konusudur. GÖZLER, bu durumun devlet başkanlarının ..*Mahkeme üyelerinin tamamını seçmesi anayasa yargısının demokratik meşruiyeti açısından doğru olmadığını fakat bu yetkinin tamamen devlet başkanlarının elinden alınmasının da yanlış olduğunu ifade etmiştir. Karşılaştırmalı anayasa yargısının kaynaklarına bakıldığında, yüksek mahkeme üyelerinin farklı organlarca seçildiği görülmektedir.*GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları** , s.429-430.

¹⁰⁴⁶ GÖNENÇ, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı* , s. 25.

¹⁰⁴⁷ GÖNENÇ, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı* , s. 34.

yargıç adaylarının aşırı siyasi görüşlere mensup olmaları halinde, destek veren diğer partinin reddetme hakkı bulunduğunu belirtmektedir. Bu doğrultuda, yargıçların seçimine yansıyan siyasiliğin, yargıç bağımsızlığına ilişkin güvencelerle azaltılmıştır.¹⁰⁴⁸ İkinci meclis olarak Federal Konsey’de ise, (*Bundesrat*) yargıç seçimini dolaylı yapıldığı, seçim yetkisini nispi temsil ilkesine göre seçilen ve 12 milletvekilinden oluşan bir seçim komitesine devretmişlerdir.¹⁰⁴⁹

ABD Anayasası’nın hazırlanışı sürecinde, en çok dikkat çeken konu, ulusal hükümete yeterli yetkiler verilirken aynı zamanda federe yönetimlerin çıkarlarının korunmasıydı. Bu nedenle de, Yüksek Mahkeme’den sık sık bir federal yönetime ait yasa veya yönetmeliğin, bir federe yani eyalet yönetimi işlemini geçersiz kılıp kılmadığı konusunda karar vermesi istenmektedir. Yargıçların ideolojilerinin dışında, kanımızca federal sistemler bakımından en önemli husus yüksek mahkemelerin, sistem içerisindeki rolleri bakımından özellikle federal yönetime karşı bağımsız olabilmeleri son derece önemlidir.¹⁰⁵⁰

Anayasa uyarınca Yüksek Mahkeme yargıçları, görevlerini ihmal etmemeleri koşulu ile ömür boyu görev yapmaktadır. Bugüne kadar hiçbir Yüksek Mahkeme üyesinin görevine son verilmemiştir. Ancak, son yıllarda Yüksek Mahkeme üyelerinin atanması, oldukça siyasi bir meseleye dönüşmüştür. Yüksek Mahkemenin kararları daha fazla alanı kapsadıkça bir üye atanması gerektiğinde gösterilen ilgi de o kadar yoğun olmaktadır. O halde Mahkemenin kararları günün sosyal ve siyasi davranışlarını ne ölçüde yansıtmaktadır? Bazı eleştirmenler, yargıçların “gazeteleri okuduklarını” ve görüşlerini belirlerken kamuoyunu dikkate aldığını belirtmektedir. Ancak bu görüş fazla geçerli değildir. Daha adil bir görüş ise uzun vadede Mahkemenin ülkedeki başat görüşü yansıttığı şeklindedir. Bu nedenle WARREN döneminde Yüksek Mahkeme 1960’larda ulusal sorunlara ulusal çözümler bulunmasına meyilli olmuştur. REHNQUIST başkanlığındaki Yüksek Mahkemesi ise bazı açılardan daha muhafazakâr bir mahkemedir ve eyaletlerin federal birlik içindeki konumuna daha fazla saygı göstermektedir.¹⁰⁵¹

ABD Yüksek Mahkemesi’ne ilişkin olarak, uygulamada, yüksek mahkeme yargıçlarının, Başkanlarınca genellikle kendi siyasi görüşüne yakın kişilerden (Cumhuriyetçi ya da Demokrat) atadıklarını belirtmektedir. Başkanın partisinin, Senato’da çoğunluğa sahip olmadığı durumlarda, Senatunun atanan kişinin atamasını

¹⁰⁴⁸ BOYAR, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, s. 166.

¹⁰⁴⁹ Orijinal eser, KANADOĞLU, Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 56. BOYAR, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, s. 166.

¹⁰⁵⁰ Aynı zamanda yazar bu değerlendirmede, merkezileşme derecelerinin tespitinde federal vergiler ve mali federalizm üzerinden de tespitler yapmaktadır. VAUBEL, Roland, *Constitutional Safeguards Against Centralization in Federal States: An International Cross-Section Analysis*, *Constitutional Political Economy*, Kluwer Academic Publishers, 7,1996, s. 79.

¹⁰⁵¹ HOWARD, A.E. Dick. *Hukukun Ne Olduğunu Belirlemek: Anayasa Uygunluğu Belirleyen Hakem Olarak Yüksek Mahkeme*, içinde *Demokrasi ile ilgili Meseleler*, *ABD Dış İşleri Bakanlığı Yayınları*, *E Journal USA*, Nisan, s. 8-9.

onaylamadığı da görülmektedir. Bu yönde başkan tarafından atanan üyelerin, beşte birine yakın bir kısmının, Senato tarafından onaylanmadığı ileri sürülmektedir. Özellikle son yıllarda, ABD Yüksek Mahkeme yargıçlarının seçimi konusunda kamuoyunun önemli ölçüde dikkatini verdiği görülmektedir. Yargıçların alınması sırasında, bir komite tarafından kamuya açık şekilde yapılan mülakatlarda, yargıç adaylarının siyasi eğilimleri, sosyal ekonomik olaylara ilişkin görüşleri ve özel hayatı dahi araştırılmaktadır.¹⁰⁵² Yürütme organının başı olan Başkan'ın iradesiyle, yasama organının bir kanadı olan Senato'nun iradesi önem arz etmektedir. Sonuçta, Başkan'la aynı ideolojik görüşte olan yargıç adayı, Senato'da farklı bir siyasi çoğunluğun olması durumunda, adayın reddedilmesi muhtemeldir.

Buna karşılık Avusturya'da yargıçların seçiminde ideolojik unsurların önemli olmadığı belirtilmektedir. Burada da yargıçlar geleneksel olarak ideolojik anlamda kategorize edilmektedirler. Avrupa federasyonlarında federe yönetimleri destekleyen ve mahkemelerin federal yapıyı koruma altına almasına ilişkin görüşler, Amerika'da ki ifadenin tersine, federalistler olarak adlandırılırlar. Amerika'da ise tarihsel nedenlerle federalist olarak kabul edilenlerin, merkezîyetçilik taraftarı oldukları görülmektedir. Avusturya'da federalist yargıçların muhafazakar, merkezîyetçi yargıçların ise Sosyal Demokrat Parti ile özdeşleştiği görülmektedir. Buna karşın yargıçların federalizm konusundaki tutumları, atama sürecinde yalnızca küçük bir rol oynadığı tespit edilmiştir.¹⁰⁵³

Bu konuda Avusturya Anayasa Mahkemesi, “dünya çapında tüm Anayasa Mahkemeleri olduğu gibi, yargıçların seçiminin siyasi bir karar olsa bile, yargıçların görevleri boyunca siyasi çizgiden bağımsız hareket ettiklerini”¹⁰⁵⁴ ifade etmektedir.¹⁰⁵⁵

Mahkeme kararlarının, yargıçların her zaman kendilerini atayan ya da seçen iradeye karşı sorumlu hissetmeleri otoriteye bağlı olarak gerçekleştirdiklerini ileri

¹⁰⁵² Başkan Bush tarafından önerilen R. H. Bork'un üyeliği, Senato tarafından siyasi görüşleri nedeniyle onaylanamıştır. Bork'tan sonra aday olan D. H. Ginsburg da gençliğinde marihuana içtiği için çekilmek zorunda kalmıştır. GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, s.429-430.

¹⁰⁵³ GAMPER, *Judge Made Federalism? The Role of the Constitutional Court in Austria*, s. 5.

¹⁰⁵⁴ Avusturya Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sitesi. İnternet Kaynak: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/justices1.html>, Erişim Tarihi: 22-09-2011.

¹⁰⁵⁵ Avusturya Anayasası'nın mahkemenin oluşumuna ilişkin 147. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin Başkanı, Başkanvekili ve diğer asil ve yedek üyelerinin tamamı hukuk alanında eğitim görmüş olmalı, ya da adli veya politik bilimlerde öğrenim görmüş olmalı, anılan eğitim dallarından birinden mezuniyetin şart olduğu bir meslekte en az on yıl mesleki tecrübeye sahip olmalıdır. Burada, yargıçlarda aranan niteliklerin yanı sıra kimlerin yargıçlık görevi yapamayacağını belirtmektedir. Buna göre; (4) Sayılanlar Anayasa Mahkemesi'ne üye olamazlar: *Federal Hükümet veya Eyalet Hükümeti üyeleri*, ayrıca *Milli Konsey ve Federal Konsey veya diğer seçimle göreve getirilmiş meclis üyeleri*; belirli bir yasama dönemi veya görev süresi için seçimle göreve getirilmiş bir meclise seçilmiş üyeler için, bu kısıtlama yasama dönemi sona erinceye, ya da görev süresi doluncaya kadar devam eder. Son olarak, bir siyasi partide çalışan ya da idarecilik yapan hiçbir kimse Anayasa Mahkemesine üye olamaz. (5) Son dört yıl içerisinde yukarıdaki dördüncü fıkrada belirtilen görevlerden birini yürütmüş olan hiçbir kimse Anayasa Mahkemesine Başkan veya Başkanvekili olarak atanamaz. (6) 87'nci maddenin bir ve ikinci fıkrası ile 88'inci maddenin ikinci fıkrası hükümleri Anayasa Mahkemesi'nin asil ve yedek üyelerini kapsar. Detaylı hükümler 148'inci madde uyarınca çıkartılacak Federal Kanunla düzenlenecektir. *Bir hâkimin yetmişinci yaşını doldurduğu yılın 31 Aralık tarihi, o hâkimin Anayasa Mahkemesindeki görevinden emeklilik tarihidir.* (7) Anayasa Mahkemesi'nin bir asil ya da yedek üyesi, geçerli bir mazeret olmaksızın, Anayasa Mahkemesi'nin herhangi bir oturumuna katılım talebini dikkate almaz ise, Anayasa Mahkemesi, bu üyenin savunmasını aldıktan sonra bu keyfiyeti resmi olarak tespit edecektir. Bu keyfiyetin tespiti, asli ya da yedek üyelik statüsünün kaybını gerektirir.

sürmek güçtür. Mahkeme yargıçlarının, kendi ideoloji ve dünya görüşleri de, bu konuda önemli bir rol oynamaktadır.¹⁰⁵⁶

Kanada’da, yargıçlar siyasi iradenin tercihleri yönünde seçilmektedirler. Bu da söz konusu iradenin, federalizm anlayışına ilişkin fikirlerinin, yargıya empoze edilmesi sonucunu doğurabilecektir. Aslında, sadece Genel Vali’nin takdiri üzerinden yapılacak yargıç atamalarının, mahkemenin federalizm anlayışı çerçevesinde bağımsızlığına katkı yapabileceği tartışmalıdır. Bunun nedeni, Genel Valilerin, Başbakanın önerisi üzerine atanmalarındır. Dolayısıyla, yargılama sistemine dahil olan önemli sayıda yargıç, federal yönetimin hükümeti tarafından atanmaktadır.

Kanada ve Avustralya gibi parlamenter sistemlerde, federasyona ilişkin önemli yetkilerin, anayasayla Genel Vali’ye verildiği görülmektedir. Ne var ki uygulamada, Genel Vali bu yetkileri federal hükümetin direktifleri doğrultusunda kullanmaktadır. Bu bağlamda, bağımsız bir karar verici olması beklenen Genel Vali’nin, çoğu zaman Federal Başbakan’ın yargıçların atanması konusundaki tavsiyelerine uygun hareket etmektedir.

Bu konuda Avustralya önceki Yüksek Mahkeme Başkanlarından, MASON, Yüksek Mahkeme yargıçlarının Genel Vali tarafından atanmalarının, gerçekte başsavcının önerisi üzerine, Bakanlar Kurulu tarafından atanması anlamına geldiğini ifade etmiştir.¹⁰⁵⁷ Avustralya anayasa konvansiyonunda, Yüksek Mahkemenin bağımsızlığını sağlamak ve her iki yönetim düzeni bakımından dengeli bir oluşumunu mümkün kılmak adına farklı öneriler ileri sürülmüştür. Bunlardan bazıları, federal ve federe yönetimlerden oluşan bir komisyonun belirlediği adaylar arasından seçilmesi veya bir baş yargıçla federe yönetimlerin baş yargıçlarından oluşması gibi teklifler olmakla beraber, bu teklifler konvansiyonda kabul edilmemiştir.¹⁰⁵⁸

Söz konusu konvansiyonda, Yüksek Mahkeme yargıçlarının federe yönetimlerden seçilmesinin, mahkemenin tarafsızlığından şüphe duyulmasına neden olacaktır. Söz konusu görüşün argümanı, federe yönetimlerin kendi bölgelerini temsil edeceğinden mahkemenin tarafsızlığının tehlikeye düşürüleceği yönündedir. 1979 yılında, yüksek mahkemede federe yönetimlerin temsiliyetini biraz daha sağlanabilmesi adına, Avustralya Yüksek Mahkeme Yasasında bir değişiklik yapılmıştır. Söz konusu yasanın

¹⁰⁵⁶ Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi’nde, 1924-1985 yılları arasında yargıç, 1986-2005 yılları arasında Başyargıç olarak görev yapan William Hubbs Rehnquist, özellikle federe yönetimlerin haklarının savunucusu ve federalizm ilkesinin yeniden doğuşunun mimarı olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bir çalışma için bkz. EPSTEIN, Lee, MARTİN, Andrew D., QUINN, Kevin M., SEGAL, Jeffrey A., *Ideological Drift Among Supreme Court Justices: Who, When, And How Important?*, **Northwestern University Law Review**, Vol. 101, No. 4, 2007, s.1490 vd.

¹⁰⁵⁷ GOTTERSON, R.W., *The Appointment of Judges*, Third Annual Colloquium of the Judicial Conference of Australia, **The Judicial Conference of Australia**, 1998 s. 4. İnternet Kaynak: <http://www.jca.asn.au/colloquia/1999-1996/1999-1996.html>, Erişim Tarihi: 22-09-2008.

¹⁰⁵⁸ SPRY, Max, *Executive and High Court Appointments*, Parliament of Australia, Parliament Library, **Research Paper 7 2000-01**, Politics and Public Administration Group, 2000, İnternet Kaynak: http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp0001/01RP07#options, Erişim Tarihi: 22-09-2008.

6. bölümü, federal yönetim (*Commonwealth*) Başsavcısının, Yüksek Mahkeme'ye atanacak yargıçları önermeden önce federe yönetimler Başsavcılarına danışacağını düzenlemiştir. Ne var ki bu danışmanın, onay almak gibi bir bağlayıcılığı olmadığından, Başyargıçla federal yürütüme organının mahkemenin örgütlenmesindeki önemli rolleri devam etmektedir.¹⁰⁵⁹

Ayrıca Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin 1903 yılından günümüze değin atanan yargıçları, ağırlıklı olarak New South Wales federe yönetiminden, ayrıca Victoria ve Queensland federe yönetimlerinden gelmiştir. Diğer dört federe yönetim ile bölge yönetimlerinden bugüne değin hiç bir yargıcın yüksek mahkemeye atanmadığı da görülmektedir.¹⁰⁶⁰

Yüksek mahkemelerin giderek geliştirdikleri merkeziyetçi içtihadı, federe yönetimlerin iki nedenle sessiz kalarak kabullendikleri ifade edilmiştir. Bunlar; “mahkemenin tarafsızlığını deklare etmesi ve yüksek mahkeme yargıçlarının seçimine az da olsa federe yönetimlerin katılmalarıdır”. Bu nedenlerle, mahkemenin merkezci içtihadına federe yönetimlerin sessiz kalarak kabullenmeleri, mahkemenin siyasi meşruiyetini de sağlamaktadır.¹⁰⁶¹

Federal yüksek mahkemelerin karar tekniklerinin dahi, bu sessiz kabullenmede rolü olduğu belirtilmektedir. Yüksek mahkemelerin yetki uyuşmazlığına ilişkin kararlarda, tek tip anonim bir karar tekniği kullanması, kararlarına daha otoriter bir karakter sağlamaktadır. Bu nedenle yüksek mahkemelerin, siyasetin belirleyicisi olmalarını ve federe yönetimlerin siyasi kurumlarıyla, toplumun geneli tarafından daha iyi karşılanmalarını sağlamaktadır.¹⁰⁶² Buradaki “tek tip anonim karar” tekniği, mahkeme kararlarında yargıç isimlerinin belirtilmemesi, böylelikle mahkemede karşıt görüş olmadığı şeklinde yorumlanabilmesine yol açmaktadır. Bu görüş, örneğin Kanada Yüksek Mahkemesi'nin, çoğu kararında yargıç isim veya karşıt görüşleri olan yargıçların belirtilmeden, sadece “Mahkeme”, (*The Court*) ifadesi belirtilerek yazılması veya ABD Yüksek Mahkemesi'nin, özellikle Federalist kimliği ile tanınan MARSHALL dönemindeki kararlarının, İngiliz geleneğinden kaynaklanan bireysel oy veya bireysel karar “*seriatum opinion*”¹⁰⁶³ tekniğinden, çoğunluk karar tekniğine

¹⁰⁵⁹ Nitekim Queensland Başbakanı 1997 yılında yaptığı açıklamada, danışma zorunluluğunun büyük ölçüde anlamsız olduğunu ve bu konuda federe yönetimlerin hayal kırıklığı içerisinde olduğunu dile getirmiştir. SPRY, *Executive and High Court Appointments* .

¹⁰⁶⁰ Avustralya'da altı federe yönetim (New South Wales (NSW), Queensland (QLD), South Australia (SA), Tasmania (TAS), Victoria (VIC) ve Western Australia (WA)) ve iki bölgesel yönetim (Australian Capital Territory (ACT) and the Northern Territory (NT)) bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme yargıçlarının özelliklerine ilişkin bir tablo için bkz. SPRY, *Executive and High Court Appointments* .

¹⁰⁶¹ Yazar özellikle Avrupa'da son zamanlara kadar yüksek mahkemelerin, ideal olarak siyasi birer kurum olarak görülmediklerini, fakat Avustralya ve Kanada'da son zamanlarda bu durumun değişmiş olduğundan da bahsetmektedir. BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts* , s. 29.

¹⁰⁶² BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts* , s. 28.

¹⁰⁶³ *Seriatim Opinion* olarak da bilinen bu Latin kökenli sözcük, bireysel oy, bireysel karar: opinio seriatim, II: 438, 807 şeklinde ifade edilmektedir GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları** , s. 496.

dönüştürülerek, aynı zamanda mahkemenin çoğunluğu tarafından muhalif görüşlerin de yıldırlması aynı kanıya örnek olarak gösterilmektedir.¹⁰⁶⁴

Federasyonlarda, anayasa yargısı için son bir ikilemi, yüksek mahkemelerin kendi iç yapılarına bağlamaktadır. Mahkemelerin iç yapısının, temelde demokratik olmayan bir tabiatı bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu varsayım ise, gizli görüşmeler, basit çoğunluk oylamaları, muhalif yüksek mahkeme hakimlerinin sansür edilmesi gibi örneklere dayandırılmaktadır.¹⁰⁶⁵

Federal sistemlerde yüksek mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından, örgütlenmelerine ilişkin yöntemler önem arz etmektedir. Bu örgütlenme yöntemlerinde, federe yönetimlerin temsiliyeti ya da katılımı unsurlarının gözetilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla federal sistemlerde yüksek mahkemelerin bağımsızlık olgusu, ne sadece federal yönetime, ne de sadece federe yönetimlere bağımlı olmamalarını gerekmektedir. Daha doğru bir ifadeyle mahkemenin oluşumuna her iki yönetim düzeninin iradelerinin, dengeli bir biçimde yansması gerekmektedir. Bu doğrultuda, yüksek mahkemelerin örgütlenmesinde de, merkezileşmeme unsurunun gözetilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla federal sistemlerde yüksek mahkemelerin oluşumu ile diğer tür devlet biçimlerinde mahkemelerin oluşumu arasındaki bir fark ortaya çıkmaktadır. Federal sistemlerde bu rolün, dikey kuvvetler ayrılığı bakımından öncelikle ele alınması gerekmektedir. Federal sistemlerde yüksek mahkemeler denge faktörü iseler, aynı dengenin yargıç seçimi ve genel anlamda mahkemenin örgütlenmesinde de aranması icap etmektedir. Bu doğrultuda Almanya federasyonda, federal ve federe yönetimlerin Anayasa Mahkemesi için eşit sayıda üye belirlemeleri, incelenen federal sistemler bakımından ideal olarak belirtilebilir.

3. Yüksek Mahkemelerin Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Genel Değerlendirme

Yetki uyuşmazlıklarının çözümünde, bazı mahkemelerin daha yüzeysel ve ayrık kararlar üretebildiği, bazılarının ise daha detaylı yorumlama yöntemlerini tercih ettikleri görülmektedir.¹⁰⁶⁶

Yetki uyuşmazlıklarının kaynakları bir çok farklı noktaya dayanmaktadır. Bu yönde önemli bir tespit olarak uyuşmazlık faktörleriyle, uyuşmazlıklara getirilen yargısal çözümlerin önemli ölçüde örtüşme gösterdiği görülmektedir. Mahkemelerin yetki uyuşmazlıkları çözmek üzere benimsedikleri yöntem ve yargısal doktrinler, bu uyuşmazlıkların yapısında önemli ölçüde değişikliğe neden olmuştur. Yargısal doktrin, yüksek mahkemelerin aynı türden ya da benzer uyuşmazlıkları çözmek üzere geliştirdikleri yargısal prensiplerdir. Bu tür prensiplere örnek olarak, Avustralya ya da Hindistan'da benimsenen “tutarsızlık doktrini”, Kanada ve Hindistan'da belirtilen “öz

¹⁰⁶⁴ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s.25.

¹⁰⁶⁵ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 29.

¹⁰⁶⁶ BAIER, *Courts and Federalism*, s. 160-165.

ve ruh doktrini”, ABD’de benimsenen “geçersiz bırakma doktrini” gibi örnekler verilebilir. Anayasaya uygunluk denetiminde, özellikle Common Law geleneğinde bulunan yüksek mahkemelerin bu tür doktrinleri oluşturdukları, somut uyuşmazlıkların çözümüne ise söz konusu yargısal doktrinlerin test edilmesiyle ulaştıkları görülmektedir.

BAIER yerinde bir tespitle bu durumun federal sistemlerin paradoksu olduğunu belirtir.¹⁰⁶⁷ Yargının hakemlik rolüne ilişkin olarak, bir toplumda var olan siyasi ve sosyal sorunlarını çözmek adına federal sistemin, hukuk üzerine çok fazla güven kuran bir mekanizma olması ve bu yönde, yüksek mahkemelere aşırı güç verilmesi yönünden kusurlu bulunmaktadır.¹⁰⁶⁸ DICEY göre, bu yönüyle federal sistemler, “*hukuk ya da yasa kavramı yerine dava kavramını*” ön plana çıkarmaktadırlar.¹⁰⁶⁹ Bu yönde federal sistemlerde anayasa hukukunun, sert, uzlaşmaz ve hatta muhafazakâr olabileceğini belirtmektedir.¹⁰⁷⁰

DICEY, anayasanın bütün stresi altında ki yargı organının, federal sistemin tüm kurumlarını desteklediğini, bu nedenle, federasyonun kurumları açısından anayasal yükün eşit olması gibi özel bir tehlikeye de dikkat etmesi gerektiğini belirtir.¹⁰⁷¹ Federal sistemlerde anayasa yargısının amacı, federal ve federe yönetim düzenlerinin, federasyonu oluşturan siyasi anlaşmaya (*covenant*) uymalarının ve bağlılıklarının devamını sağlamaktır. Ancak BAIER’in ileri sürdüğü gibi, “*federal sistemlerin katı hukuksalci ya da yasalıcılığını aşmak için anayasa yargısı ön plana çıkarılmıştır.*”¹⁰⁷²

Bu yönde yüksek mahkemeler, anayasalarda ifade edilen kelimelerin anlam ve amaçlarını ortaya koymaya çalışmaktadır. BAIER, Common Law geleneğinde bulunan yüksek mahkeme yargıçlarının bunu kendi mesleklerinde gelenekselleşmiş yöntemler aracılığıyla oluşturduklarını belirtir. Yazar bu kapsamda, yüksek mahkeme yargıçlarının uyuşmazlık çözümünde, “*ayrıntılı olarak belirli bir doktrin yaratılması yoluyla, aksi kesin olmayan kavramların anlamı üzerinde kuralları ve sınırlamaları inşa*” ettiklerini belirtmektedir. Bu açıdan yargısal doktrin, anayasanın lafzında ve evriminde etkili parametreler olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁷³

Gerek sert yetki paylaşımı, gerekse esnek yetki paylaşımının bulunduğu federal sistemleri değerlendirdiğimizde, önemli olan yetki paylaşımının “açık” ve “belirli”

¹⁰⁶⁷ BAIER, *Courts and Federalism* , s. 25.

¹⁰⁶⁸ BAIER, *Courts and Federalism* , s. 22.

¹⁰⁶⁹ Yazar sadece yasalardan ya da hukuktan çekinen kişilerin, bir yasanın yürürlüğe girmesi ile bir mahkeme kararı eşdeğer olarak kabul etmek eğiliminde olduğunu ileri sürmektedir. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* , s. 179.

¹⁰⁷⁰ DICEY’e göre federal sistemlerde yargı organlarının bu önemli işlevleri yerine getirebilmesi için, hukuka saygı duyan, eğitilmiş toplumların varlığı gerekmektedir. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* , s. 166.

¹⁰⁷¹ DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* , s. 153.

¹⁰⁷² BAIER, *Courts and Federalism* , s. 25.

¹⁰⁷³ Yazar, sağlam ve kuvvetli bir yargısal doktrin geleneğinin federal yasalıcılık ve federalizmin korunması açısından gerekli olduğunu, bu yönde, anayasalara uygunluk denetiminin, federasyonların gelişmesine olanak sağlayan bir gereklilik olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Ona göre, anayasa yargısının amacına ulaşabilmesinin, yargı doktrinlerinin en üst sıralarda yer alması gerektiği, yargısal doktrinlerin, anayasa yargısının hala yasalara saygı pratiğini sürdürmesinin önemli bir noktasıdır. Ancak burada yargısal doktrinlerin her zaman istikrarlı olmadıkları, kesin ve sabit olmaktan uzak oldukları yönünde eleştirildikleri de belirtilir. BAIER, *Courts and Federalism* , s. 25 vd.

olmasının gerekliliğidir. Özellikle, münhasır yetkilerin hem federal, hem de federe yönetimler tarafından ayrı ayrı sayılması, yetkilerin iç içe geçmesi önünde önemli bir engel oluşturabilecektir. Ancak burada, anayasa koyucunun yetki konularını örtüşecek şekilde belirlememiş olması da önemlidir. Nitelikleri itibariyle kaçınılmaz olarak örtüşebilecek ceza hukuku, sivil haklar, mülkiyet hukuku ya da ticarete ilişkin geniş yetkilerin daha çerçeveleri belirli olarak tanımlanması gerekir. Bununla birlikte, esnek yetki paylaşımı olarak belirlediğimiz Kanada ve Hindistan Yüksek Mahkemeleri'nin, münhasır yetki konularının birbirleriyle örtüşmeleri halinde önemli yargısal doktrinler geliştirdikleri de görülmektedir. Bu doktrinlerin en önemli özelliği, büyük oranda yargı organının kararları bakımından istikrar göstererek uygulanmasıdır.

Yetki paylaşımına ilişkin uyuşmazlıklarda, ortaklaşa yetkiler her ne kadar federal sistemde işbirliği yaratma amacıyla ortaya konulmuşlarsa da, bu yetki türlerinin yetki uyuşmazlıkları bakımından oldukça verimli bir alan bıraktığını ifade etmek gerekmektedir. Bu açıdan yetki uyuşmazlıklarını sınırlamak adına, sadece ortaklaşa yetkiler alanında kullanılmak üzere federal hukukun üstünlüğü prensibini uygulamak gerekmektedir. Bu durumda, söz konusu ilkeyi frenleyecek bir mekanizma olan yerellik ilkesinin de federasyon anayasalarında bulunması gerekmektedir. Aksi halde sadece ortaklaşa yetkiler alanı, zımnen federal yönetimin münhasır yetki alanları haline gelebilecektir.¹⁰⁷⁴ Federal hukukun federe yönetim hukukunu ne zaman gölgede bırakacağına ilişkin kararların, karmaşık bir süreç olduğu ve bu konularda yol gösterici ilkelerin federalizme özgü olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁷⁵

WATTS, federasyonların durağan organizasyonlar olmadığını ifade ederek, özellikle yetki paylaşımı kataloglarının, zaman içinde değişen ve gelişen, koşullarla ihtiyaçlar bakımından yeni politika alanlarının gelişimine yanıt verebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde daha eski federasyonların, örneğin çevre ve enerji konularında hangi yönetimin yetkili olacağı konusunda çözümlene yapmaları gerekmektedir. Anayasal yetki paylaşımında, esneklik ve sertlik arasında bir denge ayarlayarak, gelişen ve değişen koşullara uyum sağlaması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Yetki paylaşımının aşırı esnemesi, özellikle federal bir sistemin kurulmasında ilk sırada kaygıları bulunan federe yönetimlerin yani azınlıklar ve bölgesel grupların güvenlik

¹⁰⁷⁴ Bu tür yetki paylaşımına örnek olarak AB sistemi örnek gösterilebilir. Her ne kadar tam olarak federal bir sistem olarak kabul edilmese dâhi, yetki paylaşımı esasının burada örnek olarak gösterilebileceği düşünülebilir. AB üye devletlerle birliğin münhasır yetkileri ayrı ayrı sayılmaktadır. Buna ek olarak birlik hukukunun üstünlüğü prensibi kabul edilse bile, yerellik (subsidiarity) ilkesi de kabul edilmektedir. Avrupa Birliği 2006 Avusturya Dönem Başkanlığı Resmi İnternet Sitesi. *Division of Powers* , Presidency of European Union, Austria 2006, İnternet Kaynak: http://www.eu2006.at/en/About_the_EU/Project_Constitutional_Treaty/Strengthening_of_civil_rights.html , Erişim Tarihi: 12-08-2011.

¹⁰⁷⁵ Burada bir örnek olarak ABD Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) tarafından ilaç etiketiyle onaylanan ilaçlarda, yan etkileri hastaları uyarmak için başarısız olduğuna karar veren federe yönetim yargı organlarında görev yapan hâkim veya mahkemedeki jürilerin, ilaç şirketlerinin ihmalkârlıklarına karşın, kendi haksız fiil yasalarının uygulanması için izin mi alınmalıdır sorusu yönetilmektedir. Bu soru aslında Amerika'daki idari ya da zorlayıcı federalizm uygulamalarına ilişkin bir değerlendirme olarak FDA gibi federal idari organların federe yönetimlerin egmenliklerine müdahale etmeleri aktarılmaktadır. MENDELSON Nina A. **Preemption and Theories of Federalism** , *Choice: The Theory Law and Reality of Federalism's Core Question*, BUZBEE W, (Ed.), Cambridge University Press, 2008, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 98, 2007, s. 2-3.

duygularının zarar görme tehlikesini ortaya çıkarabilir. Ancak çok fazla sert yetki paylaşımının benimsenmesi halinde de, bölgesel ve azınlık çıkarlarını anayasal korunmalarını temin ederken, değişen koşullara etkin tepkiler verilmesini yani sistemin etkinliğini zorlaştırabilir.¹⁰⁷⁶

Bu yönde federasyon anayasalarına ilişkin değerlendirmeler yapılarak, çerçeve anayasaların belirli bir özgüllüğü ve anayasada düzenlenen konular bakımından belirliliği bulunduğu ifade edilir.¹⁰⁷⁷ Bu kapsamda anayasaların dayanıklı ve uzun soluklu olabilmelerinin, kapsayıcılık, esneklik ve özgüllük (*specificity*) gibi temel mekanizmaları içerdiği oranda mümkün olabileceği, bu yolla anayasaların uzun soluklu metinler olabileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁷⁸

Özgüllüğü ya da belirliliği olan özel anayasalar, daha sonraki süreçlerde esnekliğe neden olacaktır. Esnek anayasalar, kapsamayı yani dahil edilmeyi kolaylaştırır; ve söz konusu kapsayıcı dahil edici süreçler, daha fazla özgüllüğü üreten anayasalar için anayasanın sürekli eklemlenme sürecine baskı yaratacaktır. Bunun bir sonucu olarak işleyen bir anayasal politika süreci içerisinde, partilerin ya da tarafların daha fazla farkındalığının olduğu bir anayasaya yatırım yapılması, anayasanın uygulanması konusunda tarafların daha istekli olmasına neden olacaktır. Koordinasyon ve uzlaşmaya yönelik ortaya çıkan anlaşmazlıklar, ancak yeteri kadar kuvvetli olabilen bir anayasal politika sayesinde üstesinden gelinebilir.¹⁰⁷⁹

Ne var ki federasyonlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından, anayasaların çerçeve anayasa olması, yargının alanını genişlettiği gibi siyasi korunma teorisine daha fazla ihtiyaç duyulmasını sağlamaktadır. Bu doğrultuda daha önce ifade edilen kesin yetki paylaşımı modellerinin, yorum açısından daha fazla alan yarattığı düşünülürse, bu görüşün en azından federal sistemler bakımından pek de işlerliği olmayacağını belirtmek gerekmektedir. Bununla birlikte federal bir sistemde anayasanın, en azından yetki paylaşımına ilişkin kataloğunun esnetilmesiyle sistem biçim değiştirebilmektedir. Özellikle, fonksiyonel federalizm ya da çok katmanlı federal sistemlerde, yetki paylaşımının yapısı merkeze doğru esnediğinde, söz konusu toplum için belirlenmiş federal sistem tercihi de anlamsız kalacaktır. Yetkilerin merkeze doğru esnemesi, federal sistemin garantörü olan anayasanın yaşayan boyutunu etkilediği gibi, sistemin

¹⁰⁷⁶ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 314.

¹⁰⁷⁷ ELKINS, GINSBURG, MELTON, *The Endurance of National Constitutions*, s. 84. Bu konuda ayrıca bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesinin federalizme özgü önemli kararlarından biri olan 1819 tarihli *McCulloch v. Maryland* kararı. Kararda anayasa yargısının yorumlayarak bir hukuk alanı yaratan Hakim John Marshall federal yönetim ve federe yönetimler bakımından değerlendirmeler yapmıştır. Marshall, bunun yanı sıra uzun alt bölümlerle detaylandırılmış bir anayasanın insanlar tarafından kolay anlaşılamayacağını, belirli çerçevenin anayasayla belirlenmesinin daha kolay anlaşılabilir olacağına değinmiştir. Marshall bu anlamda anayasaların doğaları gereği sadece anahtarlarını belirlenmiş olmasının gerekliliğine değinerek, önemli hedef veya nesnelere belirlenerek, bu nesnelere oluşturan küçük unsurların veya etkenlerin bu önemli büyük hedef ve nesnelere doğasından kendiliğinden çıkarılabileceğini belirtmiştir. Bunun iyi bir anayasa örneğinin Amerikan Anayasası olduğunu da yinlemiştir. *McCulloch v. Maryland* kararı için bkz. İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZO.html, Erişim Tarihi: 20-05-2011.

¹⁰⁷⁸ ELKINS, GINSBURG, MELTON, *The Endurance of National Constitutions*, s. 45, 84.

¹⁰⁷⁹ ELKINS, GINSBURG, MELTON, *The Endurance of National Constitutions*, s. 92.

de yaşayan boyutunu etkileyecektir. Bu durumda katmanlar arasında egemenliğin tekrar kazanılması adına, ayrılıkçı seslerinde çıkması muhtemeldir.

Bireylerin bir çoğunun odak noktasının dahil edildiği bir anayasanın daha iyi bilinen ve halk arasında birbirinden farklı ilgi alanlarına sahip bir odak noktası haline gelme olasılığı daha yüksektir. Bu anlamda esnek anayasaların ise anayasa değişikliklerine gerek kalmaksızın değişen koşullara daha iyi uyum sağlayacağı belirtilmektedir. Anayasa yargısının önemine de değinilerek anayasadaki boşlukların doldurulması ve uyuşmazlıkların çözümünde anayasa yargısına ihtiyaç duyulduğu belirtilmekte, birer siyasi aktör olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının 18. yüzyıla ait olan Anayasayı yorumlayarak, günümüz koşullarına adapte ettikleri belirtilmektedir.¹⁰⁸⁰ Anayasa yargısı denetiminin, açıkça anayasada öngörülmemiş olmasına rağmen uygulanması da bu yorumlamaya örnek olarak gösterilebilir. Anayasanın ihlal edildiği durumlarda, özgül belgeler olarak tanımlanan anayasaların daha fazla ortak bilgi birikimi ve anlaşma zemini oluşturabileceği belirtilmektedir.

Çerçeve anayasa modeline örnek olarak verilen ABD Anayasası'nın belirli konuları düzenleyerek geriye kalan kısımlarını hukuk ve örf-adet yani geleneklerin düzenlemesine bıraktığı belirtilmektedir. Söz konusu yetki uyuşmazlıkları olduğunda, anayasanın çerçeve doğası önem taşımamaktadır. Yeti uyuşmazlıklarında önemli olan, yetki paylaşımının ayrıntılı olarak düzenlenebilmesidir. Nitekim ABD Anayasası hem kesin yetki paylaşımı hem de çerçeve bir anayasa olarak her ikisinde de pek başarılı bir yetki paylaşımı öngörememektedir. Amerikan Anayasası bir çerçeve anayasa olarak, Yüksek Mahkeme'ye daha fazla yorum alanı bırakmasına neden olmaktadır. Nitekim STONE, Amerikan Anayasası'nın ya da Yüksek Mahkeme'nin federal yönetime koyduğu sınırların, federal yönetimin devlet şeklini üniter olarak kurma becerisi üzerinde çok az bir etkisi olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁸¹

Ancak ABD Anayasası'nda olduğu gibi sert yetki paylaşımının, Yüksek Mahkeme kararlarıyla bu denli genişletilmesi, en azından sistemin federal boyutu bakımından ciddi eleştirilere maruz kaldığını belirtmek gerekir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, federalizm anlayışı ne kadar birliğe yanaşırsa o kadar çok federal sistemden de uzaklaşabilecektir. Bu nedenle günümüzde ABD'de birliğin giderek baskın bir konuma geldiği ve bu nedenle sistemin üniter devlet biçiminden farkı kalmadığı şeklinde eleştiriler ortaya çıkmıştır.¹⁰⁸²

Şüphesiz ki bu konuda federasyon anayasalarının doğasını da göz önünde bulundurmak gerekir. Örneğin Amerikan Anayasasında, federal hukukun üstünlüğü prensibi varken, bu prensibin normlar arasında çatışma olduğu durumlarda federe

¹⁰⁸⁰ ELKINS, GINSBURG, MELTON, *The Endurance of National Constitutions* , s. 45.

¹⁰⁸¹ SHELDON, *The Essentials of the American Constitution: The Supreme Court and the Fundamental Law* , s. 80.

¹⁰⁸² GARDBAUM, *The Nature of Preemption* , s. 813-814.

hukuk normlarını geçersiz kılması yönündeki yorum mahkeme tarafından geliştirilerek, günümüze değin federasyonda federe yönetimlerin özerklikleri aleyhine ciddi ihlalleri ortaya koymaktadır. Nitekim, bu yorumla Yüksek Mahkeme'nin federal eğiliminin farkına varan federal yönetimin, söz konusu geçersiz kılınma ilkesini idari organların vasıtasıyla gerçekleştirmektedir.

Bununla birlikte, federal sistemlerde görülen merkeziyetçi eğilimlerin aşılmasında, salt anayasal mekanizmalar kısmen başarılı olaabilmektedir. Bununla birlikte federasyon anayasalarındaki düzenlemelerde, tek bir doğru model veya vazgeçilmez ortak bir özelliğin bulunmadığına da dikkat çekilmektedir.¹⁰⁸³

Buna karşılık, Almanya, Hindistan ve kısmi olarak da olsa Kanada Anayasaları'nda, federal hukukun üstünlüğü ilkesi Amerika'da olduğu gibi açıkça benimsenmiş fakat Amerikan Anayasası'na göre daha detaylı olan bu anayasalar ayrıca federal hukukun federe hukukları geçersiz kılacağına da düzenlemişlerdir. Burada yüksek mahkemelere düşen iş, somut olayda söz konusu normun gerçekten federal yönetimin yetki alanında olup olmadığını belirlemekten ibarettir.

Avusturya bu ilkeyi benimsemeyen ülkelerdendir. Bunun en önemli mimarı anayasanın kurucu babası olan ve normlar hiyerarşisinin yaratıcısı Kelsen'dir. Kelsen, bu tür bir ilkenin anayasada bulunmasına kesinlikle karşı çıkmıştır, ve bunun bizim de katıldığımız üzere Yüksek Mahkemelerin anayasallık denetiminin yetki uyuşmazlıkları bakımından geçersiz kılınmasına denk olduğunu ve bu ilkenin kabulüyle yargının hakemlik rolünün anlamsız kalacağına ilişkindir. Avusturya'da yetki uyuşmazlıklarının çözümünde Avusturya Anayasa Mahkemesi yetkilidir.¹⁰⁸⁴

Federasyonlarda anayasal haklara ilişkin olarak temel ilke, sadece yüksek mahkemelerin hüküm vermeye yetkili olmalarıdır. Federalizmin, (federal yönetimin yetkileri ve gücüyle, federe yönetimlerin ayrıcalıklarının karşılıklı iletişimi) temelde anayasal bir kavram olduğundan, federalizmin doğru bir dengede kalabilmesi, yargının rolüne bağlıdır. Yargısal işlevler olmadan federalizm anlamsız kalacaktır.¹⁰⁸⁵ Böylelikle, federasyonlar bakımından yüksek mahkemelerin rolünün ne kadar önemli ve eleştirilere açık olabileceğini tahmin etmek zor olmayacaktır. Mahkemenin bu anlamda üstlendiği değerler; bir yandan demokratik, liberal ve temsili ilkelerle, bir yandan anayasanın üstünlüğünü sağlama, diğer yandan da federasyonun yönetimlerini dengeleyerek, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini koruma yer almaktadır. Mahkemenin uyuşmazlıklarda dengeyi eşit tutabilmesi, ciddi bir yargı kompozisyonu

¹⁰⁸³ SAUNDERS, *Constitutional Arrangements of Federal Systems*, s. 78.

¹⁰⁸⁴ Anayasanın 138, 126 ve 148. maddeleri, Anayasa Mahkemesinin yetki uyuşmazlıklarına ilişkin görevleri düzenlenmektedir. **Avusturya Anayasa Mahkemesi, Verfassungsgerichtshof (VfGH)**, *Conflict of jurisdiction, Kompetenzkonflikt*, Art. 138, 126a and 148f B-VG. İnternet Kaynak: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/jurisdiction1.html>. Erişim Tarihi: 10-12-2011.

¹⁰⁸⁵ DURCHSLAG, Melvyn R. *Federalism and Constitutional Liberties: Varying the Remedy to Save the Right*, **New York University Law Review**, Volume 54, Number 4, October 1979, s. 723.

gerektirmektedir.

Bu doğrultuda federasyonlarda denge sağlanması adına, her federal sistemde farklı derecelerde benimsenmesine rağmen dört unsurun altı çizilmektedir. İlki, anayasa değişiklikleridir, ikincisi, anayasaya uygunluk denetimi, üçüncü olarak, yönetim düzenleri arasındaki mali ayarlamalar ve son olarak da, yönetimler arası işbirliği ve anlaşmalara işaret eden yönetimlerarasılaşma eğilimleridir. Çalışmamızda incelenen federasyonlarda, özellikle Avustralya'nın oldukça katı ve ABD, Kanada ve Avusturya'nın katı anayasa değişiklik usulleri belirlemelerine rağmen, Almanya ve Hindistan federasyonlarının diğerlerine göre pratikte daha az katı usulleri bulunduğu belirtilir.¹⁰⁸⁶ Bu yönde, federe yönetimlerin katılımı olmaksızın anayasada değişiklik yapılmayacağı kurucu unsurunu da göz önünde bulundurarak, yetkilerinin anayasal dağılımları zamanla gelişmeye olanak veren bir yöntemin benimsenmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla anayasa değişiklik usullerinin, gelişen değişikliklerle uyum sağlamada daha zor bir yol olacağı, bunun yerine anayasaya uygunluk denetimi yoluyla yetki paylaşımının değişimi nispeten daha kolay gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir.

Yüksek mahkemelerin, federe yönetimlerin yetki alanlarının ve çıkarlarının korunması bakımından rollerinin iki önemli noktası bulunmaktadır. Buna göre, federal mahkemelerin federe yönetime ait yetkileri koruması zaten belirtilmiş bir ilkedir. Daha önemlisi, anayasaya uygunluk denetimiyle yetkili yüksek mahkemeler, federal yönetimin yetkileri dışında yaptığı her türlü eylem ve işlemi geçersiz sayacaktır; ancak, yargının bu kararı uygulamasının, federal yönetimi kendi sınırları dahilinde kalmaya zorlayarak yerine getirmesi gerekmektedir. Bu tartışmalar yapılırken federasyonlarda yüksek mahkemelerin, federal-federe yönetimlerin dengelerini sağlanmada, nereye kadar gidebileceği sorusu gündeme gelmektedir.¹⁰⁸⁷ Bu yönde başka bir sorunsal ise, yüksek mahkemelerin genel merkezîyetçi eğilimlerinin, federal yönetimin yetkilerini koruma da veya federal yönetimin yetkilerini genişletme de en son nerede duracakları olmalıdır.

Federal sistemlerde yargının rolü, sistemin ayakta durabilmesi bakımından son derece önemlidir. Demokratik sistemlerde yüksek mahkemelere ya da anayasa mahkemelerine biçilen rol, şüphesiz ki tüm devlet biçimleri bakımından elzemdir. Ancak federal sistemlerde korunması gereken sadece devletin biçimi değil, o devleti bir araya getiren kurucu birimler ve onların egemenlikleridir. Bu yönde, yüksek mahkemelerin sistemin merkezîleşmesinde önemli bir engel oluşturamayacakları, bu engelin daha fazla siyasi sistemin kendi içerisinde sağlanacağına işaret

¹⁰⁸⁶ WATTS, *Comparative Conclusions*, s. 314.

¹⁰⁸⁷ DEVİNS, 2004, Vol. 99, No. 1, s. 138.

etmektedirler.¹⁰⁸⁸

Federal sistemlerde yargısal korunma, sistemin en önemli özelliğidir. Ne var ki yüksek mahkemelerin federalizme ilişkin kararlarının, sosyal, siyasi ve ekonomik faktörler gibi çeşitli nedenlerle federe yönetimler lehine yorumlanması bir tür sarkaç etkisiyle ifade edilmektedir.¹⁰⁸⁹ Mahkemelerin bazı dönemlerde, federe yönetimleri yani çeşitlilikleri, bazı dönemlerde de federal yönetimi yani birliği destekledikleri görülse de, bu durumun çok sık ortaya çıkmadığını da ifade etmek gerekir. Genel olarak, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yargının rolü, kararlarının merkezîyetçi ya da federal yönetimi destekleyici olmasıdır. Mahkemelerin söz konusu genel tutumunu etkileyen önemli faktörler olmakla beraber, özellikle ulusallık arz eden konularla ilişkin hassasiyetin, yersellik ya da çeşitliliklere duyulan bağlılığın önüne geçtiği görülmektedir.

Bu nedenle yargının yetki uyuşmazlıklarında üstlendiği rol, yetki paylaşımı kataloglarının yeniden inşasını ortaya koymaktadır.¹⁰⁹⁰ Mahkemelerin, ikili federalizm ile zorlayıcı ya da düzenleyici federalizm arasında gidip gelen bir tür sarkaç etkisini andıran yapıya işaret etmektedir. Hukuksal teorinin önemli teorisyenlerinden biri olan DUCHACEK, bazı federasyonlarda yüksek mahkemelerin, anayasa yargısı aracılığıyla kamu politikalarının oluşmasında önemli bir rol oynadıklarını ifade etmektedir.¹⁰⁹¹

Anayasa yargısının, tüm devlet şekilleri bakımından üstlendikleri demokratik rolün zamanla belirli zorlamalarla karşı karşıya gelebileceği ifade edilir. Yüksek mahkemelerin önemli duruşları, sistem içerisinde hukuksal olmayan başka alanlarda da etkili olabilecek kararlar vermesine neden olabilmektedir. Örneğin Amerika'da siyah ve beyazlar arasındaki ayırımı son noktayı, Yüksek Mahkeme'nin kararları koymuştur.¹⁰⁹²

Özellikle federal sistemin korunması yönünde, iki yönetim düzeninin egemenlik yetkilerinin dengelenmesi, mahkemeler üzerinde önemli bir baskı unsurudur. Bu yönde mahkemelerin, siyasi sistemin işleyişinden önemli ölçüde etkilenmeleri de söz konusudur. Sadece siyasi sistem değil, aynı zamanda sistemin çeşitlilik unsurunu korumak, sosyo-ekonomik dengeler de mahkemeler üzerinde etki etmektedirler. Bu

¹⁰⁸⁸ VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker*, s. 91. Bu yönde Yüksek Mahkeme kararlarının da bulunduğu belirtilmişti. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1869 tarihli *Texas v. White* kararında Yargıç CHASE, anayasada belirtilen yetkilerin, federe veya federal yönetimlerin herhangi biri üzerinde yoğunlaşmasının engellenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda anayasal bir takım sınırlamaların bulunmasına işaret ederek, *federe yönetimlerin ve hükümetlerinin korunması meselesi, federal yönetimin –birliğin- korunması meselesi gibi, Anayasanın kendi tasarımı ve korunması içerisinde bulunmaktadır. Anayasanın tüm hükümlerinde, yıkılmaz ayrılmaz federe yönetimlerden oluşan, yok edilemez bir Birlik vurgusu*¹⁰⁸⁸ bulunduğunu belirtmiştir. Karar, federal sistemin ilk yıllarında hakim olan ikili federalizm döneminde alınmış olmasına rağmen, anayasanın kendi içerisinde belirlenen mekanizmaların, federal sistemi korumak üzere tasarlandığına işaret edilmiştir. *Texas v. White*, 74 U.S. (7 Wall.) 700, 19L. Ed. 227 (1869), Karara ulaşmak için İnternet Kaynak: http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1868/1868_0, Erişim Tarihi: 2-01-2011.

¹⁰⁸⁹ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 28.

¹⁰⁹⁰ SHELDON, Charles H, (Auth.), WASBY, Stephen L, (Ed.), **Essential of the American Constitution: The Supreme Court and the Fundamental Law**, Westview Press, 2002, USA, s. 79-80.

¹⁰⁹¹ DUCHACEK, *Comparative Federalism*, s. 205-207.

¹⁰⁹² ÇAĞLAR, Bakır, *Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıçı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler*, T.C. Anayasa Mahkemesi Yayınları, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 8, 1991,s. 17.

doğrultuda ROUGEMONT federalizmi, totaliter rejimlere karşı zıtlık ve çeşitliliğe duyulan bağlılığa dayandırmaktadır.¹⁰⁹³ Dolayısıyla federal sistemlerde hiçbir siyasi iktidar ve kurumsal odağın baskın olmaması gerektiği gibi, sistemin ne çeşitlilik ne de birlik unsurunun baskın olmaması gerekmektedir. Bu iki odağın dengede kalması sistemin istikrarı bakımından gereklidir.

Siyasal koruma teorisi, yüksek mahkemelerin federal sistemi korumasına ilişkin rolünü eleştirse de, siyasi süreç sistemin önemli bir parçası ancak tek başına yeterli olmayan bir koruma mekanizmasıdır. Anayasa koyucularının, federe yönetimlerin korunması, yetki alanlarına müdahale edilmemesi yönündeki telkinler, yüksek mahkemelerce federal sistemi korunmasına ihtiyaç duyulmaktadır.¹⁰⁹⁴ Ne var ki yüksek mahkemelerin, federe yönetimlerin korunması veya federalizmin korunması yönünde verdiği kararların dönem dönem farklılıklar teşkil etmektedir.

Federasyonda yüksek mahkemelerin federal ve federe yönetimler arasında yasama ve yürütmenin karşılıklı çatışmalarının çözülmesi, federe yönetimlerin, kanun koyucuların ve geniş anlamda idarenin anayasal yetkilerini aşmaları durumunda, yargının müdahalesini gerekli kılmaktadır. Yargıç HAND, anayasa yargısının anayasadan kaynaklanmadığı, bu anlamda anayasanın sınırlı olduğu ve yetkilerin aşılması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, yargının kaçınılmaz olarak “*üçüncü bir yasama meclisi*” işlevi gerçekleştirdiğine ilişkin görüşlerin eleştirilmesine neden olmaktadır.¹⁰⁹⁵

Yüksek mahkemelerin uyuşmazlıkların çözümünde genel olarak merkeziyetçi eğilimde oldukları ifade edilmektedir.¹⁰⁹⁶ Ancak bu eğilim yargısal çözümden büsbütün vazgeçilmesi gerektiği anlamına da gelmemektedir. Ayrıca çözüm mekanizmasına ilişkin yargısal benzeri ve hatta siyasi hakemlik yollarının arzu edilmediği anlamına gelmediğini ifade etmektedirler. Böylece biçimsel anayasa değişiklikleri, anayasal yetki paylaşımının değiştirilmesi bakımından tek demokratik araç olarak korunacaktır. Bu doğrultuda federal organlar tarafından atanan kişiler olarak yüksek mahkeme çoğunluğu, federalizmin temelini zorlayan fiili bir üniter kurucu meclis (veya yargıçlar hükümeti) haline gelmektedir. Bu nedenle federal bir kurum olarak yargı organlarının, federal sistemlerin yetki paylaşımını koruma niyetiyle yaratılmadıkları belirtilmektedir.¹⁰⁹⁷

Anayasacılar tarafından çağdaş federal sistemler bakımından sık sık dile getirilen görüş, federalizm uyuşmazlıklarında yüksek mahkemelerin ya da anayasa

¹⁰⁹³ Rougment’la birlikte federalizmi değerlendiren diğer filozoflar hakkında bilgi almak için bkz. BURGESS, **Comparative Federalism**, s. 173, Tanımlama için bkz. ŞENOCAKLI, **Federalizm ve Kıbrıs Uyuşmazlığı**, s.8.

¹⁰⁹⁴ TUSHNET, **Taking the Constitution Away from the Courts**, s. 101-103.

¹⁰⁹⁵ RICHARDS, **Toleration and the Constitution**, s. 8 vd. WECHSLER, *The Courts and the Constitution*, s. 1002.

¹⁰⁹⁶ Bu konuda yargısal koruma teorisi taraftarlarıyla, federasyonun oluşumuna ilişkin siyasi yaklaşımın savucusu RİKER en başta örnek gösterilmesi gereken yazarlardandır.

¹⁰⁹⁷ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 28.

mahkemelerinin tarafsız hakemlik rollerine ilişkindir. Bu görüş genellikle, yargı organının siyasi baskılardan uzak kalması veya kalabilmesi için tarafsız, nötr bir tutum sergilemesi gerektiği hukuksal varsayımıyla desteklenmektedir. Ancak BZDERA, yüksek mahkemelerin federal uyuşmazlıklarla ilgili hakemlik rollerinin iki farklı soru ortaya çıktığı ifade etmiştir. İlk olarak, federal yüksek mahkemeler, gerçekten federal yetki paylaşımının tarafsız birer hakemleri mi yoksa SHAPIRO'nun dile getirdiği gibi, federal yüksek mahkemeler tüm nihai temyiz mahkemeleri gibi, sadece “*merkezi politika üretiminin birer aygıtı*” konumundalar mı, bunun belli olmadığına işaret etmektedir.¹⁰⁹⁸

Bunun yanı sıra SCHAPIRO bu konuda, “*federalist bir sistemde, federe yönetim mahkemelerinin daima federe yönetim haklarını, federal mahkemelerin ise her zaman federal yönetim haklarını korumakta*”¹⁰⁹⁹ olduğunu belirtmiştir.

Bununla birlikte mahkemelerin genel eğilimini, pandülüm etkisi çerçevesinde açıklayan görüşler de ön plandadır.¹¹⁰⁰ Özellikle ABD Yüksek Mahkemesi'nin, yetki paylaşımı kataloğunun daha açık olması yönünde kararlar üretmediği görülmektedir. Özellikle, anayasal yetki paylaşımının zımni-münhasır yetki karmaşası, ilk zamanlarda daha fazla uyuşmazlıklar çıkmasına neden olmuştur. Uygulamada, hali hazırda federe yönetimlerin düzenleme yaptığı alanlarda, federal yönetimin yasalar oluşturmaya başlamasıyla uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme ise, yönetim düzenleri arasında esneyen bu yetki paylaşımını, genellikle federal yönetimin münhasır yetkileri olarak belirlemiştir.

Dolayısıyla Mahkeme'nin kararlarıyla federal yönetimi desteklemesi, genellikle federe yönetimlerin egemenliklerinin ihlal edilmesi ve federal sistem kurulurken sağlanan teminatların ortadan kalkmış olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Aksi halde ise, federal yönetimin zorunlu olarak düzenlemesi gereken yetki alanlarını, federe yönetimler müdahale edeceklerdir. Burada federal sistemin tasarımcılarının, önemli bir rolü olduğunu belirtmek gerekmektedir. Federal yönetimin, söz konusu açıkça sayılan yetkileri, ileride federal hukukun üstünlüğü ilkesi nedeniyle federal yönetimin münhasır alanlarına dahil edileceğini tezahür etmişlerdir.¹¹⁰¹

Yüksek mahkemelerin, değişime açık nihai yargı organlarıdır. Bu değişim, doğrudan hukuki araçlarla gerçekleştiği gibi, aynı zamanda, yüksek mahkeme yargıçlarının kendi görev anlayışlarını kurumsal çevreye uyarlama çabalarının bir sonucu olarak da düşünülmektedir.¹¹⁰² Yüksek mahkemelerin, anayasanın

¹⁰⁹⁸ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 7.

¹⁰⁹⁹ SCHAPIRO, *Interjurisdictional Enforcement of Rights in a Post- Erie World*, s. 1435.

¹¹⁰⁰ RUSSELL, Peter H., *The Supreme Court and Federal-Provincial Relations: The Political Use of Legal Resources*, **Canadian Public Policy**, Vol. 11, 1985, s. 162-3.

¹¹⁰¹ ZİMMERMAN, *Contemporary American Federalism*, s.31-32, 37.

¹¹⁰² ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 68.

yorumlanması ve anayasanın değişen koşullara adapte olması konusunda, birincil seviyede önemli rolleri bulunur.¹¹⁰³

Bu doğrultuda yargıçların, anayasayı yorumlarken başvurabilecekleri kendilerine rehberlik edecek beş kaynağa sahip oldukları belirtilmektedir. Bunlar; devlet kurucularının normla oluşturmak istedikleri asıl amaçladıkları, Anayasa teorisine dayandırılmış tartışmalar, Anayasa'nın yapısına dayanan beyanatlar, yargısal örnekler yani içtihat oluşturan yargı kararlarına ait beyanatlar ve ahlaki sosyal ve politik değerlere dayanan beyanatlardır.¹¹⁰⁴

Mahkemelerin, kararlarını verirken dikkate almaları gereken siyasi ve hukuki veriler, onlar için birer zorlama olabileceği belirtilmektedir. Yargıçların mesleki ideolojileri, kamuoyunun söz konusu uyuşmazlıkta ağırlığı ve yargıçların siyasilerle yakınlığı birer hukuk-ötesi zorlama araçları olarak kabul edilir. Bu anlamda, anayasa değişiklikleri yoluyla mahkemenin etkisizleştirilmesi bir tür dış zorlama olarak kabul edilir. Bunu dengeleyebilmek için, mahkemelerin anayasa değişikliklerini denetleyebilmeleri önerilir. Çalışmamızda örnek olarak seçilen federasyonlardan, Amerika'da Yüksek Mahkeme'nin, Yeni Düzen döneminde bu yönde eğilimleri olduğu ifade edilir.¹¹⁰⁵ Aynı şekilde, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin, anayasa değişikliklerini anayasaya uygunluğu bakımından aktif rol üstlendiği görülmektedir.¹¹⁰⁶

Özellikle, ortak hukuk geleneğine bağlı hukuk sistemlerinde bulunan Yüksek Mahkeme yargıçlarının, yeni olayların ortaya çıktığı durumlarda, önceki kararlarını emsal kabul ederek, yeni durumlara uygulamaları eleştirilmektedir. Bu yönde yargıcın, bir hukuk yapımcısı değil, sadece mevcut yasaya ses veren bir ajan olduğuna dikkat çekilmektedir.¹¹⁰⁷

Karşılaştırmalı çalışmalarda, Kanada ve Avustralya Yüksek Mahkeme yargıçlarının, daha az politize oldukları belirtilmektedir. Burada ifade edilen politize olma, yargıçların kendilerini atayan siyasi iradeyle, aynı ideolojik fazda karar vermelerine ilişkindir. Bu bağlamda, kendilerini atayan iradeyle aynı ideolojik oy verme eğiliminin, en belirgin bulunduğu yüksek mahkeme örneğine, Amerikan federasyonu gösterilmektedir.¹¹⁰⁸

¹¹⁰³ İsviçre'de yasama referandumlarının, federal yetki alanlarının belirlenmesinde daha önemli rol oynadığı, bu federasyonda istisnai olarak Yüksek Mahkemenin rolü bakımından ayrı tutulmaktadır. Ayrıca burada klasik kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği hükümet sistemlerinde, anayasanın güvence altına aldığı, temel hak ve hürriyetlerinin yargı tarafından ihlal edilme tehlikesinin daha az olduğu belirtilir. Anayasa'da korunan hak ve özgürlükleri, anayasanın koruyucusu yargı organının görevi gereği, bu tür bir tehlike oluşturmayacağı düşünülmektedir. WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*, s. 126.

¹¹⁰⁴ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s.78.

¹¹⁰⁵ ÇAĞLAR, *Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler*, s. 27.

¹¹⁰⁶ Kararlar, Hindistan, federasyonun kurulduğu 1950 yılından kısa bir süre sonra, ilk olarak 1967 yılında *L.C. Golak Nath v. Punjab* kararıyla, Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetlediği görülmektedir. Yine 1975 yılında, *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain*, kararında da mahkeme bu içtihadına devam etmiştir. Ayrıca, mahkemelerin iç zorlamanın yargılama teknik ve mantığından hareketle, ayrıntıya girilmemesi olarak kabul edilmektedir. ÇAĞLAR, Bakır, *Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler*, s. 27.

¹¹⁰⁷ WECHSLER, *The Courts and the Constitution*, s.1000 vd.

¹¹⁰⁸ WEIDEN, *Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia*, s. 341.

Aynı yönde siyasi yaklaşımın savunucularının, ABD Yüksek Mahkemesi'ne ilişkin değerlendirmeleri, Yüksek Mahkeme'nin, ABD Başkanıyla aynı ideolojik fazda olduğu dönemlerde, merkezileşme sürecinin hızlandığı yönündedir. Buna karşılık, her iki organın aynı ideolojik fazda olmadığı durumlarda ise, Yüksek Mahkeme'nin merkezileşme sürecini engelleyemeyeceği de ileri sürülmüştür.¹¹⁰⁹

1990-1999 yılları arasında, federalizme, yani yetki uyuşmazlıklarına ilişkin kararlara ilişkin analizlerde, federe yönetimlerin yasalarını geçersiz kılma konusunda en fazla aktivist olarak tespit edilen yargı organının, Avustralya Yüksek Mahkemesi olduğu görülmektedir. Federalizm davalarında, Avustralya Yüksek Mahkemesi'ni takiben ABD ve Kanada Yüksek Mahkemeleri'nin geldiği görülmektedir. Söz konusu araştırmalarda, en marjinal etkilerin de, Avustralya Yüksek Mahkemesi'ne ait olduğu da belirtilir.¹¹¹⁰

Mahkemelerin federalizm davalarında, hangi doktrin ya da hangi görüşleri kullanacaklarına ilişkin değerlendirmeler çeşitlilik göstermekle beraber, özellikle yüksek mahkeme üyelerinin, ideolojilerinin ve inançlarının öngörülebilir olduğu öne sürülen Kanada ve Amerikan Yüksek Mahkemelerinin, farklı kutuplarda olduklarına işaret edilmektedir. Bununla birlikte, Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde, "*bildiğinden şaşmayan karşıt görüşlü*" yargıçların bulunması, yargısal doktrin kararları bakımından, daha orta bir noktada buldukları ifade edilmiştir.¹¹¹¹

Yargının kendi kendini sınırlaması ile yargısal aktivizm arasında farklı tercihleri bulunan Yüksek Mahkeme yargıçlarının, kendilerini atayan siyasi organlara bağıllık bir yana, aynı zamanda bu ideolojileri üzerinden kararlarını vermektedirler.¹¹¹² Yargısal aktivizm taraftarları, yasama organının ilkeleri anayasa tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde, başlangıç noktalarının anayasa olduğuna kanaat getirmektedirler. Yargının sınırlanmasına ilişkin ilkeye göre, kanun koyucunun başlangıç noktasının devletin yasama organı olduğuna inanmaktadırlar. Yargının kendi kendisini sınırlama ilkesinin, genellikle federe yönetimlerin ve federal ilkenin siyasi alanda bir koruma işlevinin daha isabetli olacağına inanmaktadırlar.¹¹¹³

Yargıçların federalizm konusu ile ilgili ideolojik tercihlerinin, federalizm davaları kullandıkları oylar bakımından değerlendirilmektedir.¹¹¹⁴ Bu görüşlerin ortak noktası,

¹¹⁰⁹ VOLDEN, *Origin, Operation, and Significance*, s. 106.

¹¹¹⁰ WEIDEN, *Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia*, s. 341 vd.

¹¹¹¹ BAIER, *Courts and Federalism*, s. 160-165.

¹¹¹² *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, Printz v. United States*, 117 S.Ct 2365 (1997); *Seminole Tribe v. Florida*, 517 US. 44 (1996); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) kararları bunlara örnek olarak gösterilebilir.

¹¹¹³ SWINDLER, *Judge Learned Hand and the Role of the Federal Judiciary - By Kathryn Griffith*, s. 758.

¹¹¹⁴ Federalizm davalarında yargısal çözüm mekanizmasının rolünün saptanmasında, genellikle yargıçların verdikleri kararlar ve kullandıkları oylar bakımından değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Yargı organının kararları değerlendirilirken, öncelikle söz konusu uyuşmazlığa konu oluşturan normun kaynağına bakılmaktadır. Normun federe yönetimlere ait bir yasa veya yerel yönetimlere ait bir yönetmelik (*ordinance*) olup olmadığı veya federal yönetimin çıkardığı bir yasa olup olmadığı incelenmektedir. Mahkemenin bu tür kararlarında anayasal yetki paylaşımına aykırı bularak iptal ettiği kanunların oranının tespitinde, ilk olarak normun kaynağı, ikinci olarak da yargıcın söz konusu normun yürürlüğe girmesini temel olarak etkileyen siyasi sebeplere ilişkin ideolojik yaklaşımı ele

özellikle ABD Yüksek Mahkeme muhafazakar yargıçlarının, federalizm davalarında daha sınırlı (kendi kendilerini sınırlayan) ve federe yönetimlerin haklarının korunması konusunda daha kararlı oldukları yönündedir.¹¹¹⁵

Yüksek mahkeme yargıçlarının kararlarıyla, kendi ideolojileri arasında yapılan değerlendirmelere göre, yargıç ideolojileri ve yargısal aktivizm konusunda ilişki kurulmaktadır.¹¹¹⁶ Yargıçların kendilerini atayan siyasi iradeyle aynı çizgide olmalarına ilişkin değerlendirmelerle, anayasaya uygunluk denetiminde yetki uyuşmazlığına konu olan normun, federe ya da federal yönetim kaynaklı olmalarının tespit edilmesiyle, yargıçların federalizm davalarına ilişkin yargısal tutumları ya da yargısal biçimcilik değerlendirmeleri yapılmaktadır.¹¹¹⁷

Özellikle ABD Yüksek Mahkeme kararlarında, liberal yargıçların yargının kendi kendini sınırlaması gerektiği ve anayasaya uygunluk denetimi aracılığıyla federal yönetimin yasalarını geçersiz kılma konusundaki kararları sınırlandırması görüşü hakimdir. Liberal yargıçların, demokratik bir şekilde seçilmiş çoğunluklar tarafından çıkarılan federal veya federe yönetim yasalarını, geçersiz kılma konusunda genel olarak daha istekli oldukları ortaya çıkmıştır.¹¹¹⁸ Söz konusu değerlendirme, liberal yargıçların yargısal aktivizm konusunda daha fazla istekli olduklarını göstermektedir. Dolayısıyla, liberal yargıçların federalizm davaları açısından tercihleri ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda siyasi mekanizmanın, yönetim düzenlerinin egemenlik sınırları dışında çalışmasına, yüksek mahkemeler tarafından izin verilmesi gerektiğine ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Bu nedenle yetki uyuşmazlıklarına ilişkin konularda mahkemelerin, yargının kendi kendini sınırlaması yönünde kararlar vermeleri gerektiği

alınmaktadır. Yargıçların ideolojik yaklaşımlarının yargısal ortak alan puanı (*Judicial Common Space Score*) yöntemi ile tespit edilmektedir. Bu yöntemde, yargıçların liberal ya da muhafazakar olarak buldukları pozisyonların tahminleriyle, kendilerini seçen ya da atayan iradenin (Kongre ve Başkan'la) doğrudan karşılaştırılabilir ortak bir alanda olup olmadıklarının tespitine ilişkindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EPSTEIN, Lee, MARTIN Andrew D, SEGAL, Jeffrey A, WESTERLAND, Chad, *The Judicial Common Space* , **The Journal of Law, Economics, & Organization**, Vol. 23, No. 2, 2007, s. 303. Kısacası yüksek mahkeme yargıçlarının, kendilerini seçen siyasi iradeyle aynı noktada bulunup bulunmadığı değerlendirilmektedir.

¹¹¹⁵ SOLBERG, Rorie Spill, LINDQUIST, Stefanie A, *Activism, Ideology, and Federalism: Judicial Behavior in Constitutional Challenges Before the Rehnquist Court, 1986–2000* , **Journal of Empirical Legal Studies**, Volume 3, Issue 2, 237–261, July 2006, s. 237.

¹¹¹⁶ SUSTEIN, Cass R., SCHKADE, David, ELLMAN, Lisa M., SAWICKI, Andres, **Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary** , Brookings Institution Press, USA, 2006, s. 50.

¹¹¹⁷ Yargıya ilişkin en önemli siyasal yaklaşım, yargıçların ideolojik tercihlerini en yüksek seviyeye çıkarmaya çalışmalarının tutumsalçı yaklaşımlar (attitudinal judgemnet) olarak kabul etmektedirler. Bu yaklaşım, yargıçların somut olaya ilişkin kararlarını verirken, kişisel tutum ya da duygularını temel almalarına ilişkindir. Bu yönde diğer bir yaklaşım ise, biçimcilik (formalism)dir. Bu yaklaşımda, yargıçların kararlarını verirken apolitik bir şekilde hukuku veya yasayı uygulamaları söz konusudur. Burada hukuk saf bir düzlem üzerinde yer alır ve hukuksal sorunların teknik açıdan belirlenebilecek doğru çözümü, hukuk biliminin uygulanmasıyla mümkündür. Bu yaklaşımda yargıçların, hukuksal cevapları bulma ve hukukun neyi gerektirdiğini belirlenmesi konusunda eğitildiklerini ifade edilmektedir. Tutumsal modelin tersi olarak belirtilen biçimcilikte, yargılamanın nötr ilkelerin arayışı olduğu vurgulanmaktadır. Buna karşın tutumsalcılıkta, yargıçların birer siyasetçi olarak hareket ettikleri ileri sürülmektedir. Biçimsel modele göre yargısal seçimler, bütünüyle hukuka ya da yasaya dayandığı iddia edilirken, tutumsalcılıkta yargısal seçimlerin tamamıyla ideolojiye dayandığı ileri sürülmektedir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. LINDQUIST, Stefanie A, SOLBERG, Rorie Spill, *Judicial Review by the Burger and Rehnquist Courts: Explaining Justices' Responses to Constitutional Challenges* , **Political Research Quarterly**, 2007, V. 60:71, s. 78. SEGAL, Jeffrey, EPSTEIN, A. Lee, CAMERON, Charles M., SPAETH, Harold J., WEIDEN, *Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia* , s. 336 vd.

¹¹¹⁸ LINDQUIST, SOLBERG, *Activism, Ideology, and Federalism* , s. 248-260.

savunmaktadırlar.¹¹¹⁹ Yargının kendi kendini sınırlaması doktrininde, yetki paylaşımları açısından siyasi organların ve mekanizmaların, hem bir bütün olarak ulusu, hem de federe yönetim çıkarlarını korumak için yapılandırılmış olduğu kabul edilmektedir.¹¹²⁰ Siyasi dengelerin sağlanması bakımından anayasaların doğrudan uygulanabilir yapılarının kabul edilmesi ve bu nedenle de yargının müdahale edeceği çok fazla bir alan olamayacağı belirtilmektedir.¹¹²¹

Bunun yanı sıra Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin de federalizme özgü bir yargısal yorum geliştirmekten ziyade, federal ve federe yönetimlerin yetki uyuşmazlıklarını çözme konusunda daha geleneksel bir anlayışa sahiptir. Pratik açıdan mahkemenin asıl yöntemi, sıkı sıkıya lafzi değerlendirmeye bağlı olduğu ifade edilmektedir.¹¹²² Buna karşın Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin, söz konusu federalizm davalarında olduğunda, her zaman bu yoruma bağlı olmadığı görülmektedir. Federal ve federe yönetimler arasındaki federalizm uyuşmazlıklarında, genellikle mali konularda uyuşmazlıkların ortaya çıktığı ifade edilerek, federe yönetimler üzerinde mali üstünlük elde etmesi bakımından mahkemenin, federal yönetimin yararına olduğu ifade edilir.¹¹²³

Bununla birlikte, yüksek mahkemelerin metinsel yorumdan hareketle, yetki uyuşmazlıklarına ilişkin federalizm davalarında başarılı olunmayacağı, buna örnek olarak da Avustralya'da, Yüksek Mahkemenin Tazmanya Barajı davasına kadar bu konuda herhangi bir özel yargısal doktrin geliştirmediğini de ifade edilir. Bu kararlar birlikte Avustralya Yüksek Mahkemesi, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde özel bir yargısal doktrin belirlemeye yönelmiştir. Mahkeme tarafından kullanılan yargısal doktrinlerin, genellikle federe yönetimlerin lehine olmadığı belirtilir.¹¹²⁴

DURCHSLAG, Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin bu analizlerini, diğer anayasal hükümler bakımından ayrılması gerektiğine işaret etmektedir. Ona göre Mahkeme'nin, özellikle yetki uyuşmazlıklarında sıkı sıkıya bir değerlendirmeyi tercih etmesi yararlıdır; fakat, bu kararlar verilirken somut olayda uygulanacak olan kuralın temel

¹¹¹⁹ Yargının kendi kendini sınırlaması doktrini, 1958 tarihli *Trop v. Dulles* kararında Yargıç FRANKFURTER tarafından ifade edilmiştir. KOOPMANS, **Courts and Political Institutions: A Comparative View**, s. 52. Kararda Yargıç FRANKFURTER, ..önümüzdeki uyuşmazlığa konu olan yasa, Kongre'nin Anayasayla kendisine tanınan yasama yetkisinin ve yasa tasarılarını onaylayarak yürürlüğe koyan Başkan'ın, mevzuatın yasalması konusundaki anayasal yetkilerinin bir sonucudur. Bunu sürdürmek için, halkın iradesine karşı doğrudan sorumluluğu bulunan ve Anayasası uyarınca mevzuatı belirlemek için güçlendirilen devletin iki organının eylemlerine saygı duyulması gerekmektedir. Uygulamada mahkemenin anayasa işlevi, sadece kendi kararlarıyla sınırlı olduğundan, mahkemenin böyle bir mevzuatı geçersiz kılmak için sahip olduğu muazzam güç son derece sınırlı bir şekilde uygulanmalıdır. *Trop v. Dulles* 356 U.S. 86, 1958, S.Ct., WARREN, C.J., İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0356_0086_ZO.html, Erişim Tarihi: 10-12-2010.

¹¹²⁰ PUSHAW, Robert Jr., *Bridging the Enforcement Gap in Constitutional Law: A Critique of the Supreme Court's Theory That Self-Restraint Promotes Federalism*, **William and Mary Law Review**, Vol. 46, Is. 4, Art. 6, 2005, s. 1289, 1340.

¹¹²¹ *Incentive-Compatibility*; Bu teori ilk olarak ekonomi alanında kullanılmış olmakla birlikte, sosyal bilimlerde de kabul edilen bir tür yaklaşımdır. Ekonomik alan özgü olarak, ekonomi politikalarının açıklanmasında da kullanılan bu teori, *ekonomik birimlerin, kendi çıkarlarının üzerinden gelmek için tasarlanan bir mekanizmadır...burada ekonomik birim kendi çıkarlarının dışında kendi enformasyonunu doğru şekilde beyan edeceği ifade edilmiştir...* Ayrıntılı Bilgi için bkz. REEL, Yeşim, *Mekanizma Tasarımı Teorisi ve Uygulamaları*, **Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi**, Sayı I, Cilt XXVIII, s.59-61.

¹¹²² DURCHSLAG, Melvyn R., *Federalism and Constitutional Liberties: Varying the Remedy to Save the Right*, **New York University Law Review**, Vol. 54, 1979, s. 723.

¹¹²³ DURCHSLAG, *Federalism and Constitutional Liberties: Varying the Remedy to Save the Right*, s. 727.

¹¹²⁴ BAIER, **Courts and Federalism**, s. 160-165.

hak ve özgürlükler kapsamında da göz önüne alınması gerekir. En azından mahkeme, anayasa yargısının en önemli işlevi olan özgürlüklerin korunmasını, bu tür durumlar bakımından bir ölçüt olarak kabul edebilmelidir.¹¹²⁵

Burada, yetki paylaşımının sert yapısıyla, uygulamadaki esnekliklerin ilk başta zımnî ortaklaşa yetkiler türünün akla getirilmesi gerekmektedir. Federal yönetimin münhasır yetkileri ifade edilirken, bunların öncelikli olarak tespit edilmesi ve daha sonra uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekmektedir. Bu durumda da kararlar, diğer federal sistemlere göre daha fazla etkili ve federe yönetimler üzerinde daha fazla önemli sonuçlar doğurmaktadır. Aynı durum ABD Yüksek Mahkemesi bakımından da geçerlidir. Yüksek Mahkeme uyuşmazlığı çözerken, söz konusu yetkinin federal yönetimin münhasır yetkisi olduğunu tespit etmekte, daha sonra uyuşmazlığı çözmektedir. Dolayısıyla, anayasanın lafzında olmayan münhasır yetkilerin tespiti daha fazla eleştirel kararların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Yüksek mahkemeler federalizmi, her zaman farklı bir biçimde ele almaktadırlar. Mahkemeler, özellikle anayasalarda bulunan yetki paylaşımına ilişkin ilkeleri farklı biçimlerde yorumlayarak bazı kararlarla yeni yetki alanlarını formüle edebilmektedirler. Mahkemelerin federalizm davalarında hem sistemi dengede tutma hem de temel hak ve özgürlükleri koruma işlevi zaman zaman çatışmaktadır. Bu yönde, örneğin Amerika'da bireysel haklara ilişkin federalizm uyuşmazlıklarının gerçek kaynağı, Anayasa'nın on dördüncü değişikliğinde, özgürlüklerin geniş düzenlemesinden kaynaklanmamaktadır. Bu yönde uyuşmazlıkların gerçek kaynakları, Yüksek Mahkeme'nin özgürlükleri korumak için formüle ettiği çözüme yönelik eğilimlerinden kaynaklanmaktadır.¹¹²⁶

ABD Yüksek Mahkemesi'nin, federal ve federe yönetimler arasındaki uyuşmazlıkları çözümede Anayasayı daha geniş yorumlanması suretiyle gerçekleştirdiği açıktır. Mahkeme üyelerinin, ideolojik, kurumsal veya doktrinsel anlamda etki altında kalabildikleri sık sık dile getirilmekte, özellikle belirli dönemlerde federe yönetimlerin özerkliği veya bağımsızlığıyla ilgili olarak farklı kararlar üretmektedir.¹¹²⁷ Mahkeme federalizm davalarında genellikle, federal yönetim lehine kararlar üretme konusunda istikrarlıdır. Ülkenin ekonomik, siyasi, veya sosyolojik diğer koşulları mahkemenin kararlarına etki etmektedir. Mahkeme kararlarında, ancak istikrarlı olmayan bir şekilde federe yönetimler lehine kararlar verilmektedir. Bu tür kararlar, doğrusal bir düzlemde birer “çıkma ya da pik” şeklinde ifade etmek mümkündür.

Buna karşın federalizm ya da federal sistemin korunması bakımından yargının rolünü inceleyen çalışmalar, ABD Yüksek Mahkemesi'nin, “*federalizm değerlerinin*

¹¹²⁵ DURCHSLAG *Federalism and Constitutional Liberties: Varying the Remedy to Save the Right* , s. 723 vd.

¹¹²⁶ DURCHSLAG, *Federalism and Constitutional Liberties: Varying the Remedy to Save the Right* , s. 723.

¹¹²⁷ BAIER, *Courts and Federalism* , s. 160.

önemi üzerinde, olumlu hiç bir etkisi ya da izlenimi olmadığını da”¹¹²⁸ ileri sürmektedirler. Ancak bu konuda yapılan ampirik çalışmalar, hem ABD Yüksek Mahkemesi, hem de ikizi olarak kabul edilen Avustralya Yüksek Mahkemesi yargıçlarının federalizm davalarında oldukça baskın kararlar ürettiklerini ortaya koymaktadır.¹¹²⁹

Yüksek mahkemelerin özellikle federalizm davalarına ilişkin ortaya çıkan önemli sonuç, yargısal aktivist kararların bir ölçüde uyuşmazlığa konu olan yasanın kaynağına bağlı olmasıdır. Yargıçların ideolojik kararları devreye girdiğinde ise, söz konusu uyuşmazlığa konu olan yasanın federal ya da federe yönetim düzenlerine ait olmasının herhangi bir önemi kalmamaktadır.¹¹³⁰

Federalizm davalarında, örneğin liberal bir yasanın uyuşmazlığa konusu olması halinde muhafazakar yargıçların, yasanın kaynağı federal ya da federe ne olursa olsun geçersiz kılma ya da aykırılık kararı verme eğilimindedirler. Aynı durum muhafazakar yasalar bakımından da geçerlidir. Bu durumda yargıçların federal sistemin dengesini koruma üstlendikleri rolü son derece zayıf kılmaktadır. Nitekim federalizmin, yüksek mahkemelerin kritik davalarda verdikleri kararların, siyasi karakterini gizlemek amacıyla kullanıldığı ileri sürülmektedir. Mahkemeler, konu federal yönetim olunca, yasama organına daha fazla riayet etmektedirler ve bu bağlamda yargıçların kendi kendilerini sınırlaması doktrini gündeme gelebilmektedir. Ne var ki SPAETH yargının kendi kendini sınırlamasını, yargıçların politika odaklı değerlerini meşrulaştırmanın ya da haklı kılmanın en akılcı aracı olduğunu kabul etmektedir.¹¹³¹

Yargının kendisini sınırlaması ve yasamanın yerine koymaması gerektiğine dayanan sınırlılık doktrini, anayasa yargısının anayasadan kaynaklanan bir yetki olmadığını tartışmakla, temeli 1803 yılında kurulmuş ve halen demokrasi açısından devamlılığı zorunlu olarak kabul edilen bir müesseseyi tartışmaları pek de anlamlı gelmemektedir. Bu ilkeye göre, anayasa yargısı demokrasi teorisi ile de bağdaşmamaktadır. Anayasa'nın yorumlanması ile devletin organları arasında kurulan bağ, anayasanın her organ tarafından farklı yorumlanabileceği ve bunun da iki veya üç farklı anlam çıkmasına neden olacağı ifade edilmektedir. Burada önemli olan devlet organları arasındaki bu yorum farklılığının uyuşmazlıklara neden olduğu, fakat federalizm teorisinde belirli bir uyuşmazlığın federal ve federe yönetimler arasında olmasının doğal olduğuna işaret edilmektedir. Hatta bu uyuşmazlık kaçınılmaz olarak

¹¹²⁸ LOWRY, William, BAYBECK, Brady, *Federalism Outcomes and Ideological Preferences: The U.S. Supreme Court and Preemption Cases*, **Publius: The Journal of Federalism**, V. 30:3, Summer 2000, s. 83.

¹¹²⁹ WEIDEN, *Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia*, s. 344.

¹¹³⁰ LINDQUIST, SOLBERG, *Activism, Ideology, and Federalism*, s. 248-260.

¹¹³¹ SPAETH, Harold J, *The Judicial Restraint of Mr. Justice Frankfurter: Myth or Reality*, **Midwest Journal of Political Science**, Vol. 8, No. 1, 1964, s. 38.

görülmekte, her ne kadar hoş karşılanmasa da özgür bireylerin uzlaşma sağlamaları bakımından yararlı bir yol olabileceğine dikkati çekilmektedir.¹¹³²

Yüksek mahkemelerinin kuruluşuna ve buna bağlanan koruma anlayışına ilişkin¹¹³³ bir federasyonlar bakımından, şu şekilde ifade edilebilir. Yüksek mahkemelerin anayasal yetki paylaşımına uyulmasını sağlamakla hedeflenen koruma, hangi yönetim düzenine karşı yapılacaktır sorunsalını gündeme getirir. Bu arada, bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle, federal ve federe dengeyi karşı karşıya gelmesi de muhtemeldir.¹¹³⁴ Bu yönde federasyonda anayasa uygunluk denetiminin benimsenmesi ve yüksek mahkemelerin varlığıyla hedeflenen koruma anlayışı hangisine ağırlık verecektir sorunsalı başka bir boyuta işaret etmektedir.

Federalizm davalarında yargının rolü, federal sistemin dengede kalmasını sağlamaktır. Bununla birlikte anayasa yargısının diğer işlevlerinin çatıştığı görülebilir. Anayasa yargısının özgürleştirici işlevi ile federal sistemi dengelemek, mahkemelerin bu konuda hangi hassasiyete ağırlık vereceğini tartışması gerekmektedir.

ABD Yüksek Mahkemesi *Gregory v. Ashcroft* kararında, *federe ve federal yönetim düzenleri arasında, kuvvetlerin sağlam ve dengeli ayrılığının, tiranlık ve suiistimal riskini azaltacağı*” ifade edilmiştir.¹¹³⁵ Çoğunluk kararına katılan muhafazakar yargıçlar, federal sistemlerde söz konusu dengeyi, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından önemli olduğunu ve federal sistemlerin bu işlevi “çifte koruma” ile desteklediğini belirtmektedirler. Bu yönde kararda, *“federal ve federe yönetim iktidarı arasındaki gerilimin, özgürlük vaadi”*¹¹³⁶ taşıdığını belirtmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesi Yargıç HAND, Mahkeme’nin Başyargıç WARREN dönemini yargısal aktivizm bakımından eleştirerek, *“yasamanın çözmesi gereken zaten karmaşık olan sorunların, yargının yerine çözülmeye çalışılmasının, konuları daha gereksiz bir karmaşaya dönüştürdüğünü”* ifade etmektedir.¹¹³⁷

Yüksek Mahkeme’nin 1985 yılında verdiği *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* kararında yargı organının, federalizmin korunmasına ilişkin olarak anayasa ve federasyon kurucularının belirlediği ve amaçladığı rolden çıktığı belirtilmektedir. Ancak Mahkeme’nin başka kararları bakımından, kurucuların

¹¹³² QUIRK, BRIDWELL, *Judicial Dictatorship*, s. 15-16.

¹¹³³ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşım Türkiye Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 71.

¹¹³⁴ **United States; Advisory Commission on Intergovernmental Relations**, *A Framework For Studying The Controversy Concerning The Federal Courts And Federalism*, UNT Digital Library, Washington, D.C., 1986, s. xvii. İnternet Kaynak: <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc1245/>, Erişim Tarihi: 03-09-2010.

¹¹³⁵ *Gregory v. Ashcroft - 501 U.S. 452 (1991), Page 501 U. S. 459.* İnternet Kaynak: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/452/case.html>, Erişim Tarihi: 05-10-2010.

¹¹³⁶ *Gregory v. Ashcroft - 501 U.S. 452 (1991), Page 501 U. S. 460.*

¹¹³⁷ Yargıç HAND, bu görüşleri nedeniyle yargının kendi kendini sınırlaması doktrinin, önemli bir savunucusu olarak kabul edilmesine neden olmuştur. Yüksek Mahkeme’nin Başyargıç WARREN dönemine denk gelen yargısal aktivizm dönemini şiddetle eleştirmiş, özellikle temel hak ve özgürlüklerle ABD Anayasası’nın 14. değişiklik hükmü üzerinde önemli değerlendirmeler yapmıştır. SWINDLER, William F., *Judge Learned Hand and the Role of the Federal Judiciary - By Kathryn Griffith*, **William and Mary Law Review**, Vol.15, Is.3, Art. 15, s. 758.

amaçladığı ve mahkemeye verdiği role uygun hareket ettiğini dile getirmektedir.¹¹³⁸

Bu kararlara örnek olarak verilen *Printz v. United States; Seminole Tribe v. Florida; United States v. Lopez* kararlarında, Yüksek Mahkeme federal yönetimin anayasaya aykırı olarak müdahale ettiği federe yönetim alanlarını ve yetkilerini koruyarak federal yönetimin anayasaya aykırı düzenlemelerini iptal etmiştir. Bu düzenlemelerin, federal hukukun üstünlüğü ilkesi ve uygulaması çerçevesinde düşünüldüğünde, federe yönetim yetkilerinin ihlaline ilişkin ciddi müdahaleler olduğunu söylemek mümkündür. Federalizmin yargısal korunması teorisi, mahkemenin federal ve federe yönetimler arasındaki dengeyi korunmasının önemini temel hak ve özgürlüklerinde korunması sonucuna bağlamaktadır.¹¹³⁹

Federasyon anayasalarının münhasır yorumlanması yetkisi, yüksek mahkemelere aittir. Bu nedenle federasyonlarda yetki uyuşmazlıklarının çözümü de yargı organınca yani yüksek mahkemeler gerçekleştirilir. Mahkemelerin temsilcileri olan yargıçların, neden bu dengede seçilmiş taraf olduğu daha doğru bir ifadeyle, halk yönetimlerinin büyük bir kısmının yargıçlara bırakılmasının nedeninin, bu konuda yapılacak başka bir çare olmadığı, bu çarenin de halk tarafından istendiği ile açıklanmaktadır.¹¹⁴⁰

Alman Anayasa Mahkeme'sinin Anayasayı günün koşullarına göre yorumlanması anlayışı hakimdir. Ancak, Kıta Avrupa'sı hukuk geleneğinin de bir uzantısı olarak, yorumu sınırlayarak metne bağlı kılan “hukuki güvenlik” ilkesi (*Rechtsstaat*) gibi bir takım kurucu unsurların bulunduğu belirtilir.¹¹⁴¹ Alman Anayasa Mahkeme'sinin, anayasal dengeleri sağlamak adına yaratıcı yorum faaliyetine girebildiği, ancak bu faaliyetin hiçbir zaman ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen yaratıcılık işlevini kadar olmadığı açıktır.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin, anayasada ifade edilen “federalizm” vurgusunu ve federe yönetimlerin yetkilerini koruma yönünde önemli işlev üstlendiği belirtilir. Sistemin federalleştiricisi (*federalizer*) olarak kabul edilen Mahkeme, anayasanın ortaya koyduğu federal yapıyı koruma konusunda etkili olabilmektedir. DAVIS ve BURNHAM Mahkeme'nin, yargısal aktivizm gücüyle federal dengeyi sürdürmenin gerekli bir aracı olduğunu belirtmektedirler. Bu yönde, Anayasa Mahkemesi'nin federal yönetim yetkilerinin genişlemesi haline yorumunu değiştirerek, daha aktivist kararlarla bu eğilimleri engelleyebildiği belirtilmektedir. Yazarlara göre Mahkeme, toplumun büyük güçlerinin katıldığı ve yetkilerin federe yönetimlerden uzaklaştırıldığı

¹¹³⁸ YOO, *Judicial Review and Federalism* , s. 1-3.

¹¹³⁹ YOO, *Judicial Review and Federalism* , s. 1-3.

¹¹⁴⁰ ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi* , s. 208.

¹¹⁴¹ Bu ilkenin bir gereği olarak, anayasanın toplumsal gereklilikleri karşılamaması halinde, yorum yoluyla değil, anayasanın değiştirilerek sorunların aşılması yoluna gidilmektedir. BOYAR, Mahkemenin, çatışan değerlerle, hakları dengeleme bakımından zorunlu olarak bir takdir yetkisi kullandığı belirtilmektedir. KOMMERS, *German Constitutionalism* , s. 842; BOYAR, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum* , s. 176.

merkezileştirmeye karşı federalleşmeyi ön plana çıkarmaktadır.¹¹⁴²

Federasyon yüksek mahkemelerinin eğilimlerinin, merkezin siyasi kontrolünde olması ve bunun federe yönetimler üzerinde inşa edildiği konusunda, öğretilerde fikir birliği bulunmaktadır. Sonuç olarak, yüksek mahkemelerin krallıkların, imparatorlukların ya da federasyonun merkezi kontrolünü belirli yönetimler üzerinde uygulamak için var olduğu, üstelik, yargının bu merkezîyetçi bakış açısının, görünüşte hiç bir istisnasının olmadığı da görülmektedir. Her siyasi rejim, mahkemelerini kendi egemen elitleri ya da koalisyonları içine entegre etmekte ya da yargıçların atanmasıyla mahkemeler üzerinde direkt kontrol mekanizması kurmakta başarılı olmuşlardır.¹¹⁴³ Federasyonların yüksek mahkemelere ilişkin değerlendirmeleri, federasyonların da yargı fonksiyonunun, merkezîyetçi teorisiyle yönetildiğini göstermektedir.¹¹⁴⁴

Çağdaş bir demokrasinin, belirli bir derecede federalizmi içerdiği, demokratik olmayan rejimlerde de federal sistemin mümkün olmayacağı iddia edilmektedir. Bu tür örneklerin ise, sadece federal sistemi taklit ettikleri belirtilmektedir. Federal sistemle demokrasinin bağı kurabilmek için; “*federal yapılara ve federalizmin gerçek işleyişine eşlik eden bir federal siyasal kültürün varlığı*” şartı ortaya koyulmaktadır.¹¹⁴⁵

Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin, yetki uyuşmazlıklarına ilişkin kararları nedeniyle sık sık eleştirilmesi, mahkemenin geniş yorum yöntemleriyle ulaştığı sonuçlar, ülkenin siyasal kültürüyle de alakalıdır. Amerika’da siyasal kültür, yargıyı her zaman meselenin özüne dahil etmektedir. Bu nedenle, “*Amerika’da her politik sorun ya da mesele er ya da geç yargının önüne gideceği ve bu politik soruna yargının er yada geç dahil olacağı*”¹¹⁴⁶ ifade edilerek, yargının Amerikan kültüründeki önemli etkisi ifade edilmiştir.

Yüksek mahkemelerin federal ve federe yönetimlerin arasında bir denge unsuru olduğu açıktır. Bu denge de daha önce belirttiğimiz gibi kimi zaman federalist ve federalizmin siyasi korunması teorisinin etkilerini görmek mümkünken kimi zamanda anti federalist ve federalizmin yargısal korunması teorisinin etkilerini görmek mümkündür. Federalizmin yargısal korunması teorisi federe yönetimlerin korunmasının önemini kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin de korunması amacıyla ön plana çıkarmaktadır. Amerikan tarihsel belgelerinde anti federalist görüşlerinin de bu yönde olduğunu belirtmiştik. Nitekim bu kuramların yüksek ses çıkarabilmeleri ve zaman

¹¹⁴² Mahkeme’nin bu tür kararlarına örnek olarak, *Southwest State Case kararı* (Judgment of Oct. 23, 1951, Bundesverfassungsgericht [BVerfG], W. Ger., I Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen [BVerfGE] 14) ve *The Television Case kararı* (Judgment of Feb. 28, 1961, BVerfG, W. Ger., 12 BVerfGE 205.) örnek gösterilmektedir. DAVIS, BURNHAM, *The Role of the Federal Judiciary in the Development of Federalism in West Germany and the United States*, s. 69-71.

¹¹⁴³ En önemli ve eski örneği Roosevelt’in New Deal uygulamaları ve federasyonun yani merkezin kararlarını desteklemeyen mahkemenin yapısını değiştirmeye çalışması gösterilebilir.

¹¹⁴⁴ BZDERA, *Comparative Analysis of Federal High Courts*, s. 28-29.

¹¹⁴⁵ DUCHACEK, *Dyadic Federations and Confederations*, s. 16.

¹¹⁴⁶ SCHAPIRO, Robert A, *Judicial Federalism and the Challenges of State Constitutional Contestation*, **Penn State Law Review**, Vol. 15:4, 2012, s. 984.

zaman Yüksek Mahkeme başkan ve yargıçlarının da görüşleriyle örtüştüğü oranda federasyonun korunması adına da önemli roller üstlenirler.

Federal sistemlerde demokrasinin gerekliliği için, merkezîyetçi olmamanın (*decentralization*) en yüksek seviyede olması ve sistemin yönetimlerarası uyumsuzlıklardan ayıklanmış olmasıdır.¹¹⁴⁷

SONUÇ

Federal sistem ya bilinçli bir tercih ya da çeşitliliklerin ortak bir coğrafyada beraber yaşayabilmeleri için bir zorunluluk şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bu yönde, “*Federalizm olmadan geniş ya da genişletilmiş bir alanı yaratmak mümkün değildir, çünkü yerel siyasi özgürlükler federalizm olmadan yok olur*”¹¹⁴⁸ ifadesi, federal sistemlerin ortaya çıkmasına yönelik tercih ya da zorunluluklara işaret edilmektedir. Bu farklılık da, federal sistemlerin tanımlanmasında; anlaşma, siyasi aktörlerin birlik oluşturmaya yönelik eylemlerinin bir sonucu veya çeşitliliklerin bir araya getirilmesi şeklinde farklı unsurların ön plana çıkarılmasını sağlamaktadır.

Çalışmada, federal sistemin tanımı, anayasal yetki paylaşımı ve bu “anayasal” paylaşımına rağmen ortaya çıkan uyumsuzlıkların çözümü, aşamalarla ortaya konulmuştur. Öncelikle tanıma ulaşılan nokta; özerk ve ortak kuralların birleştirildiği yaşam biçimi yani çeşitlilik içinde birliğin savunulması anlamına gelen federalizm düşüncesinin, bir devlet biçimi olarak federasyonlardan ayrılması üzerine geliştirilmiştir. Çalışmada, federal sistemlerin tarihsel gelişim süreciyle, modern dönem öncesi görüntülerinin, bu kavramsal ayrımı desteklediği ortaya konulmuştur.

Modern anlamda federasyonların ortaya çıkışına kadar olan süreç, federalizmin yansımaları olarak kabul edilir. Bu yönde önemli bir tespit, modern anlamda ortaya çıkan federasyonların, tarihsel ve düşünsel anlamda bu sisteme yakınlık gösterdikleri ve belirli federalizm tecrübelerinden geçmiş olduklarıdır.

Federalizm ve federasyonun ilişkisi ortaya konulmuş, hem de normatif ve ideolojik bir kavram olan federalizm, tanımlayıcı bir kavram olarak devlet biçimi olarak federasyondan ayrılarak incelenmiştir. Böylelikle, federal sistemin tanımına ilişkin daha maddî verilerden hareket edilmesi sağlanmıştır.

Çalışmanın teorik çerçevesi, ilk olarak “federasyonların oluşuma ilişkin” teorilerle belirlenmiştir. Bu teorilerin, sistemi tanımlamada farklı unsurları ön plana çıkardıkları

¹¹⁴⁷ SIMEON, *Criteria for Choice in Federal Systems*, s.152.

¹¹⁴⁸ PEACOCK, Anthony A, *How to Read The Federalist Papers*, The Heritage Foundation, 2010, USA, s. 69.

ortaya konulmuştur. Bu yönde, “anayasal ya da hukuksal teoriler”, federal sistemi tanımlamada başlangıç noktası olmakla birlikte, bazı açılardan sınırlı kalabildikleri görülmüştür. Bu kapsamda, “siyasi yaklaşımlar” sistemin kurumsal yapısı yerine genel anlamda siyasi sürece ve işleyişe etki eden faktörleri de ele aldıkları ortaya konulmuştur. Son olarak “sosyolojik yaklaşımlarda” ise, sistemin anayasal boyutu yerine, toplumun “federal” olup olmadığıyla ilgilenmektedirler. Bu üç teorinin, çalışmanın başında ifade ettiğimiz anlaşma, pazarlık ve çeşitlilik içinde birlik kavramlarıyla da özdeşleştikleri görülmüştür. Teoriler, birinci bölümünde ele alınan yetki paylaşımı modellerinin ortaya çıkmasında önemli sonuçlara ulaşılmasını sağlamışlardır. Bu yönde teoriler, “federal sistemlerin ne kadar federal” oldukları sorusuna, farklı bir bakış açısı kazandırabilmişlerdir. Bu sorunun ilk kısmındaki “federal sistemin” tespitine, anayasal yaklaşımla hukuksal bir anlam getirilirken, federal sistemin “ne kadar federal” olduğu sorusuna ise, sosyolojik ve siyasi yaklaşımın birlikte çözümlenmesini gerektirmektedir.

Dolayısıyla, federal sistemin tanımlanması noktasında, öncelikle hukuksal varlık koşullarının ortaya konulması gerektiği görülmüştür. İncelenen teorilerden hareketle, federal sistemleri tanımlayabilmek için anayasal yaklaşım başlangıç noktası olarak kabul edilmiştir.

Bu yönde, çalışmada incelenen federasyonlar, yetki paylaşımı kataloglarından hareketle, makul bir sınıflandırmayla seçilmiştir. Bu kapsamda ele alından federasyonlar; ABD, Kanada, Avustralya, Hindistan, Almanya ve Avusturya’dır. Kurucu unsurlar, bahsi geçen federal sistemler bakımından incelenmiştir.

Federal sistemin işleyişi, dinamik bir doğa içerisindedir ve yetki paylaşımı kataloglarının görüntüsü bakımından önem arz etmektedir. Bu yönde çalışmanın ikinci boyutunda, federasyonlarda yetki uyumsuzluklarının çözümü ve yüksek mahkemelerin hakemlik rolleri ele alınmıştır. Bu kapsamda, “federal sistemin işleyişine” ilişkin ikinci bir teorik çerçeve ortaya konulmuştur.

Federal sistemin garantörü olarak yüksek mahkemeler, anayasaya uygunluk denetimiyle çeşitlilik ve birlik arasında dengeli bir koruma işlevi üstlenmektedirler. Dolayısıyla, federal sistemin işleyişine ve bu koruma işlevine etki eden teoriler; “federal sistemin siyasi korunma teorisi” ve “federal sistemin yargısal korunma teorisi” şeklinde ortaya konulmuştur.

Siyasal koruma teorisi, federal sistemin kurucu birimlerinin siyasi mekanizmadaki “güçlü” rolleri üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu teoride özellikle, ikinci meclislerin yapısına odaklanılır. Nitekim çalışmada iki meclislilik, federal sistemlerin kurucu unsuru olarak ortaya konularak incelenmiştir. Bu doğrultuda, ikinci meclislerde üye seçimi, eşit temsiliyet ve birinci meclisler üzerindeki yetkileri bir tabloyla ortaya

konulmuştur. Burada tartışmaların önemli bir kısmının, ikinci mecliste federe yönetimlerin eşit üyeyle temsil edilmelerine yönelik olduğu görülmüştür. Ancak, ikinci meclislerde üye sayısına ilişkin bu kriterinden daha önemli olanın, ikinci meclislerin yetkileri bakımından birinci meclislerle eşit ya da eşite yakın yetkilere sahip olmaları ve ikinci meclis üye seçimlerinin olduğu görülmektedir.

İkinci mecliste eşit üye sayısını gözeten federasyon örnekleri; ABD ve Avustralya olarak tespit edilmiştir. Ancak, Alman federasyonu ikinci meclisinin önemli veto yetkileriyle sınırlanmış olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra Avusturya, Hindistan ve Kanada’da ikinci meclislerin üye sayılarının eşit olmadığı gibi, üyelerin seçiminde de federe yönetimlerin temsiliyeti bakımından önemli kusurlar görülmektedir. Özellikle, Kanada’da hala devam eden bu tartışmalı yapı çeşitli önerilerle aşılmaya çalışılsa da, henüz üzerinde anlaşılmış bir öneri bulunmamaktadır.

Siyasal koruma teorisi, federal sistemin kurucu unsurlarından bir diğeri olan “anayasal güvenceli yetki paylaşımının”, yüksek mahkemelerin garantörlüğü ve koruma işlevi bakımından anayasaya uygunluk denetimini eleştirmektedir. Bu yönde yargısal koruma teorisi ise, anayasal yetki paylaşımının “güvenceli” boyutuna etki etmektedirler. Yargı organına ilişkin güvence, yüksek mahkemelerin yönetim düzenlerinin normlarını anayasaya uygunluğunu denetleyebilmeleridir. Bu doğrultuda siyasi ve yargısal koruma teorileri, yargısal aktivizm ile yargının kendi kendini sınırlaması doktrinleri üzerinde yoğunlaşmaktadırlar. Çalışmanın sonunda bu iki teoriyle, yetki uyuşmazlıkların ortaya çıkışı ve bunların çözümünde yüksek mahkemelerin rolü genel değerlendirme kısmında ele alınmıştır.

Aynı zamanda, siyasi ve yargısal koruma teorilerinden hareketle incelenen federasyonların gerek iki meclislilik, gerekse dikey kuvvetler ayrılığı bakımından bazı kusurları olabildiği görülmüştür. Ancak bu kusurlar, sistemin federal olarak tanımlanmasına büyük ölçüde etki etmemekle birlikte, federalizm bakımından ciddi sapmalar olarak kabul edilebilir. Örneğin Hindistan’da, “toplumsal” anlamda çeşitlilik unsurunun bulunmasına rağmen, federal sistemin kurucu unsurlarında sapmalar olduğu görülmektedir. Bunlar; uygulamada ikinci meclislerin federe yönetimlerin temsili konusundaki kusurlar; federe yönetimlerin kendi anayasalarının bulunmasına ilişkin kusurlar; ve anayasal yetki paylaşımının çeşitlilikleri destekleme yönündeki yapısal kusurları olarak ortaya konulmuştur. Ancak, 1990’lı yıllardan başlayarak Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin bu kusurların giderilmesi yönünde önemli etkileri bulunduğu görülmüştür. Bu da yargısal koruma teorisinin önemini ortaya koyar niteliktedir.

Burada önemli bir saptama olarak, federal sistemin işleyişine önemli derecede güç katan unsurlar arasında, siyasi partilerin örgütlenme ve işleyişleriyle, toplumsal çeşitliliklerin talepleri olduğu görülmektedir. Bu yönde, siyasi partilerin

gereklilikleriyle, federe yönetimlerin ihtiyaçlarının uyum göstermesi, sistemin daha istikrarlı çalışması konusunda destek sağlamaktadır.

Zira, belirli farklılıkların ya da katmanların olduğu federal sistemde, farklılıkların talepleri siyasi mekanizmanın işleyişine yön verebilmektedir. Dolayısıyla, bütünleşmiş toplulukların bulunduğu federal sistemlerde ikinci meclislerin gücü ve rollerine, siyasi partilerin “çeşitlilikler” konusundaki politikaları yön vermektedir. Kanada’da Quebec’in durumu bu kapsamda değerlendirilebileceği gibi, Quebec’in kendi siyasi partilerinin de, çeşitliliklerin talepleri konusunda önemli rolleri olduğu belirtilebilir.

Çalışmada, federasyon örneklerinin anayasal yetki paylaşımları, birinci bölümün son başlığı altında incelenmiş, burada ortaya çıkan tespitler, ikinci bölümde ele alınan yetki uyuşmazlıkları ve çözümleri bakımından, başlangıç niteliğinde önemli sonuçlara ulaşılmasını sağlamıştır.

Yetki paylaşımı konusunda, literatürde bir ilk olarak federasyon anayasalarında bulunan yetki paylaşımı kataloglarının çözümlenmesi sağlanmıştır. Federasyon anayasalarından hareketle, yetki paylaşımına ilişkin iki model ortaya çıkarılmıştır. Böylelikle, anayasal yetki paylaşımı kataloglarında görülen yatay yetki ya da çerçeve yasa yetki türü gibi farklı yetki paylaşımı tercihlerinin, belirli gruplar altında incelenmesi sağlanmıştır.

Yetki paylaşımı modellerinden ilkinde; yetkileri, iki yönetim düzeni arasında kesin bir biçimde birbirinden ayıran, “sert ya da kesin yetki paylaşımı” modeli adı verilmiştir. İkinci olarak ortaya çıkarılan model ise; yetkilerin, iki yönetim düzeni arasında işbirliğini teşvik etmeye yönlendiren “esnek yetki paylaşımı” modelidir. İncelenen federasyon örnekleri bakımından her iki modele ilişkin kategoriler ortaya konulmuştur. Buna göre; ABD ve Avustralya federasyonları sert yetki paylaşımı modeline, Kanada, Hindistan, Avusturya ve Almanya ise, esnek yetki paylaşımı modeli içerisinde oldukları görülmüştür. Burada ifade edilen sert ya da esnek ifadeleri, federasyonun iki yönetim düzeni arasında anayasayla yapılan yetki paylaşımında ya da yetkilerin ayrılmasında anayasa koyucunun tercihlerine dikkat çekmektir.

Her iki modelde ortaya çıkan en önemli fark; ortaklaşa yetki türleridir. Sert yetki paylaşımı, anayasada her iki yönetim düzeninin yetkilerini kesin olarak böldüğü gibi, her iki yönetim düzeni arasında ortak olarak düzenleyebilecekleri yetki konularını “açıkça” öngörmemiştir. Bu tür yetki paylaşımı kataloğunda, federal yönetime ait yetkilerin açıkça sayılması, geriye kalan yetkilerin (*artık yetkiler*) ise federe yönetimlere bırakılması söz konusudur.

Bununla birlikte, esnek yetki paylaşımının en önemli özelliği, anayasal yetki paylaşımı kataloglarında belirli derecelerde ortaklaşa yetki konuları, türleri ya da listelerini “açıkça” benimsemiş olmasıdır. Bu yetki paylaşımı modelinde, federasyonun

yönetim düzenlerinin belirli yetki konuları bakımından “ortak” düzenleme alanlarının öngörülmesi söz konusudur.

Bu sonuçlar, literatürde sistematik olarak ifade edilmeyen bazı kavramların anlamlı bir şekilde ortaya konulmasını sağlamıştır. Örneğin ABD Anayasası’nda yer alan yetki paylaşımı kataloğunun kesin olduğu ancak, uygulamada kesin bir yetki paylaşımının bulunmadığı; zımnî ortaklaşa yetkiler; Avustralya gibi Commonwealth örneği olan bir federal sistemin, yapı itibarıyla kendisi gibi Kanada ve Hindistan federasyonlarıyla uyumlu göstermesi beklenirken, ABD federasyonunun ikizi olduğu gibi bir çok kavramın yerine oturtulması sağlanmıştır.

Sert yetki paylaşımına ilişkin inceleme ve açıklamalarımızın sonuçlarından biri de şudur: Anayasalarda federal ve federe yönetimler arasında yetkiler sert bir biçimde ayrılmasına karşın, bu yetki paylaşımının kesinliğini uygulamada yitirdiği görülmektedir. Bunun önemli bir örneği yetki paylaşımında “zımnî ortaklaşa yetkilere” ilişkin uygulamadır. Dolayısıyla sert yetki paylaşımı modelinin önemli bir özelliği, ortaklaşa yetkilerin “açıkça” değil, “zımnî” uygulanmasıdır.

Zımnî ortaklaşa yetkiler, literatürde altı çok fazla çizilmemiş önemli bir farklılığın daha saptanmasını sağlamıştır. Bu farklılık, sert yetki paylaşımı kataloglarında federal yönetime verilen yetkilerin, münhasır yetkiler (*exclusive powers*) değil, sıralanmış ya da sayılmış yetkiler (*enumerated powers*) olarak kabul edilmesidir. Sert yetki paylaşımında benimsenen sayılmış yetkiler prensibi münhasır yetkiler olarak kabul edilmediğinden, bu türdeki bazı yetkilerin, diğer yönetimlerce de kullanılması mümkündür. Ancak bu uygulamanın, anayasalarda ifade edilmediğine dikkati çekmek gerekir. Uygulama, bu tür federal sistemlerde tarihsel olarak ortaya çıkmıştır. Bu modeldeki federasyonların kuruluşunda, belirli yönetsel yetkileri kullanan kurucu birimlerin, bu yetkilerini kullanmaya devam etmeleri fikrinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda da, anayasada belirtilmediği halde ortaklaşa düzenlenen yetki alanlarının zımnî bulunduğu görülmektedir. Literatürde, yetki paylaşımının analizine ilişkin olarak, münhasır ve sayılmış yetki prensiplerine değinmeden yapılan değerlendirmeler sınırlı olabilmektedir.

Öte yandan sert yetki paylaşımı modellerinde federal yönetim lehine sayılan yetkilerin, zımnî federe yönetimler tarafından da kullanılabilmesi, federe yönetimlere ilk bakışta önemli bir olanak sağladığı düşünülebilir. Ancak bu uygulamanın, yetki uyumsuzluklarının ortaya çıkması ve uyumsuzlukların çözümü bakımından önemli bir soruna neden olduğu görülmüştür. Bu sorun, yetki paylaşımının belirsizliğidir. Yetki paylaşımının belirsiz olması, federal yönetime ait yetkilerle, federe yönetimlere ait yetkilerin saptanması hususunda önemli bir kusur olarak ortaya çıkmıştır. En başta bu

uygulama biçimi nedeniyle, yetki türlerinin kendi içerisinde çözümlenmesi ihtiyacı doğuran, komplike bir yetki paylaşımını ortaya çıkarmıştır.

Nitekim sert yetki paylaşımı modellerinden olan ABD ve Avustralya federasyonlarında ilk yıllar, Yüksek Mahkemelerin yetki alanlarını çözümlenmeye yönelik kararları görülmektedir. Burada, sert yetki paylaşımının çözümlenmesine ilişkin yapılan değerlendirmeye, uygulamada en fazla esnetilen yetki paylaşımaları oldukları saptanmıştır. Bu sonuçta, yetki uyumsuzlukların ilişkin ikinci bölümü bakımından önemli bir giriş noktası olarak kabul edilebilir.

Ancak şunun belirtilmesi gerekmektedir ki, anayasal düzenlemeden hareketle belirlenen hiçbir düzenli ve kategorik yetki paylaşımı, uygulamada bu kriterleri karşılayacak şekilde kalmayacaktır. Nitekim, sert yetki paylaşımı modelinde ortaya çıkan bu sapmalar, yetki paylaşımı kataloglarının normatif boyutu ile federasyonun işleyişi içerisinde ortaya çıkan dinamik boyutu gibi iki farklı kataloğa işaret etmiştir. Bu farklılık çalışmada, yetki paylaşımının anayasal (*de jure*) boyutu ile uygulamadan kaynaklanan yetki paylaşımı (*de facto*) boyutunun da ortaya konulmasını sağlamıştır.

Sert yetki paylaşımından sapmalar, yargının çözümlenmesi gerek yetki paylaşımı kataloglarını ortaya çıkarmış, dolayısıyla söz konusu sistemlerde yetki uyumsuzluklarının daha yoğun olarak ortaya çıkmasını kolaylaştırmıştır. Bu, uyumsuzlukların çözümünde yargının çok fazla müdahale etmesi gereken belirsiz bir alana neden olmuştur. Dolayısıyla yargının biçim vermeye çalıştığı bu tür yetki paylaşımı, önemli bir kavram olarak yargıç yapımı federalizm (*judge-made federalism*) kavramını ortaya çıkarmıştır.

Bununla birlikte esnek yetki paylaşımı kataloglarının önemli özelliği, yetki paylaşımının anayasal boyutu konusunda daha “belirli” bir çerçeve oluşturmasıdır. Bu tür yetki paylaşımında önemli olarak ortaklaşa yetkiler açıkça benimsenmiş ve bu tür yetki uyumsuzluklarının çözümü bakımından anayasal çözüm mekanizmaları “açıkça” öngörülmüştür. Esnek yetki paylaşımı modellerinde, sert yetki paylaşımı modellerinde bulunmayan başka yetki türlerinin de benimsendiği görülmektedir. Bu tür yetkilere çalışmamızda, yatay yetki ve çerçeve yasa yetki türleri olarak yer verilmiştir. Bunun yanı sıra esnek yetki paylaşımında, federal yönetimlerin belirli durumlarda anayasadaki federe yönetim yetkilerine müdahale edebilecekleri yetki türleri karşımıza çıkmaktadır. Kanada ve Hindistan’da benimsenen olağanüstü durumlara ilişkin yetkiler buna örneklerdir. Ancak ilk başta belirtildiği üzere bu tür yetki paylaşımı modelindeki esnek yapılanmalar ve geçişken yetki türleri, anayasayla ortaya konulduğu gibi “belirlilik” noktasında daha olumlu bir yapı olarak kabul edilmektedir. Zaten esnek anayasal yetki paylaşımının doğası da, yeni yetki alanları ya da türleri yaratılması bakımından “daha sınırlı” bir zemin oluşturmaktadır. Anayasada yetki paylaşımı esnek

olarak tasarlanan federal sistemlerde, yargının aktif müdahalesinin daha az olduğu görülmektedir. Ancak yetki paylaşımını etkileyen, uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına ve bunların çözümüne etki eden siyasi, ekonomik, toplumsal gibi faktörlerin de, sisteme belirgin biçimde değiştirebildiği görülmektedir.

Birinci bölümün sonunda ulaşılan sonuçlarla, çalışmanın hazırlanması sırasında sık sık karşılaştığımız federalizm türleri de daha anlamlı bir hale gelmiştir. Bu yönde birinci bölümün sonunda, literatürde ifade edilen bazı kavramların kısaca tanımlanması sağlanmıştır. Federalizmin türleri olarak ifade ettiğimiz bu kavramlar, federal sistemin işleyişi ya da yapısı konusunda fikir vermektedirler. Zira, federal sistemde yetki paylaşımının dinamik ya da yargısal/siyasi boyutu, federalizm düşüncesine ilişkin siyasi ve yargısal yaklaşımlarla belirlenir. Bu noktadan hareketle, anayasadaki yetki paylaşımı kataloğu değişmemesine karşın, bir federasyonda geçerli olan federalizmin türü, işleyiş sırasında etkili olan farklı siyasi ve yargısal yaklaşımlar çerçevesinde değişebilmektedir. Bu nedenle aynı federal sistemde zaman zaman farklı federalizm türleri karşımıza çıkmaktadır. İşte bu türleri ve federal sistemin dinamik yapısını gözler önüne serebilmek adına bu bölümün sonunda kısa bir lügat oluşturulmuştur.

Federasyonların oluşumundan bu yana en önemli problem, yetki paylaşımının uygun bir şekilde yapılıp yapılmamasıdır. Federasyonların normatif yetki paylaşımı haritalarıyla, uygulamaya dönük olarak benimsenen zımni ortaklaşa yetkiler ve yargının biçimlendirme çabaları, sınırları belli olmayan şekilsiz ve komplike bir sistemin ortaya çıkmasına olanak sağlamıştır. Federasyonlarda hukuk düzenlerinin üst üste geçmesi ve sınırları belirsiz yetki türlerini ve yetki modellerini ortaya çıkarması, sistemin tamamıyla “uyuşmazlık” olarak eleştirilmesine neden olmuştur.

Anayasal olanla, uygulamada olan yetki paylaşımına ilişkin farklılıklar, günümüzde ciddi bir ayırımı ortaya koymaktadır. Yargının bu konudaki önemli içtihatları ise, sistemde yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olabilecek kadar geniş yorumlamalara işaret etmektedir.

İkinci bölüm ilk kısmında, yetki uyuşmazlıklarının anayasal anlamda belirli bir yetki konusunun, hangi yönetim düzeninin yasa yapma gücü içerisinde değerlendirileceği sorunsalı olduğu ortaya konulmuştur. Federal sistemlerin, kendilerine özgü “yetki” unsurlarını belirledikleri de ortaya konulmuştur. Bu yönde Amerika, Kanada ve Avustralya’da yetki, hem belirli bir alanın asli norm koyma iradesini, hem de o alanın türev yetkilerini içermektedir. Buna karşılık Avusturya, Almanya ve karma bir biçimde Hindistan’da, yatay yetki kuralından hareketle yetki kavramı iki kısımda karşımıza çıkmaktadır.

Federal sistemlerde ortaya çıkan uyuşmazlıklar, federal yönetimin veya federe yönetimlerin, aynı faaliyet veya aynı yöne ilişkin olarak yasama girişiminde

bulunmaları halinde ortaya çıkmaktadır. Hukuki birer uyuşmazlık olarak bunlar, hukuksal bir çözüme gereksinim duymaktadırlar. Bu mekanizma ise, anayasa yargısının federal sistemlerle olan ilişkisini, kurumsal zorunluluk tezi kapsamında karşımıza çıkarmaktadır.¹¹⁴⁹ Yetki uyuşmazlıkların çözümü konusunun, yüksek mahkemelerin en eski ilişkin işlevlerinden biridir. Burada anayasa yargısına ilişkin teoriler, federal sistemler bakımından irdelenmiştir. Bu yönde anayasaların üstünlüğü ilkesiyle, modern anlamda yazılı ve katı anayasalarla, federal sistemlerin ortaya çıkması aynı sürece denk gelmektedir. Bu nedenle anayasa yargısına ilişkin teoriler, büyük oranda federal sistemin özüyle eşleşir.

Burada anayasa yargısının önemli bir teorik kaynağının ise, temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğunu da belirtmek gerekir. Bu yönde federal sistemlerin; bireylere gelişmiş bir koruma sağladığı, yetki paylaşımının federal veya federe yönetimler yerine, onların vatandaşları yararına yapıldığı ve federal sistemlerde yetkilerin dengede kalarak korunmasının, bireylerin üstünlüğü bakımından önemli olduğuna dikkat çekilmektedir.

Ancak ikinci bölümde ifade edilen yetki uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin süreçte, anayasa yargısının bu iki işlevinin karşı karşıya geldiği de görülmektedir. Bu nedenle bazı federasyonlarda, birey haklarına karşı federe yönetimlerin hakları ya da birey haklarıyla federal yönetimin yetkileri gibi ikilemlerin gündeme gelmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda, yüksek mahkemeler, ya birey haklarını tercih ederek federe yönetimlerin hakları veya federal yönetimin yetkilerini görmezden gelecek ya da tersi olarak federal yapıyı gözeterek birey haklarını ikinci plana atabilecektir.

Bu konuda önemli bir anayasal düzenlemenin, Kanada Temel Hak ve Özgürlükler Şartı'nda düzenlendiği görülmektedir. Federe yönetimler, anayasal kurallara aykırı olsa dahi, ifade özgürlüğü, din, basın özgürlüğü gibi önemli alanlarda kendi standartlarını ortaya koyabilmektedirler. Uygulamada çok fazla kullanılan bir yetki olmamakla birlikte, dil özgürlükleri bakımından Quebec'in bu tür yasalar oluşturduğu görülmektedir. Burada ortaya çıkan başka bir boyut, federe yönetimlerin haklarının korunabilmesi bakımından anayasaya uygunluk denetimine duyulan ihtiyaçtır.

Çözüm mekanizması olarak anayasa yargısının ortaya çıkışına ilişkin bölümde, nihai karar mercii olarak yüksek mahkemelerin işlevleri ve örgütlenmeleri incelenmiştir. Kıta Avrupası hukuk geleneğinde ve merkezileşmiş anayasa yargısı modellerinde, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde yüksek mahkemelerin farklı yollarla bu işlevi gerçekleştirebilmeleri sağlanmıştır. Common Law sisteminde bulunan Avustralya,

¹¹⁴⁹ Kurumsal zorunluluk tezi ilk olarak ifade edildiği çalışma için bkz. ERGÜL, *Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Tür Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, s. 99.

Kanada ve Hindistan'ın, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde Privy Council kararlarının önemli bir etkisi de görülmüştür.

Yüksek mahkemelerin bir federal organ olarak örgütlenmelerinin, aynı zamanda bu mahkemelerin federal yönetim ile federe yönetimler arasındaki yetki uyuşmazlıklarını çözme işlevi bakımından isabetli olup olmadığı tartışmaya açık bir konudur. Yüksek mahkemelerin örgütlenmeleri konusunda, merkezi olmama ilkesinin gözetilmemesi önemli bir sorundur. Bu konuda standartları belirleyen anayasa ya da yasalar, federal ve federe yönetim dengesi yerine, federal hükümet ya da federal yasamaya ilişkin dengeleri ön planda tuttıkları görülmüştür. Bu durumda mahkemelere yönelik olarak ileri sürülen "federal" yönetim düzeninin organları olması maalesef ki doğrulanabilmiştir. Burada asıl olan, her iki yönetim düzeninin yatay kuvvetleri arasında dengeli bir üye seçimi yapılabilmesidir. Ancak federasyon örneklerimizden sadece Almanya'nın iki yönetim düzeni arasında eşit üye sayısı ile merkezi olmama potansiyelini oluşturmuş olduğu görülmektedir. Bu durumda Almanya'nın hem siyasal koruma yaklaşımının teorileriyle, hem de yargısal koruma yaklaşımının teorileriyle yapısal anlamda uyumlu olduğu görülmüştür.

Yetki uyuşmazlıklarına ilişkin ikinci kısımda, uyuşmazlıklar ve bunların çözümüne ilişkin genel bir çerçeve oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu tür bir çerçeveye literatürde rastlanılmamıştır. Yetki uyuşmazlıklarına ilişkin çerçevede ilk olarak, anayasal yetki paylaşımları ve yetki türlerinden hareket edilmiştir. Burada, yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıktığı alanlarla, bunların çözümlerine yönelik yargısal doktrinler ilk bakışta dikkati çekmektedir. Bunun sonucu olarak, yüksek mahkemelerin uyuşmazlık çözümüne ilişkin bazı kararlarının, yeni yetki uyuşmazlıklarına yol açabilecek şekilde tesis edildiği ortaya çıkmıştır.

Burada ilk olarak, federasyon anayasalarında bir bakıma yetki uyuşmazlıklarının çözümü için benimsenen, federal hukukun üstünlüğü ilkesi ortaya çıkarılmıştır. İlke, hem önemli bir uyuşmazlık faktörü, hem de uyuşmazlık çözme aracı olarak iki boyutludur. İlkenin, uyuşmazlıkların hangi yetki türüne ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın, yüksek mahkemelerin jokeri olarak kullanıldığı görülmüştür. Bu nedenle ilke, yetki uyuşmazlıklarının çerçevesini oluşturmaktadır. Aynı zamanda ilke, federal yönetimin federe yönetimlerin yetki alanlarına el koymada sıklıkla başvurduğu bir araç olduğu da görülmüştür.

Federal sistem örneklerimizin dört tanesi olan ABD, Avustralya, Hindistan ve Almanya'da ilke, federal yönetim lehine benimsenmiştir. İlkenin anayasada düzenlenmediği tek federal sistem ise Avusturya'dır. Kanada'da ise ilkenin, belirli yetki türleri bakımından hem federal hem de federe yönetimler lehinde düzenlendiği görülmüştür. Ancak burada Yüksek Mahkeme'nin, genel anlamda bir federal hukukun

üstünlüğü ilkesi oluşturduğu da görülmüştür. Kanada Yüksek Mahkemesi uyuşmazlıkların çözümünde, anayasanın başkaca esnek hükümlerinden hareketle federal hukukun üstünlüğü doktrinini uygulamaktadır.

Öncelikle, ilkenin hangi yetki türleri bakımından uygulanacağı; bu ilkenin uygulanması sonucunda, federal hukukun üstün kabul edildiği alanda federe yönetim mevzuatlarının durumu; hangi düzenlemeyle, federe yönetimlerin hangi düzenlemelerinin geçersiz bırakılacağı yani normlar hiyerarşisinin gözetilip gözetilemeyeceği; ilkenin uyuşmazlık olmadan da federe yönetimlerinin düzenlemelerini geçersiz bırakması ve son olarak, ilkenin uygulanmasına ilişkin sınırların belirsiz olduğu saptanmıştır. Bu belirsizlik, yüksek mahkemelerin hemen her yetki alanına ilişkin uyuşmazlıkta bu ilkeyi uygulamasıyla sonuçlanmıştır. Mahkemelerin bu tutumu ise, federal yönetimlerin bahsi geçen ilkeye yönelik geçersiz bırakma uygulamalarının önünü açmıştır. İlke, yetki uyuşmazlıklarının doğasını değiştirmekte, uyuşmazlık çıkmayan alanlarda da uygulanabilmektedir.

İlke, teorik olarak kolay anlaşılabilir gibi gözükse de, uygulamada tutarsız ve öngörülemeyen sonuçlara neden olmuştur. İlkenin yoğun olarak uygulama alanı bulunduğu ve yargı organının önemli bir uyuşmazlık çözme aracı olarak kabul ettiği ABD federasyonu dikkati çekmektedir. İlkeye ilişkin en istikrarlı kararların, Hindistan Yüksek Mahkemesi tarafından verildiğine dikkati çekmek gerekir. Hindistan Yüksek Mahkemesi ilkeyi hem gerçek ve doğrudan uyuşmazlık halinde hem de ortaklaşa yetki türünde uygulamaktadır. Nitekim sert yetki paylaşımının esnetilmesinde, önemli bir faktör olarak görülen federal hukukun üstünlüğü ilkesi, esnek yetki paylaşımında bu kadar olağandışı bir uygulama göstermemektedir. Şunu ifade etmek gerekir ki, federal hukukun üstünlüğünün hangi alanlarda uygulanacağı belirsiz olduğundan, öncelikle bu sınırların anayasada belirtilmesi gerekmektedir.

Kanımızca ilke, “federal hukuka üstünlük” tanımak yerine, “her iki yönetim düzeninin kendi yetki alanlarında üstün” olması şeklinde benimsenmesi, federasyonun temel mantığı ve federalizm ilkesi ile daha uyumlu olabilecektir. Başka bir öneri olarak federasyon anayasalarında, ilkeyi dengeleyecek bir takım ilkeler benimsenebilir. Bu durumda örneğin, yetkilerin öncelikli olarak federe yönetimlerce düzenlenmesine ilişkin ikincillik ya da yersellik ilkesinin benimsenmiş olması önemlidir. Yersellik ilkesiyle yetki paylaşımının, ortaya çıkan özel ihtiyaçların ve çıkarların ulusal düzeyde olup olmadığına bakılmaksızın federe yönetimler tarafından düzenlenebilmesidir.

Yetki paylaşımı kataloglarında bulunan yetki türlerine ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle, zımni ortaklaşa yetkilerin benimsendiği sert yetki paylaşımında yetkilerin, yargının çözümlemesi ve müdahalesini gerektiren alanlar olarak yargı eliyle üretildikleri görülmektedir. Bununla birlikte açık ortaklaşa yetkiler alanında ise, federal

hukukun kaçınılmaz bir şekilde üstün kabul edilmesiyle, bunların, federal yönetimlerin zımni münhasır yetki alanları haline dönüşmesi söz konusudur. Ortaklaşa yetkilere ilişkin bir diğer sonuç, anayasada belirtilen ortaklaşa yetkilerle, yüksek mahkeme kararlarıyla daha fazla yetki konusunun ortaklaşa yetki haline getirilmesiyle uygulamada artmış olmasıdır. Bu durum özellikle Kanada federasyonunda görülebilmektedir.

Yetki paylaşımının yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, Kanada ve Hindistan federasyonlarının münhasır yetkiler bakımından ayrı bir noktada oldukları görülmektedir. Buradaki münhasır yetki uyuşmazlıklarının, *Privy Council* kararlarıyla oluşturulan yargısal doktrinler aracılığıyla çözüldüğü görülmüştür. Özellikle, “öz ve esas” doktrini burada önemli bir yer tutmaktadır. Bu yolla mahkemeler, münhasır yetkilerin uyuşmazlığı halinde federe yönetimlerin normlarına yaşama şansı vermektedirler. Bu durumda da uygulamada bazı yetkilerin, ortaklaşa yetki haline dönüşmesi söz konusu olmaktadır.

Yetki paylaşımının yorumlanmasında en problemlili alanlardan biri, saklı ya da genel yetkilere ilişkin türlerdir. Artık yetkilerde, federal yönetime verilmeyen, anayasada sayılmayan ya da yeni yetkilerin ve yeni konuların sahibi olacak yönetim düzenine işaret edilir. Bu alana ilişkin olarak önemli tespitlerden biri, federasyonda genel yetkilerin bırakıldığı yönetim düzenlerinin, güçlü yönetimler olacağına ilişkin algı yanlışlığıdır. Sert yetki paylaşımı modellerinde sayılmış yetkilerin karşısında, federe yönetimlerin artık yetkileri söz konusudur. Sert yetki paylaşımı kataloglarının, uygulamada en fazla esnetilen ve yargı organının en fazla yorum yapabildiği modeller olması, artık yetkilerden de kaynaklanmaktadır. Burada devreye, sert yetki paylaşımının belirsiz yapısı, federe yönetimlerin düzenledikleri yetkilerin sadece “tarihsel” ya da “geleneksel” yetkiler olarak kalmasına neden olmuştur.

Ayrıca artık yetkilerin en büyük kusuru, federal ya da federe yönetimlere ayrı ayrı sayılan ya da verilen yetki türlerinin bulunmadığı durumlarda ortaya çıkar. Bu durumda, herhangi bir yetki konusunun artık yetkinin verildiği yönetim düzenine ait olduğu kesin bir biçimde ifade edilememektedir.

Bu yetki türünün, federal hukukun üstünlüğü, ulusallık arz eden meseleler, federal yönetime verilen genel ve esnek yetkilerle, zımni ya da yan yetkiler gibi yargıç yapımı yetki alanların gölgesinde kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla, bu yetki türünün federe yönetimlere bırakıldığı örneklerde kullanılabilmesi, yargı organının takdiri içerisinde olduğu görülmektedir.

Yetki paylaşımı katalogunda benimsenen geniş yetki konu ya da başlıklarının da, uyuşmazlıkların kaynağı olabildiği ve bu yetki konularının bilinçli bir şekilde uyuşmazlık çıkaracak şekilde uygulandığı görülmektedir. Bu konuda önemli bir örnek

olarak, ticarete ve vergilendirmeye ilişkin ekonomik boyutu olan yetkiler incelenmiştir. Burada da, bu tür yetki konularının, federal yönetimlerin yetkileri kendisinde toplamasının önemli bir aracı haline geldiği görülmüştür.

Bir sonraki aşamada, anayasalarda bulunan genel ya da esnek düzenlemelerin, yetki uyuşmazlıklarının hem ortaya çıkmasında, hem de çözümünde önemli birer araç olmalarına ilişkin tespitlerdir. Yüksek mahkemelerin bu tür esnek hükümleri, “sadece” federal yönetim lehine kullanmaları ilginç bir sonuçtur. Bununla birlikte federasyon örneklerimizin hemen hepsinde bu tür düzenlemelerin bulunduğu saptanmıştır. ABD’de “gerekli ve uygun”, Kanada ve Avustralya’da “barış, düzen ve iyi yönetim” veya “yan yetkiler” bunlara örnektir. Burada ayrıca, yoğun olarak Hindistan’da ve daha az görülmekle beraber Kanada’da olağanüstü ya da ivedilik arz eden durumlara ilişkin anayasal hükümlerin, yetkilerin federal yönetimlere aktarılmasında birer araç olarak kullanılmışlardır. Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin, bu tür yetkilere daha sonraları önemli sınırlamalar getirdiği de görülmektedir.

Bu başlıkta önemli olan bir diğer husus, federal sistemlerde “ulusallık arz eden konulara” ilişkin uyuşmazlık çözümleridir. Federal yönetimler belirli bir alanda “tek tip” düzenleme yapma ihtiyacı duyduklarında, bu alandaki yetkilerin türüne bakılmaksızın normlarını oluşturabilmektedirler. Dolayısıyla, uyuşmazlıkların her alanda ve her yetki türünde çıkabildiği bir “tek tip” düzenleme ihtiyacı, yüksek mahkemelerin kararlarıyla çözümlenmektedir. Yüksek mahkemelerin bu yöndeki kararları ise, “ulusallık” meselesi olarak yerleşmiştir. Bu durum, “çeşitlilik” unsuru üzerine inşa edilen federalizm fikriyle tamamıyla ters düşmekte, fakat; daha sağlam bir tespit olarak federal sistemin birlik unsurunu, teklik unsuruna dönüşmesi bakımından üzerinde tekrar düşünmeye sevk etmektedir. Anayasalarda yer alan bu tür geniş ve esnek hükümler, yüksek mahkemeler zımni ya da yan yetkiler gibi yeni yetki türlerini oluşturmak adına da kullanmalarına neden olmuştur.

Anayasal yetki paylaşımında, federe yönetimlere sadece saklı ya da artık yetkilerin bırakılması, hangi konularda yetkili olabileceklerini kaygan bir zemine oturtmak demektir. Üstelik federasyonlarda anayasal yetki paylaşımı bakımından zımni (ima edilen) yetkiler prensibi de, bu yetki söz konusu alanda anayasada hangi yönetimin yetkili olduğuna dair belirli bir ifade yoktur. Yine federal yönetimin uygulamada “ulusal çıkarlar” adına yapabileceği düzenlemelerin federe anayasaları dahi geçersiz kılması, bu zemini daha da kayganlaştırmaktadır.

Yüksek mahkemelerin önemli kararları yetki paylaşımının esnetilmesinin yanı sıra, bunu yaparken sert yetki paylaşımı kataloglarının “açıklık” kusurlarından faydalanmıştır. Bu durumda da, federe yönetimlerin önemli alanlarda özerk kural oluşturma egemenlikleri bakımından sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Anayasaların

hazırlandığı ve federal sisteme geçiş sürecinde, federe yönetimlerin birer bağımsız devletler olarak bir çok yetkiyi hali hazırda kullanıyor olmalarıdır. Bir yandan federe yönetimlerin vergilendirme, banka ya da iflaslara ilişkin mevcut özerk alanlarına müdahale edilmemesi endişesi, bir yandan da bu gibi konuların ulus çapında uygulamalar gerektirmesi, alanların federal yönetimin de düzenleme yapabileceği sonucunu ortaya çıkarmıştır.

Kanada, Hindistan, Avustralya ve ABD yüksek mahkemelerinin, federalizm davalarında önemli sayıda yargısal doktrin oluşturdukları görülmektedir. Mahkemeler, doğrudan ya da dolaylı uyuşmazlıklar gibi aynı türden ya da benzer uyuşmazlıkların çözümünde, bahsi geçen yargısal doktrinleri test etmeye yönelmektedirler. Burada ortaya çıkan önemli yargısal doktrinlerin, ABD’de geçersiz bırakma ilkesi (*preemption*), Hindistan’da ve Kanada’da öz ve ruh (*pith and substance*), Avustralya’da zımnî ya da yan yetkiler (*implied/incidental powers*) olduğu belirtilebilir. Ayrıca çalışmada görüldüğü üzere, söz konusu yüksek mahkemelerin ulusallık arz eden konular (*national concern*) gibi yargısal doktrinlerin, hemen hepsinde geliştirilmiştir. Çalışmada ortaya çıkan önemli bir tespit, aslında bilinen bir gerçeğin federalizm uyuşmazlıkları bakımından da ortaya konulmasına yöneliktir. Common Law sisteminde olan bu yüksek mahkemelerin, yargısal doktrinler konusunda bu kadar yaratıcı olabilmeleri olağan karşılanabilirse de, bu tür doktrinlerin az da olsa Alman ve Avusturya anayasa mahkemelerinde görülmektedir.

Yüksek mahkemelerin uyuşmazlık çözme yetkilerine ilişkin önemli bir sonuç olarak, anayasal yetki paylaşımı kataloglarıyla, uygulamada olan yetki paylaşımı kataloğunun arasında önemli bir uçurum bulunmaktadır. Özellikle uygulamada, hangi yetkinin münhasır yetki, hangi yetkinin zımnî yetki ya da hangi yetkinin artık yetki olduğunu belirlemek zorlaşmıştır. Aynı şekilde, yönetimler ortaklaşa yetkileri, zaten federal hukuka üstünlük sağlayan ilkeyle, zımnî münhasır yetkiler alanına dönmüştür.

Ayrıca, uygulama ya da yargısal yetki paylaşımının, uyuşmazlıkların çözümünde; zımnî, yan, ikincil veya arazi gibi yetkileri ortaya çıkarmasıyla, yetki alanlarını daha da belirsizleştirmeye devam ettikleri görülmektedir. Bu nedenle, Yetki uyuşmazlığının ortaya çıktığı bir konuda ya da alanda, yüksek mahkemeler tarafından getirilen çözümler, ironik olarak yeni yetki uyuşmazlıklarına neden olabilmektedir. Dolayısıyla, yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasıyla, bunların çözümü arasındaki sınırlar kesin olarak ortaya konulmamaktadır.

Tüm bunları belirli bir çerçeveye oturtarak sınırları çizilmesi adına, yargısal koruma işlevlerinin etkin olabilmesi gerekir. Ancak, yargı organının öncelikle örgütlenmesi konusunda merkezileşmemin sağlanabilmesi gerekir. Bununla birlikte her ne kadar anayasa yargısının sistemle ayrılmaz bütünlüğü söz konusu olsa da, federal ve

federe yönetimler arasındaki yetki dengesinin korunması için, siyasal koruma teorisinin öne sürdüğü mekanizmaların da güçlendirilmesi ihtiyacı gündeme gelecektir.

Bu yönüyle yargının şekillendirdiği yetki paylaşımı katalogları, anayasaya koyucuların şekillendirdiğinden daha merkeziyetçidir. Yetki paylaşımının anayasal ve uygulaması arasındaki farklılık yargıç yapımı federalizm kavramını ortaya koymaktadır. Bu yönde ise yargıçların “federal yönetimci” eğilimleri, “merkeziyetçi” eğilimlere dönüşmüştür. Bunun nedenleri noktasında ise, çalışmanın son kısmında genel değerlendirmeler ortaya konulmuştur. Bu doğrultuda en önemli problem, yargının “federal yönetimin bir organı” olarak ortaya konulmasıyla, bu yönde örgütlenme konusunda genel değerlendirmeye önemli sorunlar ortaya konulmuştur.

Mahkemelerin kompozisyonunda, federal yönetimin ağırlıklı olarak rol oynaması, hem federal yönetimin “merkez” olarak algılanmasına hem de yüksek mahkemelerin merkezin bir aygıtı olduğuna ilişkin teorileri desteklemiştir. Bir diğer nokta ise yargıçların kararlarının nedenleri üzerine yoğunlaşır. Yargıçların kendilerine atayan iradeye bağlılıkları, belirli bir uyuşmazlığın yöneldiği kamu politikasına ilişkin kendi ideolojik tercihleri, ülkenin içinde bulunduğu sosyal, siyasi ve ekonomik faktörler gibi farklı etkenlerle eleştirildikleri görülmüştür.

Yargının yetki uyuşmazlıklarına ilişkin yorumlarının aktivizm, yargının kendi kendini sınırlaması ve hatta bazen yargının kendi kendini inkar etmesine ilişkin eleştirilere yol açmıştır. Bu çalışmayla, literatürde federalizm davaları bakımından mahkemelerin “merkeziyetçi” olduklarına ilişkin hipotezin tersinin kanıtlanamadığı ortaya çıkmıştır.

Gerçekten de, yetki uyuşmazlıklarının çözümünde mahkemelerin genel eğilimleri, federal yönetimi desteklemektir. Bu en başta, mahkemelerin sistemin “federal” unsuru olarak algılanmasıyla ve federal sistemlerde dahi “ulusallık” kaygısının baskın olmasıyla açıklanabilir. Bu tür bir yapının, katmansal özelliklerin bulunduğu federal sistemlerde daha ciddi sorunları gündeme getireceği açıktır.

Bu durumda, federal sistemlerde uyuşmazlıklar yargısal boyuta ulaşmadan, federal ve federe yönetimlerarası ilişkilerle çözümlenebilecek mekanizmaların desteklenmesi gereklidir. Bu tür bir mekanizma federe yönetimlerin çıkarlarının gözetilmesi, gerekliliklerinin görmezden gelinmesini engelleyebileceği gibi, siyasi süreç içerisinde federal politika yapıcılarının, federe yönetimleri ön planda tutmalarına destek olabilecektir. Bu da, yargısal korumanın önündeki, mahkemelerin örgütlenmeleri konusundaki sorunların kaldırılmasını gerektirmektedir. Aynı zamanda bu tür bir mekanizma, siyasal koruma teorisinin de istikrarlı olarak amaçlarına ulaştığını gösterecektir.

Ne var ki siyasi mekanizmaların federal ve federe yönetimlerin ilişkilerinde yol gösterici olması, siyasi parti yapılarıyla da ilişkilidir. Siyasi partiler seçim yarışını kazanmak ve “merkez” organlarda olmak için rekabet etmektedirler. Dolayısıyla siyasi aktörlerin anayasalar yerine, federal yönetim gibi başka bir alanda yoğunlaşmış olmaları federal sistemin yapısını bozmaktadır.¹¹⁵⁰

Bu tür bir rekabet içerisinde federe yönetimlerde örgütlenmiş ulus çaplı siyasi partilerin federe yönetimlerin gereklilikleriyle, federal politikanın uyum göstermesi konusunda daha zayıftırlar. Dolayısıyla siyasi mekanizmaların yönetimlerarası ilişkileri, uyuşmazlıkların yargısal boyuta ulaşmadan çözümlenmesinde özellikle federe yönetim çapında örgütlenmeleri ya da ulusal çapta örgütlenmiş partilerin, tamamıyla federal sistemin merkezileşmemesi üzerine odaklanan bir parti politikası geliştirmiş olmaları gerekmektedir.

Sistem içerisinde bu tür bir siyasi oluşumun sağlanmasında, özellikle önemli olan unsurun da sosyolojik olduğu görülmektedir. Siyasi partilerin partizanlık eğilimleri, federal ve federe yönetimler arasındaki ilişkileri gerek yetki paylaşımı kataloglarının yorumlanmasına, gerekse bu katalogların yeniden yapılandırılmasına önemli ölçüde etki etmektedirler.

Federal sistemlerde federe yönetimlerin bütünleşmiş yapıları, federasyonun tüm organları arasında merkezi eğilimleri ister istemez destekler niteliktedir. Bununla birlikte, yargı organı başta olmak üzere merkezileşme potası üzerinde etkili olan unsur toplumun federalizm anlayışına yani çeşitlilik ilkesiyle nasıl örtüştüğüdür. Burada ifade edilen çeşitlilik ise gerçek anlamda niteliksel bir çeşitliliktir. Federal sistemler, federe yönetimlerin iki veya daha fazlasının bir araya gelerek oluşmasından kaynaklandığına göre, bu durumda çeşitlilik “niceliksel” anlamda zaten öngörülmüştür. Federal sistemde yetki uyuşmazlıklarının ortaya çıkması, çeşitliliklerin ihtiyaçlarıyla doğru orantılı olabilmektedir. Sistem böyle bir yapıda ne kadar merkezileşirse o kadar uyuşmazlık noktası çıkabilecektir. Sistem merkezileştikçe “niteliksel” anlamda çeşitlilik arz etmeyen bir federal sistemde, uyuşmazlıklar daha az görülebilir.

Nitekim bütünleşmiş ya da çeşitliliklerin nitelikleri itibariyle birbirleriyle kaynaşmış olduğu sistemlerde, yargının tutumu da bu bütünleşik yapıyla uyumlu olabilecektir. Söz konusu uyumluluk belirli aralıklarla, yargıçların kendi ideolojilerinden, uyuşmazlığa konu olan kamu politikasının doğasından ya da toplumsal olarak söz konusu uyuşmazlığa ilişkin genel tepkilerden etkilenebilir. Burada şunu belirtmek gerekmektedir ki, federal sistemin doğası çeşitliliklerin niteliksel olarak desteklendiği ve çeşitliliklerin gereklilikleri ve ihtiyaçlarının ön planda olduğu bir

¹¹⁵⁰ GOLDMAN bu düşüncesini, Federalist Yazıların 10. makalesine dayanarak ifade etmektedir. GOLDMAN, **The Federalist Papers**, s. 49.

yapıda ise, bu durumda mahkemelerin merkeziyetçi eğilimleri sistemin ciddi denge kaybına neden olabilir.

Mahkemelerin federalizm davalarındaki kararlarının, bir tür “sarkaç” hareketine benzetilmektedir. Mahkemeler tıpkı bir sarkacın hareketinde olduğu gibi, federalizm davalarında federal ve federe yönetimler lehine kararlar üretmektedirler. Ancak federalizm davalarında genel eğilimin, federal yönetimi güçlendirme yönünde olduğunu belirtmek gerekir. Bu doğrultuda, mahkemelerin federalizm davalarında federe yönetimler lehine verdikleri kararlar, doğrusal bir çizgi üzerindeki bir çıkmayı andırmakta yani daha sınırlı olarak görülmektedir. Özellikle sert yetki paylaşımı olarak ABD ve Avustralya’da, federe yönetimler lehine verilen kararlar daha az sayıdadır. Nitekim, mahkemelerin yetki uyuşmazlıklarındaki rolleri denge sağlamaksa, mahkemenin bu dengede her zaman merkezi ya da her zaman periferik karar üretmesi beklenemez. Dolayısıyla mahkemeler merkeziyetçi eğilimlerle birlikte, sınırlı da olsa bazı kararlarla federe yönetimlerin haklarını da destekleyerek bir bakıma birlik dengesini korumaya çalışmaktadır. Ancak bu eğilim toplumsal anlamda bütünleşmiş federal sistemlerde, federasyonun dengesini ortadan kaldıracak boyuta ulaşmamaktadır.

Mahkemelerin federal ve federe yönetimler lehine verdikleri kararların sarkaç etkisinde olması, Almanya, Hindistan ve bir nebze de olsa Kanada’da görülmektedir. Mahkemelerin sarkaç etkisini andıran bazen periferik, bazen de merkeziyetçi kararları, toplumsal, yapısal ve siyasi olarak söz konusu pandülümeye uyum sağlamaktadır. Almanya’da, toplumsal çeşitlilik belirgin değildir ancak siyasi mekanizma diğer federe yönetimlere göre çeşitlilik yönünde desteklenmektedir. Hindistan’da sosyolojik çeşitlilik bulunmakta ancak, siyasi mekanizma bu çeşitliliği desteklemekte zayıf kalabilmektedir. Ancak Mahkeme, federalizm davalarında, federasyonun kurulduğu ilk yılların aksine daha federe yönetimi kararlar üretmektedir. Kanada, Quebec farklılığı bakımından çeşitlilik yönünün siyasi anlamda baskın olabilmesi bakımından ayrı bir kategoride yer almaktadır. Bu nedenle Quebec farklılığı, hem mahkemenin örgütlenmesinde hem de siyasi sistemde önemli bir yer edinmiştir.

Mahkemelerin bu eğilimi kırmak ya da bu eğilimi tersine çevirmiş olabilmesi için öncelikle federal sistemin sosyolojik boyutunun bu yönde bir ihtiyacı ve talebi olması gerekmektedir. Nitekim bu tür taleplerin ve gerekliliklerin, federal bir sistemin işleyişini merkezileşmeden periferik federalizm anlayışına dönüştürebildiği Kanada’da görülmüştür. Özellikle, çeşitlilik unsuru gibi belirgin farklılıkları olan toplumlar bakımından tarafsız bir mahkeme ölçütünün tam olarak karşılanabilmesi gerekmektedir. Bu amaçla, İsviçre federasyonundaki gibi referandum yolunun benimsenmesi federasyonda denge mekanizmasının güçlendirebilir.

Burada mahkemelerin sosyolojik, siyasi, tarihsel, hükümet sistemleri ve tabi

oldukları hukuk gelenekleri gibi bir çok faktörden etkilenmeleri söz konusu olabilmektedir. Bu açıdan ayrı bir örnek olarak Avusturya, hem anayasal yetki paylaşımı, hem siyasi hem de toplumsal özellikleri bakımından tam anlamıyla bütünleşmiş, hatta tekleşmiştir. Merkezîyetçi ya da merkezîyetçi olmama konusundaki eğilimler ise, toplumsal katmanlarda başlamaktadır. Konu siyasi bakımdansa, ülke-çapında (*nation-wide*) örgütlenen siyasi partilerle, federe yönetim çapında (*state-wide*) örgütlenen siyasi partiler bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, , federe yönetimler arasında daha muhafazakar eğilimi olan Vorarlberg'in ek bölgesel yetkiler konusundaki taleplerinin, özellikle federal yönetimin Sosyal Demokrat'ların hakimiyetinde olduğunda daha güçlü olduğu belirtilir.¹¹⁵¹ Avusturya'da, anayasal yetki paylaşımının sadece ilkesel bir bağlılık olduğu belirtilir. Bu nedenle de Avusturya bir federasyon, ancak uygulamada üniter benzeri bir sistem olduğu ifade edilir.¹¹⁵²

Bu yönde öncelikle federalizm ile anayasaların tutarlılığını korumak gerekmektedir. Fakat yetki paylaşımına ilişkin değerlendirmelerde görüldüğü üzere, katalogların açık olmayan, kesinlikten uzak ya da sınırlı doğaları gereği, anayasal tutarlılık her zaman sağlanamayabilir. Bu durumda mahkemelerin yetki paylaşımı kataloglarını yorumlamaları zorunluluk haline gelebilmektedir.

Günümüzdeki bazı federasyonlar, federalizm düşüncesinin birlik vurgusunu daha fazla takviye etmektedirler. Bu durumda çeşitlilikteki niteliğin, ya belirgin bir biçimde birbirlerinden ayrılmadığı ya da birlik tarafından önemli derecede göz ardı edildiği görülmektedir. Bu da sistemin giderek çok merkezli anlayıştan, (*polycentric*) “tek merkezli” (*monocentric*) anlayışa dönüşmesine¹¹⁵³ ve sistem içerisinde çeşitliliklerin sadece “nicelik” olarak benimsenmesine neden olmaktadır. Her federal sistemde, federalizm düşüncesinin özümsemişi farklılık arz etmekte, federasyonun birlik anlayışına ilişkin sosyal ve siyasi tavrı federalizm ideolojisini de şekillenmektedir.

Anayasal güvenceli yetki paylaşımının koruyucusu olarak mahkemelerin en önemli boyutu, federal sistemlerin tanımlayıcı unsurlarından biri olarak kabul edilen güvenceli yetki paylaşımının teminatı olmasıdır. Bunlardan daha önemlisi, federalizm fikrinin siyasi bir kültür olarak “yargıçların” ve “siyasi aktörlerin” zihinlerinde bulunması, sistem açısından daha önemli bir kazanım olabilecektir.

Federal düzenlemelerin başarı olasılığı, demokrasi geleneklerinin kurulduğu, anayasacılık, hukukun üstünlüğü, çeşitliliğe duyulan saygı, hoşgörü ve uzlaşmayı teşvik eden siyasi bir kültürün desteklendiği sistemlerde daha yüksektir. Aslında federal siyasi sistemlerin kendi anayasal yapılarının etkili bir sistem kurduğunu iddia etmek

¹¹⁵¹ SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe* , s. 38.

¹¹⁵² ERK, *Austria: A Federation without Federalism* , s. 5.

¹¹⁵³ Federasyonlarda monocentric ve polycentric kavramlarının ifade edildiği çalışmalara örnek olarak bkz. ZIMMERMAN, Joseph F, *Congressional Preemption: Regulatory Federalism* , State University of New York Press, 1995, USA, s. 156.

mümkündür fakat bundan daha önemli olarak federalizm için elverişli bir siyasal kültür oluşmasıdır.¹¹⁵⁴

KAYNAKÇA

- ABADAN, Yavuz, “*Yeni Hint Anayasası*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi **Dergisi**, Yıl Cilt 8, Sayı 1-2, 1951.
- ACKERMAN, Bruce, “*The New Separation of Powers*”, **The Harvard Law Review**, January 2000, Volume 113, Number 3.
- ADENEY, Katharine, “**Federalism and Ethnic Conflict Regulation In India and Pakistan**”, Palgrave Macmillan, USA, 2007.
- AĞAOĞULLARI, M. Ali, AKAL, B. Cemal, KÖKER, Levent, “**Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**”, İmge Kitabevi, 1. Baskı, 1994.
- AKHTAR, Majeed, WATTS, Ronald L, BROWN, Douglas M., (Eds.), “**Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**”, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006.
- AKILLI, Erman, “*Laeken Zirvesinden Lizbon Antlaşması'na: Anayasalasamayan Anayasallasma Süreci*”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 6, Sayı: 24, 2010.
- AKTAŞ, Sururi, “*Hukukta Yorum Çabaları*”, **EÜHFD**, C. XV, 2011.
- ALLEN Anita L, “*Social Contract Theory in American Case Law*”, **Florida Law Review**, Volume 51, Number 1, January 1999.
- ALT, Robert, “*Defending Federalism*”, John M. Ashbrook Center for Public Affairs at Ashland University, Editorial, April 2003, İnternet Kaynak: <http://www.ashbrook.org/publicat/oped/alt/03/federalism.html>, Erişim Tarihi: 02-03-2012.
- AMAR Reed Akhil, “*Anti-Federalists, The Federalists Papers, and the Big Argument for Union*”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol.16, 1993.
- ANDERSON, George, “**Federalism: An Introduction**”, Forum of Federations, Oxford University Press, Canada, 2008.
- ANDREWS, Tim, “*The High Court's attack on Federalism*”, Liberty Australia, Opinion, İnternet Kaynak: <http://www.la.org.au/opinion/280710/high-courts-attack-federalism>, Erişim Tarihi: 20-11-2011.
- ARAN, Latif, “*Avrupa Birliği'nde Anayasalaşma Kavramı ve Anayasal Antlaşma'nın Getirdiği Yenilikler*”, Europe's Log, İnternet Kaynak: <http://europeslog.weebly.com/2/category/avrupa%20anayasal%20antlasmab29128fd55/1.html>, Erişim Tarihi: 02-02-2012.
- ARISOY, Alper, “*Avrupa'da Federalizm Geleneği ve Avrupa Bütünleşmesinde Federalist Akımlar*”, **Ege Akademik Bakış / Ege Academic Review**, Cilt: 10, Sayı: 4, Ekim 2010.
- ARMITAGE, David, “*John Locke, Carolina, and the Two Treatises of Government*”, **Political Theory**, Vol. 32, 2004.
- ARONSON, Mark, “*The Great Depression, This Depression, and Administrative Law*”, **University of New South Wales Faculty of Law Research Series, Federal Law Review**, Volume 37, 2009.

¹¹⁵⁴ GAGNON, Alain-G., BURGESS, Michael, Ed., **Federal Democracies**, 2010, Routledge, USA and Canada, S.341-342.

- ARSAVA, Fusun, “*Birlik Hukuku ve Anayasa Arasındaki İlişki*”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:4, No:1, Güz: 2004.
- AUCLAIR, Céline, “*Federalism: Its Principles, Flexibility and Limitations*”, Forum of Federations, 2nd International Conference on Decentralization, Manila, Philippines, July 25, 2002, İnternet Kaynak: <http://www.forumfed.org/libdocs/IntConfDecent02/128-ICD20702-int-auclair.pdf>, Erişim Tarihi:10-01-2011.
- AUER, Andreas, “*The Constitutional Scheme of Federalism*”, **Journal of European Public Policy**, V. 12:3, June 2005.
- AZQUEZ, Carlos Manuel, “*The Separation of Powers as a Safeguard of Nationalism*”, **Notre Dame Law Review**, Vol. 83:4, 2008.
- BAIER, Gerald, “**Courts and Federalism: Judicial Doctrine in the United States, Australia, and Canada**”, UBC Press, Canada, 2006.
- BAKER, J. Wayne, “*The Covenantal Basis for the Development of Swiss Political Federalism: 1291-1848*”, **Publius**, Vol. 23, No. 2, Communal and Individual Liberty in Swiss Federalism (Spring,1993).
- BAKER, J. Wayne, “*Heinrich Bullinger, the Covenant, and the Reformed Tradition in Retrospect*”, **The Sixteenth Century Journal**, Vol. 29, No. 2, Summer, 1998.
- BAKSHI, Shri P.M., “*Concurrent Powers Of Legislation Under List III of The Constitution*”, **Ministry of Law & Justice, National Commission to Review the Working of the Constitution Commission Reports**, Book 3, Volume II, 2002, İnternet Kaynak: <http://lawmin.nic.in/ncrwc/finalreport/volume2book3.htm>, Erişim Tarihi: 02-10-2012.
- BALL, Terence, (Ed.), “**Hamilton, Madison, and Jay The Federalist with the Letters of Brutus**”, Cambridge University Press, 2003.
- BALL, Terence, “**The Federalist with Letters of “Brutus”**, Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay, Cambridge University Press, 2003.
- BALO, Yusuf Solmaz, “*Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme Teşkilatı*”, **AÜHFD**, Sayı 61 (3), 2012.
- BANTING, Keith G, “*Social Citizenship and Federalism: Is a Federal Welfare State a Contradiction in Terms?*”, içinde, GREER, Scott L, “**Territory, Democracy and Justice Regionalism and Federalism in Western Democracies**” Palgrave Macmillan, New York, 2006.
- BARACH, John, “*Theological and Philosophical Biography and Dictionary*”, İnternet Kaynak:<http://translation.babylon.com/english/to-english/theological-and-philosophical-biography-and-dictionary/>, Erişim Tarihi: 09-10-2010.
- BAST, Jürgen, “*The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution*”, **German Law Journal**, Special Issue – Unity of the European Constitution, Vol. 06, No. 11, 2005.
- BEDNAR, Jenna, “**The Robust Federation**”, Cambridge University Press, USA, 2009.
- BEDNAR, Jenna, ESKRIDGE, JR. William N, “*Steadying The Court's "Unsteady Path": A Theory Of Judicial Enforcement of Federalism*”, **Southern California Law Review**, Vol. 68, 1995.
- BÉLANGER, Claude, “*Peace, Order and Good Government*”, Marianopolis College, 2001, İnternet Kaynak: <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/federal/pogg.htm>, Erişim Tarihi: 09-10-2010.

- BENEDICT, L. Michael, “*States’ Rights, State Sovereignty and Nullification*”, içinde, FINKELMAN, Paul, (Ed.), “**Congress and the Emergence of Sectöonlaşım: From the Missouri Comprımise to the Age of Jackson**”, Ohio University Press, USA, 2008.
- BENNETT, Scott, “*Australia’s Constitutional Milestones*”, Parliamentary Library Politics and Public Administration Section Publication, 2004, İnternet Kaynak: <http://www.aph.gov.au/library/pubs/online/milestones.htm>, Erişim Tarihi:20-11-2011.
- BENNETT, Scott, “*The Politics of Constitutional Amendment*”, Australian Parliamnet Politics and Public Administration Group, Research Paper Index, Research Paper No.11, 2003. İnternet Kaynak: http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp0203/03rp11, Erişim Tarihi: 20-09-2011.
- BİLLAWRİA, Surya Bhan Singh, “Constitutional Position of Jammu and Kashmir”, İnternet Kaynak: <http://www.legalserviceindia.com/article/1281-Constitutional-Position-of-Jammu-and-Kashmir.html>, Erişim Tarihi: :18-10-2011.
- BİRHANU, Gosaye, “**Vertical Distribution of Powers in Ethiopia: A Comparative Study with Canada and Germany**”, *LLM Long Thesis*, Supervisor: Prof. Dr. BLANKENAGEL, Alexander, *Central European University*, 2009.
- BİRKÖK, Cüneyt, “**Ansiklopedik Sosyal Düşünce Sözlüğü**” - Dictionary of Social Thought Turkce ve ingilizce (Turkish English).
- BLAUSTEIN, Albert, “*ABD Anayasası: Amerika’nın En Önemli İhracatı*”, **Demokrasi Konuları: Yeni Doğan Demokrasiler ve Anayasallaşma, A.B.D. Dışişleri Bakanlığı Elektronik Dergisi**, Cilt 9, Sayı 11, 2004.
- BLINDENBACHER, Raoul, OSTIEN, Abigail, (Ed.), “**Dialogues on Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**”, Volume 1, McGill-Queen’s University Press, Canada, 2005.
- BLUMEL, Barbara, HOLZİNGER, Thomas, KERLE, Ines, SCHİNDLER-MULLER, Elisabeth, WEİSSER,Dieter, ZOFALL, Bernhard, “The Federal System in Austria”, *Avusturya Parlamentosu Yayınları*, Viyana, Mart 2008, İnternet Kaynak: <http://www.parlinkom.gv.at/ENGL/PERK/BOE/PR/index.shtml>, Erişim Tarihi: 20-06-2011.
- BOYAR, Oya, “**Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum**”, *T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı*, Doktora Tezi, İstanbul, 2008.
- BOYD, Steven R, “*Antifederalists and the Acceptance of the Constitution: Pennsylvania, 1787-1792*”, **Publius, Republicanism, Representation, and Consent: Views of the Founding Era**, Vol. 9, No. 2, Spring, 1979.
- BOZKURT, Enver, ÖZCAN, Mehmet, KÖKTAŞ, Arif, “**Avrupa Birliği Hukuku**”, 5. Baskı, Ankara, 201.
- BRAND, Dirk J, “*Asymmetry in Federal Systems – Constitutional Arrangements in South Africa*”, *European Diversity and Autonomy Papers EDAP 01/2008*, İnternet Kaynak: www.eurac.edu/edap, Erişim Tarihi:01-02-2012.
- BRAND, Marcus, “Federalism in Practice: Austria”, UNDP, İnternet Kaynak: <http://ccd.org.np/new/resources/Federalism%20in%20Austria%20presentation.pdf>, Son Erişim Tarihi: 02-12-2011.
- BROWN, Douglas, “*Who’s Afraid of Asymmetrical Federalism ? – A Summary Discussion*” *Institute of Intergovernmental Relations, IIGR, School of Policy Studies, Queen’s University, Asymmetry Series*, 17, 2005.

- BRYCE, James, “**The American Commonwealth**”, 2nd Ed, Volume 1, 1890. İnternet Kaynak:
<http://www.archive.org/stream/americancommonw32brycgoog#page/n8/mode/1up>,
Erişim Tarihi: 5-10-2010.
- BURGESS, Michael, “**Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000**”, Routledge, London, 2000.
- BURGESS, Michael, GAGON, Alan, (Ed.), “**Federal Democracies**”, Routledge, USA-Canada, 2010.
- BURGESS, Michael, GAGON, Alan, “**Comparative Federalism and Federation**”, Harvester Wheatsheaf, London, 1993.
- BURKHART, Simone, “*Reforming Federalism in Germany: Incremental Changes instead of the Big Deal*”, **Publius: The Journal of Federalism**, Vol. 39, Number 2.
- BURNS, MacGregor J., “**Packing the Court: The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court**”, The Penguin Press, USA, 2009.
- BUZBEE William W., (Ed.), “**Preemption Choice: The Theory, Law, and Reality of Federalism’s Core Question**”, Cambridge University Press, 2008.
- BZDERA, Andre, “*Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory Of Judicial Review*”, **Canadian Journal of Political Science**, Vol. 26 (1), 29, 1993.
- CALABRESI, Steven G, “A Government Of Limited and Enumerated Powers: In Defense of United States v. Lopez”, **Michigan Law Review**, N. 94, 1995-1996.
- CAN, İsmail, “*Almanya’da Devletin Yapısı ve Vergi Sisteminin Anayasal Temelleri*”, T.C. Maliye Dergisi, Sayı: 145, 2004. İnternet Kaynak:
http://212.174.133.188/calismalar/maliye_dergisi/maliyedergisi.asp?dergi_no=145,
Erişim Tarihi:02-03-2011.
- CANATAN, Kadir, “*Avrupa Toplumlarında Çokkültürcülük: Sosyolojik Bir Yaklaşım*”, **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi/The Journal of International Social Research**, Volume 2/6, Winter 2009.
- CANIKLIOĞLU DİKMEN, Meltem, “*Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı 1, 2008.
- CANON, Bradley C, “*Defining the Dimensions of Judicial Activism*”, **Judicature**, Vol: 66: 6, 1983.
- CARELLI, Richard, “*Blackmun Swinging High Court to Liberal Side*”, The Lewiston Daily Sun, 1982. İnternet Kaynak:
<http://news.google.com/newspapers?nid=1928&dat=19820712&id=Bn8jAAAAIBAJ&sjid=h2QFAAAAIBAJ&pg=1371,2060650>, Erişim Tarihi: 20-09-2011.
- CASSADY, Alison, “*Tying the Hands of States: The Impact of Federal Preemption on State Problem-Solvers*”, Research Director for the National Association of State PIRGs., National Association of State PIRGs Publication, 2004, İnternet Kaynak:
<http://ftp.iza.org/dp5698.pdf>, Erişim Tarihi: 10-06-2011.
- CHEMERİNSKY, Erwin, “*Empowering States: The Need to Limit Federal Preemption*”, **Pepperdine Law Review**, Volume 33, Issue 1 Symposium: Federal Preemption of State Tort Law: The Problem of Medical Drugs and Devices, Article 5, 3-12-2012.
- CHHIBBER, Pradeep, KOLLMAN, Ken, “**The Formation of National Party Systems: Federalism and Party Competition in Canada, Great Britain, India, and The United States**”, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2004.

- CLARK, Bradford R, “*Separation of Powers as a Safeguard of Federalism*”, **Texas Law Review**, Volume 79, Number 6, May 2001.
- CLARK, Bradford R, “*The Procedural Safeguards of Federalism*”, **Notre Dame Law Review**, Vol. 83:4, 2008.
- CLARK, Bradford R, “*The Supremacy Clause as a Constraint on Federal Power*”, **The George Washington Law Review**, Vol. 71, 2003.
- CLARK, Bradford R, “*Constitutional Compromise and the Supremacy Clause*”, **Notre Dame Law Review**, Vol. 83:4, 2008.
- CLARK, Bradford R., “*Process-Based Preemption*”, içinde, BUZBEE, William W., (Ed.), “**Preemption Choice: The Theory, Law, and Reality of Federalism’s Core Question**”, Cambridge University Press, USA, 2009.
- CLARKE, Susan E, “*Thinking Federally*” from a Governance Perspective”, içinde, PAGANO, Michael A, LEONARDI, Robert, “**The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems**”, Palgrave Macmillan, USA, 2007.
- COCKBURN, Sir John Alexander, “**Australian Federalism**” Horace Marshall and Son, London, 1901.
- COLE, Taylor, “*Three Constitutional Courts: A Comparison*”, **The American Political Science Review**, Vol. 53, No. 4, Dec, 1959.
- COLVIN, Eric, “*Constitutional Law, Paramountcy, Duplication and Express Contradiction, Multiple Access Ltd. v. Mccutcheon*”, **U.B.C. Law Review**, Vol. 17:2, 1983.
- Commonwealth of Australia Constitution Act (The Constitution)*, Ayrıca bkz. GALLIGAN, WRIGHT, “*Australian Federalism: A Prospective Assessment*”, **Publius: The Journal of Federalism**, V. 32 (2), 2002.
- Commonwealth of Australia Constitution Act (The Constitution)*, **Office of Legislative Drafting, Attorney-General’s Department, Canberra**, 2003.
- CONLAN, Timothy J., “*Federalism, the Bush Administration and the Evolution of American Politics*”, içinde, MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J, (Ed.), “**Federal Nation: Perspectives on American Federalism**”, Palgrave Macmillan, USA, 2008.
- CORWIN, Edward S, “*Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*”, 12 **Michigan Law Review**, 1913-1914.
- CORWIN, Edward S, “*The Passing of Dual Federalism*”, **Virginia Law Review**, V. 36, N. 1, 1950.
- COTTRELL, Jill, “*Indian Judicial Activism, the Company and the Worker: A Note on National Textile Workers*”, *Union v. Ramakrishnan*, “ **The International and Comparative Law Quarterly**”, Vol. 39, No. 2, Apr, 1990.
- COUNTISS, Anne, CHEUNG, Wai-lam, “*The Process of Appointment of Judges in Some Foreign Countries: Canada*”, **Research and Library Services Division Legislative Council Secretariat**, 2001.
- CROMPTON, Samuel W, “**Great Supreme Court Decisions: Mcculloch v. Maryland : Implied Powers of the Federal Government**”, Chelsea House Infobase Publishing, USA, 2007.
- CROSS, Frank B, “*The Folly of Federalism*”, **Cardozo Law Review**, Vol. 24:1, 2002-2003.
- CUSHINAN, Barry, “**Rethinking the New Deal Court: The Structure of A Constitutional Revolution**”, Oxford University Press, USA, 1998.

- ÇAĞLAR, Bakır, “**Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**”, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.
- ÇAĞLAR, Bakır, “*Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler*”, T.C. Anayasa Mahkemesi Yayınları, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 8. Cilt, 13-62, (1991).
- ÇAVUŞOĞLU, Naz, “Bölge Devlet’de Egemenlik/Yetki Paylaşımı”, e-akademi, Sayı 4, Haziran 2002. İnternet Kaynak: (<http://www.e-akademi.org/makaleler/naz1.html>), Erişim Tarihi: 10-10-2011.
- Dan, KAUFMAN, Chris, “(Reuters) - *A heavily armed gunman killed 26 people, including 20 children from 5 to 10 years old, in a rampage at a Connecticut elementary school on Friday, one of the worst mass shootings in U.S. history*”, İnternet Kaynak: <http://www.reuters.com/article/2012/12/14/us-connecticut-towns-idUSBRE8BD0U120121214>, Erişim Tarihi: 27-12-2012.
- DANA, David A, “*Democratizing the Law of Federal Preemption*”, **Northwestern University Law Review**, Vol. 102, No. 2, 2008.
- DANELSKI, David J, “*Conflict and Its Resolution in the Supreme Court*”, **The Journal of Conflict Resolution**, Vol. 11, No. 1, Law and Conflict Resolution, Mar, 1967.
- DAVIES, Philip J, MORGAN, Iwan W, (Ed.), “**The Federal Nation Perspectives on American Federalism**”, Palgrave Macmillan, USA, 2008.
- DAVIS, Rufus, “**The Federal Principle: A Journey Through Time in Quest of a Meaning**”, University of California Press, London, 1978.
- DAVIS, Richard, BURNHAM, D. Jeffrey, “*The Role of the Federal Judiciary in the Development of Federalism in West Germany and the United States*”, **Boston College International and Comparative Law Review**, Volume 12, Issue 1, Article 4, 1989.
- DAWSON, Michael A, “*Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine*”, **The Yale Law Journal**, Vol. 102, No. 1, 1992.
- DE FIGUEIREDO, R. J. P, WEINGAST, B. R, “Self-enforcing federalism”, **Journal of Law Economics and Organization**, Vol. 21, 2005.
- DE FREITAS, Shaun A, “*Samuel Rutherford on Law and Covenant: The Impact Of Theologico-Political Federalism On Constitutional Theory*”, A thesis submitted in accordance with the requirements for the: Master of Law degree, in the Faculty of Law, **Department of Constitutional Law and Legal Philosophy, at the University of the Free State**, Supervisor: Prof. A. W. G. Raath, 2003. İnternet Kaynak: <http://etd.uovs.ac.za/ETD-db/theses/available/etd-09212004-150822/restricted/DEFREITASSA.pdf>, Erişim Tarihi: 02/10/2011.
- DEENER, David, “*Judicial Review in Modern Constitutional Systems*”, **The American Political Science Review**, Vol. 46, No. 4, Dec., 1952.
- DERHAM, D. P, “*Australian Communist Party v. The Commonwealth*”, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, Third Series, Vol. 33, No.3/4, 1951.
- DEVINS, Neal, “*The Judicial Safeguards of Federalism*”, **Northwestern University Law Review**, Vol. 99, No. 1, 2004.
- DHAVAN, Rajeev, SAXENA, Rekha, “*Republic of India*”, içinde LE ROY, Katy, SAUNDERS, Cheryl, “**Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries**”, McGill- Queens University Press, 2006.
- DICEY, V. Albert, “**An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**”, (10th edition), Macmillan and Company Ltd, London, 1959.
- DICEY, V. Albert, “*Federal Government*”, **Law Quarterly Review**, 10. Cilt, 1894.

- DIKSHIT, D. Ramesh, “*Geography and Federalism*”, **Annals of the Association of American Geographers**, Vol. 61, No. 1, 1971.
- DINAN, John, “*Strengthening the Political Safeguards of Federalism: The Fate of Recent Federalism Legislation in the U.S. Congress*”, **Publius: The Journal of Federalism**, V.34, N.3, Summer 2004.
- DINH, Viet D., “*Federal Displacement of State Law: The Nineteenth-Century View*”, içinde, EPSTEIN, Richard A., GREVE, Michael S., (Eds.), “**Federal Preemption: States’ Powers, National Interests**”, The AEI Press, American Enterprise Institute, USA, 2007.
- DOEHRING, Karl, (Çev.MUMCU, Ahmet), “**Genel Devlet Kuramı**”, , İnkılap Yayınları, İstanbul, 2002.
- DOLLERY, Brian, “Fiscal policy (History)”, 2002, History of Economics Review, History of Economic Thought Society of Australia, Volume: 36, İnternet Kaynak: <http://www.freepatentsonline.com/article/History-Economics-Review/179424907.html>, Erişim Tarihi: 02/05/2011.
- DÖRİNG, Thomas, SCHNELLENBACH, Jan, “*A Tale of Two Federalisms: Germany, the United States and the Ubiquity of Centralization*”, **Constitutional Political Economy**, Vol. 22, Springer Science, 2011.
- DRAKE, D. Frederick, NELSON, R. Lynn, “**States’ Rights and American Federalism: A Documentary History**”, Greenwood Press, USA, 1999.
- DRESSLER, Joshu, “*Understanding Criminal Law*”, Fifth Edition (2009), LexisNexis Publishing, İnternet Kaynak: <http://www.lexisnexus.com/lawschool/study/>, Erişim Tarihi: 20/12/2011.
- DUCHACEK, Ivo D, “**Comparative Federalism: The Territorial Dimension of Politics**”, London: Holt, Rinehart and Winston, 1970.
- DUCHACEK, Ivo D, “*Consociational Cradle of Federalism*”, **Publius**, Vol. 15, No. 2, Federalism and Consociationalism: A Symposium, Spring 1985.
- DUCHACEK, Ivo D., “*Antagonistic Cooperation: Territorial and Ethnic Communities*”, **Publius**, Vol. 7, No. 4, Federalism and Ethnicity (Autumn, 1977).
- DUCHACEK, Ivo D., “*Dyadic Federations and Confederations*”, **Publius**, Vol. 18, No. 2, Bicomunal Societies and Polities (Spring, 1988).
- DURCHSLAG, Melvyn R. “*Federalism and Constitutional Liberties: Varying the Remedy to Save the Right*”, **New York University Law Review**, Volume 54 , Number 4, October 1979.
- E. D. G, Jr. and T. N. W, “*Federal Preemption: Governmental Interests and the Role of the Supreme Court*”, **Duke Law Journal**, Vol. 1966, No. 2 (Spring, 1966).
- EBERHARD, Harald, LACHMAYER, Konrad, “*Constitutional Reform 2008 in Austria: Analysis and Perspectives*”, **Vienna Journal on International Constitutional Law**, Vol 2, 2/2008.
- ECKSTEIN, Harry, (Çev.ÖZBUDUN, Ergun), “*A Theory of Stable Democracy*”, “Bir İstikrarlı Demokrasi Teorisi”, **Research Monograph**, Number 10, Center of International Studies, Princeton University, 1961.
- EDWARDS, Percy L, “*The Federal Judiciary and Its Attitude Towards the People*”, **Michigan Law Journal**, Vol. V, N: 6, 1896.

- ELAZAR, Daniel J, “*Althusius and Federalism as Grand Design*”, Jerusalem Center for Public Affairs, 1990, İnternet Kaynak: <http://www.jcpa.org/dje/articles2/althus-fed.htm>, Erişim Tarihi: 15-02-2012.
- ELAZAR, Daniel J, “**American Federalism: A View From the States**”, Harper & Row Publishers, Third Edition, USA, 1984.
- ELAZAR, Daniel J, “**Constitutionalizing Globalization: The Postmodern Revival of Confederal Arrangements**”, Rowman & Littlefield Publishers, USA, 1998.
- ELAZAR, Daniel J, “*Covenant & Polity in Biblical Israel: Biblical Foundations & Jewish Expressions The Covenant Tradition in Politics, Volume 1, Introduction*” Jerusalem Center for Public Affairs, “The Idea of Covenant”, İnternet Kaynak: <http://www.jcpa.org/dje/articles2/cov-althus.htm>, Erişim Tarihi: 17-07-2011.
- ELAZAR, Daniel J, “*Federal System of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*”, Jerusalem Center for Political Affairs, İnternet Kaynak: <http://jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, Erişim Tarihi:13-02-2011.
- ELAZAR, Daniel J, “**Federalism and the Way to Peace**”, Reflections Paper No:3, Institute of Intergovernmental Relations, Canada, 1994.
- ELAZAR, Daniel J, “*Federalism: An Overview*”, içinde, VILLIERS, DE Bertus, (Ed.), “**Federalism: Theory and Application**”, Human Sciences Research Council Publishers, Pretoria, 1995.
- ELAZAR, Daniel J, “*From Statism to Federalism: A Paradigm Shift*”, **Publius**, Vol. 25, No. 2, 1995.
- ELAZAR, Daniel J, “*Religious Diversity and Federalism*” **UNESCO 2001**. Published by Blackwell Publishers, USA, 2001.
- ELAZAR, Daniel J, “*Self-Rule and Shared-Rule*”, Jerusalem Center for Public Affairs, İnternet Kaynak: <http://jcpa.org/dje/articles3/fs1.htm>, Erişim Tarihi: 10/2/2010.
- ELAZAR, Daniel J, DWIGHT, S. James, HAWKINS, B. Robert, “**A Framework For Studying the Controversy Concerning the Federal Courts and Federalism**”, Advisory Commission on Intergovernmental Relations, USA, 1986.
- ELAZAR, Daniel J., “*Althusius and Federalism as Grand Design*”, **Publius: The Journal of Federalism**, 9 (4),1-8, 1979.
- ELAZAR, Daniel J., “**Exploring Federalism**”, University of Alabama Press, USA, 1987.
- ELAZAR, Daniel J., “*Federal Models of (Civil) Authority*”, **Journal of Church & Studies**, N: 33, 1991.
- ELAZAR, Daniel J., “*From the Editor of Publius: Courts, Communities and the New Federalism*”, **Publius**, Vol. 8, No. 4 (Autumn, 1978).
- ELAZAR, Daniel J., “*International and Comparative Federalism*”, **Political Science and Politics**, Vol. 26, No. 2, Jun, 1993.
- ELAZAR, Daniel J., “*The Multi-faceted Covenant: The Biblical Approach to the Problem of Organizations, Constitutions, and Liberty as Reflected in the Thought of Johannes Althusius*”, Jerusalem Center for Public Affairs Publications, İnternet Kaynak:<http://www.jcpa.org/dje/articles2/althus-fed.htm>, <http://www.jcpa.org/dje/articles2/cov-althus.htm>, Erişim Tarihi: 02/10/2011.
- ELAZAR, Daniel J., “*The Political Theory of Covenant: Biblical Origins and Modern Developments*”, **Publius**, Vol. 10, No. 4, Autumn, 1980.
- ELAZAR, Daniel, (Ed.) “**Federalism and Political Integration**”, University Press of America, USA, 1984.

- ELAZAR, Danilel J., “**Federalism and Political Integration**”, (Ed.), Turtledove Pub. University Press of America, The Jerusalem Center for Public Affairs, Lanham-New York-London, 1979.
- ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, MELTON, James, “**The Endurance of National Constitutions**”, Cambridge University Press, New York, 2009.
- ENDO, Ken, “*Subsidiarity & its Enemies: To What Extent Is Sovereignty Contested in the Mixed Commonwealth of Europe?*”, **Robert Schuman Centre for Advanced Studies: European Forum Series**, RSC No. 24, 2001.
- ENGELMANN Frederick C, SCHWARTZ, Mildred A, “*Perceptions of Austrian Federalism*”, **Publius**, Vol. 11, No. 1, 1981.
- English-Nepali Glossary of Federalism Terms*, **International Institute for Democracy and Electoral Assistance and the Forum of Federations**, 2009.
- EPSTEIN, David F, “**The Political Theory of the Federalist**”, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1986.
- EPSTEIN, Lee, SEGAL, Jeffrey A., “**Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments**”, Oxford University Press, USA, 2005.
- EPSTEIN, Lee, MARTIN, Andrew D., QUINN, Kevin M., SEGAL, Jeffrey A., “*Ideological Drift Among Supreme Court Justices: Who, When, And How Important?*”, **Northwestern University Law Review**, Vol. 101, No. 4. 2007.
- EPSTEIN, Richard A., GREVE, Michael S., “*Introduction: Preemption in Context*”, içinde, **Federal Preemption: States’ Powers, National Interests**, EPSTEIN, Richard A., GREVE, Michael S., (Eds.), The AEI Press, Publisher for the American Enterprise Institute, USA, 2007.
- ERBSEN, Allan, “*Horizontal Federalism*”, **Minnesota Law Review**, Vol. 93, 2008-2009.
- ERDOĞAN, Mustafa, “**Anayasal Demokrasi**”, Siyasi Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2004.
- ERGÜL, Ozan, “**Yeni Kurumsalci Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- ERHÜRMAN, Tufan, “**100 Soruda Kıbrıs’ta Federasyon**”, Işık Kitabevi, 1. Baskı, 2007, Lefkoşa-Kıbrıs.
- ERHÜRMAN, Tufan, “*Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, N: 61 (1), 2012.
- ERK, Jan, “*Review: Does Federalism Really Matter?*”, **Comparative Politics**, Vol. 39, No. 1, Oct, 2006.
- ERK, Jan, “*Austria: A Federation without Federalism*”, **Publius: The Journal of Federalism**, Vol. 34, Number 1, 2004.
- ERK, Jan, “**Explaining Federalism: State, society and congruence in Austria, Belgium, Canada, Germany and Switzerland**”, Routledge, USA-Canada, 2008.
- ERK, Jan, SWENDEN, Wilfried, “**New Directions in Federalism Studies**”, Routledge, USA-Canada, 2010.
- EROĞUL, Cem, “**Çağdaş Devlet Düzenleri**”, İmaj Yayıncılık, Ankara, İkinci Baskı, 1997.
- ESKRIDGE, William N. Jr., FERREJOHN, John, “*The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism*”, **Vanderbilt Law Review**, Vol. 47, Faculty Scholarship Series. Paper 3795, 1994.
- ESKRIDGE, William N. Jr., “*Vetogates, Chevron, Preemption*”, **Notre Dame Law Review**, Vol. 83, Issues:4, 2008.

- ESKRIDGE, William N. Jr., “*Vetogates*”, **Northwestern Law: Searle Center**, 25 Years of Law And Positive Political Theory: Past, Present and the Future, 2010, İnternet Kaynak: http://www.law.northwestern.edu/searlecenter/papers/Eskridge_Vetogates.pdf , Erişim Tarihi: 01-10-2012.
- ESSELMONT, Anna Lennox, “*Family Matters: The Role of Partisanship in Federal-Provincial Relations in Canada*”, **The University of Western Ontario, Graduate Program in Political Science**, School of Graduate and Postdoctoral Studies, , Canada, 2009, s. 300.
- ESTERLING, Kevin M, “*Does the Federal Government Learn from the States? Medicaid and the Limits of Expertise in the Intergovernmental Lobby*”, **Publius: The Journal of Federalism**, Volume: 39, Number 1, 2008.
- FABBRINI, Sergio, (Ed.), “**Democracy And Federalism İn The European Union And The United States: Exploring Post-National Governance**”, Routledge, USA- Canada, 2005.
- FALLETI, Tulia G, “**Decentralization and Subnational Politics in Latin America**”, Cambridge University Press, USA, 2010.
- FALLETI, Tulia G, CAMERON, Maxwell A, “*Federalism and the Subnational Separation of Powers*”, Table 2, **Publius**, Spring 2005.
- FARMER, Brian R, “**American Conservatism: History, Theory and Practice**”, Cambridge Scholar Press, 2005.
- FELD, Lars P, BASKARAN, Thushyanthan, “*Federalism Commission II – Recent Reforms of Federal-Länder Financial Relationships in Germany*”, İnternet Kaynak: <http://www.forumfed.org/en/pubs/2009-10-26-feld.pdf>, Erişim Tarihi:10-06-2011.
- FIELD, Martha A., “*The Differing Federalisms of Canada and The United States*”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 55: No. I, 1992.
- FILIPPOV, Mikhail, “*Riker and Federalism*”, **Constitutional Political Economy**, Vol: 16, 93–111, 2005.
- FILIPPOV, Mikhail, ORDESHOOK, Peter C, SHVETSOVA, Olga, “**Designing Federalism: A Theory of Self-Sustainable Federal Institutions**”, Cambridge University Press, USA, 2004.
- FLEINER, Thomas, “*Swiss Confederation*”, Forum of Federations Documents, İnternet Kaynak: <http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/Belgrade/Switzerland.pdf>, Erişim Tarihi: 20-02-2010.
- FOLEY, Kathleen E., “*Australian Judicial Review*”, **Washington University Global Studies Law Review**, Vol. 6, 2007.
- FOLLESDAL, Andreas, “*Federalism*”, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, EDWARD, N, (Ed.), Zalta, 2003, İnternet Kaynak: <http://ssrn.com/abstract=1704470>, Erişim Tarihi: 09-04-2011.
- FRANK, Tenney, “*Representative Government in the Ancient Polities*”, The Classical Journal, Vol. 14, No. 9, 1919, s. 544 vd. İnternet Kaynak: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/3396/Achaean-League>, Erişim Tarihi: 20-12-2011.
- FROSİNİ, Tommaso E, “**The Gamble of Fiscal Federalism in Italy**”, Forum of Federations, Occasional Paper Series Number 7, 2010.
- GABRIEL, Oscar W, “*Federalism and Party Democracy in West Germany*”, **Publius: The Journal of Federalism**, 19, (Fall 1989).

- GAGELER, Stephen, “*Foundations of Australian Federalism and the Role of Judicial Review*”, **Federal Law Review**, Vol: 17, 1987.
- GAGNON, Alain-G., BURGESS, Michael, Ed., “**Federal Democracies**”, Routledge, USA and Canada, 2010.
- GALLIGAN, B., “*Judicial Review in the Australian Federal System: Its Origin and Function*”, **Federal Law Review**, Vol. 10, 1979.
- GALLIGAN, Brian, WRIGHT, John S. F, “*Australian Federalism: A Prospective Assessment*”, **Publius: The Journal of Federalism**, V. 32, N. 2, Spring 2002.
- GAMPER, Anna, “*Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court's Ruling on Direct Democracy in Vorarlberg*”, **Publius: The Journal of Federalism**, Vol.33, N.1, 2003.
- GAMPER, Anna, “*Introduction to the Study of the Law of the Austrian Federal Constitution*”, **International Constitutional Law**, Vol 2, 2/2008.
- GAMPER, Anna, “*Judge Made Federalism? The Role Of The Constitutional Court In Austria*”, **International Association of Centres for federal Studies (IACFS)**, Conference Paper, www.federalimsi.it, 2005.
- GAMPER, Anna, “*On Loyalty and the (Federal) Constitution*”, **Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, Vol 4, 2/2010.
- GAMPER, Anna, “*On the Justiciability and Persuasiveness of Constitutional Comparison in Constitutional Adjudication*”, **Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, Vol.3, 2009.
- GARDBAUM, Stephen, “*Congress's Power to Preempt the States*”, **Pepperdine Law Review**, Vol. 33, 2005.
- GARDBAUM, Stephen A., “*The Nature of Preemption*”, **Cornell Law Review**, Vol. 79, 1994.
- GEORGE, B. Crutchfield, FRANTZ, L. Paul, BIRMELE, Jutta, “*The Dilemma of the European Union: Balancing the Power of the Supranational EU Entity against the Sovereignty of Its Independent Member Nations*”, **Pace Intertanional Law Review**, Vol: 9-111, 1997.
- GERVEN, Walter Van, “*Federalism in the US and Europe*”, **Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, www.icl-journal.com, Vol. 1, Number: 1/2007, s. 3.
- GIEGERICH, Thomas, “*Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliğin Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaştırılması İçin Benimsenen Usuller*”, **T.C. Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı 27, 2010.
- GILLET, H. Ransom, “**The Federal Government; Officers and Their Duties**”, Woolworth, Ainsworth & Company, USA, 1872.
- GINSBURG, Tom, DIXON, Rosalind, (Ed.) “**Comparative Constitutional Law**”, Edward Elgar Publishing Limited, UK-USA, 2011.
- GOLDMAN, Lawrence, (Ed.), “**The Federalist Papers**”, Oxford World’s Classics, Oxford University Press, USA, 2008.
- GOLDMAN, Lawrence, “**Alexander HAMILTON, James MADISON, and John JAY The Federalist Papers Edited with an Introduction and Notes**”, Oxford University Press, USA, 2008.
- GOTTERSON, RW, “*The Appointment of Judges*”, Third Annual Colloquium of the Judicial Conference of Australia, **The Judicial Conference of Australia**, 1998,

İnternet Kaynak: <http://www.jca.asn.au/colloquia/1999-1996/1999-1996.html>, Erişim Tarihi: 22-09-2008.

- GÖNENÇ, Levent, “*Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar*”, TEPAV Çalışma Metinleri, 2010, İnternet Kaynak: <http://www.tepav.org.tr/tr/haberler/s/1643>, Erişim Tarihi: 03-01-2012.
- GÖNENÇ, Levent, “*Siyaset Bilimi ve Anayasalar*”, **AÜSBF Dergisi**, C. 54, Sayı 3, 1999.
- GÖNENÇ, Levent, “**Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları**”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- GÖNENÇ, Levent, “*Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*”, **Tepav**, Anayasa Çalışma Metinleri 2, 2010.
- GÖZLER, Kemal, “**Anayasa Hukukunun Genel Esasları**”, Ekin Yayınevi, Beşinci Baskı, Bursa, Ekim 2011.
- GÖZLER, Kemal, “**Devletin Genel Teorisi**”, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2007.
- GÖZLER, Kemal, “**Genel Yönetim Teorisi**”, Bursa, Ekin Yayınları, 1. Baskı, 2007.
- GÖZLER, Kemal, “*Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı*”, **T.C Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 15, Ankara, 1998.
- GÖZTEPE, Ece, “*Anayasa Yargısı ve Demokrasi*”, **Toplum ve Bilim**, Sayı 123, 2012.
- GÖZTEPE, Ece, “**Avrupa Birliği’nin Siyasi Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu**”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- GRANNE, Michael Aaron, “*Two-Dimensional Federalism and Foreign Affairs Preemption*”, **Valparaiso University Law Review**, Vol.44, 2009-2010.
- GREER, Scott L.(Ed.), “**Territory, Democracy and Justice Regionalism and Federalism in Western Democracies**”, Palgrave Macmillan, New York, 2006.
- GROFMAN, Bernard, WITTMAN, Donald, “**The Federalist Papers and the New Institutionalism**”, Agathon Press, First Publish, New York, 1989.
- GUIBERNAU, Montserrat, “*Spain: A Federation in the Making*”, içinde, SMITH, Graham, “**Federalism: The Mutliethnic Challenge**”, Longman, London-New York, 1995.
- GUNLICKS, Arthur B, “**The Länder and German Federalism**” Manchester University Press, Manchester and New York, 2003.
- HADLEY Charles D, MORASS, Michael, NICK, Rainer, “*Federalism and Party Interaction in West Germany, Switzerland, and Austria*”, **Publius**, Federalism and Intergovernmental Relations in West Germany: A Fortieth Year Appraisal, Vol. 19, No. 4, 1989.
- HAKERİ, Hakan, “Amerikan Ceza Hukukuna Giriş”, 2008, İnternet Kaynak: http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=1, Erişim Tarihi: 20/12/2011.
- HAMMOND, S. John, “**Political Theory: An Encyclopedia of Contemporary and Classic Terms**”, GREENWOOD PRESS, London, 2009.
- HANKS, Peter, “*Inconsistent Commonwealth and State Laws: Centralizing Government Power In The Australian Federation*”, **Federal Law Review**, Vol. 16, 1986.
- HANSCHERL,Dirk, “*Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States-The Redistribution of Legislative Powers as a Viable Means?*”, **IACL Conference Paper**, Mannheim, 2006.
- HARRİS, Bede, “**A New Constitution For Australia**”, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 2002.

- HARUTYUNYAN, G, MAVCIC, A, "The Constitutional Review and Its Development in the Modern World: A Comparative Constitutional Analysis", Yerevan-Ljubljana, 1999, İnternet Kaynak: <http://www.concourt.am/english/library/cclibrary/index.htm>, Erişim Tarihi: 20-09-2009.
- HASDAY, Jill Elaine, "*Federalism and the Family Reconstructed*", **UCLA Law Review**, Vol: 45,1998.
- HAWKINS, Robert B, "*Federal Principles for Government Reorganization*", **Publius**, Vol. 8, No. 2, Government Reorganization and the Federal System (Spring,1978).
- HEGA, Gunther M., "*Between Reformstau and Modernisierung: The Reform of German Federalism since Unification*", **Conference on "Europeanization and Integration"**, EU Center of the University of Oklahoma, October 24 – 25, 2003.
- HEGG, Tim, "*The Covenant of Grant and Abrahimic Covenant*" **Regional Evangelical Theological Society**, 1989.
- HEYWOOD, Andrew, "**Political Theory: An Introduction**" Palgrave Macmillan, New York, Third Edition, 2004.
- HILLS, JR Roderick M., "*Against Preemption: How Federalism can Improve the National Legislative Process*", **New York University Law Review**, Volume 82 Number 1, April 2007.
- HOGG, Peter W., "*Paramountcy and Tobacco*", **Supreme Court Law Review**, 34 S.C.L.R. (2d), 2006.
- HOLZİNGER, Gerhart, "*Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru*", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt No. 26, 2009.
- HOMBURGER, Adolf, "*Judicial Review in the Contemporary World*", Reviewed work(s): *Judicial Review in the Contemporary World* by Mauro Cappelletti, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 120, No. 3 (Jan, 1972).
- HOWARD Robert M, GRAVES Scott E, FLOWER Julianne, "*State Courts, the U.S. Supreme Court, and the Protection of Civil Liberties*", **Law & Society Review**, Volume 40, Number 4, 2006.
- HOWARD, A.E. Dick. "*Hukukun Ne Olduğunu Belirlemek: Anayasa Uygunluğu Belirleyen Hakem Olarak Yüksek Mahkeme*", içinde "*Demokrasi ile ilgili Meseleler*", **ABD Dış İşleri Bakanlığı Yayınları, E Journal USA**, Nisan, s. 7.
- HUEGLIN, Thomas, "**Early Modern Concepts for a Late Modern World Althusius on Community and Federalism**", Wilfrid Laurier University Press, Canada, 1999.
- HUEGLIN, Thomas, "*Federalism at the Crossroads: Old Meanings, New Significance*", **Canadian Journal of Political Science**, Vol: 36:2, June 2003.
- HUEGLIN, Thomas, "*Government, Governance, Governmentality: Understanding the EU as a Project of Universalism*" içinde KOHLER-KOCH, Beate, EISING, Rainer, (Ed.) , "**The Transformation of Governance in the European Union**", Routledge, London,1999.
- HUEGLIN, Thomas, "*Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?*" **Publius**, Federalism as Grand Design, Vol. 9, No. 4, Autumn, 1979, s. 11.
- HUEGLİN, Thomas, "*Bottom-up Federalism: The Early Modern Contribution to Local Governance in a Globalizing World*", **Hokkaido University Graduate School of Law Institute for Law and Politics Papers**, İnternet Kaynak: <http://www.juris.hokudai.ac.jp/global-g/paper/4-09.pdf>. Erişim Tarihi: 22-09-2012.

- HUEGLİN, Thomas, “*Federalism at the Crossroads: Old Meanings, New Significance*”, **Political Science Faculty Publications**, Paper 2, 2003. İnternet Kaynak: http://scholars.wlu.ca/poli_faculty/2, Erişim Tarihi: 02-10-2012.
- HUPPMANN, Reinhold, “*Cases of Conflicts of Competence between State Powers before the Constitutional Court*”, “*The Procedure at The Austrian Constitutional Court in Cases Concerning Disputes Between Different Powers*” Austrian Constitutional Court, **European Commission for Democracy Through Law**, Venice Commission Seminar, Armenia, 1999.
- INMAN, Robert P., RUBINFELD, Daniel L., “*Rethinking Federalism*”, **The Journal of Economic Perspectives**, Vol. 11, No. 4, Autumn, 1997.
- IRVING, Helen, “*Drafting, design and gender*” içinde GINSBURG, Tom, DIXON, Rosalind, (Ed.) “**Comparative Constitutional Law**”, Edward Elgar Publishing Limited, UK-USA, 2011.
- JAEGER, R, BROß, S, “*Report of the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany*”, **Conference of European Constitutional Courts XIIth Congress**, 2001.
- JOHNSTAD, Tom, “*Co-operatives and Federations*”, **Journal of Co-operative Studies**, No 89, May 1997.
- KABOĞLU, İbrahim, “**Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**”, İmge Kitapevi, 4. Baskı, 2007.
- KABOĞLU, Ö. İbrahim, “*Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı*”, **T.C. Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Dergisi Yayınları**, Cilt. 15, 1998.
- KALAYCI, Hüseyin, “**Kanada-Quebec Sorunu. Çok kültürcülük, Kendi Kaderini Tayin, Milliyetçilik ve Federalizm**”, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2007.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, “*İngiliz Hukukunda İkincil Yasama*”, **Ankara Üniversitesi Siyasi Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, “*Anayasa Yargısının Önemli Sorunları*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 3-4, 1968.
- KATZ, Ellis, “*United States of America*”, içinde, AKHTAR, Majeed, (Ed.), “**Distribution of Powers and Responsibilities**”, McGill-Queen's University Press, Canada, 2005.
- KATZ, Ellis, “*United States of America*”, içinde, KAROS, BLINDENBACHER, (Eds.), “**Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**”, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006.
- KEFALE, Asnake, “**Federalism and Ethnic Conflict in Ethiopia: A Comparative Study of the Somali and Benishangul-Gumuz Region**” Leiden University Department of Political Science of the Leiden, Doctoral Thesis, 2009.
- KELEMEN, Daniel R, “*Federalism and Democratization: The United States and European Union in Comparative Perspective*”, içinde, MENON, Anand, SCHAIN, Martin, (Ed.), “**Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective**”, Oxford University Press, USA, 2006.
- KELLY, James B, MURPHY, Michael, “*Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism: Canada's Supreme Court as Meta-Political Actor*”, **Publius**, Spring 2005.
- KELSEN, Hans, “*Compulsory Adjudication of International Disputes*”, **The American Journal of International Law**, Vol. 37, 1943.
- KELSO, Charles D., KELSO, R. Randall, “*Swing Votes on the Current Supreme Court: The Joint Opinion in Casey and Its Progeny*”, **The Pepperdine Law Review**, V. 29, 2002.

- KINCAID, John, “*Comparative Observations*”, KINCAID, John, (Ed.), TARR, Allan, (Ed.), “**Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**”, McGill Queen University Press, Canada, 2005.
- KINCAID, John, “*Foreword: The New Federalism Context of the New Judicial Federalism*”, **Rutgers Law Journal**, Vol. 26, N:4, 1994-1995.
- KINCAID, John, TARR, G. Alan, (Ed.), “**Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**”, McGill-Queens University Press, Canada-USA, 2005.
- KING, Preston, “**Federalism and Federation**”, Baltimore, Johns Hopkins University Press, Biddles Ltd, Great Britain.
- KMIEC, Keenan D, “*The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*”, “**California Law Review**”, Vol. 92, No. 5, Oct, 2004.
- KOCH, Adrienne, AMMON, Harry, “*The Virginia and Kentucky Resolutions: An Episode in Jefferson's and Madison's Defense of Civil Liberties*”, **The William and Mary Quarterly**, Third Series, Vol. 5, No. 2, Apr, 1948.
- KOCH, Bettina, “*Johannes Althusius: Between Secular Federalism and the Religious State*”, içinde, WARD, Ann, WARD, Lee, (Ed.), “**The Ashgate Research Companion to Federalism**”, Ashgate Publishing Limited, USA, Canada, New England, 2009.
- KOMMERS, Donald P., “*German Constitutionalism: A Prolegomenon*”, **Emory Law Journal**, Vol. 40, 1991.
- KOOPMANS, Tim, “**Courts and Political Institutions: A Comparative View**”, Cambridge University Press, New York, 2003.
- KOPPENHAGEN, Silvia, “*German Federalism: An Interview Study On Past, Present And Future Developments*”. ARBETSRAPPORTER, Kulturgeografiska institutionen, Nr. 661, Uppsala, juni 2008.
- KOZINSKI, Alex, ENGEL, Steven A., “*Recapturing Madison's Constitution: Federalism without the Blank Check*”, içinde, EPSTEIN, David F, “**The Political Theory of The Federalist**”, The University of Chicago Press, USA-London, 1984.
- KRAMER, Jutta, “*Federal Republic of Germany*”, **Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**, KINCAID, John, TARR, G. Alan (Ed.), McGill-Queens University Press, Canada, 2005.
- KRAMER, Larry D, “*Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*”, **Columbia Law Review**, Vol. 100, No. 1, Centennial Issue, Jan, 2000.
- KRAMER, Larry D., “*But When Exactly Was Judicially Enforced Federalism “Born” In The First Place?*”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 22, 1998-1999.
- KUERSTEINER, Richard Lee, SULLIVAN, Paul M. Sullivan, “*Coastal Federalism: The Role of the Federal Supremacy Doctrine in Federal and State Conflict Resolution*”, **JAG Journal**, Issue 33, Summer 1984.
- L. L. T, “*Constitutional Law: Concurrent Power under the Eighteenth Amendment*”, **California Law Review**, Vol. 10, No. 1 (Nov., 1921).
- LAFOREST, Guy, “*The Historical and Legal Origins of Asymmetrical Federalism In Canada's Founding Debates: A Brief Interpretive Note*”, Queen's University **IIGR, School of Policy Studies Asymmetry Series**, 2005, s.1.
- LAKOFF, Sanford, “*Between Either/or and More or Less: Sovereignty versus Autonomy under Federalism*”, **Publius**, Vol. 24, No. 1, (Winter, 1994).
- LANG, Kaspar, “**Die Philosophie des Föderalismus**”, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1971.

- LARESEN, J. A. O, “*The Assembly of the Aetolian League*”, **Transactions and Proceedings of the American Philological Association**, Vol. 83 (1952), s. 9 vd.
- LEACH, Richard H, “*Canadian Federalism Revisited*”, **Publius**, Vol. 14, No. 1, Crisis and Continuity in Canadian Federalism (Winter, 1984), s. 17.
- LECLAIR, Jean, “*The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity*”, **Queen's Law Journal**, 28, 2002-2003.
- Lectric Law Library**, Bouvier's Legal Dictionary, a work published in the 1850's.
- LEE, Carol F, “*The Political Safeguards of Federalism? Congressional Responses to Supreme Court Decisions on State and Local Liability*”, **The Urban Lawyer**, VOL. 20 , No. 2, 1988.
- LEMKE, Thomas, “*Foucault, Governmentality, and Critique*”, **Rethinking Marxism: A Journal of Economics**, Volume 14, Number 3, 2002, s. 55.
- LEVITAN, David M, “*The Effect of the Appointment of a Supreme Court Justice*”, **University of Toledo Law Review**, Vol. 28, 1996-1997.
- LEVY, Leonard W., “*Judicial Review, History, And Democracy: An Introduction*”, İnternet Kaynak: <http://staffweb.wilkes.edu/kyle.kreider/Levy.doc>, Erişim Tarihi:05-01-2013.
- LIEB, Richard, “*Federal Supremacy and State Sovereignty: The Supreme Court's Early Jurisprudence*”, **Abi Law Review**, Vol. 15:3, 2007.
- LIJPHART, Arend, “**Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri**”, (Çev. ÖZBUDUN, Ergun, ONULDURAN, Ersin,), Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- LIJPHART, Arend, “**Demokrasi Motifleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları**”, (Çev.AYAS, Güneş, BULSUN, Umut Utku,), Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006.
- LIJPHART, Arend, “*Negotiation Democracy Versus Consensus Democracy: Parallel Conclusions and Recommendations*”, **European Journal of Political Research**, V.4, N.107–113, USA,2002.
- LIJPHART, Arend, “*Non-majoritarian Democracy: A Comparison of Federal and Consociational Theories*”, **Publius**, Vol. 15, Number 2, 1985.
- LIJPHART, Arend, “**Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries**”, New Haven and London, Yale University Press, 1999.
- LIJPHART, Arend, “**Thinking about Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice**”, Routledge, USA-London, 2008.
- LINDQUIST, Stefanie A, SOLBERG, Rorie Spill, “*Activism, Ideology, and Federalism: Judicial Behavior in Constitutional Challenges Before the Rehnquist Court, 1986–2000*”, **Journal of Empirical Legal Studies**, Volume 3, Issue 2, 237–261, July 2006.
- LINDQUIST, Stefanie A, SOLBERG, Rorie Spill, “*Judicial Review by the Burger and Rehnquist Courts: Explaining Justices' Responses to Constitutional Challenges*”, **Political Research Quarterly**, 2007.
- LIVINGSTON, William S, “*Note on the Nature of Federalism*”, **Political Science Quarterly**, Vol. 67, No. 1, 1952.
- LOHMANN, Susanne, “*Federalism and Central Bank Independence: The Politics of German Monetary Policy, 1957-92*”, **World Politics**, Vol. 50, No. 3 (Apr, 1998).

- Longman Dictionary of Contemporary English (4th Ed)**, Copyright Leejiaqi, Longman Company.
- LOWNDES, Joseph E, “**From the New Deal to the New Right : Race and the Southern Origins of Modern Conservatism**”, Yale University Press, USA, 2008.
- LOWRY, William, BAYBECK, Brady, “*Federalism Outcomes and Ideological Preferences: The U.S. Supreme Court and Preemption Cases*”, **Publius: The Journal of Federalism**, V. 30:3, Summer 2000.
- LUTZ, Donald S, “*From Covenant to Constitution in American Political Thought*”, **Publius**, Vol. 10, No. 4, Covenant, Polity, and Constitutionalism (Autumn, 1980).
- LÜTEM, İlhan, “*Cihanşümül Bir Federalizm'in Şartları ve Güçlükleri*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt., Sayı: 1951.
- MACDONALD, Patrick N., “*Peace, Order and Good Government: The Laskin Court in the Anti-Inflation Act Reference*”, **McGill Law Journal**, Vol. 23, 1977.
- MACINTYRE, Clement, WILLIAMS, M. John, “Commonwealth of Australia”, AKHTAR, Majeed, (Ed.), “**Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**”, s. 16.
- MACKAY, William R, “Legitimacy in a Federal System” *Federal Governance: A Graduate Journal of Theory and Politics*, 1:2, 2003. İnternet Kaynak: <http://cnfs.queensu.ca/federalgovernance/index.html>, Erişim Tarihi: 20-10-2010.
- MADISON, James, “Federalist No. 39: The Conformity of The Plan To Republican Principles”, *The Federalists*, İnternet Kaynak: <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed39.htm>, Erişim Tarihi: 20-09-2010.
- MADLAND, David, “*National Labor Relations Board Maintains Consistency in Preemption*”, Center for American Progress Action Fund, 2011, İnternet Kaynak: http://www.americanprogressaction.org/issues/2011/05/card_check.html, Erişim Tarihi: 20-03-2012.
- MAGNET, Joseph, “*Trade and Commerce Power*”, *Constitutional Law of Canada*, İnternet Kaynak: <http://www.constitutional-law.net/DivisionofPowersTopics-Trade&Commerce.htm>, Erişim Tarihi: 10-10-2012.
- MARC, Alexandre, “*New and Old Federalism: Faithful to the Origins*”, **Publius**, Vol. 9, No. 4, Federalism as Grand Design, Autumn, 1979.
- MARCHANT, Robert, “*United States Constitution Article I, Sections 8 and 10; Article 6; and the 10th Amendment: Federal Preemption of State Law*”, **Wisconsin Legislative Reference Bureau Publications**, Vol. III, No. 1, May 2003, İnternet Kaynak: <http://legis.wisconsin.gov/lrb/pubs/consthi/03consthiIII051.htm>. Erişim Tarihi: 03-05-2011.
- MATHEW, George, “*Republic of India*”, içinde, AKHTAR, Majeed, WATTS, Ronald L, BROWN, Douglas M., (Eds.), “**Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**”, McGill-Queen's University Press, Canada, 2005.
- MCCALLUM, Ron, “*Plunder Downunder: Transplanting The Anglo-American Labor Law Model To Australia*”, **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol. 26, 2005.
- MCCALLUM, Ron, “*The Australian Constitution and the Shaping of our Federal and State Labour Laws*”, **Deakin Law Review**, Volume 10, No 2, 2005.
- MCCALLUM, Ron, “*The Australian Constitution and the Shaping of our Federal and State Labour Laws*”, **Industrial Relations Society of New South Wales 46th Annual Convention**, Beyond the Centenaries, Rethinking Labour Relations, 2005.

- MCCCLORY, Toni, “*The Expansion of National Power*”, İnternet Kaynak: http://www.tonimccclory.com/wp-content/uploads/2010/06/Factsheet_Federal-Expansion.pdf, Erişim Tarihi: 09-10-2012.
- MCCORMICK, Peter, “**Supreme At Last: The Evolution of the Supreme Court**”, James Lorimer Company & Publishers, Canada, 2000.
- MCCOY, Charles S, “*Federalism: The Lost Tradition?*”, **Publius: The Journal of Federalism**, N: 31:2, 2001.
- MCCOY, Charles S, BAKER, J. Wayne, “**Fountainhead of Federalism: Heinrich Bullinger and the Covenantal Tradition**”, Westminster/John Knox Publishing, USA, 1991.
- MCDOWELL, Gary L, “*Were the Anti-Federalists Right? Judicial Activism and the Problem of Consolidated Government?*”, “**Publius**”, Vol. 12, No. 3 (Summer, 1982.
- MCLEAN, Iain, “*William H. Riker and the invention of Heresthetic(s)*”, **Public Choice Society Annual Meeting**, 2001.
- MENDELSON Nina A. “**Preemption and Theories of Federalism**”, *Choice: The Theory Law and Reality of Federalism’s Core Question*, BUZBEE W, (Ed.), Cambridge University Press, 2008, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 98, 2007.
- MENDELSON Nina A. “*Preemption and Theories Of Federalism*”, Public Law And Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 98, October 2007.
- MENDELSON, Nina A, “*A Presumption Against Agency Preemption*”, **Northwestern University Law Review**, Vol. 102, No. 2008.
- MENDELSON, Nina A., “*Chevron and Preemption*”, **Michigan Law Review**, Vol. 102, 2003-2004.
- MENON, Anand, SCHAIN, Martin, (Ed.), “**Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective**”, Oxford University Press, USA, 2006.
- METZGER, Gillian E., “*Federalism Under Obama*”, **William and Mary Law Review**, Vol. 53, 2011.
- MITRA, Subrata K, “*The Nation, State and the Federal Process in India*”, içinde, WACHENDORFER-SCHMIDT, “**Federalism and Political Performance**”, Routledge, London, 2000.
- MORELLI, Umberto, CASTALDI, Roberto, “*Perspectives on Federalism: Why a new journal?*”, **Perspectives on Federalism**, Vol. 1, Single Issue, 2009.
- MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J, (Ed.), “**Federal Nation: Perspectives on American Federalism**”, Palgrave Macmillan, USA, 2008.
- MORRIS, Alan “*Equity, Imbalance and Egalitarianism*”, içinde, SHAH, Anwar, BLINDENBACHER, Raoul, (Ed.), “**Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**”, McGill-Queen's University Press, 2006.
- MORSE, Oliver, “*Judicial Self Denial and Judicial Activism the Personality of the Original Jurisdiction of the Federal District Courts*”, **Cleveland-Marshall Law Review**, 1954.
- MUELLER, Dennis C, “**Constitutional Democracy**”, Oxford University Press, New York, 1996.
- MURPHY, Walter F., (Çeviren: KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer), “*Amerikan Yüksek Mahkemesine Düşen Görevlerde Değişmeler*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 31, Sayı 1-4, 1974.

- NAGEL, Robert F., “**The Implosion of American Federalism**”, Oxford University Press, 2001.
- NAPOLITANO, Andrew P, “**The Constitution in Exile**”, Thomas Nelson, Inc, 2006.
- NELSON, Calep, “*Preemption*”, **Virginia Law Review**, Vol. 86, 2000.
- NELSON, O. Jeffrey, “*Ten Books that Shaped America’s Conservative Renaissance*”, **Intercollegiate Studies Institute**, s. 18.
- NETHERCOTE, John, “Chapter Eleven: The Engineers' Case : Seventy Five Years On”, Upholding the Australian Constitution, Volume 6, Proceedings of the Sixth Conference of The Samuel Griffith Society, 1995, İnternet Kaynak: <http://www.samuelgriffith.org.au/papers/html/volume6/v6chap11.htm>, Erişim Tarihi: 20-11-2011.
- NEUBORNE, Burt, “*The Supreme Court of India*”, **International Journal of Constitutional Law**, Volume 1, Issue 3, July 2003.
- NICOLAIDIS, Kalypso, “*Constitutionalizing the Federal Vision?*”, içinde, MENON, Anand, SCHAIN, Martin, “**Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective**”, Oxford University Press, USA, 2006.
- NİRANJAN, V., “Interstate Trade and Commerce: The Doctrine of Proportionality Reaffirmed”, İnternet Kaynak: <http://www.indlaw.com/display.aspx?58B0AEB6-20B3-46BA-8CEF-21E8411C23EF>, Erişim Tarihi: 09-01-2013.
- NOONAN, John Thomas, “**Narrowing The Nation’s Power : The Supreme Court Sides With The States**”, University of California Press Berkeley and Los Angeles, California, USA, 2002..
- NORMAN, Wayne, “**Negotiating Nationalism: Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State**”, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- NORRIS, Pippa, “**Driving Democracy: Do power-sharing institutions work?**”, Cambridge University Press, Chapter 7, New York-Cambridge, 2008.
- O’FLYNN, Ian, RUSSELL, David, (Ed.), “**Power Sharing New Challenges for Divided Societies**”, Pluto Press, London, 2005.
- OATES, Wallace E, “*An Essay on Fiscal Federalism*”, **Journal of Economic Literature**, Vol. 37, No. 3, 1999.
- OBINGER, Herbert, LEIBFRIED, Stephan, CASTLES, Francis G. “**Federalism and the Welfare State New World and European Experiences**”, Cambridge University Press, UK, 2005.
- OBINGER, Herbert, LEIBFRIED, Stephan, CASTLES, Francis G., (Eds.), “**Federalism and the Welfare State: New World and European Experiences**”, Cambridge University Press, USA, 2005.
- OKERE, B. Obinna, Judicial Activism or Passivity in Interpreting the Nigerian Constitution, “**The International and Comparative Law Quarterly**”, Vol. 36, No. 4, Oct, 1987.
- ONAR, Erdal, “*Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*”, **AÜHF Yayınları**, Ankara, 2003.
- ORDESHOOK, Peter C., SHVETSOVA, Olga, “*Federalism and Constitutional Design*”, **Journal of Democracy**, Volume 8, Number 1, January 1997.
- OSAGHAE, Eghosa E, “*A Reassessment of Federalism as a Degree of Decentralization*”, **Publius**, Vol. 20, No. 1, Winter, 1990.

- OSTROM, Vincent, “*The Meaning of Federalism in "The Federalist": A Critical Examination of the Diamond Theses*”, **Publius**, Vol. 15, No. 1, Winter 1985.
- OSTROM, Vincent, “*Can Federalism Make a Difference?*”, **Publius**, Vol. 3, No. 2, The Federal Polity, Autumn, 1973.
- ÖDEN, Merih, “*Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*”, **AÜHFD**, Cilt : 43, Sayı: 1 – 4, 1993.
- ÖHLINGER, Theo, “*The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*”, **Ratio Juris**, Vol. 16, No. 2, June 2003.
- ÖNCEL, Muallâ, ÇAĞAN, Nami, KUMRULU, Ahmet, “**Vergi Hukuku**”, Cilt 1, Genel Kısım, 2. Basım, Ankara Üniveristesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 548, Ankara, 1985.
- ÖZBUDUN, Ergun, “*Ombudsmanlık ve Anayasa Mahkemesi: Kamu Denetçiliği ve Anayasa Mahkemesi*”, İnternet Kaynak: <http://www.ombudsman.gen.tr/makale/detay.asp?id=29>, Erişim Tarihi 27-02-2011.
- ÖZTÜRK, Fatih, “**Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**”, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- PAGANO, Michael A, “*In the Eye of the Beholder: The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems*”, içinde, PAGANO, Michael A, LEONARDI, Robert, “**The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems**”, Palgrave Macmillan, USA, 2007.
- PAGANO, Michael A, LEONARDI, Robert, (Eds.), “**The Dynamics of Federalism in National and Supranational Political Systems**”, Palgrave Macmillan, USA, 2007.
- PARIKH, Sunita, WEINGAST, Barry R, “*A Comparative Theory of Federalism: India*”, **Virginia Law Review**, Vol. 83, 1997.
- PARKER, Thomas, “*The Decapolis Reviewed*”, **Journal of Biblical Literature**, Vol. 94, No. 3, 1975.
- Particularism**, Merriam-Webster Collegiate Dictionary, Concise Oxford English Dictionary, (11th Edition).
- PATHAK, Shubhangi, “*Nature of the Indian Constitution:Judicial Exposition*”, İnternet Kaynak: <http://www.legalservicesindia.com/articles/c1onst.htm>, Erişim Tarihi: :18-10-2011.
- PATTERSON, C. Perry, “*Judicial Review as a Safeguard to Democracy*”, **The Georgetown Law Journal**, Vol. 29, 1940-1941.
- PAULSON, Stanley L., “*Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*”, **Ratio Juris**, Vol. 16, No. 2, June 2003.
- PAZARCI, Hüseyin, “**Uluslararası Hukuk Dersleri**”, II. Kitap, 6. Baskı, Ankara, 1999.
- PEACOCK, Anthony A., “**How to Read the Federalist Papers**”, The Heritage Foundation, USA, 2010.
- PELTASON, J.W, (Ed.) “**Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı**”, A.B.D. Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Bilgi Programları Bürosu, 2004, İnternet Kaynak: <http://usinfo.state.gov/>, Erişim Tarihi: 12-05-2010.
- PELTASON, J.W, (Ed.), “**About America: The Constitution Of The United States Of America with Explanatory Notes**”, The World Book Encyclopedia, 2004.

- PETERSON, Paul E, “**The Price of Federalism: A Twentieth Century Fund Book**”, The Brookings Institution Press, USA, 1995.
- PIERCE, Franklin, “**Federal Usurpation**”, D. Appleton and Company, New York, 1908.
- PINDER, John, “*Wheare’s Federal Government and Europe Today*”, **Essays**, 1996. İnternet Kaynak: http://www.thefederalist.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=141&Itemid=10&lang=en, Erişim Tarihi: 02/10/2010.
- PITTENGER, John C, “ *"Garcia" and the Political Safeguards of Federalism: Is There a Better Solution to the Conundrum of the Tenth Amendment?*”, **Publius**, Vol. 22, No. 1 (Winter, 1992).
- POIRIER, Johanne, “*The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective*”, **Public Law**, The Constitution Unit, Spring, July, 2001.
- POTTER, Kathleen O., “**The Federalist’s Vision of Popular Sovereignty in the New American Republic**”, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, 2002.
- PRAKASH, Saikrishna B., YOO, John C., “*The Origins of Judicial Review*”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 70, No. 3, Summer, 2003.
- PUDDINGTON, Arch, “Freedom in the World 2010: Erosion of Freedom Intensifies”, “*Freedom in the World 2010: Table of Independent Countries*”, İnternet Kaynak: <http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world-2010/introduction>. Erişim Tarihi: 20-10-2012.
- PUSHAW, Robert Jr. J, “*Bridging the Enforcement Gap in Constitutional Law: A Critique of the Supreme Court's Theory That Self-Restraint Promotes Federalism*”, **William and Mary Law Review**, Volume 46, Issue 4, Article 6, 2005.
- QUIRK, William, Randall BRIDWELL, “Judicial Dictatorship”, Transaction Publishers, USA, 2011.
- RAJASEKHARAI AH, A.M, “*Center-State Relations: Demand for State Autonomy*”, içinde, BHASKARA RAO, V, VENKATESWARLU, B, (Eds.), “**Parliamentary Democracy In India**”, Alka Enterprises, India, 1987.
- RAKOVE, Jack N, “*Judicial Federalism: A Quick Sketch*”, **OA H Magazine of History**, Organization of American Historians, Volume 13, No 1, Fall 1998.
- REAGAN, Ronald, “*Presidential Executive Order 12612*”, The White House October 26, 1987, Exec. Order No. 12612, 52 FR 41685, 1987 WL 181433 (Pres.), İnternet Kaynak: <http://reagan2020.us/federalism.asp>, Erişim Tarihi: 20-02-2010.
- REDDY, K. Jayasudha, JOSEPH, Joy V, “*Executive Discretion and Article 356 of the Constitution of India: A Comparative Critique*”, **Electronic Journal of Comparative Law**, Vol. 8.1, March 2004.
- REEL, Yeşim, “*Mekanizma Tasarımı Teorisi ve Uygulamaları*”, **Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi**, Sayı I, Cilt XXVIII.
- RICHARDS, Edward P, “*The Supreme Court Rules on Medical Device Liability - Or Does It?*”, IEEE Engineering in Medicine and Biology Magazine, 1997, İnternet Kaynak: <http://biotech.law.lsu.edu/IEEE/ieee25.htm>, Erişim Tarihi: 05-01-2011.
- RICHARDS, David A. J, “**Toleration and the Constitution**”, Oxford University Press, USA, 1986.
- RIEMER, Neal, “*Covenant and the Federal Constitution*”, **Publius**, Vol. 10, No. 4, Covenant, Polity, and Constitutionalism, Autumn, 1980.

- RIKER, William H, “*Six Books in Search of a Subject or Does Federalism Exist and Does It Matter?*”, **Comparative Politics**, Vol. 2, No. 1, Oct, 1969.
- RIKER, William, “**Federalism, Origin, Operations, Significance**”, Boston: Little, Brown and Co, 1964.
- RILEY, Patrick, “*Martin Diamond's View of The Federalist*”, **Publius: Dimensions of the Democratic Republic: A Memorial to Martin Diamond**, Vol. 8, No. 3, 1978.
- RILEY, Patrick, “*Three 17th Century German Theorists of Federalism: Althusius, Hugo and Leibniz*”, **Publius**, Vol. 6, No. 3, Americans and the Federal Principle: Some Reconsiderations.
- ROBBERS, Gerhard, (Ed.), “**Encyclopedia of World Constitutions**”, Facts On File, Inc., New York, 2007.
- RODDEN, Jonathan A, “**Hamilton’s Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism**” Cambridge University Press, 2nd Publish, USA, 2006.
- RODDEN, Jonathan, “*Comparative Federalism and Decentralization: On Meaning and Measurement*”, **Comparative Politics**, Vol. 36, No. 4, Jul, 2004.
- ROSS, G. W. C., “*The Constitutional Law of Federalism in the United States and Australia*”, **Virginia Law Review**, Vol. 29, 1942-1943.
- ROTHMAN, Rozann, “*The Impact of Covenant and Contract Theories on Conceptions of the U.S. Constitution*”, **Publius**, Vol. 10, No. 4, Covenant, Polity, and Constitutionalism, 1980.
- RUBIN, Edward, FEELY, M. Malcolm, “**Federalism: Political Identity and Tragic Compromise**”, The University of Michigan Press, 2008.
- RUMPF, Christian, UZAR, Gökçe, “Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası”, Kasım 2010, Alman Federal Meclisi Yayın Bölümü, s. 61-62. İnternet Kaynak: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>. Erişim Tarihi:01-02-2011.
- RUSSELL, Peter H., ZIEGEL, Jacob S., “*Federal Judicial Appointments: An Appraisal of the First Mulronney Government's Appointments and the New Judicial Advisory Committees*”, **University of Toronto Law Journal**, N:41, 1991.
- RUTKUS, Denis Steven, BEARDEN, Maureen, “Supreme Court Nominations, 1789 - 2009: Actions by the Senate, the Judiciary Committee, and the President”, Congressional Research Service, N: 7-5700, İnternet Kaynak: www.crs.gov, Erişim Tarihi:02-03-2012.
- RUYLE, Joy, “**Human Services and American Federalism: Tracing the Development of Some Critical Issues**”, PhD Thesis, Submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, Union Graduate School Yellow Springs, Ohio. 1978,
- SAGAR, Arun, “*Constitutional Interpretation in Federations and its Impact on the Federal Balance*”, **Perspectives on Federalism**, Vol. 3, issue 1, 2011.
- SAMAR, Vincent J, “Two Understandings of Supremacy: An Essay”, **Richmond Journal of Global Law & Business**, Vol. 9:4, 2010.
- SAMPLES, John, (Ed.), “**James Madison and The Future of Limited Government**”, Cato Institute, USA, 2002.
- SAMSON, S. Alan, “*Covenant Origins of the American Polity*”, **Liberty University Faculty Publications and Presentations**, Paper 5, İnternet Kaynak: http://digitalcommons.liberty.edu/gov_fac_pubs/5, s. 28, Erişim Tarihi: 12-02-2012.
- SARTORİ, Giovanni, “**Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**”, ÖZBUDUN, Ergun (Çev.), Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

- SAUNDERS, Cheryl, “*Commonwealth of Australia*”, içinde, KINCAID, John, TARR, G. Alan, (Eds.), “**Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**”, McGill-Queens University Press, Canada, 2006.
- SAUNDERS, Cheryl, “*Comparative Conclusions*”, içinde, “**Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries**” KINCAID, John, SAUNDERS, Cheryl, LE ROY, Katherine, (Eds.), International Association of Centers for Federal Studies, Forum of Federations, McGill-Queen's Press, Canada, 2006.
- SAUNDERS, Cheryl, “*Legislative, Executive, and Judicial Institutions: A Synthesis*”, içinde, KINCAID, John, SAUNDERS, Cheryl, LE ROY, Katherine, (Eds.), “**Legislative, Executive, And Judicial Governance in Federal Countries**”, McGill-Queens University Press, Canada, 2006.
- SAUNDERS, Cheryl. “*Constitutional Arrangements of Federal Systems*”, **Publius**, Vol. 25, No. 2, 1995.
- SAWER, Geoffrey, “*Constitutional Issues in Australian Federalism: Federalism in Australia: Current Trends*”, **Publius**, Vol. 7, No. 3, (Summer, 1977).
- SCHAPIRO, Robert A, “*Judicial Federalism and the Challenges of State Constitutional Contestation*”, **Penn State Law Review**, Vol. 15:4, 2012.
- SCHAPIRO, Robert A, “**Monophonic Preemption**”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 102, No. 2, 2008.
- SCHAPIRO, Robert A, “**Polyphonic Federalism: Toward the Protection of Fundamental Rights**”, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2009.
- SCHAPIRO, Robert A., “*Interjurisdictional Enforcement of Rights in a Post- Erie World*”, **William and Mary Law Review**, Volume 46, Issue 4, Article 9, 2005.
- SCHATTSCHEIDER, E. E, *The Semi-Sovereign People*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1966.
- SCHLEICHER, David, SWEDLOW, Brendon, (Eds.), “**Federalism and Political Culture**”, New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1998.
- SCHNEIDER, Hans-Peter, “*The Federal Republic of Germany*”, içinde, AKHTAR., Majeed, (Ed.), “**Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**”, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006.
- SCHNIZER, Johannes., “*The Austrian Constitutional Court*”, **Conference of European Constitutional Courts**, National report prepared for the XVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts: Constitutional Justice: Functions and Relationship with the Other Public Authorities.
- SCHÜTZE, Robert, “**From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law**”, Oxford University Press, 2009.
- SCHÜTZE, Robert, “**From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law**”, Oxford University Press, UK, 2009.
- SCHWAGER, Robert, “*Redistribution and Administrative Federalism*”, **The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economique**, Vol. 30, No. 4b, Nov., 1997.
- SELWAY, Bradley, WILLIAMS, John M., “*The High Court and Australian Federalism*”, **Publius: The Journal of Federalism**, Publius/Summer 2005.
- SHAH, Anwar, BLINDENBACHER, Raoul, (Ed.), “**Dialogues on the Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**”, McGill-Queen's University Press, 2006.
- SHAH, Anwar, “*Comparative Reflections on Emerging Challenges in Fiscal Federalism*”, içinde, KAROS, Abigail Ostien, BLINDENBACHER, Raoul, (Eds.), “**Dialogues on the**

- Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**”, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006.
- SHANE, Peter M, “*Federalism’s “Old Deal”*: What’s Right and Wrong With Conservative Judicial Activism”, **Villanova University Public Law and Legal Theory Working Paper**, N. 2000-4, 2000.
- SHAPIRO, Robert Y, PAGE, Benjamin I, “*Restraining the Whims and Passions of the Public*”, içinde, GROFMAN, Bernard, WITTMAN, Donald, (Eds.), “**The Federalist Papers and the New Institutionalism**”, Agathon Press, USA, 1989.
- SIMEON, Richard, PAPILLON, Martin, “*Canada*”, içinde, AKHTAR, Majeed, WATTS, Ronald L, BROWN, Douglas M., (Eds.), “**Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**”, McGill-Queen's University Press, Canada, 2005.
- SIMEON, Richard, PAPILLON, Martin, “*The Division of Powers In Canada: An Overview*”, **Institute of Federalism University of Fribourg Files**, İnternet Kaynak: www.federalism.ch/files/categories/IntensivkursII/Canadag2.pdf, Erişim Tarihi: 31-10-2011.
- SIMON, Yves, KUIIC, Vukan, “*Note on Proudhon's Federalism*” **Publius**, Vol. 3, No. 1, Spring, 1973.
- SINGH, Mahendra P., VERNEY, Douglas V, “*Challenges to India's Centralized Parliamentary Federalism*”, **Publius**, Vol. 33, No. 4, Emerging Federal Process in India (Autumn, 2003).
- SIMEON, Richard, PAPILLON, Martin, “*Canada*”, içinde, KINCAID, John, TARR, Alan, (Eds.), “**Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**”, McGill Queen University Press, Canada, 2005.
- SIMEON, Richard, RADINY, Beryl A., “*Reflections on Comparing Federalisms: Canada and the United States*”, **Publius: The Journal of Federalism**, Volume 40, Number 3, 2010.
- SKOUTARIS, Nikos, “*From Dual to Cooperative Federalism*”, **European Constitutional Law Review**, Vol.7, T.M.C.Asser Press and Contributors, 2011.
- SMILEY, Donald V., “*Federal-Provincial Conflict in Canada*”, **Publius**, Vol. 4, No. 3, Summer, 1974.
- SMITH, Jennifer, “*Definitions, Typologies and Catalogues: Ronald Watts On Federalism*”, **The Federal Idea: A Conference in Honour of Ronald L. Watts**, Conference Paper, Institute of Intergovernmental Relations Queen’s University, Kingston, 2007.
- SMITH, Jennifer, “**Federalism**”, UBC Press, Canada, 2004, s. 22.
- SMITHEY, Shannon Ishiyama, ISHIYAMA, John, “*Judicial Activism in Post-Communist Politics*”, “**Law & Society Review**”, Vol. 36, No. 4 (2002).
- SOANES, Catherine, STEVENSON, Angus, (Eds.), **Concise Oxford English Dictionary**, (11th Edition), Oxford University Press, 2003.
- SOLBERG, S. Rorie, LINDQUIST, A. Stefanie, “*Activism, Ideology, and Federalism: Judicial Behavior in Constitutional Challenges Before the Rehnquist Court, 1986–2000*”, **Journal of Empirical Legal Studies**, Volume 3, Issue 2, July 2006.
- SPRY, Max, “*The Executive Power of the Commonwealth: Its Scope And Limits*”, Law and Public Administration Group, Research Paper 28 1995-96, Australian Parliament Library, İnternet Kaynak: <http://www.aph.gov.au/About Parliament/Parliamentary Departments/Parliamentary Library/pubs/rp/RP9596/96rp28>, Erişim Tarihi: 09-2-2012.

- SRIDHAR, Madabhushi, “*Evolution and Philosophy behind the Indian Constitution*”, Inauguration of 87th Foundation Course for Central Civil Services Programme Publication, Dr. Marri Channa Reddy Human Resource Development Institute of Andhra Pradesh, s. 20. İnternet Kaynak: <http://www.hrdiap.gov.in/87fc/images11/4.pdf>. Erişim Tarihi: 28-10-2011.
- STANKOVIĆ, Marko, “*Judicial Review in the Federation and the Principle of Participation of Federal Units*”, **Instituto de Investigaciones Jurídicas Publications**, İnternet Kaynak: <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/8/150.pdf>, Erişim Tarihi:02-11-2011.
- STEIN, Michael B, “*Federal Political Systems and Federal Societies*”, **World Politics**, Volume 20, Issue 04, July 1968.
- STEPAN, Alfred, “*Toward a New Comparative Analysis of Democracy and Federalism: Demos Constraining and Demos Enabling Federations*”, All Souls College, Oxford University, **Federalism, Democracy, and Public Policy Conference**, Centro de Investigación y Docencia Económicas, Mexico, 1999.
- STEPHENS, G. Ross, WIKSTROM, Nelson, “**American Intergovernmental Relations: A Fragmented Federal Polity**” Oxford University Press, New York, 2007.
- STRAS, David R, “*New Politics of Judicial Appointments*”, **Texas Law Review**, Vol. 86, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-46, 2008.
- SUKSİ, Markku, “**Sub-State Governance through Territorial Autonomy**”, Springer, Berlin-Heidelberg, 2011.
- Supreme Court of India Practice & Procedure, A Handbook of Information*, Third (Revised) Edition 2010.
- SUSTEIN, Cass R., SCHKADE, David, ELLMAN, Lisa M., SAWICKI, Andres, “**Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**”, Brookings Institution Press, USA, 2006.
- SUTTON, Peter, “**Native Title in Australia An Ethnographic Perspective**”, Cambridge University Press, UK, 2003.
- SWENDEN, Wilfried, “*Asymmetric Federalism and Coalition-Making in Belgium*”, **Publius: The Journal of Federalism**, N: 32:3, Summer 2002.
- SWENDEN, Wilfried, “**Federalism and Regionalism in Western Europe: A Comparative and Thematic Analysis**”, Palgrave Macmillan, USA, 2006.
- SWINTON, Katherine, “*Federalism Under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada*”, **Law and Contemporary Problems**, 55, 1992.
- ŞAHİN, Ergin, “**Siyaset ve Hukuk Arasında Anayasa Mahkemesi**”, İz Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ŞENOCAKLI, Şener, “**Federalizm ve Kıbrıs Uyuşmazlığı**”, Tutku Yayınları, Ankara, 2003.
- TANGUAY, Yves, BROUILLET, Eugénie, “*The Legitimacy of Constitutional Arbitration in a Multinational Federative System: The Case of the Supreme Court of Canada*” Special Series on The Federal Dimensions Of Reforming The Supreme Court of Canada, **Institute of Intergovernmental Relations School of Policy Studies**, Queen’s University, SC Working Paper 2010 – 07.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “**1982 Anayasasına Göre: Türk Anayasa Hukuku**”, Beta Yayınları, 9. Basım, İstanbul, 2009.

- TANSILL, Charles C, (Ed.), “Report of Proceedings in Congress; February 21, 1787”, Documents Illustrative of the Formation of the Union of the American States, Government Printing Office, House Document No. 398, 1927, İnternet Kaynak: Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy, İnternet Kaynak: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/const04.asp, Erişim Tarihi: 20-10-2011.
- TARLTON, Charles D, “*Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*”, **The Journal of Politics**, Vol. 27, No. 4, Nov, 1965.
- TARR, G. Alan, “*Comparative Reflections*”, içinde, BLINDENBACHER, Raoul, OSTIEN, Abigail, (Eds.), “**A Global Dialogue On Federalism Booklet Series Volume I: Dialogues on Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**”, McGill-Queen’s University Press, Canada-UK, 2005.
- TAYLOR, Greg, “*Federalism in Australia*”, **Vienna Online Journal on International Constitution Law**, Vol. 4, 2/2010.
- TAYLOR, Gregory, “**Characterisation in Federations: Six Countries Compared**”, Springer, First edition, UK, 2005.
- TAYLOR, Quentin, “*A System without a Precedent: The Federalism of the Federalist Papers*”, WARD, Ann, WARD, Lee, (Ed.), “**The Ashgate Research Companion to Federalism**”, Ashgate Publishing Limited, USA-Canada-New England, 2009.
- TEZİÇ, Erdoğan. “**Anayasa Hukuku**”, İstanbul, Beta Yayınları, 10. Bası, 2005.
- The Economist, “*Germany’s Federal Constitution Untangling The System*”, V.369, N.8349, November 8th-14th 2003, İnternet Kaynak: <http://www.economist.com/node/2193330>, Erişim Tarihi: 02-03-2012.
- THORLAKSON, Lori, “*Comparing Federal Institutions: Power and Representation in Six Federations*”, **West European Politics**, Routledge Publishing, 26:2, 2003.
- THORPE, F. Newton, (Ed.), “The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America”, “*Constitution of Pennsylvania, September 28, 1776*”, İnternet Kaynak: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/pa08.asp, Erişim Tarihi:02-10-2011.
- THORPE, F. Newton, “*The Constitutional History of the United States 1765-1895*”, Volume III, 1861-1895, USA, 1970.
- TILLER, Emerson H, CROSS, Frank B. “*The Three Faces of Federalism: An Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence*”, **Southern California Law Review**, Vol. 73:741 , 2000.
- TILLIN, Louise, “*United in Diversity? Asymmetry in Indian Federalism*”, **Publius: The Journal of Federalism**, Volume 37, Number 1, 2006, s. 62.
- TREISMAN, Daniel, “*Defining and Measuring Decentralization: A Global Perspective*”, sscnet.ucla.edu, unpublished manuscript, 2002, İnternet Kaynak: <http://www.sscnet.ucla.edu/polisci/faculty/treisman/Papers/defin.pdf>, Erişim Tarihi: 20-06-2011.
- TROCHEV, Alexei, “*Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia*”, **Law & Society Review**, Volume 38, Number 3, 2004.
- TSEBELIS, George, “*Veto Players and Institutional Analysis*”, **Governance: An International Journal of Policy and Administration**, Vol. 13, No. 4, Blackwell Publishers, October 2000.

- TSEBELIS, George, “**Veto Players:How Political Institutions Work**”, Forthcoming Princeton UP and Russell Sage Foundation, UCLA, USA, 2001.
- TSEBELIS, George, MONEY, Jeannette, “**Bicameralism**”, Cambridge University Press, London, 1997.
- TUNÇ, Hasan, “**Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı : Denetimin Kapsamı ve Organları**”, Yetkin Yayınları, 1997.
- TURHAN, Mehmet, “**Anayasal Devlet**”, Naturel Yayınevi, Ankara, 2003.
- TUSHNET, Mark, “*Judicial Enforcement of Federalist-Based Constitutional Limitations: Some Skeptical Comparative Observations*” **Emory Law Journal**, Vol. 57, 2007.
- TUSHNET,Mark, “**Taking the Constitution Away from the Courts**”, Princeton University Press,USA, 1999.
- TWOMEY, Anne, “*The Involvement of Sub-National Entities in Direct and İndirect Constitutional Amendment within Federations*”, s. 123.
- ULUSOY, Ahmet, AKDEMİR, Tekin, “*Yerel Yönetimler ve Mali Özerklik: Türkiye ve OECD Ülkelerinin Karşılaştırmalı Analizi*”, **Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 12, Sayı 21, Haziran 2009, s. 260.
- ULUŞAHİN, Nur, “**Başkanlık Sistemi**”, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.
- UMBACH, Maiken, (Ed.), “**German Federalism Past, Present, Future**”, Palgrave, 2002.
- United States; Advisory Commission on Intergovernmental Relations, “*A Framework For Studying The Controversy Concerning The Federal Courts And Federalism*”, UNT Digital Library, Washington, D.C., 1986. İnternet Kaynak: <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc1245/>, Erişim Tarihi: 03-09-2010.
- URAN, Peri, “**Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasi Tarihindeki Yeri**”, Yetkin, Ankara, 2008.
- UYGUN, Oktay, “**Federal Devlet**”, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- VAUBEL, Roland, “*Constitutional Safeguards Against Centralization in Federal States: An International Cross-Section Analysis*”, **Constitutional Political Economy**, Kluwer Academic Publishers, 7,1996.
- VERCHICK, Robert R.M, MENDELSON, Nina, “*Preemption and Theories of Federalism*”, içinde, BUZBEE, William W, (Ed.), “**Preemption Choice: The Theory, Law, and Reality of Federalism’s Core Question**”, Cambridge University Press, USA-UK, 2009.
- VERCHICK, Robert, MENDELSON, Nina A, “*Preemption and Theories of Federalism*”, University of Michigan Law School, **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, Paper No. 98, 2007.
- VERMA, S.K., “*India:Basic Information for Legal Research*”, **Indian Law Institute**, Edited by Institute of Developing Economies (IDE-JETRO), 2002.
- VERNEY, Douglas V, “*Federalism, Federative Systems, and Federations: The United States, Canada, and India*”, **Publius**, Vol. 25, No. 2 (Spring, 1995).
- VERSLUIS, Arthur, “*Secession and American Federalism*”, **Modern Age**, Summer 2007.
- VILE, John R., “**Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law**”, Fifteenth Edition, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, New York- UK.

- VILLIERS, DE Bertus, (Ed.), “**Federalism: Theory and Application**”, Human Sciences Research Council Publishers, Pretoria, 1995.
- VOLDEN, Craig, “*Origin, Operation, and Significance: The Federalism of William H. Riker*”, **Publius: The Journal of Federalism**, N: 34:4, 2004.
- WACHENDORFER-SCHMIDT, Ute, (Ed.), “**Federalism and Political Performance**”, Routledge, London, 2000.
- WALKER, Geoffrey de Q, “*Ten Advantages of a Federal Constitution and How to Make the Most of Them*”, **The Centre of Independent Studies Publications**, 2001.
- WALUCHOW, W. J., “**A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree**”, Cambridge University Press, USA, 2007, s. 22.
- WANI, Ibrahim J., “*Borrowing Statutes, Statutes of Limitations and Modern Choices of Law*”, **UMKC Law Review**, Vol. 57, 1988-1989.
- WARD, Ann, WARD, Lee, (Ed.), “**The Ashgate Research Companion to Federalism**”, Ashgate Publishing Limited, USA-Canada-New England, 2009.
- WATTS, Ronald L, “*A Comparative Perspective on Asymmetry in Federations*”, **IIGR, Queen’s University Asymmetry Series**, 2005.
- WATTS, Ronald L, “*Federal Second Chambers Compared*”, **Institute of Intergovernmental Relations School of Policy Studies**, Queen’s University, Working Paper 02, 2008.
- WATTS, Ronald L, “*Federalism, Federal Political Systems, and Federations*”, **Annual Reviews Political Science**, V. 1:117-37, 1998.
- WATTS, Ronald L, “*The Contemporary Relevance of the Federal Idea*”, **Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal**, 109, 1995.
- WATTS, Ronald L, “*The Historical Development of Comparative Federal Studies*”, Working Paper, **IIGR**, Queen’s University, Kingston, 2007.
- WATTS, Ronald L., “*Comparative Conclusion: A Fundamental Feature of Federations*”, **Forum of Federations, International Association Centers for Federal Studies Publications**, 2006.
- WATTS, Ronald L., “*Comparative Conclusion*”, içinde, AKHTAR, Majeed, WATTS, Ronald L, BROWN, Douglas M, (Eds.), “**Global Dialogue on Federalism Volume 2: Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**”, McGill-Queen’s University Press, Canada, 2006.
- WATTS, Ronald L., “*Comparative Conclusions*”, Forum of Federations, İnternet Kaynak: <http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/Intensivkurs%20III/comparativeg2.pdf>, Erişim Tarihi:18-02-2011.
- WATTS, Ronald L., “*Comparative Federalism and Federation: Competing Traditions and Future Directions by Michael Burgess; Alain-G. Gagnon*”, **Publius**, Federal Preemption, Vol. 23, No. 4, 1993.
- WATTS, Ronald L., “**Comparing Federal Systems in the 1990s**”, Institute of Intergovernmental Relations Queen's University, Canada, 1996.
- WATTS, Ronald L., “*Executive Federalism: A Comparative Analysis*”, **Institute of Intergovernmental Relations**, Canada, 1989.
- WATTS, Ronald L., “*Models of Federal-Power Sharing*”, **International Social Science Journal**, Volume 53, Issue 167, March 2001.

- WATTS, Ronald L., “*Origins of Cooperative and Competitive Federalism*”, içinde, GREER, Scott L., (Ed.), “**Territory, Democracy and Justice Regionalism and Federalism in Western Democracies**”, Palgrave Macmillan, New York, 2006.
- WATTS, Ronald L., “*Participation of Federated Entities in Federal Policy-Making*”, Seminar on Minorities, 2005, İnternet Kaynak: <http://www.federalism.ch/files/categories/SummerUniversity/participationoffederatedentitiesinpolicymaking.pdf>, Erişim Tarihi: 26.9.2011.
- WECHSLER, Herbert, “*The Courts and the Constitution*”, **Columbia Law Review**, Vol. 65, No. 6, Jun, 1965.
- WECHSLER, Herbert, “*The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*”, **Columbia Law Review**, Vol. 54, No. 4, 1954.
- WEIDEN, David Lee, “**Judicial Decision-Making In Comparative Perspective: Ideology, Law And Activism In Constitutional Courts**”, Faculty of the Graduate School of the University of Texas at Austin, Doctor of Philosophy, May, 2007.
- WEILER, J. H. H., “*In Defence of the Status Quo: Europe’s Constitutional Sonderweg*”, içinde, WIND, Marlene, (Ed.), “**European Constitutionalism Beyond the State**”, Cambridge University Press, UK, 2003.
- WEINBERG, Louise, “*The Federal-State Conflict Of Laws: ‘Actual’ Conflicts*”, V: 70, **Texas Law Review**, 1992.
- WEIDEN, David L., “*Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia*”, **Political Research Quarterly**, Vol. 64, No. 2, 2011.
- WESTERFIELD, Marilyn P, “*Federal Preemption And The FDA: What Does Congress Want?*”, **Cincinnati Law Review**, Vol. 58, 1989-1990.
- WHEARE, K.C, “**Federal Government**”, Oxford University Press, 2nd Edition, Oxford, 1951.
- WIEDERIN, Ewald, “**Bundesrecht und Landesrecht**”, Springer-Verlang, Wein-New York, 1995.
- WILLIAMS John M, MACINTYRE, Clement, “*Commonwealth of Australia*”, **International Associations of Centers for Federal Studies**, Forum of Federations An International Network on Federalism.
- WILLIAMS, John M., “*The Constitution and Workplace Relations Act 1996 - [2006]*”, Vol. 16(2), **The Economics and Labour Relations Review**, 61-84, 2006.
- WILLIAMS, John M., MACINTYRE, Clement, “*Commonwealth of Australia*”, içinde, KINCAID, John, (Ed.), TARR, Allan, (Ed.), “**Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries**”, McGill-Queen's University Press, Montreal and Kingston, 2005.
- WILLIAMS, John M., MACINTYRE, Clement, VAN, Hugues Marc, “*Commonwealth of Australia*”, içinde, AKHTAR, Majeed, (Ed.), “**Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**”, McGill-Queen's University Press, 2005.
- WILTSHIRE, Kenneth, “*Australia's New Federalism: Recipes for Marble Cakes*”, **Publius**, Vol. 22, No. 3, The State of American Federalism, 1991-1992.
- WILKERSON, William R., “**The New Judicial Federalism, State Supreme Courts, and Regulatory Takings Decisions, 1975-1994**”, A Dissertation University at Albany, State

- University of New York, Nelson A. Rockefeller College of Public Affairs and Policy Department of Political Science, **UMI Number: 9728790**, USA, 1997.
- WILLIAMS, John M., MACINTYRE, Clement, “*Commonwealth Of Australia*”, içinde, AKHTAR Majeed, WATTS, Ronald L., BROWN, Douglas M. (Eds.), “**Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries**”, McGill-Queen's University Press, Canada, 2006.
- WOODBURY, Westel, “**The Constitutional Law of the United States**”, Baker, Voorhis & Company USA, 1910. İnternet Kaynak:<http://chestofbooks.com/society/law/The-Constitutional-Law-Of-The-United-States/41-Exclusive-And-Concurrent-Federal-Powers.html#ixzz2HIJ7j6Am>, Erişim Tarihi: 10-12-2012.
- WRIGHT John S. F, “*Anglicizing the United States Constitution: James Bryce's Contribution to Australian Federalism*”, **Publius: The Journal of Federalism**, Vol. 31, Number 4, (Fall 2001).
- YARBROUGH, Tinsley E, “**The Rehnquist Court and the Constitution**”, Oxford University Press, 2000, USA.
- YOO, John C, “*Judicial Review and Federalism*”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Fall 98, Vol. 22, Issue 1, 1998.
- YOO, John C, “*Judicial Safeguards of Federalism*”, **Southern California Law Review**, Vol. 70, 1996- 1997.
- YOO, John C., “**The Puzzling Persistence of Process-Based Federalism Theories**”, University of California Berkeley, Boalt Working Papers in Public Law, Boalt Hall, UC Berkeley, USA, 2001.
- ZIEGLER, Late, Harmon, DYE, Thomas R., “**The Irony of Democracy: An Uncommon Introduction to American Politics**”, Fourteenth Edition, Wadsworth Cengage Learning, USA, 2009.
- ZIMMERMAN, “**Contemporary American Federalism: The Growth of National Power**”, Second Edition, State University of New York Press, USA, 2008.
- ZIMMERMAN, Joseph F, “**Congressional Preemption : Regulatory Federalism**”, State University of New York Press, USA, s. IV, 2005.
- ZIMMERMAN, Joseph F., “**Interstate Disputes: The Supreme Court’s Original Jurisdiction**”, State University of New York Press, USA, 2006.
- ZIMMERMAN, Joseph F., “*National-State Relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century*”, **Publius: The Journal of Federalism**, 31:2, Spring 2001.
- ZIMMERMAN, Joseph, “*Congressional Devolution of Power*”, içinde, MORGAN, Iwan W, DAVIES, Philip J, (Ed.) “**The Federal Nation: Perspectives on American Federalism**”, Palgrave Macmillan, USA, 2008.

Diğer Kaynaklar:

- “1776 Delaware Constitution”, The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy, Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, İnternet Kaynak: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/de02.asp. Erişim Tarihi: 02-10-2011.
- “1776 Pennsylvania Constitution”, İnternet Kaynak: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/pa08.asp, Erişim Tarihi:02-10-2011.
- “About the Justices”, High Court of Australia, İnternet Kaynak: <http://www.hcourt.gov.au/justices/about-the-justices>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.
- “Aktueller Sitzplan des Bundesrates”, Ulusal Meclis Resmi Web Sayfası: <http://www.parlament.gv.at/index.shtml>, Erişim Tarihi:12-11-2012.

- “Annals of Cong. 1897 (1791)”, Metne ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.gpoaccess.gov/constitution/html/amdt10.html>, Erişim Tarihi:02/12/2011.
- “Australasian Legal Information Institute”, İnternet Adresi: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/, Erişim Tarihi: 12-09-2012.
- “Australian Constitution”, İnternet Kaynak: <http://australianpolitics.com/articles/constitution/full-text-of-the-australian-constitution-as-amended>, Erişim Tarihi:6-12-2010.
- “Australian Constitution”, İnternet Kaynak: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/s52.html, Erişim Tarihi: 01-02-2010.
- “Australian Federalism”, *Australian Politics*, 1999, İnternet Kaynak: <http://australianpolitics.com/key-terms/federalism>, Son Erişim Tarihi: 10/12/2011.
- “Australian Government”, İnternet Kaynak: <http://australia.gov.au/about-australia/our-government/state-and-territory-government>, Erişim Tarihi: 10-12-2010.
- “Australian Parliament”, İnternet Kaynak: www.aph.gov.au, “Australian Election Commision”, İnternet Kaynak: www.aec.gov.au, “High Court of Australia”, İnternet Kaynak: www.hcourt.gov.au.
- “Austria Constitution”, İnternet Kaynak: http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html#A015_, Erişim Tarihi: 20/12/2011.
- “Austrian Constitution”, International Constitutional Law Countries, İnternet Kaynak:http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html, Erişim Tarihi: 02-20-2010.
- “Austrian Constitution”, Published by the Federal Press Service, Herausgegeben vom Bundespressdienst Wien 2000, İnternet Kaynak: www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/.../englishverfassung.pdf, Son Erişim Tarihi:27-12-2011,
- “Austrian Constitution”,İnternet Kaynak: http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html. Erişim Tarihi 27-02-2011.
- “Avusturya Anayasası”, Boğaziçi Avukatları Derneği, AB Üyesi Ülkelerde Anayasalar.
- “Bundesrat”, Almanya Federal Konseyi:İkinci Meclis, İnternet Kaynak: http://www.bundesrat.de/cln_330/nn_11006/EN/organisation-en/laender-en/laender-en-inhalt.html?_nnn=true, Erişim Tarihi: 10-12-2010.
- “Chapter Four Judicial Federalism”, *The Judicial Conference of the USA Papers*, İnternet Kaynak : <http://www.uscourts.gov/>, Erişim Tarihi: 14-05-2010.
- “Canadian Charter of Rights and Freedoms”, Constitution Act, 1982, Part I, İnternet Kaynak: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>, Erişim Tarihi: 03-10-2012.
- “Canada Constitutional Law Summary”, Summary of AEECLSS Meetings, İnternet Kaynak: <http://www.aeeclss.org/en/academic/summaries>, Erişim Tarihi:04-10-2012.
- “Canada Government”, Kanada Hükümeti, İnternet Kaynak: <http://canada.gc.ca/othergov-autregouv/prov-eng.html>, Erişim Tarihi: 10-12-2010.
- “Card Check” İnternet Kaynak:http://www.americanprogressaction.org/issues/2011/05/card_check.html, Erişim Tarihi:02-02-2012.
- “Coalition Agreement Receives Mixed Reactions from Employers and Trade Unions” <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/11/feature/de0511205f.htm>, 2005, Erişim Tarihi:10/06/2011.

- “Commonwealth Of Australia Constitution Act – Notes (The Constitution)”, Australasian Legal Information Institute, (AustLII), Notes 1, s. 49. İnternet Kaynak: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/notes.html, Erişim Tarihi: 20-09-2011.
- “Commonwealth of Australia Constitution Act”, Australian Legal Information Institute (AustLII), İnternet Kaynak: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/coaca430/, Erişim Tarihi:02-10-2010.
- “Constitution Act, 1867”, Department of Justice Canada, İnternet Kaynak: <http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/FullText.html>, Erişim Tarihi:10-12-2010.
- “Constitution of India” (Uptodated upto 92nd Amendment Acts)” Hindistan Anayasasının İngilizce Orjinal Metni, İnternet Kaynak: <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>, Erişim Tarihi: 02/10/2011.
- “Constitution of Jammu Kashmir”, İnternet Kaynak: <http://www.vakilno1.com/bareacts/Constitution/S408.htm>, Erişim Tarihi:10-11-2012.
- “Constitutional Court Act 1953 – VfGG”, İnternet Kaynak: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/justices1.html>, Erişim Tarihi: 22-09-2011.
- “Constitutional Keyword”, Center for Constitutional Studies, İnternet Kaynak: <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/keywords/?id=69>, Erişim Tarihi: 18-11-2012.
- “Demokrasi ile ilgili Meseleler” *ABD Dış İşleri Bakanlığı Yayınları*, E Journal USA, Nisan Cilt 10, Sayı 1, 2005. İnternet Kaynak: <http://www.america.gov/media/pdf/ejs/0405ejtu.pdf>, Erişim Tarihi:07-09-2010.
- “Division of Powers”, *Presidency of European Union*, Austria 2006, İnternet Kaynak: http://www.eu2006.at/en/About_the_EU/Project_Constitutional_Treaty/Strengthening_of_civil_rights.html , Erişim Tarihi: 12-08-2011.
- “Eurojargon”, Avrupa Birliği Resmi Web Sayfası, İnternet Kaynak: http://europa.eu/abc/eurojargon/index_de.htm, Erişim Tarihi: 02-09-2012.
- “FDIC”, İnternet Kaynak: <http://en.wikipedia.org/wiki/FDIC>, Erişim Tarihi: 30.06.2011.
- “Federal Labor Law”, *Congressional Digest*, June-July 1993, İnternet Kaynak: <http://history.eserver.org/us-labor-law.txt>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.
- “Federalism - Judicial Review”, İnternet Kaynak: <http://law.jrank.org/pages/6816/Federalism-Judicial-Review.html>,Erişim Tarihi: 20-10-2011.
- “Forum for Federations” İnternet Kaynak: http://www.forumfed.org/en/federalism/by_country/index.php, Erişim Tarihi: 02-09-2011.
- “Freedom House”, 2010, “Checklist Questions and Guidelines”, “Methodology”, İnternet Kaynak:<http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world-2010/methodology>.
<http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2010>. Erişim Tarihi: 02-10-2012.
- “German Constitution” İnternet Kaynak: <http://www.constitution.org/cons/germany.txt>,
<http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000.html>, Erişim Tarihi: 02-03-2011.
- “Great Seal”, İnternet Kaynak:http://en.wikipedia.org/wiki/Great_Seal_of_Canada, Erişim Tarihi: 09-10-2011.
- “History and Organization of the Federal Judicial System”, İnternet Kaynak: <http://www.america.gov/st/usg-english/2008/May/20080522212957eafas0.9853327.html>, Erişim Tarihi: 14-05-2009.

- “House Committee Seeks to Stop NLRB from Implementing New Election Rules”
<http://www.laborrelationstoday.com/2011/10/articles/nlrbrulemaking/house-committee-seeks-to-stop-nlrb-from-implementing-new-election-rules/>. Erişim Tarihi: 20-4-2012.
- “India Council of State”, “Indian Second Chambers”, Rajya Sabha:Council of States, İnternet Kaynak: http://rajyasabha.nic.in/rsnew/council_state/council_state.asp, http://rajyasabha.nic.in/rsnew/about_parliament/rajya_sabha_introduction.asp, Erişim Tarihi: 10-12-2010.
- “Indian State List”, İnternet Kaynak: <http://www.indiaonline.in/About/State/index.html>, Erişim Tarihi: 10-12-2010.
- “İsviçre Anayasası” Türkçe metni için bkz. İnternet Kaynak: <https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/isvicre.pdf>, Erişim Tarihi:02-09-2012.
- “Judicial Federalism”, İnternet Kaynak: <http://www.famguardian.org/PublishedAuthors/Govt/JudConfOfUS/CH04.pdf>. s. 21, Erişim Tarihi: 14-05-2009.
- “List of Presidents of the United States by Other Offices Held”, İnternet Kaynak: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Presidents_of_the_United_States_by_other_offices_held, Erişim Tarihi: 02-12-2011.
- “Lombard League”, İnternet Kaynak: http://tr.wikipedia.org/wiki/Lombard_Birliği, Erişim Tarihi: 20-12-2011.
- “Marshall John”, **Britannica Concise Encyclopedia**.
- “Mayflower”, İnternet Kaynak: <http://tr.wikipedia.org/wiki/Mayflower>, Erişim Tarihi: 20-12-2011; **Longman Dictionary of Contemporary English (4th Ed)**.
- “National Labor Relations Board” İnternet Kaynak: <https://www.nlr.gov/national-labor-relations-act>, Erişim Tarihi: 02-10-2011.
- “Nationalrat” “*Federalism in Austria - a Weakly Developed System?*”,İnternet Kaynak: <http://www.parlinkom.gv.at/ENGL/PERK/BOE/PR/index.shtml>, Erişim Tarihi: 20-06-2011.
- “Newfoundand Act”. “New Brunswick Act” Constitution Amendment, 2001 (Newfoundland and Labrador)- İnternet Kaynak: <http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/index.html>, Son Ziyaret Tarihi: 12-10-2011.
- “Next Week, U.S. Senate Will Debate Resolution to Block National Labor Relations Board's "Quickie" Election Rule” İnternet Kaynak <http://www.laborrelationstoday.com/articles/federal-court-litigation/>, Erişim Tarihi: 20-03-2012.
- “Niedersächsischen Landtages”, İnternet Kaynak: http://www.landtag-niedersachsen.de/cms_id,869.html, Erişim Tarihi: 12-09-2012.
- “*Parliament and Government*”, İnternet Kaynak: http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Work_of_the_Parliament/Forming_and_Governing_a_Nation/parl, Erişim Tarihi: 02-09-2010.
- “Publius”, “*New Federalist Paper no. 1*”, **Publius**, Vol. 2, No. 1, Spring, 1972.
- “Scottish covenanters”, İnternet Kaynak: <http://en.wikipedia.org/wiki/Covenanter>, Erişim Tarihi: 12/01/2012.
- “Supreme Court of Canada Act,” Supreme Court Act R.S.C., 1985, c. S-26, İnternet Kaynak: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-26/page-2.html#h-4>, Erişim Tarihi: 02-11-2010.

- “Supreme Court of India” Hindistan Yüksek Mahkemesi Resmi Web Sitesi, “Constitution of India”, İnternet Kaynak: <http://supremecourtsofindia.nic.in/constitution.htm> , Erişim Tarihi: 09-02-2010.
- “Supreme Court of India: Judges”, İnternet Kaynak: <http://supremecourtsofindia.nic.in/judges/judges.htm>, Erişim Tarihi:03-11-2012.
- “Swing Vote”, İnternet Kaynak: <http://abcnews.go.com/Politics/OTUS/john-roberts-swing-vote-supreme-court/story?id=16681572>, Erişim Tarihi:02-09-2012.
- “The Australian Constitution”, İnternet Kaynak: http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Constitution.aspx, Erişim Tarihi:12-11-2012.
- “The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy”, Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, İnternet Kaynak: <http://avalon.law.yale.edu/subject.menus/17th.asp>. Erişim Tarihi: 02-10-2011.
- “The Constitution Act, 1867 30 & 31 Victoria, C. 3. (U.K.) (Consolidated With Amendments)”, Canadian Legal Information Institute, (CanLII), İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/const/const1867.html>, Erişim Tarihi: 09-10-2011.
- “The Constitution Act, 1982”, Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11, Canada Legal Information Institute (CanLII), İnternet Kaynak: <http://canlii.ca/t/8q71>, Erişim Tarihi:10-00-2011.
- “The Constitution of the United States of America: Analysis, and Interpretation”, 1992 Edition, “Amendments to the Constitution: Tenth Amendment - Reserved Powers”, *U.S. Government Printing Office*, İnternet Kaynak: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-1992/html/GPO-CONAN-1992-10-11.htm>, Erişim Tarihi:02-04-2011.
- “The Facts—Wyeth vs. Levine : Preemption 2008”, *American Assosiacion for Justices Publications*, İnternet Kaynak: <http://www.justice.org/cps/rde/xchg/justice/hs.xsl/2677.htm>, Alındığı Tarih: 28/06/20011.
- “The Federalist”, İnternet Kaynak: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp, Erişim Tarihi: 02-12-2011.
- “The Passage of Legislation in the Bundesrat”, The Parliament of the Federal Republic of Germany, Deutscher Bundestag, İnternet Kaynak: http://www.bundestag.de/htdocs_e/bundestag/function/legislation/legislat/14legrat.html, Erişim Tarihi: 02-12-2011.
- “The Supreme Court (Number of Judges) Amendment Act 2008”,(India) No 11, İnternet Kaynak: [http://supremecourtsofindia.nic.in/thesupremecourt\(numberof20judges\)20amenmentact,2008.pdf](http://supremecourtsofindia.nic.in/thesupremecourt(numberof20judges)20amenmentact,2008.pdf), Erişim Tarihi:03-11-2012
- “The Wages of Negligence” **The Economist**, 2010. BAŞYİĞİT, Merve, (Çev.) “Umursamazlığın Bedeli”, Ekonomik Politik Haber Analiz, Ekopolitik.org, İnternet Kaynak: <http://www.ekopolitik.org/public/printnews.aspx?id=5014>, Erişim Tarihi:02-02-2012.
- “Universalism”, **Concise Oxford English Dictionary**, (11th Edition).
- “U.S. Codes”, Cornell University Law School, Legal Information Institute, , İnternet Kaynak: http://www.law.cornell.edu/uscode/uscode12/usc_sup_01_12.html, Erişim Tarihi:: 30.06.2011.
- “U.S. Constitution”, English original text of the “Constitution of 1789 with Amendments I to XXVII Ratified 5-7-1992”, i 1789, HeinOnline (<http://heinonline.org>).

“USA Senate”, İnternet Kaynak: <http://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm#8>, Erişim Tarihi:10-11-2011.

“Violence Against Women Act “§ 13981, Title 42, Chapter 136, Yasa Metnine Ulaşmak için, İnternet Kaynak: <http://www.law.cornell.edu/uscode/42/13981.shtml>, Erişim Tarihi: 10/11/2011.

“World of Constitutions”, HeinOnline, “German text of the Federal Constitutional Law of 1920”, [1925] in the version of 1930, as amended to BGBI 1 Nr. 27/2009 25 1920.

Kanada Yüksek Mahkeme Kararları (*Supreme Court of Canada*)

Kanada Yüksek Mahkemesi Kararları, “Decisions of the Supreme Court of Canada”, Canadian Legal Information Institute (CanLII), İnternet Kaynak: <http://www.canlii.org/eliisa/search.do?language=en&searchTitle=Canada+%28Federal%29&sortOrder=relevance&searchPage=eliisa%2FjurisdictionSearch.vm&jurisdiction=ca&text=federalism+and+united+state+supreme+court&id=&startDate=&endDate=&caseLaw=courts>, Erişim Tarihi: 12-10-2012.

A.G. Canada v. CN Transport Ltd. (A.G. Ca. v. C.P. Transport Co.), [1983] 2 S.C.R. 206.
AG Canada v. Dupond (1978) SCC.

AG Canada v. AG Ontario (The Employment and Social Insurance Act) [1937] PC (36).

Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario and Others, [1937].

Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion, [1896] A.C. 348.

Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation, [1946] A.C. 193.

Bell Canada v. Quebec, [1988] 1 S.C.R. 749 at 766.

Finlay v. Canada (Minister of Finance), [1986] 2 S.C.R. 607.

Ford v. Quebec (a.g.), [1988] 2 S.C.R. 712.

Fort Frances Pulp & Paper Co. v. Manitoba Free Press (1923) PC.

Furtney v. R. (1991, SCC),

G.N.S. v. A.G. Canada [1951, SCC] (p. 144).

Hodge v The Queen (Canada) [1883] UKPC 59 (15 December 1883).

Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul [1952] (54).

Multiple Access v. McCutcheon [1982] S.C.J. No. 66, [1982] 2 S.C.R. 161.

Munro v. National Capital Commission, [1966] S.C.R. 663.

O’Grady v. Sparling, 1960, S.C.J. No. 48, [1960] S.C.R. 804.

Ontario Hydro v. Ontario [1993] 3 SCR 327.

Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536.

R v. Kirby; Ex parte Boilermakers’ Society of Australia, HCA 10; (1956) 94 CLR 254 2 Mart 1956.

R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd. 1988-03-24, [1988] 1 S.C.R. 401, Karar No: 18526.

Reference re Regulation and Control of Radio Communication in Canada, [1932] PC.

Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.), [1991] 2 SCR 525.

Rio Hotel v. Liquor Licensing Board (1987) SCC.

Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan, [2005] 1 S.C.R. 188.

Russell v. The Queen (1882), 7 AC 829 (PC).

Schneider v. The Queen, [1982] 2 SCR 112.

Siemens v. Manitoba (2003) SCC.

Smith v. The Queen, [1960] S.C.R. 776.

Stephens v. The Queen [1960] S.C.J. No. 49, S.C.R. 823.

Ontario Hydro v. Ontario [1993] 3 SCR 327.

Hindistan Yüksek Mahkeme Kararları (*Supreme Court of India*)

Hindistan Yüksek Mahkemesi Kararları, “*Decisions of the Supreme Court of India*”, Legal Information Institute of Indian (LIIOfindia), İnternet Kaynak: http://liiofindia.org/cgi-bin/sinosrch.cgi?query=federalism%20and%20united%20states&mask_path=+in/cases/en/INSC+&method=boolean&meta=/liiofindia, Erişim Tarihi: 12-10-2012.

Ahmedabad Mill Owners' Association Vs. I.G., AIR 1967 SC 1091;

Bhagat Ram v. Commissioner Of Sales Tax, 1994 (4) SCALE 1103.

C. Golaknath & Ors vs State Of Punjab & Anrs.(27 February, 1967).

Devi Das Gopal Krishnan & Ors vs State Of Punjab & Ors, 1967 AIR 1895, 1967 SCR (3) 557.

The Edward Mills Co. Ltd., Beawar vs The State Of Ajmer And Another, 1955 AIR 25, 1955 SCR (1) 735.

Hoechst Pharmaceuticals Ltd. And vs State Of Bihar And Others 1983 AIR 1019, 1983 SCR (3) 130.

Indira Nehru Gandhi (Smt.) vs Raj Narain & Anr on 24 June, 1975. AIR 1975 SC 2299, 1975 Supp SCC 1, 1976 2 SCR 347.

Jindal Stainless Ltd. v. Haryana, (2006) 7 S.C.C. 241.

Karunanidhi Vs. Union of India, AIR 1979 SC 898; (1979) Cri LJ 773.

Karunanidhi Vs. Union of India, (1979) Cri LJ 1876 (Mad) (FB).

Kesavananda Bharati v. State of Kerala and Anr, on 24 April, 1973.

Raghubir Vs. State of Haryana, AIR 1981 SC 2037.

S.R. Bommai vs Union Of India, Supreme Court of India 11 March, 1994, Appeal (civil) 3645 of 1989.

State of Bihar v. Bihar Chamber Of Commerce, 1996 (9) S.C.C. 138.

State of Rajasthan & Ors. Etc. Etc vs Union Of India Etc. Etc on 6 May, 1977 AIR 1361, 1978 SCR (1).

State of West Bengal vs Union Of India on 21 December, 1962, 1963 AIR 1241, 1964 SCR (1) 371.

Tika Ramji Vs. State of UP, (1956) SCR 393; AIR 1956 SC 676. (U.P. Sugar Cane Act, etc.).

Western Coalfields Vs. Special Area Development, AIR 1982 SC 697.

Zaverbhai Amaldas vs The State Of Bombay, 1954 AIR 752, 1955 SCR 799.

Avustralya Yüksek Mahkeme Kararları (*High Court of Australia*)

Actors & Announcers Equity v Fontana Films Pty Ltd (1982) 150 CLR 169;

AG (WA) v Australian National Airlines Commission (1976) 138 CLR 492, 499, 502, 508–510;

Airlines NSW v. NSW (No. 2) (1965) 113 CLR 54.

Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd (Engineers case) (1920) 28 CLR 129.

Australian Communist Party v Commonwealth (1951) 83 CLR 1.

Australian National Airways Pty Ltd v. Cth (1945) 71 CLR 29, 61;

Barton v Commonwealth (1974) 131 CLR 477.

Burns v. Ransley (1949) 79 C.L.R. 101, at p.116.

Clyde Engineering Company Limited v Cowburn, 1926, Karar No: HCA 6; (1926) 37 CLR 466, (19 April 1926).

Commonwealth v Tasmania ("Tasmanian Dam case") [1983] HCA 21; (1983) 158 CLR 1 (1 July 1983).

D'enden V. Pedder 1904.

Federated Saw Mill v James Moore & Sons Pty Ltd, 1909, HCA 43; (1909) 8 CLR 465 (25 June 1909).

Fencott v Muller (1983) 142 CLR 570; *Commonwealth v Tasmania* (Tasmanian Dam case) (1983) 1858 CLR 1.

Ha v New South Wales [1997] HCA 34; (1997) 189 CLR 465; (1997) 146 ALR 355; (1997) 71 ALJR 1080.

Huddart Parker v. Commonwealth (1931) 44 CLR 492, 526f.

Kirmani v. Captain Cook Cruises (No. 2) 159 CLR 461.

Mabo and Others v Queensland (No. 2) [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1.

Matthews v. Chicory Marketing Board (Vic) (1938) 60 CLR 263.

Metwally v University of Wollongong [1985] HCA 28.

Parton v. Milk Board (Vic) (1949) 80 CLR 229.

Peterswald v. Bartley (1904) 1 CLR 497, 509.

R v. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia, HCA 10; (1956) 94 CLR 254.

R v. Burgess Ex parte Henry (1936) 55 CLR 608, 628–629;

R. v. Sharkey, (1949) 79 C.L.R. 121.

Redfern v. Dunlop Rubber Australia Ltd (1964) 110 CLR 194, 221;

Richardson v The Forestry Commission (1988) 77 ALR 237;

South Australia v Commonwealth (1942) 65 CLR.

South Australia v. Commonwealth (1942) 63 CLR 373.

Swift v. Boyd Parkinson (1962) 108 CLR 189, 203;

Victoria v Commonwealth (1957) 99 CLR 575.

Victoria v Commonwealth [1926] HCA 48; (1926) 38 CLR 399 (30 November 1926).

Victoria v Commonwealth [1975] HCA 52; (1975) 134 CLR 338 (29 October 1975).

Victoria v Commonwealth and Hayden (AAP case) (1975) 134 CLR 338.

Victoria v. Commonwealth ("Payroll Tax Case") (1971) 122 CLR 353, 396.

Victorian Stevedoring and General Contracting Co Pty Ltd v Dignan (1931) 46 CLR

ABD Yüksek Mahkeme Kararları (U.S. Supreme Court)

ABD Yüksek Mahkemesi Kararları, "Illinois Institute of Technology (IIT)", Chicago-Kent College of Law tarafından yapılmaktadır. İnternet Kaynak:http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1983/1983_82_1913#sort=ideology. Erişim Tarihi: 20-09-2010.

ALA Schechter Poultry Corp v. United States Citation. 295 U.S. 495, 55 S. Ct. 837, 79 L. Ed. 1570 (1935).

California v. Federal Energy Regulatory Comm'n, 495 U.S. 490 (1990).

Chirac v. Lessee of Chirac - 15 U.S. 259 (1817).

Chisholm v. Georgia, 2 U.S. 419 (1793).

Cipollone v. Liggett Group, Inc., 112 S.Ct. 2608 (1992).

City of Columbus v. Ours Garage and Wrecker Service, Inc, 536 U.S. 424 (2002).

City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co., 435 U.S. 389, 411-13 (1978).

Collector v. Day Page 78 U. S. 124, 113 (1871).

Cooley v. Board of Wardens, 53 U.S. (12 How.) 299, 13 L. Ed. 996 (1851).

Crosby v. Nat'l Foreign Trade Council, 530 U.S. 363, 372-73 (2000).

Diego Bldg. Trades Council v. Garmon, 359 U.S. 236, 244 (1959).

Fay v. Noia, 372 U.S. 391, 415-26 (1963).

Fletcher v. Peck, 10 U.S. 87 (1810).

Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul, 373 U.S. 132, 142-43 (1963).

Fry v. United States, 421 U.S. 542, 547-48 & n.7 (1975).

Gade v. National Solid Wastes Mgmt. Ass'n, 505 U.S. 88, 98 (1992).

Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U.S. 528 (1985).

Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 9 Wheat. 1 1 (1824).

Graves v. New York ex rel. O'Keefe - 306 U.S. 466. (1939).

Gregory v. Ashcroft - 501 U.S. 452 (1991).

Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States, 379 U.S. 241 (1964).
Heath v. Alabama, 474 U.S. 82, 93, 1985.
Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., *Hodel v. Virginia Surface Mining*, 452 U.S. 264 (1981).
Holmes v. Walton (N.J. Supreme Court, 1780).
Houston v. Moore - 18 U.S. 1 (1820).
Howlett v. Rose, 496 U.S. 356 (1990).
Ingersoll- Rand Co. v. McClendon, 111 S.Ct. 478 (1990).
Jones v. Rath Packing Co., 430 U.S. 519, 543-49 (1977).
License Cases - 46 U.S. 504 (1847).
Lochner vs. New York, 198 U.S. 45 (1905).
Machinists v. Wisconsin Emp. Rel. Commission, 427 U.S. 132, 140-48 (1976).
Marbury v. Madison 5 U.S. 137 (1803).
Martin v. Hunter's Lessee, 100 U.S. 1. 14 U.S. 304 (1816).
Mcculloch v. Maryland: 17 U.S. 316 (1819), Marshall Court (1812-1823).
National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1, 57 S. Ct. 615, 81 L. Ed. 893, (1937).
National League of Cities v. Usery 426 U.S. 833 (1976).
New York v. United States, 112 S.Ct. 2408 (1992).
Ogden v. Saunders, 25 U.S. 213 (1827).
Pacific Gas & Elec. Co. v. State Energy Resources Comm'n, 461 U.S. 190 (1983).
Parker v. Brown, 317 U.S. 341, 350-52 (1943).
Passenger Cases - 48 U.S. 283 (1849).
Perez v. United States, 402 U.S. 146 (1971).
Printz v. United States, 521 U.S. 898 (1997).
Rewis v. United States, 401 U.S. 808, 812 (1971).
Rice v. Santa Fe Elevator Corp. - 331 U.S. 218 (1947).
Shreveport Rate Cases, 234 U. S. 342 (1914).
Silkwood v. Kerr-McGee Corporation 464 U.S. 238, 104 S.Ct. 615, 78 L.Ed. 2d 443 (1984).
Solid Waste Agency of Northern Cook County v. United States Army Corps of Engineers (99-1178) 531 U.S. 159 (2001).
South Carolina v. Baker - 485 U.S. 505 (1988).
Southern R. Co. v. United States, 222 U. S. 20 (1911).
Steward Machine Company v. Davis, 301 U.S. 548, 57 S. Ct. 883, 81 L. Ed. 1279, 1937 U.S. 1199.
Sturges v. Crowninshield, 17 U.S. 122 (1819), 17 U.S. 122 (Wheat.).
The Automobile Transport (Rajasthan) Ltd. V. Rajasthan ["Automobile"], A.I.R. 1962 S.C. 1406.
Trop v. Dulles 356 U.S. 86 (1958).
Trustees of Dartmouth College v. Woodward 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).
United States v. Lopez 514 U.S. 549 (1995).
United States v. Butler, 297 U.S. 1, 401, (1936).
United States v. Darby - 312 U.S. 100 (1941).
United States v. Five Gambling Devices, 346 U.S. 441, 449-52 (1953).
United States v. Lanza, 260 U.S. 377, (1922).
United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995).
United States v. Morrison - 529 U.S. 598 (2000).
United States v. Sprague, 282 U.S. 716, 733 (1931).
United Steelworkers v. Rawson, 495 U.S. 362 (1990).
Ware v. Hylton, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796).
Wickard v. Filburn, 317 U. S. 111, 317 U. S. 120 (1942).

Williamson v. Mazda Motor of America, Inc. - 08-1314 (2011).
Wisconsin Pub. Intervenor v. Mortier, 111 S.Ct. 2476 (1991).
Younger v. Harris, 401 U.S. 37, 91S. Ct. 746, 27 L. Ed. 2d 669 [1971].
Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, Executive Order 10340,343 US 579 (1952).

Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları (*Bundesverfassungsgericht*)

BVerfG NJW 2003, 339.
BVerfG NJW 2002, 2543.
BVerfG DÖV 2006, 165.
BVerfGE 8, 274, 294.
BVerfGE 111, 226.
BVerfGE 112, 226.
BVerfGE 6, 309, 361.

Avusturya Anayasa Mahkemesi Kararları (*Verfassungsgerichtshof*)

Avusturya Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sitesi, “*Decisions of the High Court of Austria*”, İnternet Kaynak: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/justices1.html>,
Erişim Tarihi: 22-09-2011.
öVerfGH, Erk Slg 13 322/1992.
öVerfGH, Erk Slg 5 534/1967.
VfSlg 10.831/1986.
VfSlg 1030/1928.
VfSlg 11.403/1987.
VfSlg 2455/1952.
VfSlg 8831/1980, 10.292/1984, 14.403/1996, 15.281/1998, 15.552/1999, 16.452/2002,
17.212/2004, 17.497/2005, 18.096/2007.