

## YÜKSEK MAHKEME UYGULAMALARINDA ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ NORVEÇ DENEYİMİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Carsten SMITH\*

Sayın Başkan, Ekselansları, Bayanlar ve Baylar,

1. Bir asırdan fazla bir süredir anayasaya uygunluk denetimini yürütmekte olan Kuzey Avrupalı bir milletin ferdi olarak, Türk Anayasa Mahkemesi'ni kuruluş yıldönümü münasebetiyle selamlıyorum. Davetiniz, eski ve modern Türk kültürünü tanınmamıza yardımcı oldu. Bu fırsat için sizlere teşekkür ederim.

Norveç gibi küçük bir ülkede gelişen olaylar sık sık uluslararası ilgi uyandırmamakla beraber, tarihsel gelişimi dikkate alındığında ülkemdeki mahkemelerin anayasal konumuna ilişkin bazı noktalar daha ilgi çekici gelebilir.

Diğer İskandinav ülkelerine benzer şekilde, Norveç'te de hukuk asırlar boyunca nispeten bağımsız bir gelişme göstermiştir. Roma hukuku ve kıta Avrupası hukuk sisteminden belli bir dereceye kadar etkilenen hukuk sistemimiz İngiliz hukuku içinde de yer almaz. Norveç hukuku, Roma hukuku ve İngiliz hukuk sisteminin önemli öğelerinin milli kültürümüze uygun bir şekilde özümsemesi ile oluşmuştur. Anayasa yargısına ilişkin olarak da, Norveç yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul eden ilk Avrupa ülkesi olma özelliğini taşır. 1814 Anayasamız, -Birleşik Devletler Anayasası'ndan sonra- halen yürürlükte olan en eski yazılı anayasadır. Ancak, anayasaya uygunluk denetimine ilişkin hükümler anayasada yer almaz. Bu denetim hakkı, Norveç Yüksek Mahkemesi'nin uygulamaları ile oluşmuştur.

\* Norveç Yüksek Mahkeme Başkanı.

Şimdi, anayasa yargısının mahkeme uygulamalarına ve tarihi nitelikte sayılabilecek yasaların modern bir toplum uyarlamasına dayalı olarak geliştiği bu ülkenin deneyimleri üzerinde durmak istiyorum.

Norveç Yüksek Mahkemesi, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi ile kısmen benzer bir konuma sahiptir. Amerikan Mahkemesi'nin *Marbury v. Madison* davasındaki kararı Norveç içinde belli bir dereceye kadar model oluşturmuştur. Bu arada Norveç Yüksek Mahkemesi'nin deneyimlerinin Amerikan Mahkemesi'nin ki kadar zengin olmadığı belirtilmelidir. Yine de Yüksek Mahkeme'nin bağımsızlığı ve anayasa da yer alan kavramların dinamik şekilde yorumlanması Norveç deneyiminin temel özellikleridir.

2. Norveç'teki hukuki ve siyasi tartışmalar, anayasaya uygunluk denetiminin genel mahkemelerce yürütülmesinin kabulü ile sonuçlanmıştır. Bu sonuçta, mahkemelerin normal olağan kararlarında oluşturdukları güven duygusunun daha temel nitelikteki anayasal kararların güçlendirilmesine katkıda bulunabileceği fikrinin etkili olduğu ileri sürülebilir. Yüksek Mahkeme, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile ilgili davalarda üye tam sayısı ile toplanırken, diğer davalarda genellikle beş hâkim ile karar vermektedir. O halde, üye tam sayısı ile gerçekleştirilen oturumlarda Mahkeme'nin bir anayasa mahkemesi niteliği taşıdığı söylenebilir.

Anayasaya uygunluk denetimi, herhangi bir hukuk veya ceza davası ile ilgili bir ihtilafın çözümü için mahkemeye başvurulması ile sınırlıdır. Demek ki, anayasa yargısı usul hukukundan kaynaklanan sınırlamalara tabidir. Mahkeme, sadece henüz yürürlüğe girmiş bir yasaya ilişkin olarak ve söz konusu yasa karşısında yeterli hukuki menfaate sahip bir kişinin konuyu yargı önüne getirmesi sonucu işlem yapabilir. Buna ek olarak, Mahkeme'nin kararları yalnız tarafları bağlayıcı niteliktedir. Ancak, ülkemizde bu tür sınırlamaların olumlu yönlerinde bulunduğu kabul edilmektedir. Mahkeme'nin kararlarının temelinde, toplumun karmaşık realiteleri ile sıkı bir görüş alışverişi yatmaktadır. Bunun yanı sıra, anayasaya uygunluk denetimi, hâkimler kuruluna ilgili avukatlara yeterli ölçüde sorular yöneltilme fırsatı tanıyan sözlü ve tartışmaya açık bir süreç olarak gelişmektedir. Yüksek Mahkeme bir yasayı anayasaya aykırı bulduğu takdirde, söz konusu yasanın bireysel davanın ötesinde iptali söz konusu değildir. Bu da Mahkeme'ye -en azından şekil bakımından- yasayı açıkça anayasaya aykırı ilan etmektense onu yorumlama olanağı sağlamakta ve böylece devlet organları arasında ihtilaflar en aza indirgenmektedir. Kararın emsal olabil-

mesi ise, belirli bir ihtilaf için uygulanan yasanın iptal için gösterilen sebeplerin genellikle ya da özellik derecesine bağlı olarak değişecektir.

3. Beş haftalık bir sürede yazılan 1814 Anayasası'nın en temel özelliğini Yüksek Mahkeme'yi en son karar mercii olarak belirleyen ilke oluşturmaktadır. 1830'larda Norveç'te anayasa hukuku üzerine bilimsel nitelikteki ilk çalışmada anayasaya uygunluk denetimi reddedilmekteydi. Fakat hemen sonraları, hukuk teorisinde daha farklı ve toleranslı bir ortam oluştu. Bu arada Yüksek Mahkemede adım adım genel bir anayasaya uygunluk denetimi hakkına doğru ilerledi. 1860'larda Mahkeme, ilk kez bir anayasa hükmü ile yasa arasındaki ihtilafın anayasal ilkelerin gözetilerek çözümlenmesi gereğini belirtti.

Zamanın Yüksek Mahkeme Başkanı Lasson bu kararın alınmasında önemli rol oynadı ve daha sonraki yıllarda bu doktrinin teorik bir temel kazanmasını sağladı. 1880'lerde Norveç anayasa hukuku üzerine temel bir bilimsel çalışmada -belki de konuya ılımlı yaklaşan hukuk adamlarından daha ileriye gören bir çalışmaydı- anayasaya uygunluk denetiminin uygulamada artık kabul edildiği ileri sürülmekteydi.

Anayasaya uygunluk denetiminin tartışmasız olarak hukuk sistemimize yerleşmesi, anayasaca öngörülen geriye yürümezlik ilkesine aykırı olarak çıkarılan bir kanun hakkında 1890'da verilen iptal kararı ile olmuştur. Olay, ruhsatsız olarak şarap satan bir işadama hakkında açılan dava ile ilgiliydi. Yüksek Mahkeme işadaminin lehinde karar verdi. Çünkü işadama ruhsat alınması zorunluluğu ile ilgili kanun çıkmadan önce de şarap ticareti ile uğraşmaktaydı ve ilgili kanun işadaminin daha önceki kazanılmış ticari haklarına önemli ölçüde kısıtlama getirir nitelikteydi.

Bugün, anayasaya uygunluk denetiminin örf ve adet hukukuna dayalı olarak yerleştiği kabul edilmelidir. Anayasal değişiklik yapılmadıkça bu denetim kaldırılamaz.

4. Bu yüzyıldaki gelişim ise düzensizlik göstermektedir. Yüksek Mahkeme'nin en etkin denetim uygulamaları 1910-1930 arasındaki dönemde gerçekleşmiştir. Bu dönemde anayasal korumadan temel haklar arasında en çok mülkiyet hakkı ve sözleşme hürriyeti yararlandılar. İptal kararı ile sonuçlanan davaların büyük bir bölümü anayasanın öngördüğü geriye yürümezlik ilkesine -ceza hukuku dışında- aykırı olarak çıkarılan yasalar ile ilgili idi (Geriye yürümezlik ilkesi genel nitelikli olup ceza hukuku için geçerli değildir, Hakimler ciddi görüş ayrılıkları içinde idiler. Sosyal Reform Yasası, Norveç Yüksek Mahke-

mesi'ni, Yeni Düzen Yasası çıkarıldığında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin karşılaştığı türden sorunlarla yüz yüze getirdi. Yüksek Mahkeme'nin anayasaya uygunluk denetimi işlevi Norveç Parlamentosu'nda eleştirilene uğradı. Ancak, hiç bir zaman anayasal bir kriz oluşmadı.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, yeni para birimi ile birlikte anayasal yargı denetimi sorunu yeniden gündeme geldi. İlk problem 1940-1945 arasındaki Londra sürgün yıllarında hükümetin olağanüstü yasama faaliyeti ile bağlantılıydı, Hemen sonra, savaş sonrası Norveç ekonomisinin geniş şekilde düzenlenmesine yönelik olarak çıkarılan yasaların getirdiği yeni problemler belirdi. Bu dönemde çıkarılan yasalar eskiye oranla çok daha fazla hukuka aykırı nitelikler taşıdıkları halde, Yüksek Mahkeme anayasaya uygunluk işlevini yerine getirirken anayasayı toplumdaki yeni gelişmelerin ışığı altında yorumlama istek ve eğilimindeydi.

Söz konusu yasaların bir başka özelliği ise yürütmeyi güçlendirici nitelikte olmasıydı. Yüksek Mahkeme, yasama erkinin daha geniş olarak temsilinin bile kabul edilmesi gerektiğini belirtti. 1950'lerde, yüksek Mahkemenin temsil ile ilgili olarak meclisin takdir hakkına müdahalede bulunması gerektiği durumlarda doğrudan insan haklarını korumaya yönelik durumlardakinden daha ihtiyatlı davranmak için geçerli sebeplerin bulunduğu vurgulanmıştı.

Anayasal hükümler arasındaki bu farklılaşma sonraları daha kapsamlı bir gelişme gösterdi. Yine burada Birleşik Devletler'in etkisi görülebilir. 1970'lerde önemli bir kararda, anayasaya uygunluk denetiminin dayandığı anayasa hükmüne bağlı olduğu çoğunluk görüşü olarak sunuldu. Eğer söz konusu hüküm bireyin kişilik haklarının korunmasına yönelik ise, bu işlev için mahkemeler güçlü ve etkin olmak zorundaydılar. Buna karşılık söz konusu hüküm diğer devlet organlarının yönetimine veya bu organların kurum içi yetkilerine yönelik ise, mahkemeler meclisin görüşünü öncelikle ve geniş olarak dikkate almahydılar. Ekonomik hakların korunmasına yönelik anayasal hükümler ise bu iki uç nokta arasında orta bir kategoride ele alındılar. Ek olarak, belirsizliğin hakim olduğu ve meclisin konuyu derinlemesine inceleyip ilgili yasanın anayasaya uygunluğuna karar verdiği durumlarda, ekonomik hakların korunması amacıyla yapılacak anayasaya aykırılık başvurularının reddedilmesi belirtilmiştir.

Öte yandan, aynı kişi çoğunluğun sözcüsü olarak, anayasaya uygunluk denetiminin gerçekten bir anlam ifade edebilmesi için, herhangi

bir yasanın sonuçları itibariyle açıkça anayasaya aykırı görüldüğü takdirde, mahkemelerin anayasayla yargı işlevlerini kesin olarak yerine getirmek zorunda olduklarını vurgulamıştır. Böylece, mülkiyet hakları ile ilgili olarak görülmekte olan o davada, anayasaya aykırılığın açıkça görülmesi kriterini gerçekleştirdiği kabul edilmiştir.

Bu karar anayasanın koruyucusu durumundaki Yüksek Mahkeme'nin tarihinde belki de yeni bir dönüm noktasıdır. En azından hukuk literatürü açısından, son yirmi yılın anayasaya uygunluk denetiminin uygulanması bakımından tam bir rönesans dönemi oluşturduğu söylenebilir. Birkaç yıl önceki bir İskandinav Yargıçlar toplantısında, bir Yüksek Mahkeme yargıcı bu yargısal denetimi Norveç'in "nispeten yakın ve yaşayan bir gerçeği" olarak nitelemiştir.

5. Norveç Anayasası, kısa ve öz bir metindir. Üslubu eski olsa da geleneksel bir yanı vardır. Özellikle Norveç insanının duyguları ve politik yaşamı bu zaman abidesi üslupla yakından ilişkilidir.

Şimdi, karmaşık ve ahenkli bir toplumda eski bir anayasanın yorumlanmasından doğan birtakım sorunları ele alacağım.

Anayasada belirtilen mülkiyet haklarının korunması, kamulaştırma bedellerinin tam ve gerçek bir değerlendirmeye dayanmasını emreden hükümden kaynaklanır. Buradaki "tam ve gerçek bedel" kavramı sadece makul bir tazminatın ödenmesi değildir. Bununla birlikte, anayasal hüküm yasama organını mülkiyet haklarını kısıtlayıcı yasa çıkarmaktan alıkoymaz ve söz konusu hüküm tazminat talebinin ancak eşdeğer bir mülkiyetin kamulaştırılması sonucu gerçekleştirilebileceği şeklinde yorumladır.

Eskiden kesin olarak reddedilmesi gerektiği düşünülen bir hak ihlâlinin kabulüne ilişkin son yıllarda bir çok karar bulunmaktadır. 1970'teki bir kararında Yüksek Mahkeme, değer düşmesi sebebiyle malikler lehine hiç bir tazminat talebine yol açmaksızın, devletin kıyı şeridinden itibaren 100 metreden daha yakın alanlarda tüm yapılaşmayı yasaklayabileceğini kabul etmiştir. Genişliği hiç bir yerde 200 metreyi geçmeyen bir ada söz konusu olduğunda bile, Mahkeme yasaklama kararının geçerli olduğu konusunda ısrar edebilmiştir.

1970'lerden sonraki bir kararda ise, "tam ve gerçek bedel üzerinden tazmin" kavramının dönemin ekonomik ve hukuki şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yasa koyucu, tazminat miktarının belirlenmesine ve düzenlenmesine ilişkin belli ölçüde serbestiye sahip olmalıdır. Buna göre Mahkeme, toplum tarafından yaratılan ka-

mu ulaşımı ve teknik donanım sağlanması gibi değer artışlarının veya katma değerın tespit edilecek tazminat miktarından düşülebilmesini kabul etmiştir. Ancak, anayasanın mülkiyet haklarının korunmasına yönelik hükümleri yasa koyucunun kolaylıkla müdahale edemeyeceği bir alan niteliği taşımaktadır.

Yüksek Mahkeme bu kararında anayasanın üslubu ve başlangıç hükümlerine uygun yeni bir yasal kural uygulamamıştır. Yasa, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında taşınmazın piyasa değerinin yerine maksada uygun kullanım değerinin esas alınması kuralını getirmiştir. Örneğin; bir çiftlik arazisinin kamulaştırılmasına esas bedel bu amaç için hesaplanacak değer olup konut inşaat değeri olmayacaktır. Buna rağmen Yüksek Mahkeme çoğunlukla aldığı kararında, piyasa değeri esas alınarak hesaplanan değerın tespit edilen değerden yüksek olması durumunda, tazminatın söz konusu değer üzerinden ödenmesini talep edebileceğini belirtmiştir.

6. Anayasa'nın geriye yürümezlik ilkesine ilişkin olarak, hukuk teorisindeki eski bir görüşe göre; çeşitli gruplar arasındaki hukuki ilişkiler ceza hukuku, barolar hukuku ve ticaret hukuku gibi açılardan incelenmeli ve geriye yürümenin kabul edilebilir sınırları ile ilgili özel kurallar saptanmalıdır. Hukuk literatürü ayrıntularla ilgili kurallar üzerine sayfalar dolusu tavsiyeler içermektedir. 1930'larda geriye yürümezlik ilkesinin hakkaniyet prensibi doğrultusunda ifade edilmesi ve yorumlanması gerektiği şeklinde başka bir tez ortaya atıldı. Denildi ki, anayasadaki hükmün odak noktası makul olmayan bir geriye yürümedir. Bu görüş artan bir kabul gördü. Ceza hukukunda geriye yürümezlik ilkesi katı bir şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Ancak, diğer alanlarda söz konusu ilke ile ilgili olarak, belirli bir yazının etrafı bir değerlendirmesi esas alınmalıdır.

Sözleşme hukuku açısından geriye yürümezlik hükmü kurulu düzeni veya mevcut durumu koruyucu niteliktedir. Geçmişte bu nitelik anayasaya uygunluk denetimi için önemli bir temel oluşturmuştur. Bir keresinde Mahkeme, kesilecek ağaçların boyutlarını sınırlayan yeni bir yasanın, uzun dönemli ağaç kesimi sözleşmesi yapmış olan bir kerestecilik firmasını -yasanın geçerli olması halinde ilgili firmayı ekonomik kayba uğratacağı gerekçesiyle- bağlayıcı nitelikte olmadığına karar vermişti. Bugün için bunlar uzak tasarımlardır.

Mahkeme uygulamalarına göre, geriye yürümezlik prensibi ile ilgili tartışmalar ekonomi dünyasında şimdilerde oldukça zayıf görün-

mektedir. 1960'lardaki bir karar bu yöndeki gelişim için önemli bir adım olmuştur. Norveç tahvillerini elinde bulunduran bir grup Fransız, tahvillerde yer alan altın şartının daha sonra çıkarılan ve ödemelerin geçici olarak durdurulmasını öngören ilgili Norveç yasasına rağmen geçerli olduğunu beyhude bir şekilde ileri sürdü. Ancak, geriye yürüme yasağı hala akitlere koruma (güvence) sağlamaktadır. Bu durum, kiralanın bir arazinin kiracısı ve kiralayanı arasındaki ekonomik ilişki ile ilgili olarak son zamanlarda verilen bir karar ile doğrulanmıştır. Çoğunluk oyu, mevcut ilişkiyi kiracı lehine değiştiren yasal bir hükmün, kiralayanın ilgili sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi için yasal yollara başvurmuş olması durumunda uygulanamayacağı yönünde idi.

7. Norveç Anayasası, Birleşik Devletler Anayasası'na benzer şekilde bir basın özgürlüğü hükmü içermektedir. Bu hüküm hem yayın hem de dağıtım güvencesi sağlamaktadır.

Bu konuya ilişkin çeşitli tartışmalar arasından, ırk veya etnik köken ayrımcılığını teşvik edici nitelikte bir üslup kullanılmasını yasaklayan ilgili ceza kanunu hükmüne ilişkin 1978 tarihli bir karara değineceğim. Bölgesel bir gazete -aralarında Türk göçmenlerin de bulunduğu- üzümlere belirtmek zorunda olduğum- Norveç'teki yabancı uyruklular hakkında küçültücü cümlelerin kullanıldığı ve yabancıların çalışma ve sosyal güvenlik ile ilgili yasaları ihlal etmek gibi suçlar işlemede itham eden bir makale yayımlandı. Makalenin yazarı ve gazetenin editörü hakkında açılan ceza davasında, Yüksek Mahkeme, ceza kanununda yer alan hükmün anayasal ilkeler ışığı altında yorumlanması gerektiği yolunda verdiği çoğunluk kararını aldı. Kararda saldırıda bulunan bu azınlık gruplarının ayrımcı ifadelerle karşı korunmaya büyük gereksinim duydukları belirtildi. Ancak, bu tür olayların ifade özgürlüğü ile çatıştığı durumlarda anayasal koruma açısından ifade özgürlüğünün önceliğe sahip olması vurgulandı.

8. Anayasa, o döneme nazaran, eşitlik ideallerini yansıtmış olsa da günümüzde uluslararası beyanname ve sözleşmelerde tanımlandığı biçimiyle çok az sayıda insan hakkı içermektedir. Bugün, çalışmalar uluslararası insan haklarının Norveç hukukuna daha göze çarpıcı ve anayasal hükümler şeklinde yerleştirilmesine yönelik olarak yürütülmektedir. Ben de bu amaç doğrultusunda aktif bir sözcü olarak çalışmaktayım.

Uluslararası hukuk açısından Norveç hukukunun ikili bir görünüm arzettiği düşünülmektedir. Ancak, iç hukukun uluslararası hukuk-

la uyum içinde yürütülmesi şeklinde ifade edilen prensibin uygulanmasında etkin bir tutum sergiledik. 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilişkin olarak, Yüksek Mahkeme bir hukuk kaynağı olarak Sözleşme'nin hiyerarşideki yeri hakkında bugüne kadar bir yargı yeri olarak karar bildirmemiştir. Sözleşmeyle çatışmalar olması durumunda ise, Yüksek Mahkeme, Norveç yasalarını daima sözleşme hükümleri ve komisyon organlarının kararları doğrultusunda oluşan içtihat hukuku ile uyum gösterecek şekilde yorumlamıştır. Bununla birlikte, şimdiki ve daha önceki iki Yüksek Mahkeme başkanı bu tür çatışmaların oluşması durumunda söz konusu insan haklarının temel ve önemli niteliğinden ötürü ulusal yasaların üstünde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

9. Demokrasi ve hukuk devleti idarenin en önemli temelleridir. Bununla beraber, bu iki kavram arasında zaman zaman çatışmalar doğabilir. Demokrasi, çoğunluğun idare ile ilgili bağlayıcı kuralları belirlemesini gerektirir. Bu durumda anayasaya uygunsuz denetimi sadece tek tek bireyler için değil aynı zamanda politik güçten yoksun azınlık grupları için de bir güvence oluşturur.

1980'lerde ülkemizde etnik azınlığı oluşturan "Saami"lerin hukuki durumuna ilişkin gelişmeler meydana geldi. Söz konusu azınlık grubu kültürlerini ve kendi seçtikleri ulusal meclislerini koruma yönünde anayasal güvence elde ettiler.

Bireyler ve azınlıklar yönetim sanatı konusunda şu söz üzerinde birleşirler: Bir ülke hukukla kurulur ve hukuksuzlukla yıkılır.