

# Norm Denetiminde Anayasal Yorum

*Javier Borrego Borrego*  
*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski Üyesi*

Sunumumda yasama metinlerinin anayasallık denetimi, yani Anayasa Mahkemesinin yasaların anayasaya uygunluğunu denetimi tartışma konusu olacaktır.

Bu tartışma iki noktanın birlikte değerlendirilmesiyle gelişecektir: sadece kağıt üzerinde kalmayan, etkili ve gerçek manada bir denetimin mevcudiyeti ve bugün Avrupa'da ulusal yasaların denetimi hususunda anayasa mahkemelerinin münhasır yetkisinin olup olmadığı.

## **Birinci Nokta:**

Bir kanunun anayasaya uygunluğunun kağıt üzerinde kalmayan, etkin ve gerçek manada denetimi mümkün müdür?

Bu sunumun amacı bu alandaki teorilerin ardı ardına sıralanmasından ziyade birlikte konuya eğilmektir. Bu noktada da başlangıç noktamız reel (fiili) durum olmalı ve reel durumdan hukuki genellemelere, teorilere ulaşmalıyız.

Anayasal denetim, kanun yürürlüğe girmeden önce yapılabilir mi ya da Anayasa Mahkemesi nezdinde yapılan bir ön başvuru ile kanunun etkinliği, yürürlüğü askıya alınabilir mi?

Bugünkü İspanyadaki reel durum.

İspanya, kendi parlamentoları ve hükümetleri olan özerk bölgeleri de barındıran âdem-i merkeziyetçi bir devlettir.

İspanyol Anayasası'nın 161. maddesinin 2. fıkrasına göre, İspanya hükümeti, özerk bölge kurumlarının kabul ettiği hüküm ve kararlara karşı Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilir. Hükümetin bu yetkisi, söz konusu hüküm ve kararların otomatik olarak yürütülmesinin durdurulmasını

ifade eder. Mahkeme, beş ayı geçmeyen bir süre içinde, duruma göre, yürütmeyi durdurmayı onaylar veya kaldırır.

Bu düzenleme, bana göre, İspanya Hükümetinin özerk bölgelerin organları, parlamentoları ve hükümetlerine karşı farklı ve merkezi karakterini yansıtmaktadır.

“Las Cortes” ya da İspanya Parlamentosunun çıkardığı kanunların denetimini düzenleyen kurallar nelerdir?

İspanyada kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek için iki yol vardır.

Biri anayasayallık meselesi yapma (itiraz yolu) diğeri ise anayasaya aykırılık yetkisidir (iptal davası).

- İtiraz yolu bir yargı mercii tarafından işletilebilir. Eğer mahkeme ya da hakim, uyuşmazlığı çözmek amacıyla uygulayacağı bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğunu değerlendirirse o davada nihai kararını vermeden önce Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunabilir.

İptal davası ise İspanya Hükümetinin Başkanı, arabulucu (medyatör), elli milletvekili, elli senatör ve ayrıca özerk bölgelerin parlamentoları ve hükümetleri tarafından açılabilir.

İspanyanın bugünkü hukuki düzenlemeleri, İspanya hükümetinin özerk bölge kanunlarına (ya da özerk bölgelerin yürütme erki hükümlerine) karşı açtığı davalar dışında, Anayasa Mahkemesi denetimine tabi normların askıya alınmasının öngörülmediğini göstermektedir.

Fakat bugün İspanya'da, anayasallık denetiminin ön denetim şeklinde de yapılabilmesine imkân veren hükmün tekrar yürürlüğe girmesi hakkında bir tartışma sürüyor.

1979 yılında, Anayasa Mahkemesi Organik Kanununda, organik kanun adı verilen kanunlara karşı bir ön denetim imkânı vardı. İspanya'da organik kanunlar dediğimizde, özerklik statüsüne ilişkin olanlar dahil temel hakları konu alan kanunlar anlatılır. Organik olmayan kanunların aksine, organik kanunların kabulü için parlamento üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu gereklidir.

Bu organik kanunlara karşı yapılan ön denetim, ön denetim için başvurulmuş normun yürürlüğe girmesini engellemekteydi. Ancak 1985 yılında bu ön denetim usulü, güçler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu düşünüldüğünden kaldırılmıştır.

Birlikte düşünmek ve tartışmak için bir husus: Organik kanun, Anayasa Mahkemesi önünde iptal davasına konu olmuşsa, iptal davası o kanunun askıya alınması etkisini doğurmuyorsa, bu Anayasa Mahkemesi kararını verdiğinde, organik kanunun veya özerklik statüsü hakkında düzenlemenin yıllarca uygulanması anlamına gelebilecektir.

### **İkinci Nokta:**

Anayasa Mahkemesi kanunların anayasa uygunluğunun denetiminde münhasır bir yetkiye mi sahiptir?

Avrupa geneline baktığımızda cevap olumsuz olmalıdır.

İki örnek:

İlk örnek Avrupa Birliğine ilişkindir:

- Bir konut kredisinin uygulanması prosedürü.

Yürürlükte olan İspanyol düzenlemeleri, konut kredisi sözleşmesi ile karşılaştırıldığında, sınırlı itiraz imkânları olan bir icra usulü öngörmektedir. Kanun tarafından belirtilmemiş herhangi bir başka itiraz sebebi, esasa ilişkin davada ileri sürülebilir, ancak bunun icra usulünü askıya alma etkisi yoktur.

İspanya Anayasa Mahkemesi 1981 yılında ve 19 Temmuz 2011 tarihinde, konut kredisi sözleşmesi icra usulünün Anayasa ile uygunluğunu ilan etmiştir, çünkü borçlu esasa ilişkin davalarda, icra usulünde henüz tespit edilememiş sebeplerin varlığını ileri sürebilmektedir.

Fakat Avrupa Birliği Adalet Divanı 14 Mart 2013 tarihli bir kararında tam tersine hükmetmiştir. Lüksemburg'a göre, tüketicilerin korunması ilkesi her zaman, eğer kredi sözleşmesinde istismar edici bir koşulun varlığı iddia edildiği takdirde, icra usulünün askıya alınması gerekmektedir.

İkinci örnek Avrupa Konseyine ait:

İtalya, 1995 yılında başlatılan uzun tartışmaların sonunda, 19 Şubat 2004 tarihinde 40 sayılı Kanunu onayladı. Bu Kanun, eğer erkek cinsel yolla

bulaşan viral hastalıklardan etkilenmemişse, steril olmayan ve infertil çiftlere preimplantasyonla alakalı genetik tanıyı yasaklamıştır. 40/2004 sayılı Kanun'a muhalefet edenler, bu Kanunu değiştirmeyi amaçlayan beş halk girişimi (referandum) önerisi ile tartışmayı sürdürmüştür. İlk muhalefet girişimi, 40/2004 sayılı kanunun ilgasını amaçlamaktaydı, Anayasa Mahkemesinin 45/2005 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Diğer dört girişim, Kanunun farklı hükümlerinin ilga edilmesine ilişkindi, 12 ve 13 Haziran 2005 tarihlerinde halkoylamasına sunulmuştur. Bu referandumlar, girişimi başlatanlar için tam bir başarısızlıkla sonuçlanmıştır: seçmenlerin sadece yüzde 25,9'u oy vermiştir ve yeterli katılım çoğunluğu dahi sağlanamamıştır. Özellikle Senato ve Meclis Başkanları dâhil bir çok kişinin, seçmenlere oy vermemeleri konusunda çağrıda buldukları belirtilmelidir. Bu referandumlar 40/2004 sayılı Kanun'un esası hakkındaki tartışmaları daha geniş bir tabana yaymıştır ve aynı zamanda Anayasa Mahkemesi ile yasa koyucunun seçimini de onaylamıştır.

Fakat bir çift; İtalya'da, herhangi bir dava açmadan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmiş ve bir anlamda actio popularis (toplumun yararı gözetilerek üçüncü şahıs tarafından açılmış dava) kapsamında şikâyetlerini Mahkemeye iletmıştır. Çünkü cam tüpte embriyo vasıtasıyla hamile kalmalarına ve ardından da preimplantasyon yoluyla embriyoların, sağlıklı bir bebeği doğurma umuduyla, kistikfibrozis taşımayan embriyoların, genetik tanılarının yapılmasına izin verilmemiştir.

Başvuranlar, özel ve aile hayatına saygı hakkından kaynaklanan "sağlıklı bir çocuk sahibi olma hakkı" hakkını Mahkeme önünde ileri sürmüşlerdir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İkinci Bölümü, 28 Ağustos 2012 tarihinde oybirliğiyle alınan kararında<sup>1</sup>, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesinde garanti edilen hakkın somut olayda ihlal edildiğine karar vermiştir. İhlal kararının son argümanlarından birinde Mahkeme, düzenlemelerini incelediği Konseye üye otuz iki devletten sadece üç devletin (Avusturya, İsviçre ve İtalya) preimplantasyona ilişkin teşhisi yasakladığının altını çizmiştir.

1 Sayın Javier Borrego'nun yazısında bahsettiği karar *Costa ve Pavan/İtalya* (54270/10), 28/8/2012) kararıdır.

İtalyan hukukunun uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine saygı duyması gereğini empoze eden İtalyan Anayasası'nın 177. maddesi uyarınca, 40/2004 sayılı Kanun'un Strazburg organları tarafından kaldırılmış olduğunu varsayabiliriz.

Birlikte düşünmek ve tartışmak için bir husus:

Uzun ulusal tartışmaların ve dört referandumun ardından onaylanan bir ulusal kanun, pratikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yedi yargıçlı bir bölümü tarafından yürürlükten kaldırılmıştır.

Gerçekten demokratik olan bir siyasi rejiminde mi yaşıyoruz yoksa gerçek iktidarın ulusal otoritelerde olmadığı bir çeşit demokratik ortamda mıyız?

Soruyu açık bırakıyorum.

Çok teşekkürler.



# Interprétation constitutionnelle dans le contrôle des normes

*Javier Borrego Borrego*

*Ancien Juge de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*

Mon exposé aura par objet une réflexion sur l'appellé control constitutionnel des textes législatives, c'est à dire, l'examen par la Cour Constitutionnelle de la conformité des lois avec la Constitution.

Et la réflexion à développer ensemble versera sur deux points, le control efficace, réel et pas illusoire et s'il existe aujourd'hui dans l'Europe une exclusivité pour la Cour Constitutionnelle de cette fonction de control des lois internes.

## **Premier Point:**

Est-ce que un control efficace, reel et pas illusoire de la conformité d'une loi avec la Constitution est possible?

Si l'objet de cet exposé est réfléchir ensemble, au lieu d'une énumération des theories juridiques, est plus adequat, à mon avis, prendre comme point de départ la réalité, et, après, arriver à des constructions juridiques.

Est-ce qu'on peut faire le control constitutionnel d'une loi avant de la mise en vigueur de la loi, ou bien, suspendre l'efficacité d'une loi par le biais d'un recours préalable auprès la Cour Constitutionnelle?

Realité espagnole aujourd'hui.

L'Espagne c'est un Etat décentralisé, avec Communautés Autonomes, avec leurs propres parlements et gouvernements.

Conformément à la Constitution espagnole, article 161,2, le Gouvernement d'Espagne peut contester auprès la Cour Constitutionnelle "les dispositions et les résolutions adoptées par les organes des Communautés Autonomes". Le pouvoir du Gouvernement signifie la suspension automatique de la disposition

ou résolution. Et la Cour Constitutionnelle, dans les cinq mois suivants, devra ratifier la suspensión ou bien le laisser sans effet.

Cette regulation montre, à mon avis, le caractère différent et central du Gouvernement d'Espagne vers les organes, parlements et gouvernements, des Communautés Autonomes.

Et quelle est la regulation concernant des lois de "las Cortes" ou Parlement d'Espagne?

Il y a à l'Espagne deux possibilités d'obtenir un control par la Cour Constitutionnelle de la conformité d' une loi ave la Constitution.

Bien par la voie d'une question d'inconstitutionnalité, bien par un pouvoir d'inconstitutionnalité.

-La question de constitutionnalité peut être proposée par un organe judiciaire, dans la demarche final d'une procédure avant de prononcer l'arrêt, et seulement si le juge ou tribunal estime qu'une loi, qu'il doit appliquer pour résoudre le litige, peut être contraire à la Constitution.

-Le pourvoi d'inconstitutionnalité à l'encontre des lois peut être interjetté par le President du Gouvernement d'Espagne, par le Mediateur, par cinquante membres du Congrès des Députés, par cinquante senateurs, et aussi par les gouvernements et parlements des Communautés Autonomes.

Alors, la réalité juridique de l'Espagne actuelle montre qu, à' exception des pourvois du gouvernements de l'Espagne contre lois des Communautés Autonomes, (ou dispositions du pouvoir executive autonome), la suspension des règles soumises à control vers la Constitution par la Cour Constitutionnelle, n'est pas prévue.

Mais aujourd'hui en Espagne il y a un débat sur la convenance de la remise en vigueur du pourvoi prealable d'institutionnalité.

En 1979, dans la loi organique de la Cour Constitutionnelle, il y avait la possibilité d'un pourvoi préalable vers les lois organiques. En Espagne des lois organiques sont des lois qu'on par objet les droits fondamentaux, y compris les Estatutes d'Autonomie. Au contraire des lois pas organiques, l'approbation des lois organiques exige la majorité absolue du Parlement.



Ce pourvoi préalable contre les lois organiques, en empêchant l'entrée en vigueur de ces lois, fut abrogé par le législateur de 1985 en estimant que ce pourvoi préalable allait contre la division de pouvoirs.

Pour la réflexion: Si une loi organique est objet d'un pourvoi d'inconstitutionnalité auprès la Cour Constitutionnelle, mais le pourvoi n'a pas aucun effet suspensif, ça peut signifier que, quand la décision de la Cour Constitutionnelle arrive, la loi organique, ou l'Etatute d'Autonomie, peut être en application depuis des années.

### **Deuxième Point:**

#### **Est-ce-que la Cour Constitutionnelle a l'exclusivité du control de la constitutionnalité des lois?**

Dans l'Europe, la réponse doit être négative.

Deux exemples:

Un premier exemple concernant l'Union Européenne:

-La procédure d'exécution d'un prêt hypothécaire.

La réglementation espagnole en vigueur, par rapport au contrat du prêt hypothécaire, établit une procédure d'exécution avec des possibilités d'opposition limitées. Tout autre motif d'opposition non fixé par la loi, peut être opposé dans une procédure sur le fond, sans effet suspensif sur la procédure d'exécution.

La Cour Constitutionnelle de l'Espagne, en 1981 et en 19 juillet 2011, a déclaré la conformité avec la Constitution de la procédure d'exécution d'un prêt hypothécaire, étant donné que le débiteur a toujours la possibilité de discuter l'existence de motifs pas établis dans la procédure d'exécution, dans une procédure sur le fond.

Mais la Cour de Justice de l'Union Européenne, dans un arrêt du 14 mars 2013, a décidé juste au contraire. Pour Luxembourg, la protection des consommateurs exige toujours la nécessité de suspendre la procédure d'exécution si un motif de clause abusive dans le contrat de prêt est allégué.

Et le deuxième exemple appartient au Conseil de l'Europe.

L'Italie, après un long débat initié en 1995 approuva la loi n° 40 du 19 février 2004, qu'interdit le diagnostic génétique préimplantatoire aux

couples non stériles et non infértils, dont l'homme n'est pas affecté par des maladies virales transmissibles sexuellement. Les opposants à la loi 40/2004 ont poursuivi le débat en initiant cinq propositions de référendum populaires visant à modifier cette loi. La première proposition, en essayant l'abrogation de la loi 40/2004, fut rejetée par la Cour Constitutionnelle par l'arrêt 45/2005 et les quatre autres, qui concernaient l'annulation des certaines dispositions de la loi, furent soumises au vote populaire les 12 et 13 juin 2005. Ces référendums furent un échec pour leurs initiateurs: seulement le 25,9% des électeurs ayant voté, le quorum ne fut pas atteint. On doit remarquer que nombreuses personnalités, notamment les Présidents de la Chambre des Députés et du Sénat avaient invité les électeurs à ne pas voter. Ces référendums ont eu le mérite d'étendre le débat sur la loi 40/2004, et de confirmer le choix du législateur et la décision prise par la Cour Constitutionnelle.

Mais un couple, sans avoir interjeté aucune action en l'Italie, viennent à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, et dans une espèce d'actio popularis, ils adressent leurs griefs à la Cour, parce qu'il ne leur est pas permis de concevoir in vitro des embryons, puis de sélectionner génétiquement parmi ces embryons par le diagnostic préimplantatoire, un embryon non porteur de la mucosidose, en vue de donner naissance à un enfant sain.

C'est à dire, les requérants réclamaient "un droit d'avoir un enfant sain", qui, à son avis, découlerait du droit au respect de la vie privée et familiale.

Et la Deuxième Section de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans un jugement par unanimité, a décidé le 28 août 2012, que le droit garanti dans l'article 8 de la Convention a été violé dans le cas d'espèce. Il faut souligner que le dernier argument pour la constatation de violation développé par l'arrêt verse sur le fait que seulement trois Etats, (Autriche, Suisse et Italie) des trente-deux Etats ayant fait l'objet d'examen, interdisent le diagnostic préimplantatoire.

Conséquence de l'article 117 de la Constitution italienne, qu'impose que la loi italienne doit respecter les obligations internationales, la loi 40/2004 peut être considérée abrogée par l'arrêt de Strasbourg.

Un point pour la réflexion:

Une loi interne, approuvée après un très long débat interne, confirmée par la Cour Constitutionnelle interne, et acceptée après quatre référendums

populaires, a été pratiquement abrogée par un jugement d'une section des sept juges de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Est-ce que nous sommes dans un régime politique vraiment démocratique, ou est-ce que nous sommes dans une espèce de démocratie où le vrai pouvoir n'est pas un pouvoir interne?

Je laisse la réflexion ouverte.

Merci beaucoup.

Ankara, le 25 avril 2013.