

“DEĞİŞEN EGEMENLİK ANLAYIŞININ HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINA VE ANAYASA YARGISINA ETKİLERİ”

Prof. Dr. Cem EROĞUL^()*

GİRİŞ

Onaltıncı yüzyılın sonunda Jean BODIN tarafından geliştirilen egemenlik kuramı,¹ geliştirmekte olan burjuva sınıfının türdeş ve dışı karşı korunmuş bir ulusal pazar gereksinimine yanıt olarak doğmuştu. Ulusal çerçeve, 1870’lerde başlayan emperyalizm çağında, emperyalist devletlere saldırı üssü, çevre ülkelerine ise korunma tabanı oldu. Bu çerçeve, 1930’lardan başlayarak, Keynesçi devlet anlayışına da tabanlık etti. Ne var ki, 1970’lerin sonunda kapitalizm küreselleşme aşamasına girdi ve ulus-devletle açık bir karşıtlığa düştü. Şimdi artık düzenin dayanabildiği tek ulus-devlet, küreselleşmenin dünya üssü olan ABD’dir.

Ulus-devletin geçimsel (iktisadi) düzenin temel gereksinimlerine ters düşmeye başlaması, ulus-devletin çeşitli yönlerden geriletilmesi gereğini doğurdu. Bunun bir yönü, bağımsızlık. Bir başka yönü ise bütünlük. Ulus-devletin mermer yekpareliği küreselleşme ile bağdaşmıyor. Küreselleşmiş sermaye, özeksel (merkezi) devletlerle uğraşacağına, özerk birimlerle, bölgesel, kentsel güçlerle baş başa kalmayı yeğliyor.

Burada bütün bunlar üzerinde durulmayacak. Yalnızca, bu genel eğilimin insan hakları (İ.H.) konusuna nasıl yansıdığı araştırılacak. Şunu hemen belirtmek gerekir ki, ulus-devletin bağımsızlık yitimi, İH. alanında çok haklı, çok geçerli bir gerekçe buldu. Özellikle II. Dünya Savaşı’nın sonunda gözler önüne serilen inanılması güç boyuttaki İ.H. çiğnemeleri, bu konuların devletlerin “karışılmaz” içişlerine bırakılmayacağı görüşünü yaygınlaştırdı. Bildiriler, aktörel (ahlaki) baskılar, kamuoyu oluşturma biçiminde başlayan bu yeni anlayış, gitgide artan bir yoğunlukla tüzel çerçeveye oturdu. BM’nin evrensel düzeyde yerleştirmeye çalıştığı genel tüzel çerçevelerle yetinmeyen kimi dünya bölgeleri ise, daha sıkı bir koruma sağlamaya yöneldiler. Bunlar içinde bugüne dek en başarılı

^(*) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Jean BODIN (1530-1596): *Les Six Livres Dela Republique* (1576)

olanı, Avrupa Konseyi çerçevesinde örülmüş bulunan tüzel yapıdır. Bugün artık, yurttaşlarının hak çiğnenmesi gerekçesiyle Konseye başvurusunu kabul etmeyen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (A.İ.H.M.) zorunlu yargı yetkisini tanımayan Konsey üyesi yoktur. Bundan sonra olamaz da (11. Protokol). Bireylerin, kendi devletlerini aşip başka kuruluşlarda hak arayabilmeleri, hiç tartışmasız, geleneksel egemenlik anlayışıyla bağdaşabilecek bir şey değildir.

Günümüzde başat duruma gelen, genelleşen eğilim işte budur. Avrupa öndedir, ancak eğilim evrenseldir. Demokrasi ancak devlet egemenliğini aşan bu boyutla desteklendiğinde gerçek bir değer kazanmaktadır.² Ulusal sınırlar içine hapsolmuş, hiç kimseyi kendine karıştırmayan demokrasi anlayışı gününü doldurmaktadır.

Benim bildirimim esas konusu, bu yeni demokrasi anlayışının, anayasa mahkemelerini ya da daha genel bir anlatımla ülkelerin yüksek yargı katlarını nasıl etkilediği. Bunu ortaya koyabilmek için, aşağıda, önce (I), arsulusal tüzenin bağlayıcılığını açıkça kabul etmiş kimi ülke örneğine değineceğim. Sonra (II), bunu açıkça kabul etmemiş kimi ülkelerde de, özellikle yüksek mahkeme yorumlarıyla, aynı kuralın geçerli kılındığını gösteren örnekler vereceğim. Son olarak da (III), Türkiye'nin aynı yolu izlemesi gerektiğini, bugünkü anayasanın bence doğru yorumuna göre, üstelik bunun zorunlu olduğunu göstermeye çalışacağım.

I. ARSULUSAL TÜZENİN ÜSTÜNLÜĞÜNÜ AÇIKÇA KABUL EDEN KİMİ ÜLKENİN YAKLAŞIMI

Arjantin, 1994 yılında gerçekleştirdiği bir anayasa değişikliği ile, başta Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, birçok arsulusal sözleşmeyi anayasal düzeye çıkardı. Aşağıda, bu durumun kimi Yüce Mahkeme (Supreme Court of Justice of the Nation) kararlarına nasıl yansıdığı ortaya konacak.

² Tony Blair'ın 28 Eylül 1999'da Bournemouth'ta toplanan İşçi Partisi kurultayında söylediği şu sözler, biçimlenmekte olan yeni egemenlik anlayışının habercisi: "Not power to the people but power to each person to make the most of what is within them." (Türkçesi şöyle olabilir: Halka değil, her kişiye egemenlik; ki herkes, içindekilerini sonuna dek geliştirebilsin.) www.newsunlimited.co.uk/lab99 (31 Mart 2003)

Yüce Mahkeme, Ekim 1994'te verdiği bir kararda (13.10.1994; C.572.XXIII)³, Arjantin'in taraf olduğu bir antlaşmaya aykırı bir iç düzenleme yapılmasının, yalnızca bir arsulusal yükümlülüğün yerine getirilmemesi değil, aynı zamanda, arsulusal tüzenin iç tüzeye üstünlüğü ilkesinin çiğnenmesi anlamına geleceğini belirtiyor.

Yüce Mahkemenin Eylül 2001'de verdiği bir başka karar (27.09.2001; A.671.XXXVII)¹ çok ilginç. Olay şöyle: Arjantin'in Corrientes eyaletinin anayasası ile seçim yasası, tutukluların seçimlerde aday olmasını yasaklıyor. Adaylık başvurusu reddedilen bir tutuklunun üyesi olduğu siyasi parti Yüce Mahkemeye başvuruyor. Yüce Mahkemenin kararına göre, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddesi (23.1.6), ancak "yetkili bir mahkeme eliyle hüküm giyme" nedeniyle cezaevindeki bir kişinin adaylığının engellenebileceğini öngörüyor. Başka bir deyişle, burada yalnız hükümlüler için bir yasaklama olanağı kabul ediliyor. Kaldı ki, suçsuzluk belirgesi (masumiyet karinesi) de tutukluya hükümlü gibi davranılmasını engeller. Dolayısıyla, eyalet düzenlemeleri Arjantin Anayasası'na aykırıdır. Yerel yargıçların, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eyaletleri bağlamayacağı savı da geçersizdir.

Avusturya'da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (A.İ.H.S.) koruduğu temel hak ve özgürlükler, anayasa hükmünde. Her düzeydeki mahkeme, kararlarını sık sık doğrudan doğruya Sözleşmeye dayandırıyor. Anayasa Mahkemesi de (Constitutional Court) kendi yorumlarında Sözleşmeyi hep göz önünde bulunduruyor. Dahası, Anayasa Mahkemesi, kendi yorumlarını geliştirirken, A.İ.H.M.'nin kararlarını çok yakından izlediğini açıkça belirtiyor (14.10.1987; B 267/86)⁵.

Avusturya'da, elbette, yalnızca Avrupa Konseyi tüzeti değil, Avrupa Birliği (AB) tüzeti de bağlayıcı. Anayasa Mahkemesi, Aralık

³ **Ayraç içinde verilen gün ile sayı, ilgili ulusal mahkemenin özgün tarih ve karar sayısı. Ancak, bütün bu kararları derleyen ve hem düzenli olarak çıkardığı dergilerde (*Bulletin on Constitutional Case-Law*), hem de bilgisayar diski biçiminde yayımlayan Venedik Komisyonu (Avrupa Konseyi'ne bağlı olarak çalışan Tüze Aracılığıyla Demokrasi Avrupa Komisyonu - *European Commission for Democracy through Law*), kendi düzenlemesi gereğince her karara ayrı bir sırasayısı veriyor. Yukarıda verilen karar için Komisyon sırasayısı: ARG-1995-3-003. Bundan böyle, her ulusal kararın, metinde, ayraç içinde belirtilen özgün künyesine ek olarak, Komisyon sırasayısı da altta verilecek.**

¹⁴ ARG-2002-1-001

⁵ AUT-1987-C-001

1995'te verdiği bir kararda (12.12.1995; V 136/94)⁶ bunu açıkça belirtiyor: "Ülkedeki bütün mahkemeler, ulusal tüzeyi Birlik tüzmesine uygun biçimde yorumlamak ve uygulamak zorundadır."

Mart 1999'da verdiği bir kararda (11.03.1999; B 1625/98)² Anayasa Mahkemesi, Birlik tüzmesinin anayasanın da üstünde olduğunu belirtiyor. Avusturya Anayasası'nın 133. maddesinin 4. bendine göre, bağımsız yönetsel kurulların kararlarına karşı yargıya başvurulamıyor. Oysa, AB Komisyonu'nun 90/387/EEC sayılı yönergesi, bu tür kurulların kararlarına karşı bir itiraz yolu öngörülmesini buyuruyor. Bu durumda, diyor Anayasa Mahkemesi, anayasa hükmü uygulanamaz.

Norveç'in 21 Mayıs 1999'da kabul ettiği İnsan Hakları Yasası'na göre (md. 3), A.İ.H.S. ülkede doğrudan doğruya uygulanacaktır ve çatışma durumunda, iç tüzeye üstün gelecektir. Yüce Mahkeme (Supreme Court), Mart 2001'de verdiği bir kararda (28.03.2001; 2001/83)⁸ şöyle diyor: Haksız yere kovuşturmaya uğradığını ileri süren davacıya, görüşünü mahkemeye sözlü olarak sunma olanağı tanınmamıştır. İstemi reddeden mahkeme, ceza usul yasasının dosya üzerinden karar verme olanağını tanıyan hükmüne dayanmıştır. Ne var ki, A.İ.H.M.'nin görüşüne göre, bu türden bir uygulama Sözleşmenin 6/1. maddesine aykırılık oluşturur. Bu durumda, yasanın "mahkeme isterse sözlü açıklamaları dinler" hükmü, "dinlemek zorundadır" biçiminde anlaşılmalıdır.

İspanyol Anayasa Mahkemesi de (Constitutional Court), Ekim 1993'te verdiği bir kararda (25.10.1993; 303/93)⁹, temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal düzenlemelerin yorumunda, A.İ.H.M.'nin kararlarını ölçüt olarak kullanacağını belirtiyor.

Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesine göre, A.İ.H.S. doğrudan bağlayıcıdır ve yasaların üstünde yer alır. Ocak 1999'da verdiği bir kararda (26.01.1999; I. US 508/98)¹⁰, Çek Anayasa Mahkemesi (Constitutional Court) bu durumu açıkça vurguluyor.

⁶ AUT-1996-1-003

²⁷ AUT-1999-1-002

⁸ NOR-2001-1-003

⁹ Venedik Komisyonu *Bulletin*'inde, bu karar, A.İ.H.M.'nin bir kararından alıntılındığı için, gönderme de oraya: ECH-1998-C-001

¹⁰ CZE-1999-1-002

A.İ.H.S., 1992'den beri, Danimarka iç tüzusunin bir parçası. Yüce Mahkeme (Supreme Court), Nisan 1994'te verdiği bir kararda (18.04.1994; II 395/1993)¹¹, doğrudan doğruya Sözleşmenin 6. maddesini uygulayarak, dava yargıcının, davanın görüldüğü sırada adalet bakanlığında görev yapmış olmasını, düzgün yargı hakkının¹² çiğnenmesi olarak değerlendirdi. Yüce Mahkeme, Aralık 1996'da verdiği bir kararda da (09.12.1996; 488/1995)¹³, ceza yasasında yer alan hakaret suçu ile ilgili düzenlemelerin, A.İ.H.S.'nin 10. maddesi çerçevesinde yorumlanması gerektiğini belirtti.

Estonya Anayasası'nın 123/2. maddesine göre, arsulusal sözleşmeler yasaların üstündedir. Dolayısıyla, 1996'da onaylanan A.İ.H.S. yasaların üstündedir. Aynı kural, 1991'de onaylanan Çocuk Hakları Sözleşmesi için de geçerlidir. Öyleyse, diyor Anayasa Mahkemesi (Constitutional Court), 1996'da kabul edilen dernekler yasasında üyelik yaşının 18'le sınırlanması, anayasaya aykırıdır, iptal edilmelidir (10.05.1996; 3-4-1-1-96)¹⁴.

Arnavutluk Anayasa Mahkemesi'nin de (Constitutional Court), arsulusal tüzusunin üstünlüğünü sağlayan ilginç kararları var. Arnavutluk Anayasası'na göre, arsulusal antlaşma hükümleri yasaların üstündedir. Anayasa Mahkemesi, buna dayanarak, bir kararında doğrudan doğruya 18 Nisan 1961 Viyana Sözleşmesi'ni uyguladı ve yabancı diplomatlarla karşı, devletlerini temsil işlerinde kullandıkları taşınmazlarla ilgili olarak dava açılmayacağına karar verdi (10.03.2000; 11)¹⁵.

¹¹ DEN-1994-1-001

¹² Kavramın içeriğine bakılırsa, "düzgün yargı hakkı", anayasaya 2001'de eklenen ve yaygın olarak kullanılan "adil yargılanma hakkı"ndan çok daha uygun bir terim. Aybay Hukuk Araştırmaları Vakfı'nın 1998 yılında önerdiği bu terim, başlıca iki bakımdan anayasada yeğlenen deyimlemeden üstün. Bir kere "düzgün", hem "adil"den, hem de "hakkaniyete uygun"dan daha geniş. Dolayısıyla, kapsam bakımından, kavramı çok daha iyi kuşatıyor. İkincisi, "yargı", her türlü yargı dalını, her türlü yargı yerini, her türlü yargılama işlemini kapsayan en genel sözcük. Amaç, bu düzgünlüğü yargı kurumunun her gözeneğinde eksiksiz olarak geçerli kılmak olduğuna göre, görece dar bir kapsamı olan "yargılanma" sözcüğü yerine "yargı" denmesi, çok daha uygun bir çözümdür.

¹³ DEN-1997-1-001

¹⁴ EST-1996-2-001

¹⁵ ALB-2000-1-001

Arnavutluk Anayasa Mahkemesi'nin Aralık 1999'da verdiği bir karar (10.12.1999; 65)¹⁶ daha da ilginç. Karar sırasında, Arnavutluk, savaş dışında ölüm cezasını yasaklayan 6. Protokolü henüz onaylamamıştı. Ancak Mahkeme, şöyle bir us düzeni (mantık) işletti: Anayasa'nın 17/2. maddesine göre, hak ve özgürlükler A.İ.H.S.'nin izin verdiğinden daha çok sınırlanamaz. Öyleyse, 6. Protokol onaylanmamış olsa bile, Arnavutluk yasalarında yer alan ve savaş zamanı dışında ölüm cezasına olanak veren bütün düzenlemeler anayasaya aykırıdır; hepsi iptal edilmelidir.

II. ARSULUSAL TÜZENİN ÜSTÜNLÜĞÜNÜ DOLAYLI OLARAK KABUL EDEN KİMİ ÜLKENİN YAKLAŞIMI

Bu öbek içinde, üç ülkenin durumuna değinilecek: İsviçre, Fransa, İngiltere.

İsviçre Federal Mahkemesi (Federal Court – Tribunal fédéral), 1991 yılında çok önemli bir karar verdi (15.11.1991; 2A. 120/1991)¹⁷. Kararın tüzel usdüzeni (hukuk mantığı) şöyle özetlenebilir: İsviçre A.İ.H.S.'yi onayladığına göre, Sözleşme ülke tüzemesinin parçası durumuna gelmiştir. İsviçre 23 Mayıs 1969 günlü Viyana Antlaşmalar Tüzeti Sözleşmesi'ne (Vienna Convention on the Law of Treaties) taraftır. Bu sözleşmeye göre, arsulusal antlaşma tüzemesinin iç tüzeyle üstünlüğü tartışma götürmez. Öyleyse, A.İ.H.S.'ye aykırı düşen bir federal yasa hükmü uygulanamaz. Federal Mahkeme'nin iptal yetkisi yoktur. Ancak bu mahkeme de, ülkeyi bağlayan sözleşmeleri üstün tüze olarak tanıma durumundadır. Bu nedenle, yasaların bu tüzeyle uygunluğunu denetlemek zorundadır. Aykırılık saptarsa, iç tüze düzenlemesini bir yana bırakıp doğrudan doğruya Sözleşme hükmünü uygulamalıdır.

Temmuz 1999'da verdiği bir kararda (26.7.1999; 1 A 178/1998)¹⁸, Yüce Mahkeme bu görüşünü yaşama geçirmiştir. Olay şudur: 1997'de, gümrük görevlileri, 88 kilo tutan PKK yaymaca gerecine (propaganda malzemesine) el koymuşlar, Federal Konsey de bu gereçlerin zoralmına (müsaderesine) karar vermiş. İsviçre tüzeti, Federal Konseyin ancak bir bölüm kararına karşı yönetsel (idari) yargıya başvurulabileceğini öngörüyor. Sözü edilen karar ise bunlardan değil. Federal Mahkeme, İsviçre, Viyana Antlaşmalar

¹⁶ **ALB-1999-3-008**

¹⁷ **SUI-1991-S-003**

¹⁸ **SUI-1999-2-006**

Tüzesi Sözleşmesi'ne göre arsulusal yükümlülüklerine uymak zorunda bulunduğuna, A.İ.H.S. de İsviçre'yi bağladığına göre, Sözleşmenin 6. maddesine aykırı olan bu kısıtlama uygulanamaz, diyor ve yönetsel yargıya başvurunun kabul edilmesi gerektiğine karar veriyor.¹⁹

Dış tüzenin bağlayıcılığı konusunda, İsviçre'de, biraz daha eskilere giden, ancak çok ilginç olan bir uygulama var. Yüksek Sigorta Mahkemesi (Federal Insurance Court), verdiği bir kararın A.İ.H.M. tarafından Sözleşme'ye aykırı bulunması üzerine, davayı yeniden görmüş ve bu kez davacının istemini kabul etmiş (24.03.1994; I 336/93)²⁰. Ancak hemen şunu belirtmek gerekir ki, bu alışılmış bir uygulama değil. Örneğin, çok daha yenilerde aynı türden bir istemle karşılaşan Hollanda Yüce Mahkemesi (Supreme Court), verdiği bir kararı Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı bulan A.İ.H.M.'nin kararı karşısında, yargılamanın yenilenmesini reddetmiştir (06.07.1999; 5176)²¹. Yüce Mahkemenin görüşüne göre, böyle durumlarda mahkemelerin yapabileceği bir şey yoktur. Konu yasa koyucunun görev alanındadır.

Fransa'da da arsulusal tüzenin ulusal tüzeye üstünlüğü kabul ediliyor. Ancak, anayasa/sözleşme çatışması çıkmaması için ussal (rasyonel) bir çözüm düşünülmüş. Sözleşmeler onaylanmadan önce, anayasaya uygunlukları Anayasa Koseyi (Conseil Constitutionnel) tarafından incelenebiliyor. Konsey aykırılık kararı verirse, anayasanın ilgili hükmü değişmedikçe arsulusal sözleşme onaylanamıyor. Son yıllarda, Maastricht dahil, bunun birçok örneği görüldü.

Bu örneklerden en ilginçlerinden biri, Konsey'in Ocak 1999'da verdiği bir karar (22.01.1999; 98-408 DC)²². Konsey, bu kararında, Roma'da 17 Temmuz 1998'de kabul edilen, Fransa'nın da 18 Temmuz 1998 antlaşmasıyla taraf olduğu ve bir arsulusal ceza mahkemesinin (Mahkeme) kurulmasını öngören sözleşmenin, şu konularda Fransız Anayasası ile çeliştiğini belirtti: 1) Resmi kişilere tanınan dokunulmazlıkların Mahkeme'nin yetkisini etkilemeyeceğine ilişkin Sözleşme hükmü ile, anayasanın cumhurbaşkanına, hükümet üyelerine ve parlamento üyelerine tanıdığı dokunulmazlıklar. 2) Fransa'da affa uğramış olması ya da zamanaşımı nedeniyle

¹⁹ Merak edenler için belirteyim: Yönetsel yargı, Federal Konsey'in zorunlu kararını tüzeye uygun bulmuştur.

²⁰ SUI-1994-3-011

²¹ NED-1999-3-005

²² FRA-1999-1-002

aleyhinde kovuşturma açılmayacak kişilerin Mahkeme'ye teslim edilmesi zorunlu. (Konseye göre bu hüküm, ulusal egemenlik ilkesine açıkça aykırı.) 3) İnsancıl tüzeye ilişkin konularda karşılıklılık ilkesine bakılmayacağı hükmü. 4) Mahkeme Savcılığı'nın, ilgili devlet yetkililerinin katılımı olmadan soruşturma yürütme, tanıt (delil) toplama, kamuya ait yerlerde incelemelerde bulunma yetkileri. (Konsey bu hükümleri de ulusal egemenlik ilkesine açıkça aykırı buluyor.)

Konseyin bu kararı karşısında Fransa, 28 Haziran 1999'da anayasasına şu hükmü eklemeye yoluna gitti: "Devlet, Arsulusal Ceza Mahkemesi'nin yetkisini, 18 Temmuz 1998'de imzalanan antlaşmanın öngördüğü koşullarda tanıyabilir." (md. 53-2)

Yeri gelmişken, arsulusal nitelikte sürekli bir ceza mahkemesi kurulmasının, Türkiye dahil, bütün ülkeler için çok önemli egemenlik sorunlarına yol açtığını belirtmek gerekir.²³ Bilindiği gibi, bu tür bir ceza mahkemesi ilk kez 1945'te Nürnberg'te kuruldu, hemen arkasından da Tokyo yargılamaları geldi. 1993'te, eski Yugoslavya'da yaşanmış olayların sanıkları için bir mahkeme kuruldu. 1994'te, Ruanda'da işlenmiş olan suçlar için aynı yola gidildi. Bu mahkemeler hep BM Güvenlik Konseyi kararı ile kuruldu. 17 Temmuz 1998 Roma Sözleşmesi ise, belli insanlık suçları için bu uygulamayı süreklileştirmekte. Gerekli 60 devlet onayının tamamlanmasıyla birlikte, Arsulusal Ceza Mahkemesi 1 Temmuz 2002'de göreve başladı. Böylece ortaya, geleneksel ulusal egemenlik anlayışı ile bağdaştırılması olanaksız bir durum çıktı. Bunun ne denli çetrefil sorunlar yaratabileceğinin bir örneği, 2001 yılında Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nin (Constitutional Court) verdiği bir kararda (11.07.2002; 3-V/2001)²⁴ görülebilir. Mahkeme, 17 Temmuz 1998 Roma Sözleşmesi'nin anayasaya uygunluğunu incelerken, yurttaşın suç nedeniyle yabancı ülkeye verilemeyeceğine ilişkin temel egemenlik kuralıyla karşılaşıyor. Bunun üzerine Mahkeme, arsulusal tüzenin ne ölçüde işselleştirilebileceğinin çarpıcı bir örneğini vererek, kararında, "Arsulusal Ceza Mahkemesi yabancı bir mahkeme sayılmaz" sonucuna varıyor.

²³ **Arsulusal ceza tüzmesini bu aşamaya getiren gelişim için: AYDIN (2002). Mahkemenin kuruluşuna ve yapısına ilişkin ayrıntılı bir inceleme için AYDIN'ın gösterdiği kaynak: Arzu ALİBABA (2000), "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu" (A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 49/1-4: 181 vd.)**

²⁴ **UKR-2001-C-002**

İngiltere, arsulusal tuzenin üstünlüğü sorunuyla başlıca iki alanda karşılaşıyor. Biri Avrupa Birliği tuzesi, ikincisi Avrupa Konseyi tuzesi.

Birinci alanla ilgili en ilginç kararlardan biri Lordlar Kamarası'nın 1991'de verdiği Factortame kararı.²⁵ İngiltere'nin 1988'de kabul ettiği Ticari Gemicilik Yasası'nın (Merchant Shipping Act) düzenlemelerine göre, İngiliz balıkçı gemisi olarak kütüğe geçirilebilmek (tescil edilebilmek) için, iyelik (mülkiyet) yapısının belli koşullara uyması gerekiyor. İşte bu düzenlemeler, İngiltere'nin 1972'de imzaladığı AB antlaşmasına aykırı. İngiltere'de yazılı anayasa yok. İngiliz tuzes anlayışına göre, en üst tuzes kaynağı yasalar. Devletin taraf olduğu arsulusal antlaşmalar da yasa gücünde. Bu durumda, genel tuzes kuralları uygulanacaksa, sonraki yasa olan 1988 düzenlemesinin 1972 düzenlemesini değiştirdiğini kabul etmek gerekirdi. Ne var ki öyle olmadı. Lordlar Kamarası, 1988 düzenlemesini göz ardı ederek 1972 kurallarını uyguladı ve davacı İspanyol balıkçıların istemleri yönünde karar verdi.

Avrupa Konseyi tuzesine uyum da İngiltere'de sorun yarattı. Ensonu, İngiltere, 1998'de kabul edilen ve 2 Ekim 2000'de yürürlüğe giren İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act) ile çözüm yolunda çok önemli bir adım attı. Bu yasa, A.İ.H.S.'ni iç tuzes durumuna getiriyor. Böylece, Sözleşme, başta yönetsel kuruluşlar için, öteki İngiliz yasaları gibi doğrudan doğruya bağlayıcı duruma geliyor. Bir başka önemli sonuç, Sözleşmenin, kapsadığı alanlarda İngiliz mahkemelerince uygulanacak ilk tuzes kaynağı durumuna gelmesi. Ancak bununla sorun bütünüyle çözülmüş olmuyor. Çünkü, İngiliz yasaları ile Sözleşme hükümlerinin çatışması olasılığı ortadan kalkmış değil. Daha önemlisi, özellikle yönetsel yargı konusunda, İngiliz yargıçlarının öteden beri uyguladıkları geleneksel Common Law yaklaşımı ile A.İ.H.M.'nin geliştirdiği yaklaşım birbirinden çok ayrı.

Common Law alanında İngiltere'de en büyük yetke (otorite) Lord Chief Justice'tir. İşte bu görevde bulunan Lord Bingham, 1998'de yaptığı bir konuşmada, kendisinin de savunduğu Avrupa

²⁵ R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No. 2) [1991] AC 603. Karar ve yorumu için ben BARBER (2000)'den yararlandım. Barber'in verdiği kaynağa ise ulaşamadım: P. CRAIG (1991), "Sovereignty of the U.K. after Factortame" (11 Yearbook of European Law 221)

Konseyi tüzemesinin içselleştirilmesi durumunda ne gibi sorunlar doğabileceğini çok güzel bir biçimde ortaya koydu (BINGHAM, 1998). Geleneksel Common Law anlayışında, yönetsel bir kararın tüzeye uygunluğunu değerlendirirken, yargıç üçlü bir sınaama uygular: 1) Karar yasa dışı mı? (illegality) 2) Karar us dışı mı? (irrationality) 3) Karar alınırken usul kuralları çiğnenmiş mi? (procedural impropriety). Bu üç sorudan birine evet yanıtını vermedikçe, Common Law yargıcı yönetsel kararın tüzeye aykırılığını kabul etmez. Oysa, A.İ.H.M.'nin geliştirdiği ilkelere göre, yönetsel bir hak ya da özgürlük sınırlaması incelenirken, önce bunun yasal dayanağına bakılacak. Burada, özellikle, yasal kuralların sıradan yurttaş için kolayca erişilebilir ve anlaşılabilir olup olmadığı araştırılacak. İkincisi, getirilen kısıtlamanın Sözleşmenin ilgili maddesinde sayılan özel nedenlerden birine uygun olup olmadığına bakılacak. Bu yapılırken de, bu nedenlerin tüketici olarak sayıldığı usta (akılda) tutulacak. Sınırlama bu nedenlerden birine uyuyorsa, mahkeme en güç olan üçüncü aşamaya gelecek. Bu aşamada mahkeme, sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını araştırarak. Bu soruya olumlu yanıt verilebilmesi için, sınırlamanın baskın (pressing) bir toplumsal gereksinime yanıt verdiğinin ve bu gereksinimle orantılı olduğunun kanıtlanması gerek. A.İ.H.M., bu değerlendirme yapılırken, demokratik toplumların ana özellikleri olan çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik gibi değerlerin özellikle göz önünde bulundurulmasını istiyor. Görüldüğü gibi, yasal mı, usulüne uyulmuş mu sorularına olumlu yanıt verdikten sonra, "aklı başında bir kişi böyle bir karar alamazdı" demedikçe, yönetimin hak ve özgürlük sınırlamalarına karışmayan geleneksel Common Law yaklaşımı ile A.İ.H.M.'nin geliştirdiği yaklaşım çok değişik.

Lordlar Kamarası'nın 2001 yılında verdiği bir karar,²⁶ Lord Bingham'ın söylediklerine iyi bir örnek oldu. Konu, cezaevlerinde hücre aramalarında uygulanacak yöntemle ilişkin bir içişleri bakanlığı kararıydı. Kararın A.İ.H.S.'nin özel yaşama saygı hakkını (md. 8) çiğnediği gerekçesiyle yapılan başvuruyu Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal) reddetmişti. Lordlar Kamarası, Temyiz Mahkemesi'nin kararını bozarken şöyle bir gerekçeye dayandı: Yönetsel kararın iptali için yasa dışılık, us dışılık ya da usul dışılık ölçütlerinden birini arayan Common Law anlayışı ile A.İ.H.M.'nin uyguladığı ölçütler, özellikle de ölçülülük kuralı çelişebilir. A.İ.H.M., getirilen hak ya da özgürlük sınırlamasının demokratik bir toplumda baskın (pressing) bir

²⁶ House of Lords 23.05.2001. R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly [2001] United Kingdom House of Lords 26: GBR-2001-1-007

gereksinime yanıt verip vermediğine, öte yandan da, sınırlama düzeyinin bu gereksinimle orantılı olup olmadığına bakar. Öyleyse, A.İ.H.S. kurallarının geçerli olduğu durumlarda, Common Law yaklaşımı değil, A.İ.H.M.'nin geliştirdiği yaklaşım uygulanmalıdır.

III. TÜRKİYE'NİN YAKLAŞIMI

Bir kez şunu açıkça görmek gerekir ki, İ.H. ölçünleri (standartları) açısından, Türkiye, hem dünya ortalamasının, hem de Avrupa ortalamasının gerisindedir. Bunun açık tanıtı (delili), İ.H.'ye ilişkin arsulusal sözleşmelerin onay durumudur. Türkiye, örneğin, BM İ.H. anayasasının temel metinleri sayılan 1966 ikiz sözleşmelerini -Geçimsel, Toplumsal ve Ekinsele Haklara İlişkin Sözleşme ile Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme- hâlâ onaylamış değildir. Bugün bu sözleşmelerin ilkinin 146 devlet, ikincisinin ise 149 devlet onaylamışken, Türkiye, Ağustos 2000'de zar zor verdiği bir imzanın gerisini hâlâ getirememiştir. Aynı çekingenlik, Avrupa Konseyi tüzeti karşısında da gösterilmektedir. A.İ.H.S.'nin kendisi ile birlikte bugüne dek kabul edilen on üç Protokol topluca ele alınırsa, Türkiye bu on dört belgeden ancak yarısını onaylamış durumdadır. 4, 6, 7, 9 ve 12 sırasayılı Protokolleri imzalamış, ancak onaylamamıştır. 10 ile 13 sırasayılı Protokolleri ise, ne imzalamış, ne de onaylamıştır. Açık gerçek şudur ki, İ.H.'ye ilişkin arsulusal düzenlemeler söz konusu olduğunda, Türkiye, en hafif sözcükle, "gönülsüz" davranmaktadır. İlk iş, bu isteksizliği kesenkes aşmaktır. Unutmamak gerekir ki, İ.H.'ye içten bağlılık, bugün artık uygarlığın en temel göstergesi durumuna gelmiştir.

Ancak bizi burada özellikle ilgilendiren konu bu değildir. Bizim konumuz, Türk Anayasa Mahkemesi'nin (A.M.) İ.H. sorunu karşısında nasıl bir tutum takınacağıdır. Bunu belirleyebilmek için, herşeyden önce, dünyada anayasa mahkemelerinin varlık gerekçesini açıkça görmek gerekir. Bu mahkemeler, devlet karşısında kişi hak ve özgürlüklerini korumak için kurulmuşlardır. Dolayısıyla, bir anayasa mahkemesinin başarı ölçütü, İ.H.'nin korunması ve genişletilmesidir. Anayasa mahkemeleri, devleti değil, bireyi korumak için yaratılmışlardır. Devleti koruyacak başka kurumlar var. Her kurum kendi öz işlevine bakmalıdır. Aynı durum, örneğin bilim yurtları (üniversiteler) için geçerlidir. Bilim yurtlarının görevi devletin düşüngüsünü (ideolojisini) koruyup yaymak değil, evrensel bilimi geliştirmek ve eleştirel kafalı gençler yetiştirmektir.

Bu açıdan bakıldığında, bizim anayasa mahkememizin çok başarılı olduğunu söylemek güçtür. Özellikle siyasal parti özgürlüğü açısından, 1971 darbesinden başlayarak mahkememiz hiç de iyi bir sınav vermemiştir. Kapatma yetkisinin yalnızca A.M.'ye verilmesi, partiler için bir güvence olarak düşünülmüşken, partilerin en büyük korkusu A.M. tarafından yargılanmak olmuştur. Dünyanın hiçbir yerinde onlarca siyasal parti kapatan bir yüksek mahkeme yoktur. Boyuna örnek olarak gösterilen Alman Federal Anayasa Mahkemesi, yarım yüzyılda topu topu iki parti yasaklama kararı vermiştir. O kararlar da 1950'lerde kalmıştır. Bizimki gibi bir durum hiçbir yerde yoktur. Bir kere bu gerçeği açıkça görmemiz gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumunu yürürlükteki tüzel düzenlemelerle açıklama olanağı yoktur. Kendisi bunun gereğine inanınca, A.M., bırakalım yasaları, bugüne dek anayasaları bile zorlamaktan geri durmamıştır. Usuma hemen dört önemli örnek geliyor.

Ekim 1976'da, A.M., 20.09.1971 günlü, 1488 sayılı yasa ile Anayasa'nın kamulaştırmaya ilişkin 38. maddesine getirilen ve kamulaştırmada vergi değerini esas alan yeni düzenlemeleri iptal etti.³⁷ Üç ay sonra, bu sefer, aynı anayasa değişikliğinde getirilen ve Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı başka mercilere başvurulmasını yasaklayan düzenlemeyi iptal etti. Bu iki iptalde de, zorlama bir gerekçe kullanıldı. Anayasada 1924'ten beri yer alan ve cumhuriyet biçiminin değiştirilmezliğini öngören kural, 2. maddeyi kapsayacak biçimde genişletildi. Böylece, Cumhuriyetin nitelikleri de değişmezlik kapsamına çekildi. Oysa, 1961 Anayasası hazırlanırken bu konu Temsilciler Meclisi'nde görüşülmüş, Anayasa Komisyonu Sözcüsü Muammer Aksoy, demokrasiyi korumak için "istisnai bir hükmü genişleterek 'Anayasanın değişmezliği' yoluyla aynı neticeye ulaşmak doğru olmaz" demişti (ÖZTÜRK, 1966: 1210). Bunun üzerine, değişmezlik kapsamının genişletilmesi o zaman kabul edilmemişti.

Üçüncü zorlama örneği, anayasada ve yasada bulunmayan "yürürlüğü durdurma" kurumunun yaratılmış olmasıdır.²⁸ Bunun tüzel

³⁷ E.1976/38, K.1976/46, G.12.10.1976. RG. 15825, 20.1.1977. (İşin ilginç yanı şu ki, A.M. bu karardan yedi ay önce aynı konuda bir itirazı karara bağlamış ve bu düzenlemenin anayasaya aykırı görülemeyeceğini, inandırıcı bir biçimde ortaya koymuştu: E.1975/167, K.1976/19, G.23.3.1976. RG. 15675, 12.8.1976)

²⁸ Bu karar, 21 Ekim 1993 günü verilmiştir. Üstelik, esas hakkındaki karar da aynı gün alınmıştır. Yürürlüğü durdurma kararı: E.1993/33,

gerekçesi oldukça sağlamdır ve tüze devletini güçlendirici bir etki yaratmıştır. Ancak, Mahkemenin kendi kendine edindiği bu yetkinin çok dikkatli bir biçimde kullanılması gerekir. Yürürlüğü durdurma, ancak gerçekten başka bir çıkar yol bulunmadığında kullanılmalı, örneğin Mahkeme'nin iş yükünü zamana yayma gerekçesiyle bu yola başvurulmamalıdır.

Dördüncü örneği ise, gerçekte, zorlama diye niteleme olanağı yoktur. A.M.'nin yaptığı iş, olağanüstü yasa gücünde kararname (YGK) yolunu kapatmaktır. Ne var ki, A.M., anayasa koyucunun hiç öngörmediği bu sonuca, tüzel gücü neredeyse tartışılmayacak denli sağlam bir usdüzeni (mantık) ile erişmiştir. İşin özünü kısaca belirtmek gerekirse, 424 ve 425 sayılı olağanüstü YGK'lere karşı açılan iptal davasında, A.M, şu çok önemli saptamada bulunmuştur: "Olağanüstü halin sona ermesine karşın, olağanüstü hal KHK'sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. Bu nedenle, olağanüstü hal KHK'leri ile yasalarda değişiklik yapılamaz."²⁹ Bu kararı, ayrıntıdaki kimi tutarsızlıklarına karşın, bir tüze anıtı saymak gerekir. Bunun sayesinde, 1982 Anayasası en büyük tehlikeden, olağanüstü yönetim yolları sırasında bütünüyle tüze dışına kayma tehlikesinden korunmuştur. Bu kararlar A.M., gerçekte olağanüstü YGK olamayacağını ortaya koymuştur. Açıktır ki, yasa değiştiremeyecek bir kararname, "yasa gücünde" değildir.³⁰

Şimdi artık geçmişi bir yana bırakıp geleceğe bakmak istiyorum. A.M., örneklerini verdiğim bu yürekli tutumunu, her şeyden önce, Türkiye'de yaşayan insanların hak ve özgürlüklerini korumak ve genişletmek için takınmalıdır. Üstelik kanımca, 1982 Anayasası'nda, hiçbir zorlamaya gerek bırakmayacak ölçüde, böyle bir tutum için yeterli dayanak vardır.

İlk sırada göz önüne alınacak gerçek, İ.H. tüzemesinin arsulusal bir tüze olduğudur. Bu tüze dalında ulusallık, ancak arsulusallığa bağımlılık çerçevesinde geçerlidir.³¹ Öyleyse, İ.H. söz konusu

K.1993/40-1, G.21.10.1993. RG. 21737, 23.10.1993. Esas hakkında karar: 1993/33, K.1993/40-2, G.21.10.1993. RG. 21750, 6.11.1993

²⁹ E.1990/25, K.1991/1, G.10.1.1991. RG. 21162, 5.3.1992 (s. 41)

³⁰ A.M.'nin olağanüstü YGK'lere ilişkin kararlarının kimi sonuçları için: EROĞUL (2000).

³¹ Yoksa ABD'nin, Guantanamo üssünde, kaçırdığı birtakım insanları sorgusuz sualsiz ve süresiz olarak tutması, bunları tüzemen (hukukçu) bile olmayan subaylara yargılatmaya kalkışması gibi, en ileri ülkelerde bile İ.H.'yi ayaklar altına alan uygulamalar görülebilir.

olduğunda ulusal egemenlik bir yana bırakılmalı, birey hak ve özgürlükleri, insan onuru, en yüce değer olarak kabul edilmelidir. Anayasada, özellikle hak ve özgürlükleri ilgilendiren konularda, ulusal tüzenin arsulusal tüzeye uyması gerektiğini belirten birçok düzenleme var (md. 15, 16, 42, 92). Kaldı ki, bunların hiçbiri olmasaydı da, yalnızca 2. maddeye dayanılarak aynı sonuca varılabilirdi. Bu maddeye göre, T.C.'nin temel niteliklerinden biri İ.H.'ye saygılı olmaktır. Üsteleyerek vurgulandığı gibi, İ.H.'ye saygı, arsulusal İ.H. tüzesine saygı ile özdeştir. İ.H. söz konusu olduğunda, genel olarak BM tüzesine, bizim için de özellikle Avrupa Konseyi tüzesine uyma, İ.H.'ye saygının temel koşuludur. Biri olmadan öteki de olmaz. İ.H. evrensel ve bölgesel tüzesine uyulmadan, ulusal tüzenin buyruğu olan İ.H.'ye saygılı devlet ilkesi de yaşama geçirilemez. Dolayısıyla, ya 2. maddede yer alan İ.H.'ye saygılı nitelemesi boş bir sözdür, ya da bunun gereği, İ.H. konularında arsulusal tüzeye boyun eğmektir. Bunun böyle olduğunun bir başka göstergesi de, 2. maddede "İ.H." teriminin yeğlenmiş olmasıdır. Bilindiği gibi, 1982 Anayasası, somut olarak kendisinin düzenlediği İ.H.'ye "Temel Hak ve Özgürlükler" diyor. Demek ki, 2. maddede "Temel Hak ve Özgürlükler" demeyip "İ.H." demekle, kendi düzenlediği hak ve özgürlüklerden daha kapsamlı bir hak ve özgürlük alanı imliyor. İşte bu, uygar dünyanın ortak malı olan evrensel ve bölgesel İ.H. tüzesidir. Bu da ancak, BM ile Avrupa Konseyi İ.H. tüzesine bakılarak içeriklendirilebilir.

Alanyazında (literatürde), Anayasa'nın 90. maddesinde, arsulusal sözleşmelere yasa gücü tanınması, ancak bunlara karşı A.M.'ye başvurunun engellenmesi yönündeki düzenlemelerden gidilerek, arsulusal sözleşmelerin yasalardan daha güçlü olup olmadığı, antlaşmalara aykırı hükümler taşıyan yasaların etkisi gibi konularda çok uzun tartışmalar yürütülmüştür. Ne var ki, kanımca, bu tartışmalar esas konunun yanından geçmiştir. Bence buradaki yanlışlık, 90. madde üzerinde odaklanmış olmaktadır. Doğru çözüm, 2. maddede yer alan tüze (hukuk) devleti olma niteliğinde aranmalıdır.

Tüze düzeni için sözleşme kurumunun nasıl temel bir önem taşıdığını, sanırım konuyla ilgilenen herkes kabul eder. Usulüne uygun olarak kendini bağladıktan sonra, sözleşmeye uymayan tarafın tüze düzenini çiğnemiş olacağından herhalde kimsenin kuşkusu olamaz. Başka bir deyişle, "söze bağlılık" (ahde vefa, pacta sunt servanda), tüze düzeninin en temel kuralıdır.³² Buna uymayan devlet,

³² Katıksız tüze kuramının yapıtasarcısı (mimarı) Hans KELSEN, ulusal tüzeyi arsulusal tüzeye, arsulusal tüzeyi de bu kurala dayandırıyor

tüze devleti sayılamaz. Bir devlet, bir kez kendini bir sözleşme ile bağladıktan sonra, artık hiçbir örgeniyle (organıyla), bu sözleşmeye aykırı kararlar alamaz, uygulamalarda bulanamaz. Bu kural yalnızca yasamayı değil, yürütmeyi de, yargıyı da kapsar. Öyleyse, denetim görevi gören bütün devlet kuruluşları, denetledikleri karar ve uygulamaları, devleti bağlayan antlaşmalara uygunluk açısından da değerlendirmek zorundadırlar. Yoksa, ortada ne tüze devleti, ne de, dolayısıyla, anayasanın herkes için bağlayıcı olduğu kuralı (11. madde) kalır.

A.M., yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir devlet örgenidir. Önüne, devletin taraf olduğu bir antlaşmaya aykırı bir düzenleme geldiğinde, tüze devletine bağlılık ilkesinin kaçınılmaz gereği olarak, bu düzenlemeyi iptal etmek zorundadır. (Görüldüğü gibi konu, 90. madde değil, 2. madde çerçevesinde çözüme kavuşmaktadır.) Aynı durum, örneğin yönetsel kararlara ilişkin olarak, yönetsel yargı için de geçerlidir. Yine aynı kural gereğince, üst mahkemeler temyiz başvurularını incelerken, devleti bağlayan arsulusal antlaşmaları da ölçüt olarak kullanmak zorundadırlar. Aksi durumda, yukarıda belirtildiği gibi, hem tüze devleti, hem de anayasanın bağlayıcılığı kuralları çiğnenmiş olur.

2. maddede, tüze devleti olmanın yanı sıra, İ.H.'ye saygılı devlet ilkesi de var. Dolayısıyla, devlet örgenlerinin, bu arada da A.M.'nin, tüze devleti ilkesinin gereğine uyma zorunluğu, İ.H. söz konusu olduğunda, katmerli bir zorunluğa dönüşmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu İ.H. sözleşmelerine aykırı hiçbir düzenleme, hiçbir işlem, hiçbir uygulama; hiçbir bahane ile yaşatılmamalıdır. Yoksa, devletin temel niteliklerini belirleyen anayasa maddesinin iki kuralı birden çiğnenmiş olur.

Görüldüğü gibi, bütün kusurlarına karşın, 1982 Anayasası, hak ve özgürlüklerin korunması için yeterli dayanak sağlamaktadır. Ayrıca, 2001 yılında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri, İ.H. savucularına çok önemli yeni araçlar getirmiştir. Özellikle yeni 13. madde, hak ve özgürlük sınırlamalarını evrensel İ.H. anlayışı içinde tutmak isteyenlere çok güçlü olanaklar sağlamaktadır. Yeter ki istensin.

Son olarak, Türkiye'nin taraf olmadığı arsulusal İ.H. düzenlemelerinin de, hiç değilse temel ilkeler bakımından, bağlayıcı

(PAZARCI, 1989: 12).

sayılması gerektiğine dikkat çekmek isterim. Gerçekten de, İ.H.'ye saygılı devlet ilkesi, tüze devletinin gereği olarak Türkiye'nin taraf olduğu İ.H. sözleşmelerine uyulmasını zorunlu kılmakla kalmaz. İ.H.'nin, Temel Hak ve Özgürlüklerden ayrı, çok daha kapsamlı bir kavram olduğu yukarıda belirtildi. Bir devletin İ.H.'ye saygılı olabilmesi için, yalnızca kendi anayasasının tanıdığı hak ve özgürlükleri yaşama geçirmesi yetmez. Uygur dünyanın ortak malı olan hakları, özgürlükleri (ve elbette, bunlara bağlı güvenceleri de) kendi insanlarına getirmesi gerekir.

Tüze devleti ilkesine daha yakından bakılırsa, bu ilkedен de şimdi geliştirilen yorumu destekleyici öğeler hemen çıkarılabilir. Gerçekten de, tüze devleti ilkesi, söze bağlılık kuralıyla sınırlı değildir. Bu kavramda başka öğeler de vardır. Örneğin, "üstün tüze ilkelerine", "tüzenin evrensel kurallarına" bağlılık da hiç kuşkusuz tüze devleti olmanın gereğidir. Öyleyse, A.M., bireylerin hak ve özgürlüklerini koruyup geliştirirken, 2. maddeden aldığı güçle, hem Türkiye'nin taraf olduğu İ.H. sözleşmelerine, hem Türkiye'nin taraf olmadığı, ancak uygar dünyanın ortak malı olan İ.H. düzenlemelerine, hem de tüzenin evrensel değerlerine dayanabilir. Bence dayanmalıdır da. Gerçek anlamında bir anayasa mahkemesi olmanın başka yolu yoktur.

SONUÇ

Küreselleşme süreci karşısında ulusal egemenliğin hızla gerilediği bir gerçek. Yeni Dünya Düzeni'nin anayasal sonuçlar yaratması kaçınılmaz (EROĞUL, 2002). Örneğin bizden, daha bağımlı, daha parçalı, daha özerklikçi, daha saydam, daha özgürlükçü bir devlet yapısı kurmamız isteniyor. Bu uyum süreci içinde, İ.H.'nin ayrı bir yeri var.

İ.H.'nin siyasal baskı aracı olarak kullanılabileceğini kimse görmezlikten gelmiyor. 1975'ten beri Kongre, Amerikan dış yardımını İ.H.'ye saygı koşuluna bağlıyor. Bu yüce gerekçenin arkasında, ABD'nin kirliliği çıkarlarının gizlenebileceğini herkes biliyor. Bir başka gerçek de, küreselleşmenin, İ.H. konusunda tümüyle seçmeci bir yaklaşım içinde bulunması. Başta yaşam ve iyelik (mülkiyet) hakları olmak üzere, olumsuz haklara çok önem veriyorlar. Özellikle çalışanları ve yoksulları ilgilendiren olumlu haklara karşılar. Bunları hep "tembelliğe prim" olarak görüyorlar. Etkin haklarda ise, sonuca bakıyorlar. Bu haklar kendilerini destekleyen güçlerden yana ise ne âlâ. Karşıtlarına yarayacaksa, etkin hakları da pek desteklemiyorlar.

Bütün bunlar doğru. Ancak Şu da bir gerçek ki, özellikle 1930'lardan başlayarak yaŐanan korkunç olaylar, artık İ.H. konusunu devletlerin bir i iŐi olarak görmeyi olanaksızlaŐtırmıŐtır. Bu konuda ulus egemenliğine sarılmak, birey egemenliğini yok etmekle özdeştir. Uygarlığı savunanlar, İ.H.'nin, ancak ortak bir tzeden güç alarak yaŐatılabileceĐini ve geliŐtirilebileceĐini görüyorlar. Ülkelerini bu ortak tüzeye bağlamada, yüksek mahkemelere, ve bu arada anayasa mahkemelerine özel bir görev düŐüyor.

Türkiye uygarlık çemberi içinde yer almak ve yükselmek istiyorsa, bu yolu izlemek zorundadır. Türkiye'nin yapacağı ilk iş, hem BM, hem de Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilmiŐ bulunan İ.H. sözleŐmeleriyle kendini eksiksiz bir biçimde bağlamaktır. Bu iŐe de 1966 BM ikiz sözleŐmeleriyle baŐlamalı, bizi bu ayıptan kurtarmalıdır.

Türkiye'yi İ.H. uygarlığı içinde yükseltmede, A.M.'ye çok büyük görevler düŐmektedir. Bu görevleri baŐarmak için Mahkemenin yapacağı ilk iş, kendi tüzel yaklaŐımını arsulusal İ.H. tüzesine uydurmaktır. Bu alanda bizim için birinci sıradaki yol gösterici, A.İ.H.M. kararlarıdır. Gerçi bu mahkemenin de zaman zaman yanlıŐ kararlar verebildiğini herkes biliyor. Ne var ki, dünyanın en ileri İ.H. korumasını sağlayan Avrupa Konseyi çerçevesinde yer aldıktan sonra, A.İ.H.M. kararlarını baş kılavuz olarak görmekten başka hiçbir yol da yoktur.

A.M.'nin benimseyeceği bu tutumda kendisine bulabileceği en büyük tüzel dayanak, Anayasa'nın Cumhuriyet'in niteliklerini sayan 2. maddesidir. Bu maddede yer alan İ.H.'ye saygılı devlet ile tze devleti ilkelerinden Şu üç temel sonuç çıkar:

1) Tze devleti olmak, her Şeyden önce söze bağlılığı gerektirir. Öyleyse, Türkiye, taraf olduğu hiçbir arsulusal sözleşmeye, özellikle de bu sözleşme İ.H. konusundaya, aykırı bir işlem yapamaz. A.M., kendi görev alanında, bunu engellemekle yükümlüdür.

2) İ.H.'ye saygılı olmak, anayasanın düzenlediği hak ve özgürlüklerin çok ötesinde, uygar dünyanın benimsediği ve durmadan geliştirdiği İ.H. ilke ve kurallarına uymayı gerektirir. Bu konuda, bizim için en yakından izlenmesi gereken kaynak A.İ.H.M. kararlarıdır.

3) Tze devleti ilkesi, söze bağlılıkla sınırlı değildir. Tüzenin stn ilkelerine uymak da, hiç kuşkusuz, tze devleti kavramının ayrılmaz bir ögesidir. Öyleyse, A.M., kararlarında, tüzenin evrensel

değerlerini hep göz önünde tutmak zorundadır. Bu evrensel değerler içinde de, İ.H.'ye ilişkin olanlar öncelikle gözetilmelidir.

KAYNAKÇA

- Bu çalışma için, en çok, Avrupa Konseyi'ne bağlı olarak çalışan Venedik Komisyonu'nun derlediği mahkeme kararlarından yararlanıldı. Bunlar için birinci kaynak, Komisyonun yayınladığı *Bulletin on Constitutional Case-Law*. Komisyon, ayrıca, *CODICES* adı altında, iki CD çıkardı. Bunlarda, o zamana dek *Bulletin*'lerde yayınlanmış veriler toplanmış bulunuyor. Venedik Komisyonu'nun web sayfasının adresi şöyle: <http://venice.coe.int>

-Devrim AYDIN (2002), "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi" (*A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51/4: 131-67)

-N.W. BARBER (2000), "Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament, and Statutes" (*Oxford Journal of Legal Studies*, 20/1: 131-54)

-BINGHAM (1998): The Right Honorary Lord Bingham of Cornhill, The Lord Chief Justice of England and Wales, "The Way We Live Now: Human Rights in the New Millenium" (*The Earl Grey Memorial Lecture*, University of Newcastle upon Tyne, 29 January 1998. First published in web journal of *Current Legal Issues* in association with Blackstone Press Ltd.)

-Cem EROĞUL (2000), "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu" (*A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 54/4: 31-46)

-Cem EROĞUL (2002), "Yeni Dünya Düzeninde Türk Anayasacılığının Sorunları" (*Mülkiye*, XXVI/233: 9-19)

-Kâzım ÖZTÜRK (1966), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II (Mad. 1 – 75)* (Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları)

-Hüseyin PAZARCI (1989), *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap* (2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi)