

# Ulusal Anayasa Mahkemelerinde 'Yargısal Karşılaştırmacılık' ve Mahkemeler Arası Diyalog

*Prof. Dr. Esin ÖRÜCÜ\**

## 1.GİRİŞ

Günümüzde Anayasa Mahkemelerinin önemi her şeyden önce insan haklarının koruyucusu olma vasıflarından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar insan hakları her ülkenin tarihi geçmişi ve buna bağımlı olarak, taşıdığı 'dağarcık' (bagaj) ile ilgili ise de ve Anayasa Mahkemeleri doğal olarak ve öncelikle insan haklarına ülkenin sorunları açısından yaklaşacaklarsa da, insan haklarının evrensel yüzü (en azından Avrupa Konseyi üyeleri için ve her halde BM İnsan Hakları Konvansiyonu nedeniyle daha da geniş bir çevre için geçerli) nedeniyle bu haklar yaygın ve eşit biçimde ancak Anayasa Mahkemelerinin birbirleriyle bir 'diyalog'<sup>1</sup> içinde olmaları yoluyla gerçekleştirilebilir ve korunabilir. Bugün Anayasa hukuku ve insan hakları sadece ulusal ve münhasır tarihsel bir girişimi yansıtamazlar,

---

\* Glasgow Üniversitesi Karşılaştırmalı Hukuk Fahri Profesörü

<sup>1</sup> Burada 'diyalog' kavramı, konunun başlığına da yansıdığı gibi, 'Mahkemeler arası' olarak ele alınmaktadır. Yoksa, yargı yerleri, yasama ve toplum arası 'diyalog' daha sıklıkla kullanılmakta olan bir kavramdır. Özellikle 'anayasal diyalog', ABD ve Kanada'da bu bağlamda tartışılmakta ve çeşitli renklerde 'diyalog teorileri'ne rastlanmaktadır. Geniş bir araştırma ve karşılaştırma için bkz: C.A. Bateup, 'Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dilague in Comparative Perspective' (2006) *New York University School of Law Public Law and Legal Theory Working Papers* No: 44 <<http://sr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/44>>

uluslararası normatif asgari bir öze sahiptirler, ya da buna ulaşmaya çalışırlar.<sup>2</sup>

Burada, bir karşılaştırmalı hukukçu gözüyle, Türkiye dahil olmak üzere, çeşitli ülkelerde Anayasa Mahkemelerinin (örneğin Alman, Britanya, Fransız, Güney Afrika, Macaristan Mahkemeleri ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi) yabancı mahkeme kararlarını kullanma nedenleri, biçimi ve bu kullanmanın sınırları irdelenecek, Anayasa Mahkemeleri açısından, 'yargısal karşılaştırmacılığın' (judicial comparativism) yeri, rolü, sınırları ve bir yorum yöntemi olarak artan önemi üzerinde durulacaktır. Bu arada, olumlu ve olumsuz gelişmelere de değinilecektir.

## 2.KARŞILAŞTIRMALI HUKUK, SORUNLARI VE YARGI YERLERİ

Bu tebliğde 'karşılaştırmalı hukuk' kavramı en geniş anlamında kullanılmakta ve yabancı hukuka kısa bir atıf bile bu kavramın kapsamı içinde ele alınmaktadır.<sup>3</sup> Zira, normal koşullarda, Mahkemelerin derin ve bilimsel karşılaştırmalı hukuk uygulaması yapmaları beklenemez. Ulusal bir Anayasa Mahkemesinin gerek bir yabancı yargı yerinin çözümünü kullanması, gerekse yorum için böyle bir karardan yararlanması yeterli sayılacaktır. Ayrıca ulusal Anayasa Mahkemelerinin Avrupa Divanı ve Mahkemesinin kararlarını kullanmaları ve bu yargı yerlerinin birbirlerinin kararlarını göz önünde bulundurmaları da bu kapsam içinde düşünülmektedir.

'Yargısal karşılaştırmacılık' genelde bir yorum yöntemi ve bir hukuk tekniğidir, ama bu yöntemin nasıl kullanıldığını, açık ya da örtülü biçimde mi karşılaştırma yapıldığını, hangi amaçlara hizmet ettiğini ve ne zaman kullanıldığını anlamak kolay değildir.

<sup>2</sup> Yine burada, 'insan hakları' ile 'anayasal haklar' arası yapılan ve akademik tartışmalarda karşımıza çıkan bir ayırma değinmekte yarar olabilir. İnsan hakları uluslararası konvansiyonlar nedeniyle korunmaları gereken haklar olarak herkese tanınırlar, anayasal haklar ise, belirli bir ulusun anayasasından doğan pozitif haklar olarak daha dar bir kitleye (örneğin vatandaşlara) uygulanırlar. Uluslararası hukuk belirli bir standardı öngörebilir, anayasal haklar ise bunun da ilerisine gidebilir.

<sup>3</sup> Bazı hallerde, örneğin bir uluslararası anlaşmanın uygulanmasında ya da kanunlar ihtilafı içeren davalarda, yargı yeri yabancı kararları göz önünde bulundurma zorunluğu altında olabilir. Biz bu halleri 'karşılaştırmacılık' kavramı içine katmıyoruz.

Bu araştırma içerisinde ‘yargısal karşılaştırmacılık’ insan hakları yönünden ele alınacaktır.<sup>4</sup> Zira, yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa Mahkemelerinin en belirgin rolleri bu alandadır.

Konuya girerken, önce, genelde karşılaşılan olumsuz ön etmenlerden (unsurlardan) söz etmek gerekir. Bunların ilki ‘yabancı dil’ becerisidir. Ulusal hukuk eğitimde bunun önemi üzerinde durulmamaktadır. Bu nedenle de çoğu yabancı dil bilmeyen yargıçlar yabancı yargı kararlarından doğrudan yararlanma olasılığına sahip olamamaktadırlar. Bu durum birçok ülkede yargı kararlarının internet sitelerinde yayınlanması ile kolaylaşmışsa da, değişmemiştir. Çevrilmek için seçilen diller evrensel nitelikli sayılan diller olmaktadır. Ayrıca bu yayınlanma çoklukla ‘cherry picking’ denilen, diğer bir deyişle, önemli görülmeleri nedeniyle seçilmiş kararlardan oluşmakta, gerçek durumu yansıtmayabilmektedir. ‘Common law’ dünyasında genelde birbirlerinin kararlarını kullanan yargıçlar dil, kültür ve kafa yapısı müşterek ya da benzer ülkelerin yargıçlarıdır (İngiliz, Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada ve ABD Mahkemeleri arası) ve çoğu kez zaten varılmış bir sonucu desteklemek için birbirlerinin kararlarını kullanmaktadırlar.

İkinci etmen yabancı kararları ulusal mahkemeler önünde tartışmaya açmanın gerektiğine inanmış avukat sayısının çok olmamasıdır. Gerek yargıçlar gerekse avukatlar önce yabancı mahkeme kararlarının önemine inanacaklar, böyle bir diyalog kurulmasını mesleki görevlerinin bir parçası sayacaklar, sonra konuya değinen yabancı kararları bulacaklar, anlayıp kavrayacaklar ve nihayet uygulayacaklar ya da uygulatacaklardır. Bu süreç zordur ve kolaycılığa kaçılmaktadır. Yabancı hukuku bilmek ile anlamak arasındaki farkın da gözden uzak tutulmaması gerekir. Ayrıca bulunan kararların hangi kısmı kullanılacak, sonucuna mı yoksa kararın mantığına mı bakılacaktır? Boşlukların doldurulmasında mı, yoksa anlamı açık olmayan terimlerin yorumunda mı yabancı mahkeme kararlarından yararlanılacaktır? Ulusal kararlar varken, onların yerine yabancı kararlar yeğlenebilir mi?

Üçüncü etmen, ‘Kendi kararlarımız ve hukukçularımız varken ne diye başkalarına bakalım?’ sorusunu soran mantalitedir. Bu bir yerde

---

<sup>4</sup> Bilindiği gibi, örneğin Türk Yargıtay ve Danıştayı Türk hukukunun kaynağı olan hukuklara sıklıkla atıfta bulunur ve özel hukuk alanında Roma hukuku kaynaklı hukuk sistemlerinin birbirlerinin görüşlerinden yararlanmaları doğaldır.

de gurur, kendine güven ve yargıçların bağımsızlık duygularından kaynaklanan bir sorudur, ama yabancı dil eksikliği, milliyetçilik, yabancıyı bir bütünün parçası olarak değil 'başkası' olarak görme, yerel sosyo-politik gereksinmelere fazla önem verme, insan hakları konusunda evrensellik yerine kültürel ayrıcalığa (exceptionalism) üstünlük tanıma ile birleşince, olumsuz bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Eğer 'karşılaştırmalı insan hakları' yeni bir evrensel doğal hukukun temelini oluşturacaksa, evrensel barış kurulacak ve medeniyetler buluşacaksa, ulusal mahkemeler ve Avrupa Mahkemesi ve Adalet Divanı bu hakların gerçek anlamlarını anlamak için, geleceğe bakarken, bir yandan da, yana, etraflarına ve birbirlerine bakmak zorundadırlar. Geçmişe bakmakta fazla yarar yoktur zira haklar hızla gelişmekte, halkların beklentileri değişmekte ve artmakta ve değerler ve ilkeler zaman içinde değiştiğinden, 'zaman faktörü' (the time factor) işlemektedir.

Ama acaba gerçekler böyle bir tutumu yansıtmakta mıdır? İlk bakışta ve özellikle bazı ülkelerin yargı kararlarına bakıldığında, durum olumlu görünmekte ise de, pratik bundan farklıdır. Yabancı yargı kararlarının kullanılması sistematik değildir, bilimsel bir metot uygulanmamaktadır, seçim tesadüfe bırakılmıştır, yabancı kararları kullanıp kullanmama yargıcın takdirine kalmıştır ve bu takdirin kullanılması da çeşitli nedenlere bağlıdır. Yargı yerlerinin yeterli zamanları ve olanakları yoktur. Hatta bazen bu yol tehlikelidir de. Yetersiz araştırma sonucu bulunan ve seçilen kararlar, yanlış anlama gibi nedenlerle mahkemeyi yanlış yollara saptırabilir, karşılaştırma yararlı olacağına zararlı olabilir. Ya da önceden verilmiş bir kararı destekleyen bir karar aranıp bulunabilir ve böylece evrensellik iddiasına gidilebilir. Ayrıca karşılıklı etkilenme (reciprocal influence) yerine tek yönlü etkilenme ya da etkileme yöntemi olarak da kullanılabilir ve böyle olunca da diyalogdan (inter-legality of courts) söz edilemez.

Bazen bir yargı kararının okunmasından karşılaştırmalı yöntemin kullanılıp kullanılmadığı ve yabancı mahkeme kararlarından yararlanılıp yararlanılmadığı anlaşılabilir. Özellikle Kara Avrupa'sı mahkemeleri kullandıkları kaynakları açıkça belli etmediklerinden genelde nelerden esinlendiğini anlamak için mahkemenin kararından

ziyade kanun sözcüsünün karar tavsiye raporunu okumak gerekir.<sup>5</sup> Yabancı mahkeme kararlarının analizi ancak bu raporlardan edinilebilir. Bir mahkeme bu raporlarda sözü edilen kararlardan yararlanmak isteyebilir ama iş çokluğu nedeniyle sadece bu raporlara dayanacaktır, bu da kanun sözcüsünün kararı etkilemesi anlamına gelir. Bazen da vardığı sonucu haklı göstermek için yabancı kararlardan yararlanmak yolunu seçebilir mahkeme. Bu gibi uygulamalar genelde yeni karşılaşılan sorunların çözümünde ortaya çıkacaktır. Böyle durumlarda ancak bir karşılaştırmalı hukukçu kullanılan kaynakların yabancı mahkeme kararları olduğunu anlayabilir, ama bu örtülü yöntemi başkaları göremez. Nadir hallerde mahkeme açıkça yabancı mahkeme kararına atıfta bulunup, onu irdeler, ondan yararlanır ve hatta ona dayanır. Ama en sık görülen durum bu gibi kullanımların saklı yapılmasıdır, zira mahkeme kendini ispatlama yolunu seçecek, başkalarının görüşlerinden yararlanıldığını saklamayı yeğleyecektir.<sup>6</sup> Bunun tam tersini de bazen görmek mümkündür. Ulusal yargı yeri yabancı mahkeme kararını açıkça kullanarak meşruiyet kazanma yoluna da gidebilir.

Aşağıda, çeşitli Anayasa Mahkemesi kararlarına göz attığımızda yukarıda sözü edilen bütün bu durumların pratiğe nasıl yansıdığını görebiliriz.

---

<sup>5</sup> Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesinin karşılaştırmalı hukuktan yararlanıp yararlanmadığı, kararları okumakla anlaşılabilir, her kararı destekleyen ve raportör yargıç tarafından hazırlanan 'Votum' adlı dokümana bakmak gerekir. Votum, ATAD Kanun sözcüsünün (Advocate-General) sonuç observasyonları ile ya da Fransa'da *avocats généraux*'nin *conclusions*'ları ile karşılaştırılabilir. Alman Anayasa yargısında karşılaştırmalı hukukun yeri ile ilgili bkz.: Brun-Otto Bryde, 'The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue', (2005-2006) 80 *Tulane Law Review*, s. 203. Ayrıca bkz.: Norman Weiss, 'The Impact of the European Convention on Human Rights on German Jurisprudence' in Esin Örcü (ed), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases* (London, BIICL, 2003) s. 49-62.

<sup>6</sup> Örneğin İtalyan Anayasa Mahkemesinin kararlarının okunmasından karşılaştırmacılık yapıp yapılmadığı anlaşılabilir ve yargıçlar böyle yararlanmaları belirtmek istemezler ama, İtalyan Anayasa Mahkemesinin özel bir Araştırma Ünitesi vardır. Bu Ünite'nin işi karşılaştırmalı anayasal hukuk alanında derinlemesine araştırma yapmak ve ortak sorunlara getirilen değişik çözümleri incelemektir. Bkz.: A. Sandulli, 'The Use of Comparative Law Before the Italian Public Law Courts' in G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve, *Comparative Law Before the Courts* (London, BIICL, 2004), s. 165-178.

### 3.GENEL BİR KUŞ BAKIŞI

Konuya genel olarak baktığımızda, Avrupa'da İngiliz ve İskoç Yüksek Yargı yerlerinin (House of Lords ve Court of Session)<sup>7</sup> diğer ülkelere nazaran karşılaştırmacılığı çok daha yaygın bir biçimde kullandıklarını görürüz.<sup>8</sup> Bu yargı yerleri gerek Avrupa Mahkeme ve Divanıyla, gerek diğer 'common law' ülkeleri mahkemeleriyle (Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya, Güney Afrika ve Amerika Birleşik Devletleri) diyalog (communication) içindedirler. AİHM'nin insan hakları kararlarına bile bu ülkelerin insan haklarına yaklaşış biçimiyle yaklaşırlar. Sonuçta bu tutum ortaya evrensel bir 'insan hakları kültürü' çıkmasına yol açacaktır. Burada sorulması gereken soru: 'karşılaştırmacılık bir esinlenme vasıtası mı, bir yorum metodu mu, yoksa önceden verilmiş bir kararın meşruiyetini sağlamak (legitimation) için mi kullanılmaktadır'? Kararlar incelendiğinde cevap, 'bazen açıkça görünen bir "ortak girişim" (common enterprise), bazen ulusal karara bir dayanak aramak için', olarak verilebilir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile uyumlu (compatible) karar verme yükümlülüğü doğalı beri (1998) Büyük Britanya'da insan hakları konusunda karşılaştırmacılığın giderek önem kazandığı söylenebilir.

Commonwealth'te, bağımsızlıklarını elde eden tüm devletler birer Anayasa ve Haklar Bildirisi kazandıklarından, AİHS kapsamına eş

<sup>7</sup> Ne İngiltere'de ne de İskoçya'da yazılı anayasa olmadığı gibi, Anayasa Mahkemeleri de yoktur, ama Anayasa Mahkemelerinin gördüğü birçok tip dava House of Lords ve Court of Session'da görülmektedir. Özellikle 1998 yılından bu yana, Human Rights Act dolayısıyla insan haklarının korunması ve AİHM ve ATAD kararlarının bağlayıcılığı nedeniyle de, Anayasa Mahkemeleri gibi davranmaktadırlar. Bkz.: Jim Murdoch, 'Comparative Law, the European Convention on Human Rights and the Scottish Judges' in Örüçü (ed) *ibid*, s. 86-106; Paul Keams, 'United Kingdom Judges and Human Rights cases', in Örüçü (ed) *ibid*, s. 63-84; Christopher McCrudden, 'Human Rights and Judicial Use of Comparative Law', in Örüçü (ed) *ibid*, s. 1-22.

<sup>8</sup> Bkz.: E Örüçü, 'Comparative Law in British Court' in U Drobnig ve S van Erp (eds) *The Use of Comparative Law by Courts* (Kluwer Law International, The Hague, 1999), s.253. Örneğin *Pretty* davasında intihara yardım etmenin İnsan Hakları yasası ile uyumunu kararlaştırırken, Lord Justice Tucker, Kanada Yüksek Mahkemesi kararlarından yararlanmış (*R (on the application of Dianne Pretty) v DPP and the Secretary of State for the Home Department* (QBD), 18 Oct 2001), *McIntosh* davasında Lord Bingham, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi kararlarına bakmış (*McIntosh v Lord Advocate* [2001] 2 All ER), *NHS Trust A v M* davasında Dame Elizabeth Butler-Sloss, demokratik toplumların değerlerini araştırırken, Yeni Zelanda, İrlanda, Güney Afrika ve ABD kararlarından yararlanmışır (*NHS Trust A v M* [2001] 1 All ER).

değerde haklara sahiptirler. Privy Council burada önemli bir rol oynamıştır ve halen de bazı devletler açısından oynamaktadır. Bu bağlamda, Britanya'da yazılı Anayasa olmadığından ve son zamanlara kadar insan haklarını koruyacak özel bir yasa da bulunmadığından, bu devletler mahkemeleri için Büyük Britanya'ya bakmak söz konusu değildi, sıklıkla ABD Yüksek Mahkemesi kararlarından yararlanıyorlardı.

Karşılaştırmacılık liberalizmin kök salması anlamına gelir ve atıf yapılan yabancı mahkeme kararları 'common law' ülkeleri mahkemeleri ile sınırlı değildir, AİHS'ne ve diğer Uluslararası Sözleşmelere de uzanır.<sup>9</sup> Commonwealth içinde yargıçlar bu konularda 'aktif/etkinci'dir (activist)<sup>10</sup> ve birbirlerinin kararlarından sıklıkla yararlanmaktadır. Privy Council'in görüşüne göre, insan hakları söz konusu olduğunda, yargı yerleri geniş ve liberal bir yorum metodu uygulamalı ve böyle hakları içeren yasaları diğer yasalardan farklı biçimde yorumlanmalıdır. Karşılaştırmacılık açısından bakıldığında Privy Council dünyanın diğer bütün yargı yerlerinden daha geniş bir tecrübeye sahiptir.<sup>11</sup>

Bu kapsamda 1996 Güney Afrika Anayasasından söz etmek gerekir. Konumuz açısından karşılaştırmacılıkla ilgili çok ilginç bir gelişmeyi bu Anayasa'da buluruz. Bu Anayasa'da karşılaştırmacılık kuramsallaştırılmıştır. Bu Anayasa'ya göre, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi yargıçları birçok hakkın sınırlarını genişletebilmek için diğer ülke yargı yerlerinin kararlarından ve uluslararası hukuktan yararlanma yükümü altındadırlar. Diğer bir deyişle, kararların mantığı kurulurken karşılaştırmalı hukuk kullanılabilir ve uluslararası hukuk ise mutlaka kullanılmalıdır. Bu bir ilktir. Bu bağlamda, genelde ABD, Avustralya, Kanada, Hint ve Alman kararlarına atıflar yapılmaktadır.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Bkz.: A. Harding, 'Comparative Case Law in Human Rights Cases in the Commonwealth: The Emerging Common Law of Human Rights' in Örucü (ed) *supra* n 4, s. 183-200.

<sup>10</sup> 'Aktivist' ile 'dinamik' terimleri arası bir ayırma değinmek burada yararlı olabilir. Aktivism hukuku değişen görüşlere uydurma, dinamizm ise görüşlerde değişiklik yaratma çabasını yansıtır. Bu ayırımı paylaşan yayınlar için bkz. Lord Devlin, 'Judges and Lawmakers, (1976) 39 *Modern Law Review*, 1 ve Guy Caniver, 'Le juge entre progress scientifique et mondialisation', (2005) 1 *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 33.

<sup>11</sup> Çeşitli kararlar için bkz. Harding, *supra* n 8.

<sup>12</sup> Bkz.: David Carey-Miller, 'The Great Trek to Human Rights: The Role of Comparative Law in the development of Human Rights in Post-reform South Africa' in Örucü (ed) *supra* n 4, s. 201-228;

Common law dışında en sık kullanılan Alman Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Buna neden olarak da tarihsel, normatif ve analitik nedenler gösterilmektedir.<sup>13</sup>

Burada üzerinde durulması gereken nokta nüfusunun çoğunluğunun yıllar boyu hakları ihlal edilmiş bir ülkede yabancı mahkeme kararlarının yerel sorunların çözümünde ne denli yararlı olacağıdır. Bu konuda çalışmalar yapmış olan David Carey-Miller'e göre, bu durumu göz önünde tutan Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, bazı konularda ve alanlarda, hukuk sisteminin eski hatalarını düzeltirken ve ülkeye mahsus spesifik sorunlara çare ararken, 'kültürel ayrıcalık' (cultural exceptionalism) ilkesini 'karşılaştırmacılık' (comparativism) ilkesine yeğlemektedir.<sup>14</sup>

Carey-Miller'in analizine göre, Güney Afrika Mahkemesinin insan hakları konusunda karşılaştırmalı hukuku kullanımı, 'illustrative' (açıklayıcı), 'supplementary' (yardımcı), 'elucidatory' (aydınlatıcı) ve 'going to core substance' (öze inen) olarak sınıflandırılabilir. Carey-Miller aynı zamanda insan hakları konusunda 'alinti' yapılırken çok dikkatli davranılması gerektiğini, ülkenin sorunlarının göz ardı edilemeyeceğini önemle vurgulamaktadır.<sup>15</sup>

Carey-Miller'in görüşü bir yandan da Türk Anayasa Mahkemesinin tutumunu çağrıştırmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi

---

ve Laurie W.H. Ackermann. 'Constitutional Comparativism in South Africa: A Response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke' (2005-2006) 80 *Tulane Law Review*, s. 169-193. Ackermann özellikle *National Coalition for Gay and Lesbian Equality & Another v. Minister of Justice & Other* davasında (1999(1) SA 6 (CC) at 54-55 (S.Afr.)) tartışmalarda yargıçların Büyük Britanya, İrlanda, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Almanya, Avrupa Birliği ve ABD yargı yerlerinin kararlarını geniş biçimde kullandıklarını vurgulamaktadır. Ackermann makalesinde Anayasa Mahkemesinin karşılaştırmalı hukuku kullandığı yirmi altı alanda ilginç karar örnekleri vermektedir (s. 187- 190). Örneğin *N K v. Minister of Safety & Security* davasında Yargıç O'Regan, olumlu ya da olumsuz, mutlaka yabancı kararlardan bir şeyler öğrenileceğini, bu kararlara bakmanın gereksiz bir darkafalık (parochialism) olacağını vurgulamıştır. Bkz.: 2005 (9) BCLR 835 (CC) (S.Afr.).

<sup>13</sup> Bkz.: *Du Plessis v. De Klerk* (1996 (3) SA 850 (CC) at 889, 898-899).

<sup>14</sup> S. Kentridge, 'Comparative Human Rights Jurisdictions' in Canivet et al, *supra* n 6, 235-242' de bu konuda çok dikkatli davranılması, karşılaştırmacılığın özenle kullanılması ve önce ulusal Anayasanın metninden hareket edilmesi gerektiğini belirttikten sonra örneğin, Güney Africa Anayasa Mahkemesinin, ABD Yüksek Mahkemesinin 'açık ve yakın tehlike' ölçütünü kullanmayı reddettiği bir kararı da irdelemektedir: *State v Mamabolo* (2001) 5 BCLR 449, 469-70 (para 41).

<sup>15</sup> Carey-Miller, *supra* n 12.

de Türkiye'ye mahsus sorunlara eğilirken öncelikle Türk Anayasasında yer alan anayasal insan haklarına ve bu Anayasanın bu haklara yaklaşışına önem vermektedir.<sup>16</sup> Uluslararası sözleşmelerin statüleri diğer yasalar ayarında olduğundan, yargıçlar ve akademisyenler, bu gün değişmiş olan bazı kurallara rağmen, AIHS'nin statüsü konusunda fikir birliği içinde değildirler. Dış dünya ile insan hakları konusunda diyalog (conversation) ve tartışma, fazla kapsamlı değildir. Her ne kadar bu tutumun genel sebepleri çalışmanın başında belirtilenlerden kaynaklanıyorsa da, buna ek olarak Türkiye açısından, dış dünyaya güven eksikliğinden de söz etmek gerekir. Türk hukuk geleneği karşılaştırmacılığın (resepsiyona dayanan bir hukuk sistemine sahip olduğumuzdan) özel bir örneğini teşkil etmektedir, ama insan hakları konusunda ilk göze çarpan 'yerel ayrıcalık' (local exceptionalism) olmaktadır. Hatta Türk Anayasasına örnek alınan Anayasaların bile nasıl yorumladığı konusuna eğilme gereği duyulmamaktadır. Halbuki, her ne kadar yabancı yargı yeri kararlarına eleştirisiz bakılması yanlış ise de, kaynak Anayasaların yorumunu göz ardı etmek de o kadar yanlıştır.<sup>17</sup>

Türkiye AIHM'ne kişisel başvuruyu 1989'da, Mahkemenin kararlarının bağlayıcılığını da 1990'da kabul etmiştir. Hem 1961 hem de 1982 Anayasaları Uluslararası Sözleşmelerdeki klasik ve sosyal hakları içermektedir, ama özellikle 1997'ye kadar, Anayasa Mahkemesi insan hakları konusunda karar verirken dış kaynaklara bakmamakta idi. 1997'de II. Protokolü onaylamakla Türkiye denetim mekanizmasının değişmesini kabullenmiştir. Anayasanın 90. maddesi uluslararası sözleşmelerden söz eder, ama, her ne kadar 2002 yılından bu yana sözleşmeyi ihlal eder bulunan ulusal kararların yeniden gözden geçirilmesi olanağı getirilmişse de, AIHS'nin özel bir statüsü olup olmadığı tek bir görüş yoktur.<sup>18</sup> 'Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir' diyen görüş, değil AIHM kararlarının, hiç bir yabancı yargı yeri kararının göz önünde bulundurulmamasından yanadır. Bu demektir ki bu gibi kararlara bakmak yargıcın kendi takdirine kalmıştır ve belki de yargıç bu takdiri saklayarak kullanacaktır. Anayasa en üstün kaynak olduğundan, ancak 'esnek' (flexible) ve pragmatik

<sup>16</sup> Genel bir inceleme için bkz.: Esin Örüçü, 'The Turkish Experience with Judicial Comparativism in Human Rights Cases', in Örüçü (ed), *supra* n 5, s. 131- 156.

<sup>17</sup> Bu yönde Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Yargıcı Kriegler'in fikirleri için bkz.: *Bemsten v. Bester*, 1996 (2) SA 751 (CC) at 811-12 (S.Afr.).

<sup>18</sup> Tartışmalar için bkz.: *Anayasa Yargısı 17*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42 (Ankara, 2000).

görüşü benimseyen yargıçlar çoğunluğu teşkil ettiğinde 'karşılaştırmacılık' yolu açılacaktır. Unutulmaması gereken, karşılaştırmacılığın mantığında 'hızla değişen global dünyada insan haklarına geniş yorum uygulanması gerektiği' yatmaktadır. Anayasa hukukunun temel ilkelerinden olan insan haysiyeti, eşitlik ve özgürlüğün tanımları kendi içlerinde yatmaz. Ayrıca, bu tanımlar, tarihe bakarak ya da diğer meşru yorum yöntemlerini kullanarak da elde edilemez. Tanımlar arkaya bakarak değil, ancak öne, yana ve 'uluslararası toplumun giderek üzerinde anlaştığı değerlere' (the emerging consensus of values in the civilised international community) bakarak geliştirilebilir. Anayasalar yaşayan, objektif normatif gerçeklerdir. Ancak karşılaştırmacılık ve mahkemeler arası diyalog yolu ile yeni sorunlara eleştirisel yaklaşımlar sağlanabilir ve eski sorunlara yeni çözümler üretilebilir.

Türkiye'nin resmi kimliği (official identity) evrenselliğe yeğlendiğinde ise bu yolu açmak zorlaşmaktadır. Bu nedenle şimdilik, Anayasa Mahkemesinde 'karşılaştırmacılık' ancak varılmış olana sonucu destekleme yöntemi olarak görülebilir.<sup>19</sup> Ayrıca atıf yapıldığında, yabancı kararlar analitik olarak incelenmemekte, yabancı kararların mantığı tartışılmadan bu kararlar zikredilmektedir.<sup>20</sup> Belki ileriki yıllarda karşılaştırmacılık giderek bilgi arttırma, stimülasyon sağlama, açıklık getirme, yol gösterme, esin ve örnek sağlama ve hatta aydınlanma kaynağı olarak kullanılacaktır. Doğal olarak, hiç bir zaman yabancı yargı yerleri kararları bağlayıcı değildir, ama yeni fikirlere, sorunlara, tartışmalara ve sonuçlara yargıçların açık fikirle yaklaşımlarını sağlayan esin kaynağıdır.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Danıştay (özellikle Fransız) ve Yargıtay (özellikle İsviçre, Alman ve İtalyan) bu konuda yabancı yargı yeri ve AİHM kararlarına Anayasa Mahkemesinden çok daha açıktır. Bu görüşü desteklemek için seçilmiş bazı kararlara bkz.: Örüçü, *supra* n 16.

<sup>20</sup> Örnek olarak, parti kapatma, eğitim hakkı, zina ve eşitlik, gayri meşru çocuğun terkedilmesi ve eşitlik, evlilik ve eşitlik, soyadına hak ve eşitlik, evlilik ve mali eşitlik, evlilik ve çalışma hakkı ve istismak konularındaki Anayasa Mahkemesi kararlarına bakınız.

<sup>21</sup> Yabancı yargı kararlarının bağlayıcılığı olmadığı fakat esin kaynağı olarak ne kadar değerli olduğu ile ilgili benzer görüşler için bkz.: Sir Basil Markesinis & Jörg Fedtke, 'The Judge as Comparatist' (2005-2005) 80 *Tulane Law Review*, 11, s. 17; G. Canivet, 'The Practice of Comparative Law by the Supreme Courts: Brief Reflections on the Dialogue Between the Judges in French and European Experience' (2005-2006) 80 *Tulane Law Review*, 1377, s. 1383 ve Ackermann *supra* n. 12, s. 183

Örneğin Kanada Anayasa Mahkemesi ABD Yüksek Mahkeme kararlarını izler ama bu körü körüne bir izleyicilik değil, Yüksek Mahkeme kararlarının esin kaynağı olarak kullanılması biçiminde bir karşılaştırmacılıktır.<sup>22</sup> Unutulmamalıdır ki evrensel olmayan insan ve toplum sorunu çok azdır.

Alman Anayasa Mahkemesi yargıçları da insan hakları konusunda Alman Anayasasının anlayışını benimser, ama onların bu tutumu ve karşılaştırmacılığa fazla önem vermemeleri insan hakları konusunda kendi Anayasalarının uluslararası sözleşmelerden daha kapsamlı güvence sağladığı inancından doğmaktadır.<sup>23</sup> Burada hukuk milliyetçiliği (legal nationalism) ön plandadır. Bu analiz genelde diğer ülkelerin yargı yerlerinin kararları açısından da geçerlidir. Alman hukuk bilimi kendi rolünün izlemek değil yol göstermek olduğuna inanır. Nitekim, Macar Anayasa Mahkemesi<sup>24</sup> ve Avusturya Anayasa Mahkemesi<sup>25</sup> Alman Anayasa Mahkemesinin en yakın izleyicilerindedir.

Bugün için söylenebilecek olan yabancı yargı yeri kararlarına ve AİHM kararlarına açık atıfların az olduğu, ama kullanıldıklarında ek meşruiyet sağladıkları ve kendine güvenen bir mahkeme için bile bunun yararı olduğudur. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi, hayvan hakları ve xenophobia lobisine rağmen helal et kasabı ile ilgili kararında aynı yönde sonuca varmış olan Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne atıfta bulunmuştur.<sup>26</sup> Başka bir örnek olarak da Alman Anayasa Mahkemesinin hemcinsler arası evliliğin anayasaya uygunluğu konusunda, bu gibi birleşmeleri kabul eden ülkelerin hukuklarına atıf yapma yolunu seçmesini gösterebiliriz.<sup>27</sup> Her iki

---

<sup>22</sup> Bunu gösteren çeşitli kararlar için bkz.: Markesinis ve Fedtke, *ibid.*

<sup>23</sup> Bkz.: Weiss, *supra* n 5 ve Brun-Otto Bryde *supra* n 5.

<sup>24</sup> Bkz.: C Dupré, 'Importing German Law: The Interpretation of the Right to Human Dignity by the Hungarian Constitutional Court' (2000) 2 *OsteuropaRecht* 144 ve C Dupré, 'Importation of Law: A New Comparative Perspective and the Hungarian Constitutional Court' in A Harding ve E Örucü (eds) *Comparative Law in the 21st Century* (Kluwer Law International, London 2002), s. 267.

<sup>25</sup> Bkz.: P. Oberhammer, 'Comparative Civil Procedure Before Austrian Court' in Canivet et al (eds) *supra* n 6, s. 243- 262.

<sup>26</sup> Bundesverfassungsgericht [B VerfG] Oct. 31, 1990.

<sup>27</sup> Bundesverfassungsgericht [B VerfG] Apr. 9, 2003.

karardaki karşılaştırmacılığın kullanımını 'destekleyici ek' (supportive addition) olarak değerlendirmek gerekir.

Yine de başka bir irdelemeye göre, her ne kadar Alman Anayasa Mahkemesi bugün yabancı yargı yerleri kararlarına fazla önem vermemekte ve anayasa hukukunun evrenselleştirilmesi sürecinde önder bir rol oynamamakta ise de, Mahkemenin kurulduğu ilk yıllarda, örneğin 1951 yılında, bugün Güney Afrika Anayasa Mahkemesi ve Doğu Avrupa devletleri Anayasa Mahkemeleri<sup>28</sup> gibi dışa dönüktü.<sup>29</sup>

Bu gözlemin sonucuna göre, genç Anayasa Mahkemeleri hem ulusal kaynak azlığından hem de uluslararası ve yabancı yargı yeri kararlarını kullanarak kendi verecekleri, pek de popüler olmayan ya da yeni sorunlara eğilen, kararlarına meşruiyet kazandırmak için, prestiji çok olan dış kaynakları kullanacaklardır.<sup>30</sup>

Fransız yazarlar 'karşılaştırmacılık' kavramını, AİHS'nin Fransız hukukunun parçası olması nedeniyle, bu bağlamda, yersiz bulmaktadırlar. Ayrıca Fransız hukuk bilimi de milliyetçidir ve klasik görüşe göre Fransızların başkalarından öğrenecekleri fazla bir şey olamaz.<sup>31</sup> Luc Heuschling'in de belirttiği gibi insan hakları alanında Fransız Anayasa Konseyi (Mahkemesi) ve Fransız Danıştay'ı yabancı yargı yerlerine atıfta bulunmaz. AİHS'nin konumu itibarıyla durum son yirmi beş yılda oldukça değişmiştir. AİHM'nin kararları Fransız kararlarına üstün sayıldığından bu kararlara daima bakılmaktadır. Yine, Heuschling'in analizine göre, Fransa'da yargı yerlerinin

<sup>28</sup> Bkz.: Brun-Otto Bryde, 'Constitutional Courts in Constitutional Transition', in *60 Maal Recht en 1 Maal Wijn: Rechtssociologie, Sociale Problemen en Justitieel Belied*, 235 (f. Van Loon & k. Van Aeken eds, 1999).

<sup>29</sup> Örneğin, ifade hümiyeti ile ilgili *Lüth* kararında, Mahkeme tüm Fransız ve Amerikan dış kaynaklarına bakmıştır: Bundesverfassungsgericht [B VerfG] Nov. 22, 1951, 7 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [B VerfGE] 198 (F.R.G.). Buna benzer başka yirmi dört örnek listesi için bkz.: Markesinis & Fedtke, *supra* n. 21, s. 36-38.

<sup>30</sup> Ben kendim böyle bir çalışma yapmamış olmakla beraber, Türk Anayasasının 1961'i izleyen bir kaç yıl içinde yabancı kaynaklara baktığını ve sonra bundan vaz geçtiğini hatırlamıyorum, ama böyle bir araştırma yapılırsa ilginç olur diye düşünüyorum. Genç hukukculara iyi bir karşılaştırmalı kamu hukuku doktora tezi konusu olabilir!

<sup>31</sup> L. Heuschling, 'Comparative Law and the European Convention on Human Rights in French Human Rights Cases' in Örucü (ed) *supra* n 5, s. 23-48. Daha farklı bir görüş için bkz.: O. Dutheillet de Lamothe, 'European Law and the French Constitutional Court, in Canivet et al, (eds) *supra* n. 6, s. 91-98.

karşılaştırmacılığı 'dekoratif' olmakla, karşılaştırmacılığı 'evrensel mantık kaynağı' olarak görme arasında gidip gelmektedir. Bugün Fransa'da yargıçların profesyonel eğitimleri Avrupa hukuku ve karşılaştırmalı hukuk öğretilerine önem vermektedir. Karşılaştırmacılık, hukukta boşluk olduğu, yurt dışına bakmak için geçerli bir neden olduğu, ya da bakılacak ilginç kararlar bulunduğu zamanlar kullanılmaktadır. Sınır, farklı kültürel çevrelere mensup olan liberal demokrasilerden yararlanmamaktır. Demek ki Fransa'da da karşılaştırmacılığın dört işlevinden (functions) söz edilebilir: 'dekoratif', 'bilgilenme', 'meşruluk kazanma' ve 'esin kaynağı olma'. Guy Canivet ise Fransa'da karşılaştırmacılığın kullanımı koşulları arasında şunları saymaktadır: Giderek gelişen 'açık' yorum yöntemlerinde, Avrupa haklarının uygulanmasında ve ulusal hukuku mükemmelleştirmek için (ulusal hukukta boşluk varsa, anakronizm varsa, hukukun modernize edilmesi gerekiyorsa; ulusal yargıçlar önemli sosyal sorunlarla ilgili kararlar verirken; sorun birçok devletle paylaşılan bir sorunsal; yabancı hukukta bulunan bir evrimin yararlılığını denetlemek için; verilecek kararın ekonomik etkileri ulusal devletin sınırlarını aşacaksa).<sup>32</sup>

Fransız Anayasa Konseyi ile Avrupa hukukları (gerek AİHS gerek AB) arası ilişkinin ilginç bir irdelenişine göre, Genç Anayasa Konseyi (1958'de kurulmuş) genç bir hanımla (Avrupa hukukları) önce (1958 Anayasası ile) kendi iradesi dışında (arranged marriage) evlendirilmiş, 1975'de boşanmış (Gebeliğin İstekle Sona Erdirilmesi Kanununun AİHS'nin 2 maddesine uygunluğunu tartışmayı reddederek) ve nihayet, şimdi düzgün ve iyi bir arkadaşlık kurmuştur (AB ile 1992'den bu yana, AİHS ile son on yıldır).<sup>33</sup> Bugün Fransa'da Strasbourg kararları yakından izlenmektedir.<sup>34</sup>

Bu bağlamda bir de ABD'ye göz atmak gerekir. ABD Yüksek Mahkemesinin karşılaştırmacılıkla ilgili tutumu genelde olumsuzdur. Özellikle bazı yargıçlar yabancı yargı yeri kararlarına bakmayı tamamen gereksiz bulmakta ve hatta ABD'nin sorunlarına sadece ABD hukukunun çözüm getireceğine inanmaktadırlar. Bu yargıçların en ünlüsü Justice Antonin Scalia'dır. Lawrence v. Texas davasında, oğlancılığın (sodomy) özgür iradeli yetişkinler arası suç olmaktan

<sup>32</sup> Canivet, *supra* n. 21.

<sup>33</sup> De Lamothe, *supra* n 31.

<sup>34</sup> Décision No 99-422 DC du 21 déc 1999, Décision No 99-425 DC du 29 déc 1999 *Recueil*, 168.

çıkarılması konusu tartışılırken, birçok yabancı yargı yeri kararına dikkat çekilmiş ve tarihsel dayanağın çürütülmesinde genel olarak ‘batı medeniyeti’ kavramı da kullanılmıştır.<sup>35</sup> Yargıç Scalia, karşı oy yazısında, karşılaştırmalı hukukçular arasında ün kazanan şu görüşü dile getirmiştir:

Anayasal haklar bazı devletler bazı davranışlara verilecek cezaları azaltıyor ya da ortadan kaldırıyor diye birdenbire doğamaz. Hele ki, bu Mahkemenin inandığı üzere, yabancı devletler suç olmaktan çıkarıyor diye hiç mi hiç doğamaz. ... Bu Mahkemenin bu yabancı yargı yerlerinin kararlarını ... tartışması bile tamamen gereksiz bir tutumdur. Tehlikelidir de, zira “Bu Mahkeme ... yabancı ruh haletlerini (moods), garip adetleri (fads) ve modaları Amerikalılara empoze edemez”.<sup>36</sup>

Bu görüş öncelikle Yargıç Scalia’nın yabancı yargı kararlarını şekillendiren “değer”lere ne gözle baktığını göstermektedir. Bu sözlerin küçümseyici bir eda ile söylendiği daha önceki *Atkins v. Virginia* kararından da bellidir. Orada da aynı Yargıç: “dünya toplumu”nun uygulamaları konumuzla aynı derecede ilgisizdir (irrelevant); onların adalet nosyonları – Allaha şükürler olsun ki – her zaman bizim insanlarımızinkiyile aynı değildir’, demiştir.<sup>37</sup>

Yargıç Scalia Amerikan Yüksek Mahkemesindeki sağcı ve tutucu görüşü yansıtır. Ona göre, ABD Anayasası hukuki bir metindir, belirli bir zaman ve yerde yapılmıştır ve böylece kullanılmalıdır. Yargıç Scalia ‘zaman içinde değişen değerler’den yana değildir. Örneğin, *Stanford v. Kentucky* davasında, onyediy yaşında bir gence ölüm cezasının uygulanıp uygulanmaması karara bağlanırken, Yargıç Scalia, yabancı yargı yeri kararlarına atıf yapılmasını yererek, “decency” (edep, terbiye) burada bir Amerikan kavramı olarak kararlaştırılmalıdır’, demiştir.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 598 (2002)) kararında, bu yolla *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 92 L.Ed. 2nd 140, 106 S. Ct. 2841 (1986) kararından dönülmüştür.

<sup>36</sup> *Lawrence v. Texas*, (Scalia, J., dissenting)

<sup>37</sup> 536 U.S. 304, 347-48 (2002).

<sup>38</sup> 492 U.S. 361, 364-65 (1989) at 369 n. 1.

Öte yandan, *Atkins v. Virginia* kararında,<sup>39</sup> ABD Yüksek Mahkemesi Yargıçlarının çoğunluğu tamamen aksi görüşü savunmuş ve 'dünya toplumunda "geri zekalılara" ölüm cezasının uygulanması kabul göremez', gerekçesiyle böyle bir infazı Sekizinci Tadil'e (Değişiklik, Amendment) aykırı bulmuştur. Yine Sekizinci Tadil'in yorumuna ilişkin *Roper v. Simmons* davasında,<sup>40</sup> Yüksek Mahkeme, bağlayıcı olmadıklarını vurguladıktan sonra, uluslararası hukuk normlarını kullanarak bu Tadil'in günümüz koşullarındaki anlamını belirlemeye çalışmış ve on sekizinden küçüklere idam cezasının uygulanamayacağını karara bağlamıştır.<sup>41</sup>

*Printz v. US* davasında Yargıç Breyer, karşı oy yazısında, Avrupa uygulamalarına yollama yaptıktan sonra şöyle der:

Biz tabii ki başka devletlerinkileri değil kendi Anayasamızı yorumluyoruz, onların sistemleri ile bizimki arasında politik ve yapısal farklar bulunabilir. Ama yine de onların deneyimleri ortak bir hukuk sorununa çeşitli çözümlerin sonuçları ile ilgili deneysel ışık tutabilir.<sup>42</sup>

Baş Yargıç Rehnquist *Washington v. Glucksberg* davasında, her halde kendi görüşünü desteklediği için, Kanada Yüksek Mahkemesi kararına yollama yaparak, 'aşağı yukarı ... her batı demokrasisinde ... intihara yardım bir suçtur' demiştir.<sup>43</sup>

Markesinis ve Feldtke'ye göre, Baş Yargıç Rehnquist'in fikirleri pragmatiktir ve önündeki dava ile ilgili kendi ideolojik tutumunu

<sup>39</sup> 536 U.S. 304, 316 n. 21 (2002).

<sup>40</sup> 125 S. Ct. 1185 (2005).

<sup>41</sup> Karşı oy yazısında Yargıç Scalia yine böyle kullanımlara karşı çıkarak, 'Bugün kullanılan yabancı kaynaklar bizim kendi Anayasamıza bağlılığımızı, onun menşinden duyduğumuz kıvancı, kendi Amerikan mirasımızı vurgulamak için değil, bilakis yüzlerce yıllık Amerikan uygulamasını kenara itmek için kullanılıyor', demiş, yargıçları 'kalabalığın içinden arkadaşlarını seçmek'le suçlamış ve ölüm cezasında uyguladıkları 'titizliği' neden çocuk aldırma ya da kilise ile devlet işlerinin ayrılmasında izlemediklerini somuştur (Scalia, ibid., s. 1228-1229). Bu davada verilen kararların daha derinlemesine bir incelemesi için bkz.: McCrudden, 'Judicial Comparativism and Human Rights' Ch 16 in E.Örücü ve D. Nelken (eds) *Comparative Law, A Handbook* (Oxford, Hart, 2007).

<sup>42</sup> 521 U.S. 898, 977 (1997). Yargıç Breyer başka bir kararda da (*Knight v. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999)) kendi görüşünü destekleyen Hindistan ve Zimbabve Yüksek Mahkemelerinin kararlarından ve AİHM'nin *Soering* kararından geniş biçimde yararlanmışır.

<sup>43</sup> 521 U.S. 702, 710 & n.8, 718 n. 16 (1997). Ama aynı Baş Yargıç *Atkins* davasındaki karşı oyunda ise yabancı kaynakları 'eleştirisiz kabul' etmenin 'anti-demokratik' olduğunu savunmuştur (s.322).

desteklediği sürece yabancı yargı yeri kararlarını kullanmaktadır.<sup>44</sup> Sujit Choudhry de Amerikan Yüksek Mahkemesinin karşılaştırmacılık konusundaki tutumunu irdelerken, Markesinis ve Feldtke'ninkine benzer bir görüş ileri sürerek, 'Amerikan anayasal yorum teorilerinin çoğunun altında hukuksal özgünlük/ayrıcılık (legal particularism) yatmaktadır', demekte ve bu da, çoğu diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, Amerikan tutumunu kendine özgü bir kampa koymaktadır.<sup>45</sup> Choudhry anayasal yorumda karşılaştırmacılığa üçe ayırarak bakmaktadır: 'üniversalist' (evrenselci), 'diyalojik' ve 'jeneolojik'. Evrenselci tutumu yansıtanlar (örneğin Güney Afrika, Macaristan ve Kanada) uluslararası toplumu göz önünde bulundurmaktadırlar; diyalojik tutumu yansıtanlar, bir yandan yargı yerlerinin birbirlerinin deneylerinden yararlanmalarını desteklemekte öte yandan kendi anayasal kültürlerini korumaktadırlar (örneğin Haklar Bildirisinden beri Kanada); jeneolojik tutum ise anayasaların tarihsel nedenlerle pekiştirildiği toplumlarda görülür ve burada, eğer yapılacaksa, ancak tarihsel açıdan ilgili toplumlardan ithal yapılır.<sup>46</sup>

Yargı yerlerinin karşılaştırmacılığı bazen açıkça değil örtülü biçimde karşımıza çıkar demiştik. Bunun iyi bir örneği Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarıdır. Bu Divan Avrupa için tek bir değerler tablosu yaratabilmek peşindedir, zira, Avrupa'da yaşayanlar Avrupa'nın hangi ülkesinde olurlarsa olsunlar içinde yaşadıkları ülkenin kendine özgü değerlerinden ziyade ortak değerleri yansıtan evrensel eşit haklara sahip olmak istemektedirler. Çözümler arası bir seçim yapılacağı zaman Divan, 'en iyi hukuku seçme' (better law approach) yolunu yeğlemektedir. Bu seçim, 'değere yönelik karşılaştırmacılığı' (value-oriented comparativism) yansıtmaktadır. Belki de burada ideolojik nedenlerle karşılaştırmacılıktan yararlanıldığı söylenebilir. Kullanılan, norm ya da kavramlardan ziyade, 'ahlaki tavır' alma (moral position) yoludur. 'Çaprazlama üretme' (cross-breeding) diyebileceğimiz bu gelişme Avrupa Birliğinin doğrudan ya da dolaylı etkisiyle, hem ATAD hem AİHM'nin uyguladığı 'en iyi hukuk' filtresi yoluyla, akademik yazarların bilgi yaymalarıyla, ya da yargı yerlerinin bir alıntıya otonom gereksinim duymalarından,

<sup>44</sup> Markesinis ve Feldtke, *supra* n. 21, s. 22-23.

<sup>45</sup> Bkz.: S. Choudhry, "Globalisation in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", 74 *Indiana Law Journal*, 819 (1999).

<sup>46</sup> Bkz.: *ibid*, s. 835-838.

ortaya çıkmaktadır. Yargıçların eğitimindeki ve yabancı yargı kararlarını kullanmadaki kültür açığı ortadan kalkmamakla beraber, tüm Avrupa için geçerli bir 'temel ilkeler esası' üretilmektedir. Bu geriye dönüşü olmayan bir gelişmedir. Özellikle Avrupa hukukunda boşluk varsa, bir Avrupa Topluluk hukuku kavramının yorumunda ve ulusal hukukların Topluluk amaçlarıyla uyuşup uyuşmadığının kararlaştırılmasında karşılaştırmacılık olağandır. Üye devletlerin insan hakları kültürleri ATAD ve AİHM'de yoğunlaşmakta ve yargı yerleri diyalogu yoluyla birbirlerinin içine girmekte ve kilitlenmektedir. ATAD, hem üye devletlerin yargı kararlarından yararlanır hem de üye devlet yargı yerlerine model oluşturur. Ayrıca AİHS'nde yer alan hakları da hukuk kaynağı olarak gördüğünden AİHM kararlarından da yararlanır. Her ne kadar karşılaştırmalı hukuka açık atif yapılmazsa da kararlarda, 'bütün' üye devletlerde ya da 'birçok' üye devlette geçerli 'hukuk gelenekleri', 'anayasal gelenekler', 'hukuk düzenleri', 'hukuk nosyonları' veya 'hukuk ilkeleri' gibi kavramlara sıklıkla rastlanır.<sup>47</sup> AB'nin yalnızca altı üyesi olduğu devirlerde açık atıflara sıkça rastlanıyordu.<sup>48</sup> Bugün böyle araştırmalar ve atıflar Kanun Sözcülerinin raporlarında rahatlıkla bulunabilir ve kararların bu raporlara dayanmadığı zamanlarda bile, bu raporlar yargıçlar için yol gösterici rol oynar.

İleride görüleceği gibi, aynı şey AİHM için de geçerlidir.<sup>49</sup> Taraf devletler hukukuna bakmak genel ilkelerin geliştirilmesinde en olağan yoldur.

#### 4. İYİ KARŞILAŞTIRMACILIK / KÖTÜ KARŞILAŞTIRMACILIK NEDİR?

Karşılaştırmacılık yalnızca belirli bazı sebepler uğruna kullanıldığında, bu kullanım sadece dekoratif olduğunda ya da hedeflenen kitleyi etkilemek için yapıldığında kötü karşılaştırmacılıktan söz edilebilir. Yargıçlar aynı sonuca

<sup>47</sup> ATAD'nın kararlarında karşılaştırmalı hukukun çeşitli kullanım biçimleri, bu metodun kullanılmasının hukuksal temeli, bu kullanımın teleolojisi, ne zaman kullanıldığı, nasıl kullanıldığı ve nasıl işlediği ile çeşitli davalar ve kararlar için bkz.: K. Lenaerts, 'Interlocking Legal Orders or the European Union Variant of *E Pluribus Unum*' in Canivet et al (eds), *supra* n. 6 s. 99- 134.

<sup>48</sup> Bkz.: Joined cases 7/56 and 3/57 to 7/57 *Algera and Others v Common Assembly* [1957] ECR 39. Bu davada bütün üye devletlerin hukuk gelenekleri incelenmiştir.

<sup>49</sup> Bkz.: S Peers, 'The European Court of Justice and the European Court of Human Rights: Comparative Approaches' in Örcü (ed) *supra* n 5, s. 107-130.

karşılaştırmayı yapmadan da varmış ve karşılaştırmayı bahane olarak mı kullanmışlardır? Yoksa gelecekteki hukuk gelişmeleri böyle diyaloglarda mı yatmaktadır? Gerçekten insan hakları alanında ortak sorunlarla karşılaşan, çatışan yararları, çıkarları ve hakları dengeleyen yargıçlar bir 'ortak girişimin varlığına' inanmakta ve günümüzde bu inancı taşıyanların sayısı artmakta mıdır? Bugün karşılaştırmacılık her yargıcın tabiatına yerleşmiş ve önemli bir yorum metodu haline gelmiş midir? 'Yargı yerleri arası diyalog ve iletişim' (Transjudicial communication)<sup>50</sup> nasıl değerlendirilebilir?

Belli bir sorun evrensel olabilir ama çözümler farklıdır. Karşılaştırma bunu gösterebilir. Yargıçlar istedikleri çözümü seçebilirlerse tehlikeli bir eklektizm ortaya çıkabilir. Böylece karşılaştırma belirli bir amaç uğruna kullanılan bir araç haline gelebilir. Bu karşılaştırmının kötü kullanımudur. Öyleyse iyi kullanım nedir?

İnsan hakları sorunlarına ulusal mahkemelerin giderek geliştirecekleri standart bir yaklaşım, en azından Avrupa Konseyi üyeleri açısından, olanaklı mıdır? 'Mahkeme önce bir insan hakkı sorunu olup olmadığına karar verecek, sonra, bu hakkın ihlal edilip edilmediğini kararlaştıracak, ihlal var ise, bu ihlalin yasa ile öngörülüp görülmeyişini, hukuka uygun bir amacın güdülüp güdülmeyişini, sosyal bir ihtiyaca cevap verilip verilmediğini, amaçla araç arası orantılılığın varlığını ve son olarak da demokratik bir toplumda gerekli olup olmayacağını araştırarak,' formülünü istisnasız bir standart olarak kullanmak olanaklı mıdır? Ulusal 'dağarcık' burada hiç mi rol oynamayacaktır? Devletlere tanınan 'takdir payı' (margin of appreciation) böyle bir gelişmeye yarar yerine, zarar mı vermektedir? Burada yol gösterici ışık AIHM kararları olabilir mi? Karşılaştırmacılığın son noktası evrenselliği elde etmek midir?

İnsan haklarının gelişmesinde uluslararasıdan ulusala, ulusaldan uluslararasına, bir ulustan bir başka ulusa ve hatta bir uluslararasıdan başka bir uluslararasına diyalog sonucu, çözüm, ilke ve usul alıntısı bugün varlığı tartışılmayacak kadar yaygındır. Bu nedenle karşılaştırmacılığın kullanımı tartışması teorik görünebilir, ama derecesi, nedenleri ve hangi konularda bu kullanımdan yararlanıldığı farklıdır. Ayrıca bu faaliyetin sınırları nedir? Kim kime ve

<sup>50</sup> Bkz.: AM Slaughter, 'A Typology of Transjudicial Communication' (1994) *University of Richmond Law Review*, s. 99.

hangi nedenlerle bakmaktadır? Neden bazı yargıçlar buna daha açık, bazıları daha kapalıdır?<sup>51</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz gibi güzel bir örnek Macar Anayasa Mahkemesidir. Özellikle 'insan haysiyeti / onuru' (human dignity) ilkesini geliştirirken, Macar Anayasa Mahkemesi kendi kararlarında, gerek terminoloji gerek genel yorum yöntemleri açısından, Alman Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanmaktadır.<sup>52</sup> Acaba neden Macar Anayasa Mahkemesi bu yola başvurmuştur? Dupré'nin araştırması şu nedenleri ortaya koymaktadır: Almanya'nın kültürel ve tarihsel etkisi, Almanya'nın bugün de rol modeli olarak görülmesi ve, Macaristan'da Almancanın gerek halk gerek hukukçular arasında en yaygın ikinci dil olması. Ama yine de iki Mahkeme arası yorum konusunda birçok farklılıklara rastlanmaktadır. Bu farklılıklar Macar yargıçların yanlış anlama ya da hata yapmaları nedeniyle değil kesin bir seçim sonucudur. Dupré 'hukuk ithali' kavramını yeğlemekte ve bunu 'alıntı', 'yargısal diyalog' ve 'taklit' kavramlarından farklı bir kavram olarak kullanmaktadır. Bu yazara göre yargıçlar kendi hukuk mantıklarıyla vardıkları sonucu desteklemek amacı ile hukuk ithal etmektedirler.<sup>53</sup> Macaristan'da bu usulle anayasal yargıda ve anayasa mantığında büyük gelişmeler olmuştur.

Buraya kadar gördüğümüz örneklerle bakıldığında, genelde yabancı yargı yeri kararlarını kullanmanın nedenleri arasında şunlar sayılabilir: tarihsel bağlar, belirli bir devirde belirli bir hukuk sisteminin revaçta olması, AT hukukunun ve AİHS'nin etkisi, eldeki davayla ilgili ulusal çözüm bulunmaması ve yakın benzerlik içinde olan kararların varlığını bilme ya da değişen hukuk eğitimi sonucu yargıçların kültüründe değişme ve gelişen teknik yöntemler sayesinde yabancı yargı yeri kararlarından yararlanabilme olanağının artması. McCrudden ayrıca insan hakları konusunda mahkemelerin diyalogunu değerlendirirken, 'yabancı yargı yerlerinin kararları yoluyla yorum' yolunun günümüzde geçerli bir yorum metodu olarak kabul

<sup>51</sup> Genel olarak 17 ülkede yargı yerlerinin karşılaştırmalı hukuk kullanımlarını inceleyen bir çalışma için bkz.: U Drobniç, 'The Use of Comparative Law by Courts' in Drobniç, van Erp (eds) *supra* 8, s. 3-21.

<sup>52</sup> Dupré, in Harding ve E Örucü (eds) *supra* n 24, s. 274.

<sup>53</sup> *Ibid* s 275.

edildiğini belirtmektedir.<sup>54</sup> Yine de, bütün bunlar ancak tahminidir, zira genelde yargıçlar hukuk mantıklarının kaynaklarını açıklamazlar.

Markesinis ve Fedtke ise böyle bir diyaloga ne zaman girilmesi gerektiğini incelerken şunlara değinmekte ve çeşitli yargı yerleri kararlarından örnekler vermektedirler: Yargı yeri 'hukukun genel ilkeleri'ni araştırırken; yerel hukukta bir boşluk ya da belirsizlik olduğu, ya da açıkça modernizasyon gerektiği zaman; bir sorun coğrafi olarak yaygın olup da harmonize bir çözüm gerektiği zaman; belirli bir yerel çözümle ilgili ve dağıtılması gereken endişeleri ortadan kaldıracak yabancı deneyimler bulunduğu zaman; ortaya konan çözümün başka hukuk sistemlerinde işlediğini gösterir ek deliller yabancı kararlardan elde edilebileceği zaman; yorumlanacak yasa başka bir hukuk sisteminden alıntı olduğu ya da uluslararası bir kaynağa dayandığı zaman; ve, yargı yerinin karşısına değer yargılarını değil de çok teknik konuları düzenleyen bir yasa çıktığı zaman.<sup>55</sup>

İnsan hakları kararlarında birden çok yabancı kaynaktan yardım sağlamak doğal olarak verilen kararın meşruiyetini arttırmaktadır. Bunun yanı sıra ithal ve ihraç edilen hukuk kurallarının prestiji, yeterlilik ve verimlilik (efficiency), ulusal elitin rolü, rastlantı, pratik yarar (utility), kültürel güçler ve dışarıdan zorlama (imposition) gibi sebepler de göz ardı edilemez.

'Common law' yargıçlarının kararlarına baktığımızda yabancı yargı kararlarından yararlanırken, yargıçların 'destek', 'yararlı', 'demokratik toplumların değerlerini yansıtan', 'öğretici', 'bağlayıcı değil ama ikna edici', 'ilginç' ve 'iç rahatlığı sağlayan' gibi terimler kullandıklarını görürüz. Özellikle ulusal hukukun yetersiz kaldığı alanlarda, hukukun kapsamını genişletmek için, ya da 'medenî' dünyada bir yeknesaklık (uniformity) sağlamak için yabancı hukuka bakılması esas kabul edilmiştir. Sert bir ulusal kurala daha ılımlı bir görüntü kazandırmak için de böyle destek arama yoluna gidilebilir. Yargıçlar yeni durumlarla karşılaşmış olabilirler, ulusal kurallardan ayrılmak isteyebilirler, gelişen ve değişen eşitlik, ahlak ve adalet

<sup>54</sup> McCrudden, in Örücü (ed) *supra* n 7.

<sup>55</sup> Markesinis & Fedtke, *supra* n 21, s. 76-108.

kavramları yeni yaklaşımları gerektirebilir ya da yeterli yerli yol gösterici kaynak bulunmayabilir.<sup>56</sup>

Karşılaştırmalar irdelendiğinde, bazen 'işlevsel/fonksiyonel bir kullanım', bazen 'süsleyici/dekoratif bir kullanım' görürüz. Bazen bu kullanım 'entegrasyonizm' bazen 'enternasyonalizm' belirtisidir. Yine de birçok durumda, yukarıda tartışılan birçok nedenle, 'kültürel ayrıcalık' ön plana çıkmaktadır. Yargıçlar hukuku toplumun evrimine uydururken ve içinde yaşadıkları toplumdaki çeşitli değerlerle hukuk arası köprüler kurarken, aynı zamanda, karşılaştırmacılık yolu ile, o toplumla evrensel değerler arası da köprü kurmaktadırlar. Kullanılan temel değerler yargıcın kendi toplumunun değerleridir ama, bu yolla, bu değerler çok daha geniş bir evrenle entegre olmuşlardır. Bu aynı zamanda ulusal kararları bir demirleme, sağlama bağlama işlevini de görür. Yabancı yargı kararları ulusal değerler süzgecinden geçip dengelenir. Hiç bir hukuk geleneği sadece kendine dönük (self-referential), kendine yeterli (self-sufficient) ve dış perspektiflere kapalı olamaz. Karşılaştırmacılık ve diyalog birden çok (multiple) görüş açısı ve yorum seçeneği sağlar. Burada ayrıca demokratik toplumların altında yatan temel değerlerin paylaşıldığı varsayımı söz konusudur. Karşılaştırmacılık bu paylaşılan değerleri ortaya çıkarmaktadır. İnsan hakları kültürü günümüzde bu paylaşılan değerlerdendir ve bu nedenle karşılaştırmalı yorum yönteminin kullanılması için en uygun alanlardan biridir. Burada üzerinde durulması gereken, yabancı yargı kararlarının teknik özelliklerinin değil, yabancı yargı yerlerinin verdikleri benzer kararları çerçeveleyen hukuksal, ekonomik ve kültürel içeriğin ve ortamın (context) incelenmesinin önemidir. Böylece karşılaştırmacılık yoluyla entegrasyon yaratılabilir, zira böyle bir bakış açısıyla paylaşılan perspektifte bir artış gelişir. Bu da giderek ulusal hukuk sistemlerinde mahkemelerin 'ortak değerleri hazmetmelerine' (internalisation) yol açacaktır.

Yabancı yargı kararlarından yararlanan çeşitli yargı kararları incelendiğinde, görülen, yabancı kararların doğrudan uygulanan bir kaynak olarak değil 'transnasyonal yorum kaynağı' olarak kullanıldığıdır. Etki derecesinin de değişken olduğunu görürüz. Daha önce de belirtildiği gibi, bu etki bazen açıkça görülür, bazen görülmez. McCrudden çalışmasında hukuk sistemlerini şöyle sınıflandırmıştır:

<sup>56</sup> Yine çeşitli devletlerde (Amerikalılar, Fransa, Britanya, İtalya, AİHM, İspanya, Hollanda, Avusturya, Almanya) bu nedenlerin varlığını gösteren örnekler için bkz.: Canivet, Andenas & Fairgrieve (eds), *supra* n 6.

Yabancı insan hakları kararlarını kullanmayan devlet mahkemeleri (ABD Yüksek Mahkemesi), kullanan fakat bunu açıkça açıklamayan devlet mahkemeleri (Japonya), yabancı yargı yeri kararlarını açıkça kullanan devlet mahkemeleri (Kanada, Güney Afrika ve Britanya).<sup>57</sup> Markesinis ve Fedtke ise şöyle bir sıralama yapmaktadırlar: Karşılaştırmacılık yapan fakat bunu açıklamayanlar (İtalya ve Fransa), açıkça karşılaştırmacılık yapanlar (İngiltere ve Almanya), yabancı yargı yeri kararlarından fazlasıyla yararlananlar (Güney Afrika ve Kanada).<sup>58</sup>

Ayrıca ilginç bir gözlem çoğunlukla liberal demokratik rejimlerde yargı yerlerinin açıkça birbirlerinin kararlarından yararlandıklarıdır. Zira, yalnızca paylaşılan temel varsayımlar yetmez, aynı zamanda paylaşılan amaçlar da gereklidir. Türkiye gibi 'ek bir dünya görüşü'ne (supplementary vision) sahip, milli devlet anlayışının ve pozitivistin kuvvetli olduğu ve hukukun milli sorunlara milli bir cevap olarak görüldüğü demokrasilerde, bu tip referans daha zordur. Yine de Avrupa Birliği ya da liberal demokratik dünya gibi ilgili seyirciyi ikna etmek için karşılaştırmacılık yeri geldikçe kullanılmaktadır.<sup>59</sup> Unutulmaması gereken, yalnızlığın (isolation) yabancı kararlara bakmama sebebi olabileceği, ama, bakmamanın sonucu da olabileceğidir. Yakınlaşma isteği ise bu tip yararlanmaları kamçılar. Hatta, karşılaştırmacılık Avrupa kapsamında görüldüğü gibi, 'yargı kararı vermenin parçası' haline bile getirilebilir.

ATAD ve AIHM'nin karşılaştırmacılık alanındaki gelişmelerine bakacak olursak, 'toplumda hukuk' (law in society) yaklaşımının 'toplum' kelimesini geniş anlamda ele aldığını ve uluslararası toplumu hedeflediğini, sadece üye devlet ya da taraf devlet kararlarını ve hukuklarını değil diğer konvansiyonları da kapsamına aldığını görürüz. Yukarıda da değinildiği gibi, ATAD kararlarında karşılaştırmacılık her zaman kullanılmaktadır. AIHS koruma sistemi için de karşılaştırmacılık asıldır. Bu sadece ulusal mahkemelerin bu Divan ve Mahkeme kararlarına bakmaları anlamına değil, aynı zamanda bu Divan ve Mahkemelerin de üye devlet ya da taraf devlet mahkemelerinin kararlarından yararlanması anlamına gelir. Diğer bir deyişle, burada 'ulusal hukuklara ters yollama' (reverse reference

<sup>57</sup> McCrudden, in Örucü (ed), *supra* n 7.

<sup>58</sup> Markesinis & Fedtke *supra* n 21.

<sup>59</sup> Örucü, *supra* n 16.

back to national laws) söz konusudur. Bu tip yollama tutarlı bir doktrinin ifadesidir, bir yorum prosedürünün sonucudur. Mahoney'in de belirttiği gibi, AİHS ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arası iki yönlü bir köprü vazifesi görmektedir. Bir yönde akış ulusal hukukların belirli ortak uluslararası standartlara uyma yükümlülükleri sonucudur. Diğer yöndeki akış ise, bu standartların devamlı esin kaynağı olan ve demokratik toplumların iç hukuklarınca zaten tanınmış ilkelerden gelmektedir.<sup>60</sup> Yine Mahoney'e göre bu tip yollamalar öncelikle bir 'delil belirtisi'dir (evidentiary indication). İkinci olarak, AİHS'ne ilk esin kaynağını sağlayan ortak (common) Avrupa hukuk ilkelerinin günümüzdeki gelişen ve değişen şeklini anlama vasıtasıdır. Avrupa'daki hukuk toplumu 'hukuk gelenekleri, idealleri, özgürlük ve hukuka bağlılık konularında ortak bir geçmişi' paylaşmaktadır.<sup>61</sup> AİHS, kökleri müşterek insan haklarında yatan, hemen hemen homojen bir Avrupa hukuk toplumu yaratmaya çalışmaktadır. Bu nedenle de, bu hakların anlamını deneysel delillere bağlamak, activist/etkinci yargıçlar için Sözleşme sınırlarını aşarak kendi adalet duygularından kaynaklanan yeni bir hukuk yarattıkları iddialarını çürütmede yararlıdır. Yargıçlar 'ortak bir irade' bulmaya çalışmaktadırlar. Yalnız unutulmamalıdır ki aynı karşılaştırmalı hukuk araştırması farklı yargıçları farklı sonuçlara da götürebilir.

AİHS sıklıkla genel uygulama alanı olan ve anlamı çok açık olmayan terimler kullandığından, bu iskeleti yorum yoluyla etle doldürmek (fleshing out) için ve hakların çoğu da katı kriterlerle tanımlanmadığından, Strasbourg yargıçları yasa koyucu durumuna gelmişlerdir. Bu işlev doğal olarak bir boşlukta yerine getirilemez. Her gün gelişmekte olan insan hakları için, uluslararası ve uluslararası alanda karşılaştırmalı atıflar sayesinde bağlayıcı değil fakat ikna edici bir 'yardımcı yorum kaynağı' yaratılmaktadır.<sup>62</sup>

Acaba neden Strasbourg Mahkemesi belirli ortamlarda standartlara somut içerik kazandırırken karşılaştırmalı hukuku bu kadar önemli bir yorum metodu olarak kullanmaktadır? Mahoney şu tahminlerde bulunuyor: AİHS'ne göre insan haklarının korunmasında icra/infaz (enforcement) mekanizması ulusal sistemlere yardımcı

<sup>60</sup> P Mahoney, 'The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference back to National Law', bkz Canivet et al (eds) *supra* n 6, s. 135-150.

<sup>61</sup> *ibid*

<sup>62</sup> Bkz.: *ibid*.

(subsidiary) olarak düşünölmüştür; ve Sözleşmenin birçok yerinde taraf devletlerin hukuk sistemlerinin parçası olan kavramlara atıfta bulunmaktadır. Fakat ulusal tanımlar birbirinden farklıdır. Bu nedenle de uygulamada eşitsizlik yaratmamak ve uluslararası standartlara evrensellik kazandırmak için bu kavramlara tüm devletlerde geçerli olabilecek 'özerk' bir anlam verilmektedir. Kavramların ortak özü kararlaştırılırken kaynaklardan birisi ulusal yasalar olmaktadır, bu öz de 'ortak Avrupa sahası'nı yaratmaktadır. Böylece Strasbourg yaklaşımı 'özerk kavramlar', 'evrimsel yorum' (evolutive interpretation) ve 'takdir payı'nı içermekte ve seçilen anlam için meşruiyetini ulusal yasaların karşılaştırılmasından almaktadır.<sup>63</sup>

### 5. NEREYE KADAR KARŞILAŞTIRMACILIK VE DİYALOG?

İnsan hakları konusunda yargı yerleri arası karşılaştırmacılık ve diyalog başarılı olmakta mıdır? Başarının ölçütü ve ölçüsü nedir? Eğer başarının belirtisi davranışta ve değerlerde eşitlik ise, sosyo-ekonomik ve kültürel koşullarda da yeknesaklık yaratmamız gerekir mi?

Ulusal bir insan hakları hukuku ne dereceye kadar geçerli olabilir? Yoksa, hiç olmazsa taraf devletler açısından amaç, kendileri de ulusal hukuka atıfta bulunan ve en azından Avrupa'ya yaygın ve insan haklarında bir *ius commune* yaratmak için 'ortak bir girişim'i (common enterprise) sergileyen Strazburg kararlarını izlemek mi olmalıdır? İnsan hakları konusunda karşılaştırmacılık ve diyalog ulusal devletlerin kendi tarihlerinin ötesinde, evrensel tarihe dayanan, diğer bir deyişle, tarih dışı (a-historical) bir gelişme yaratabilir mi? Yerleşmiş anlamlara, bu evrensellik adına karşı çıkıldığında (challenged), yargıçlar ne yapmalıdır? Denmektedir ki bugün 'dünyada tüm yargı yerleri birbirleriyle konuşmaktadırlar'<sup>64</sup> ve 'haklarla ilgili fikir alışverişinde canlı ve işlek bir uluslararası trafik' meydana gelmektedir.<sup>65</sup> Bazı yargı yerleri gerçekten de devamlı bir diyalog içindedirler ama bazı yargı yerleri yabancı hukuka karşı

<sup>63</sup> *ibid.* Ayrıca bkz.: J-P Costa, 'Aspects of the Influence of the European Convention on Human Rights on Domestic Law' in Canivet et al (eds) *supra* n. 6, s. 86- 89.

<sup>64</sup> Slaughter, *supra* n 50, s. 99.

<sup>65</sup> MA Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (Free Press New York 1991) s. 158.

çekingendirler. Ta başlarda incelediğimiz, bunun neden böyle olduğu sorusunun yanı sıra, bir de yargısal karşılaştırmacılığın sınırlarına bakmak gerekir.

Bütün hakların aynı değerde olmadığı varsayımından hareketle, yalnızca seçilen kararlara bakılacaksa, o zaman da soru 'uygun kararları seçmek' ne demek? olmalıdır. Uluslararası standartlar bir asgari olduğuna göre, insan hakları yorumu genişletici bir yorum mu olmalıdır ve AİHM'nin kararlarından da öte mi gidilmelidir? Yargıçlar arası bir dayanışma ve amaç birliği olduğunda doğaldır ki insan hakları ile ilgili kararlarda gelişme hızlanacak, koruma alanı genişleyecektir. Ama unutulmaması gereken bir de şunlar vardır. Örneğin, yabancı kararlar hakkında yeterince bilgi bulunmayabilir; bulunan bilgi son durumu yansıtmayabilir; genellemeler yapılırken ayrıntılar gözden kaçabilir; yabancı sosyo-politik çerçevenin etkileri bilinmeyebilir; hukukta kesinlik ilkesinden uzaklaşılabilir; yargı yerlerinin başka hukuk sistemlerini inceleyecek zamanları olmayabilir; ve, yabancı hukuki düşünceleri derinlemesine irdelemek zor olabilir. Bunları yukarıda da gördüğümüz diğer karşı koymalara (objections) eklersek, 'nereye kadar karşılaştırmacılık?' sorusunun yanıtı daha da giriftleşecektir.

Ayrıca, ulusal hukuk yerleşmiş ve yeterli ise yargıçlar yabancı yargı yerlerinin kararlarına bakma gereksinimi duymayabilirler.<sup>66</sup> Özellikle bu konuda bir de yasa varsa, yargıçlar, yabancı yargı yerlerinin daha değişik kararları olduğunu bilseler bile, kendilerini yasa koyucunun iradesi ile bağlı sayacaklarından çekingen davranacaklardır. Anayasaların ve ulusal haklar bildirilerinin çoğu geçmiş ulusal sorunlara çözüm getirmek üzere hazırlanmıştır, bu nedenle de bunlar ile AİHS ve Evrensel İnsan Hakları Konvansiyonları ve Statüleri arasındaki uyum tam olmayabilir. Böyle hallerde, sorun yalnızca bir iç sorun olarak görüldüğünde ya da belirli bir iç sorunun çözümüne ilişkin olduğunda, yargıçlar, 'özgün/ayrıcılık' (particularism) çözümü yeğleyeceklerdir.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Örneğin ABD Yüksek Mahkemesinin bu konudaki tutumu hatırd tutulmalıdır. Bkz.: McCrudden, *supra* n. 40 ve Markesinis ve Fedtke, *supra* n.21. Bu konudaki tartışmayı özetleyen başka bir çalışma için bkz.: M-A. Glendon, 'Judicial Tourism: What's wrong with the U.S. Supreme Court citing foreign law', *The Wall Street Journal*, September 16, 2005.

<sup>67</sup> Bu konularda çeşitli görüşler ve iyi karşılaştırmacılık ile kötü karşılaştırmacılık örnekleri için bkz.: McCrudden, *ibid.*

Burada açıkça belirtmek gerekir ki konumuz olan 'yargısal karşılaştırmacılık' ve yargı yerleri arası diyalog irdelenirken, insan hakları davalarında (özellikle anayasal haklar söz konusu olduğunda) yargı yerlerinin aktif rol oynamalarının meşru olup olmadığını, yargıçların bu bağlamda hukuk yaratıp yaratmadıklarını ya da politik bir karar mı vermekte olduklarını göz ardı etmekteyiz. Ayrıca bu irdellemelerde insan hakları hukukunun 'özerk' liğini de varsaymaktayız.

Konumuz üç sorunun yanıtını araştırmayı gerektirmektedir: Karşılaştırmacılık ve diyalog nereye kadar kullanılmaktadır? Bu birinci soru deneysel (empirical) bir sorudur ve ulusal Anayasa Mahkemelerinin kararlarının derinliğine incelenmesi ile cevaplanabilir. İkinci soru bir hukuk felsefesi sorusudur: Karşılaştırmacılığın neden kullanıldığını açıklayıcı kriterler nelerdir? Son soru ise normatiftir: Bu kullanma muşru mudur? Bu tebliğin amacı bu soruların cevaplarını tereddütsüz verme olanağı sağlamak değil, soruları tartışma alanına çıkarmaya yardımcı olmak idi.

## 6.SONUÇ

Ortaklığı (commonality) kabullenmek kültürel farklılıkları göz ardı etmek olarak da sunulabilir, bu farklılıkları aşmak olarak da. Belirli bir insan hakkını yorumlayıp uygularken, evrensellik iddiası, bir yargı yerine evrensel bir otorite verir mi? Karşılaştırmacılık ve diyalog kendi başlarına entegrasyona yol açamazlar, ya da 'insan hakları alanında bir *ius commune*' yaratamazlar, ama ortak sorunları çözmede en uygun yaklaşımların seçiminde bir araç olarak kullanılabilirler. Karşılaştırmacılık ve diyalog 'karşılıklı-döllenme' yi (cross-fertilisation) besler, 'karşılıklı döllenme' de 'alıntı' olanın ve diyalog sonucunun yararlı hale getirilmesini (instrumentalisation) ve çevreye uydurulmasını özendirir. Böylece ortaklık gelişir; bu ortaklık hukuk kuralları düzeyinden ziyade, soyut ve kuralların kaynağını meydana getirecek ilkeler alanında gelişecektir. Karşılaştırmacılık şüphesizdir ki seçim olanaklarını arttırır ve insan haklarının gelişmesinde en gerekli aktör olan 'aktivist/etkinci' yargıca esin kaynağı olur. Dengeler her zaman, 'evrimsel yorum' aracı kullanılarak, metinlerdeki belirsiz kavramlara günümüz gereksinimlerine uygun anlamlar arayarak ve demokratik toplumlarda meşru görülen sınırlar içinde kendi vatandaşlarının yaşam biçimlerini düzenlerken demokratik takdir yetkisini kullanan ulusal devletlerin 'takdir payı' yolu ile kurulabilir.

Eğer akademisyenler, yargıçlar, avukatlar ve hukukçular yabancı hukuktan alıntılar için 'kirlenme' (pollution), 'bulaşma' (contamination) gibi olumsuz terminoloji kullanmak yerine, pragmatik ve ilerleyici bir tutuma bürünürlerse, karşılaştırmacılık ve diyalog hukuk sistemlerinin birbirlerine kenetlenmelerinde vazgeçilmez bir araç olarak işlevlerini görebilirler. Bu kilitleme (interlocking) bazan aktörlere rağmen de gelişebilmektedir. Örneğin, AİHM'nin ve ATAD'ın bağlayıcı kararlarına uyarken bu kilitleme kendiliğinden doğacaktır. Bunu karşılaştırmacılık saymadığımızı ta başta belirtmiştik. Gerektiği için değil, gönüllü olarak bu yola gidildiğinde ve karşılaştırmacılık meşru ve hatta yeğlenen bir yorum yöntemi olarak kullanıldığında, işte ancak o zaman hukuk sistemleri arası gerçek bir yakınlaşma ve kilitlemeden söz edilebilir. Böyle olduğunda, insan hakları konusunda baha biçilemeyecek bir gelişmeye yol açılacaktır. Karşılaştırmalı diyalogun değeri ve diyalojik yorumun yararı günümüzün en önemli kazançlarındandır.

Yine de şu sorunun yanıtı verilmiş olmuyor. Acaba Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkeme yargıçları özerk aktörler olarak hep birlikte belirli bir evrensel gerçeğe varmaya çalışıyorlar mı? Bu bizi 'ortak girişim' (common enterprise) kavramına götürüyor. Ayrıca zaman zaman karşılaşılan bir başka soru da şudur: Bu gelişme gerekli midir, olanaklı mıdır ve istenen bir gelişme midir? Karşılaştırmalı ve diyalojik yaklaşımın karşısında engel olarak görünen ulusal toplumun kendine has kültürel gereksinimleri ne olacaktır? Elitizm ve muşruyet sorunlarının yanıtı nedir?

Bu sorulara nasıl cevap vereceğimiz, bizim, yirmi birinci yüzyılda insan hakları davalarında karşılaştırmacılığın ve diyalogun yerinin ne olduğu genel sorusu karşısındaki tutumlar yelpazesindeki (spectrum) yerimizi belirler. Hukuksal standartlar salt ulusal kaynaklardan değil de karşılaştırma, diyalog ve uluslararası kaynaklardan elde edildikçe, yatay ve dikey ilişkiler olağanlaştıkça, belirli hukuksal ve politik kültüre ve tarih ve alışkanlık gücüne dayanan tutukluk ve inhibisyonlar gerileyecektir. Yargı yerleri gerçekten de ulusal hukukla uluslararası hukuku entegre etmektedirler. Her geçen gün giderek netleşen şudur: her ne kadar geçmiş ulusala ve kültürelle bağımlı ise, gelecek böyle olamayacaktır.