

Anayasa Mahkemesi Yayınları: 65



ANAYASA YARGISI 31

Anayasa Mahkemesinin
52. Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri Kapsamında Düzenlenen
“Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği
2. Kongresi”nde Sunulan Bildiriler

28 Nisan 2014
Hilton Otel
İstanbul



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISSN 1301 - 1200

ISBN 978-975-7427-85-8

Anayasa Yargısı - 31

© 2016, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazı ve tebliğlerde ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz. Sempozyumda sunulan tebliğler üzerinde yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

İletişim ve İstem Adresi
Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon : (312) 463 73 00
Faks : (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı
EPAMAT
Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.
Tel: (0312) 394 48 63
Faks: (0312) 394 48 65
www.epamat.com.tr

Basım Tarihi

Kasım 2016

İÇİNDEKİLER

Kongre Programı	VI
Katılımcı Listesi	X
Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç 'ın Töreni Açış Konuşması	1
Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç 'ın Kongre Açış Konuşması	11

ULUSLARARASI KURULUŞLARIN BAŞKAN VE TEMSİLCİLERİNİN AÇILIŞ KONUŞMALARI

Mogoeng Mogoeng

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresi Açılış Konuşması	25
---	----

Prof. Dr. Gerhart Holzinger

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresi Açılış Konuşması	37
---	----

Park Han-Chul

Asya'da Barış ve İnsan Haklarının Korunmasına Yönelik Uluslararası İşbirliği	45
--	----

Dr. Gianni Buquicchio

Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü	57
---	----

BİLDİRİ VE TARTIŞMALAR

BİRİNCİ OTURUM

“Sosyal Hakların Anayasa Mahkemeleri Tarafından Korunması”
“İnsan Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”

Prof. Gulraman Qazi

Sosyal Hakların Anayasa Mahkemeleri Tarafından Korunması: Afganistan Örneği	75
--	----

Dr. Hamdan Zoelva

<i>Adat Law</i> (Örf ve Adet Hukukunun Uygulandığı) Topluluklarının Sosyal Haklarının Korunmasında Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Rolü	89
--	----

Jinsung Lee

Sosyal Hakların Kore Anayasa Mahkemesince Korunması Sosyal Refah Haklarına Odaklanma	109
---	-----

Kalyan Shrestha

Sosyal Hakların Anayasa Mahkemelerince Korunması.....125

Charoon Intachan

Tayland Anayasa Mahkemesince İnsan Haklarının Korunması141

Prof. Dr. Engin Yıldırım

Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri:
Türk Bakış Açısı (Genişletilmiş Özet)153

Soru-Cevap161

Prof. Dr. Zühtü Arslan

Türkiye’de Anayasa Şikâyeti: Fırsatlar ve Sorunlar167

Dr. Feras Milhem

Bireysel Başvuru Yoluyla İnsan Haklarının Korunması Filistin’den Dersler.....185

Soru-Cevap201

İKİNCİ OTURUM

“Anayasa Mahkemeleri, Yüksek Mahkemeler ve Parlamento İlişkileri”

Valerija Galić

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi ve Bosna Hersek Parlamenterler Meclisi
Arasındaki İlişki217

Dr. Igor Rogov

Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyinin Anayasal Meşruiyeti Temin
Etme Hususunda Devlet Erkleri ile Olan İşbirliği225

Jugnee Amarsanaa

Anayasa Mahkemesi ve Parlamento Arasındaki İlişkiler: Mevcut Durum ve
Çözüm Yaklaşımları235

Gadis Gadzhiev

Bir Halkın Kendisi Olma Hakkının Felsefi ve Hukuki
Anlamları Konusunda249

Soru-Cevap269

ÜÇÜNCÜ OTURUM

“Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri”

Dato Seri Paduka Hj Kifrawi bin Dato Paduka Hj Kifli

Anayasa’nın Yorumlanmasında Yüksek Mahkeme’nin Rolü279

Doç. Dr. Ali Rıza Çoban

Anayasa Mahkemesi: Anayasanın Yorumlayıcısı mı Yoksa Bireysel Hakların Koruyucusu mu? 291

Dr. Serdar Gülener

Bireysel Başvuru ve Anayasal Denetimde Anayasal Yorum: Anayasa Yargısı Sistemini İki Farklı Boyut Aracılığıyla Anlama 311

Tun Arifin bin Zakaria

Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri 327

Soru-Cevap 383

DÖRDÜNCÜ OTURUM

“Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa ve Yüksek Mahkemelerin Rolü”

George Papuashvili

Gürcistan’ın Anayasal Düzeninin Temel Taşı olarak Adalet Erişim 393

Mogoeng Mogoeng

Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü 401

Fared Al Jallad

Anayasal Sistemi Korumada Anayasa Mahkemesinin Rolü / Filistin Modeli 417

Mohan Peiris

Yargının Temel Hakların Korunmasındaki Rolü 429

Soru-Cevap 453

KAPANIŞ KONUŞMALARI

Park Han-Chul

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresi Kapanış Konuşması 467

Haşim Kılıç

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresi Kapanış Konuşması 471

Hamdan Zoelva

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresi Kapanış Konuşması 477

Anayasa Yargısı Dergisi Dizini 1984-2014 (Cilt 1-31) 480

ASYA ANAYASA MAHKEMELERİ VE MUADİLİ KURUMLAR BİRLİĞİ 2. KONGRESİ PROGRAMI

28 Nisan 2014 - Pazartesi

Yer : İstanbul Hilton Otel Hilton Convention Center Üst Kat
Cumhuriyet Cad. 34367 Harbiye – İstanbul

Saat : 09.00 – 10.15
AAMB Üyeler Kurulu Toplantısı (Yalnızca üyeler katılmıştır)

Saat : 10.30 – 10.45
Başkan Sn. Haşim Kılıç'ın Açılış Konuşması

Saat : 10.45 – 11.25
Uluslararası Kuruluşların Başkan ve Temsilcilerinin Açılış Konuşmaları

1. Sayın Mogoeng Mogoeng, Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanı

2. Prof. Dr. Gerhart Holzinger, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Başkanı

3. Sayın Park Han-Chul, Dünya Anayasa Yargısı 3.Konferansı Ev Sahibi Kore Anayasa Mahkemesi

4. Dr. Gianni Buquicchio, Venedik Komisyonu Başkanı

Saat : 11.30 – 13.05
Kongrenin Birinci Oturumu

Konu : *“Sosyal Hakların Anayasa Mahkemeleri Tarafından Korunması”*

Oturum Başkanı : **Sayın Serruh Kaleli**
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

1. Prof. Gulraman Qazi, Afganistan Anayasa Uygulamaları Gözlem Bağımsız Komisyonu Başkanı

2. Dr. Hamdan Zoelva, Endonezya Anayasa Mahkemesi Başkanı

3. Jinsung Lee, Kore Anayasa Mahkemesi Üyesi

4. Sayın Kalyan Shrestha, Nepal Yüksek Mahkemesi Kıdemli Hâkimi

5. Sayın Charoon Intachan, Tayland Anayasa Mahkemesi Başkanı

6. Prof. Dr. Engin Yıldırım, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

Saat : 13.05 – 13.20
Soru Cevap

Saat : 13.20 – 14.30
Öğle Yemeği (Hilton Convention Center Alt Kat)

Saat : 14.30 – 15.00
Kongrenin Birinci Oturumunun Devamı

Konu: *“İnsan Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”*

1. **Dr. Feras Milhem**, Anayasa Hukuku Uzmanı, Filistin
2. **Prof. Dr. Zühtü Arslan**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

Saat : 15.00 – 15.15
Soru Cevap

Saat : 15.15 – 15.30
Çay-Kahve Arası

Saat : 15.30 – 16.35
Kongrenin İkinci Oturumu

Konu: *“Anayasa Mahkemeleri, Yüksek Mahkemeler ve Parlamento İlişkileri”*

Oturum Başkanı : **Sayın Tun Arifin Bin Zakaria**
Malezya Federal Mahkemesi Başkanı

1. **Sayın Valerija Galić**, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı
2. **Dr. Igor Rogov**, Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Başkanı
3. **Sayın Jugnee Amarsanaa**, Moğolistan Anayasa Mahkemesi Başkanı
4. **Prof. Gadis Gadzhiev**, Rusya Anayasa Mahkemesi Üyesi

Saat : 16.35 – 16.50
Soru Cevap

29 Nisan 2014 - Salı

Saat : 07.00 – 10.00
Otelde Kahvaltı

Saat : 10.00 – 11.05
Kongrenin Üçüncü Oturumu

Konu: *"Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri"*

Oturum Başkanı : **Prof. Dr. Zühtü Arslan**
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

1. **Sayın Dato Seri Paduka Hj Kifrawi bin Dato Paduka Hj Kifli**,
Brunei Yüksek Mahkemesi Başkanı
2. **Sayın Tun Arifin Bin Zakaria**, Malezya Federal Yüksek
Mahkemesi Başkanı
3. **Doç. Dr. Ali Rıza Çoban**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa
Mahkemesi Raportör Hâkimi
4. **Dr. Serdar Gülener**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi
Raportör Hâkimi

Saat : 11.05 – 11.20
Soru Cevap

Saat : 11.20 – 12.10
Tayland İle İkili İşbirliği Protokolü Töreni

Saat : 12.10 – 14.00
Öğle Yemeği (Hilton Convention Center Alt Kat)

Saat : 14.00 – 14.50
Kongrenin Dördüncü Oturumu

Konu: *"Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa ve Yüksek
Mahkemelerin Rolü"*

Oturum Başkanı : **Dr. Alparslan Altan**
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

1. **Sayın Mogoeng Mogoeng**, Afrika Anayasa Yargısı Konferansı
Başkanvekili ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı
2. **Sayın Lali Papiashvili**, Gürcistan Anayasa Mahkemesi Üyesi
3. **Sayın Fared Al Jallad**, Filistin Yüksek Mahkemesi Başkanı

Saat : 14.50 – 15.05
Soru Cevap

Saat : 15.05 – 15.20
Çay-Kahve Arası

Saat : 15.20 – 16.00
Üyeler Kurulu Son Toplantısı ve İstanbul Deklarasyonu'nun
kabulü

Saat : 16.00 – 16.25
Kapanış Töreni

Saat : 16.45 – 17.00
Birliğin Bayrak Teslimi – Yeni Dönem Başkanı’nın Konuşması

Saat : 17.15 – 17.45
Basın Toplantısı

ASYA ANAYASA MAHKEMELERİ VE MUADİLİ KURUMLAR BİRLİĞİ
2. KONGRESİ KATILIMCI LİSTESİ

S.NO:	ÜLKE MAHKEME ADI	KATILIMCILAR
1.	Afganistan Anayasayı Gözlem Bağımsız Komisyonu	1. Prof. Gulrahman Qazi (Başkan) 2. Prof. Lutfurahman Saeed (Üye) 3. Jamshid Azizi (Prof.) 4. Mohammad Daud (Prof.) 5. Habibullah Habibi Dışışleri Bakanlığı Temsilcisi
2.	Afrika Anayasa Yargısı Konferansı	1. Mogoeng Thomas Reetsang Mogoeng (Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı) 2. Moussa LARABA (Afrika Anayasa Yargısı Genel Sekreteri) 3. Sello Chiloane: (Müdür) 4. Allister Slingers: (Müdür)
3.	Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı	1. Prof.Dr. Gerhart Holzinger (Başkan) 2. Maria Varga (Müdür)
4.	Azerbaycan Anayasa Mahkemesi	1. Sona Salmanova - Başkan V. 2. Anar Eyvazov - Genel Sekreter
5.	Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi	1. Valerija Galić (Başkan) 2. Seada Palavrić (Başkanvekili)
6.	Brunei Yüksek Mahkemesi	1. Dato Seri Paduka Hj Kifrawi bin Dato Paduka Hj Kifli (Başkan) 2. Dato Paduka Hairol Arni Abd Majid (Üye) 3. Harnita Zelda Skinner (Kıdemli Memur)
7.	Endonezya Anayasa Mahkemesi	1. Dr. Hamdan Zoelva (Başkan) 2. Patrialis Akbar (Üye) 3. Dr. Harjono (Eski Üye) 4. Sigit Purnomo (Görevli) 5. Eko Basuki (Görevli) 6. Arshinta Fitridiyani (Görevli) 7. Santhy Kustrihardiani (Görevli)

8.	Ermenistan Anayasa Mahkemesi	1. Dr. Volodya Hovhannisyan (Üye)
9.	Filistin Yüksek Mahkemesi	1. Farid A. A. Jallad (Başkan) 2. Adnan Shuaibi (Hâkim) 3. Feras Milhem (Anayasa Hukuku Profesörü)
10.	Gürcistan Anayasa Mahkemesi	1. Lali Papiashvili (Hukukçu)
11.	Kamboçya Anayasa Konseyi	1. Kuy Kimheang 2. Long Sopheak
12.	Kazakistan Anayasa Konseyi	1. Dr. Igor Rogov (Başkan) 2. Bakyt Nurmukhanov (Aday Hukukçu)
13.	Kore Anayasa Mahkemesi	1. Park Han-Chul (Başkan) 2. Jinsung Lee (Üye)
14.	Malezya Federal Mahkemesi	1. Tun Arifin Bin. Zakaria (Başkan) 2. Azimah Binti Omar (Genel Sekreter) 3. Noradura Binti Hamzah (Memur)
15.	Moğolistan Anayasa Mahkemesi	1. J. Amarsanaa (Başkan) 2. Dondov Ganzorig (Üye) 3. Rentsenkhoroov Anar (Uzman)
16.	Nepal Yüksek Mahkemesi	1. Kalyan Shrestha (Kıdemli Hâkim) 2. Baburam Dahal (Müsteşar)
17.	Özbekistan Anayasa Mahkemesi	1. Fatima Khusanova (Üye) 2. Sharof Bastamkulov (Genel Sekreter)
18.	Pakistan Yüksek Mahkemesi	1. Jawwad S. Khawaja (Üye) 2. Robina Jawwad Khawaja
19.	Rusya Anayasa Mahkemesi	1. Prof. Gadis Gadzhiev (Üye) 2. Evgeniy Grushko (Müdür)
20.	Tacikistan Anayasa Mahkemesi	1. Abdulloev Abdullojon Abdurakhmanovich (Üye) 2. Abdulloev Lutfllo Izatulloevich (Üye) 3. Gulzorova Mukhabbat Mamadkarimovna (Üye)

21.	Tayland Anayasa Mahkemesi	1. Charoon Intachan (Başkan) 2. Boonsong Kulbupar (Üye) 3. Chalermpon Ake-Uru (Üye) 4. Nurak Marpraneet (Üye) 5. Dr. Suphot Khaimuk (Üye) 6. Dr. Tweekiat Menakanist (Üye) 7. Udomsa Nitimontree (Üye) 8. Dr. Punya Udchachon (Kıdemli Danışman) 9. Pimol Thampitakpong (Genel Sekreter Yardımcısı) 10. Terapong Thititangkul (Kıdemli İdare Uzmanı) 11. Romprang Suamprakham (Müdür-İçtihat 3) 12. Pajeekan Sawattiwong (Müdür-Anayasa Koleji) 13. Sivaporn Chalermwong (Müdür-Dış İlişkiler) 14. Kanokwan Chamachoti (Müdür-Halkla İlişkiler) 15. Kla Samudavanija (Memur) 16. Jakkrit Srichaiyaphum (Memur)
22.	Venedik Komisyonu	1. Dr. Gianni Buquicchio (Başkan)

23.	Türkiye Anayasa Mahkemesi	1. Haşim Kılıç (Başkan) 2. Serruh Kaleli (Başkan Vekili) 3. Alparslan Altan (Başkan Vekili) 4. Serdar Özgüldür (Üye) 5. Zehra Ayla Perktaş (Üye) 6. Recep Kömürcü (Üye) 7. Burhan Üstün (Üye) 8. Engin Yıldırım (Üye) 9. Nuri Necipoğlu (Üye) 10. Hicabi Dursun (Üye) 11. Celal Mümtaz Akıncı (Üye) 12. Erdal Tercan (Üye) 13. Muammer Topal (Üye) 14. Zühtü Arslan (Üye) 15. Hasan Tahsin Gökcan (Üye) 16. Mehmet Oğuz Kaya (Genel Sekreter) 17. Bahadır Kılınç (Genel Sekreter Yardımcısı) 18. Selim Erdem (Genel Sekreter Yardımcısı) 19. Ali Rıza Çoban (Başraportör) 20. Murat Arslan (Raportör) 21. Cüneyt Durmaz (Raportör) 22. Selami Er (Raportör) 23. Murat Azaklı (Raportör) 24. Serdar Güleener (Raportör) 25. Berrak Yılmaz (Raportör) 26. Elif Karakaş (Raportör)
-----	---------------------------	---

Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim KILIÇ'ın Töreni Açış Konuşması

Sayın Cumhurbaşkanım,

Çok Değerli Misafirler,

Anayasa Mahkemesinin 52. kuruluş yıldönümü ve Mahkememize yeni seçilen üyemizin yemin törenine katılarak ortak olduğunuz sevincimizi sizlerle yaşamak bizlere onur vermiştir. Başta zat-ı alileri olmak üzere tüm konuklarımıza şahsım ve mahkememiz adına hoş geldiniz diyor, şükranlarımı sunuyorum.

Bugün andiçerek Mahkememizde göreve başlayan değerli meslektaşımız Hasan Tahsin Gökcan'a başarı, sağlık ve esenlik dileklerimi bildiriyorum. Hukukçu kimliği ile yıllarca adli yargıda görev yapan yeni üyemizin birikimi, deneyimi ve adalet duygularının şekillendirdiği özgür vicdanı ile Mahkememize güç katacağına olan inancımı belirtmek isterim. Muhtelif kaynaklardan seçilerek gelen üyelerimizin karar ve faaliyetlerimize yansıyan mesleki tecrübeleri Mahkememizin ortak vicdanını oluşturmaktadır. Kuşkusuz bu sonuca ulaşırken, başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası olmak üzere, hukukun evrensel ilkeleri ve ilgili yasa hükümlerine göre hareket ettiğimiz açıktır. Bu vicdani alan, dostluk ve düşmanlık duygularına kapalı olduğu gibi ırk, renk, siyasi düşünce ve bireysel inançların da dışındadır. İnsanlık onurunun varlığı, temel hak ve özgürlükleri de evrenselleştirmiştir. Bu değerleri yüceltmek, derinleştirmek, tehditler karşısında savunmak Anayasa Mahkemelerinin en temel görevidir. Esasen Anayasa yargısının varlık nedeni; ırk, renk ve inancı ne olursa olsun, insan olma ortak paydasına sahip herkesin var olan onurunu korumaktır. Bu kutsal görevin başarı ile yürütülebilmesi, ancak bağımsız ve tarafsız kalmayı becerebilen yargıçların varlığı ile mümkündür.

Mahkememize güç katacağına yürekten inandığım değerli meslektaşımıza başarı dileklerimi yinelerken, çalışma ve yorumlarıyla "sorun

üreten değil, sorun çözen yargı” anlayışına destek vereceğine, insan haklarına dayalı, demokratik hukuk devletinin tam bir tarafsızlık içinde koruyucusu ve güvencesi olacağına inancımı tekrar belirtmek isterim.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Hukukun üstünlüğü anlayışı ve demokratik değerlerle beslenen bir devletin yolu her zaman aydınlıktır. İkinci Dünya Savaşı felaketini yaşamış Avrupa’nın geçmişte yaşadıkları ile bugün geldikleri seviye çok önemli mesajlar vermektedir. Dünya’da dini, etnik ve sınıf savaşlarının en yoğun yaşandığı bölge olan Avrupa, komünizm ve faşizm gibi totaliter rejimlerden demokrasi ve hukuk devleti mücadelesini vererek kurtulmuştur.

Demokratik değerleri, hukukun üstünlüğünü ve hukuk devleti anlayışının gereklerini tekrar tekrar konuşmak zorundayız.

İnsanlar, onurlu bir hayat yaşayabilmek için, hukuk güvenliğinin egemen olduğu bir devletin varlığına her zaman ihtiyaç duymuşlardır. Evrensel değerlerin ağırlıklı olarak uygulandığı, tüm eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi tutulduğu, hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlet, hukuk devleti olarak tanımlanmıştır. Hukuk devletinin en belirgin diğer bir özelliği ise, tasarruflarının öngörülebilir, ulaşılabilir açık ve şeffaf olmasıdır. Hukuk devletinin odağında esas itibariyle iktidar gücünün keyfi davranışlarının sınırlandırılması vardır. Bu nedenle kamu gücünü kullananlar da vatandaşlar gibi hukuksal ilkelerle kuşatılmıştır.

Bir ülkeyi hukuk güvenliği testinden geçirebilmek için öncelikle yazılı hukuk kurallarının, daha sonra da bunu uygulayan hakim, savcı, adli personel ve adli kolluğun ne durumda olduğunun tespiti gerekir. Sisteme dahil unsurlar ahenk içinde birbirini engellemeden adalete ulaşmaya hizmet ediyorsa sorun yok demektir. Haklı bir neden olmaksızın, kamu yararı gözetilmeden, siyasal amaçları gerçekleştirmek düşüncesiyle yazılı hukuk kurallarında çok sık aralıklarla yapılan değişikliklerin, toplumda hukuk güvenliğini sağlayabileceğinden bahsedilemez.

Ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel hayatı alt-üst edecek yasal düzenlemelerin öngörülebilir olmaması, bireylerin hukuka olan güvenin tükendiği yerdir. Esasen, hukuk güvenliğini sağlayacak olan unsurlar, bağımsızlık ve tarafsızlık sorununu çözmüş olan yargı organları ile yasama ve yürütme organlarının insan haklarını özne kabul eden uygulamalarıdır.

Hukuk devletinin temel direği olan yargı, aynı zamanda devletin vicdanı olarak da tanımlanır. Bu vicdanın, siyasi ve ideolojik vesayet odaklarının işgaline uğraması nedeniyle toplum hayatına verilen zararların acı örnekleri, hafızalardan henüz silinmemiştir. İşgal devam ettiği sürece de bunları yaşamaya devam edeceğiz. Yargının vicdanını işgal edenlerin kimliği, düşüncesi ya da kutsalları ne olursa olsun bu sonuç değişmeyecektir. Dün hak ihlaline uğramış mağdurlarla, bugün aynı ihlalleri yaşayan mağdurların kimliklerinin farklı olması bu bakışımızı asla etkilemeyecektir. Sadece yargı değil, onur sahibi olan herkesin haksızlığa ve ihlale karşı çıkması insanlık borcudur. Zira, barışın teminatı olan farklılıkların birlikte yaşamasını ancak, başkalarının hak ve özgürlüklerini savunan onurlu insanlar hayata geçirebilirler.

Değerli Konuklar,

Kamu gücünü etkili bir şekilde kullanan yargı, siyasi ve ideolojik yapılanmaların hedefinde her zaman “ele geçirilmesi gereken bir kale” olarak görülmüş, ele geçirenler de kendi vesayet sistemini dayatmanın çabasına düşmüştür. Kaleyı ele geçiremeyenler ise, yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının ne kadar hayati bir öneme sahip olduğunu söyleyip durmuşlardır. Kaleyı işgal edenler de yargıyı, siyasi düşüncelerine ve ideolojilerine lojistik destek sağlamak için ya da rakiplerinden intikam alma aracı olarak kullanmışlardır. Altını çizerek ifade ediyorum. Bu anlayış ve işgalden kurtulmadıkça bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşması hayaldir. Yargı üzerinde oluşan ya da oluşacak siyasi, ideolojik, dini, ırki ve mezhebi tüm vesayetçi anlayışlar, başta yargı mensupları olmak üzere herkes tarafından şiddetle reddedilmelidir.

Esasen vesayet altındaki bir yargıdan hukuk güvenliğini sağlaması da beklenemez. Böyle bir sistem yönetenlerin güvenliğini sağlarken, ötekilere de ancak, korku, endişe ve umutsuzluk verebilir. Korkunun ve endişenin hakim olduğu iklimlerde de özgür vicdanlar üretilemez. Herkese bildik gelen bir sözle yeniden tekrarlamak gerekirse, hukuk güvenliği insanların güvercin ürkeklığı içinde yaşamadığı korkusuz bir ortamın varlığı olarak da tanımlanabilir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yargı organları üzerinde oluşan vesayetçi anlayışların ortadan kaldırılması için cesaretti adımlar atıldı. Bu

adımlar toplumda büyük karşılık da gördü. Söz konusu vesayetçi yönetimlerin görevlerinin sona ermesi ile büyük bir boşluk doğdu. Bu boşluğun, toplumun her kesimini kucaklayan, hoşgörölü, özgürlükçü, çoğulcu, adil ve evrensel değerleri yansıtan tercihlerle doldurulması gerekirken, ne yazık ki bunu gerçekleştiremedik. Bu kez, farklı renkte yeni bir vesayet sisteminin oluşmasına tanık olduk. Kimse bu yeni oluşumun günahından kendini soyutlamaya çalışmasın. Tarih olanları kaydediyor. Bunları konuşmak, gerçekleri itiraf etmek ve cesaretle çözüm yolları bulmak zorundayız.

Daha önceki yıllarda yaptığım konuşmaların bir bölümünde aynen şunları dile getirmiştım. Yargı, milletin iradesine tuzak kurulacak yer değildir ve olmamalıdır. Son dönemde yargı, bu konuyla ilgili olarak “paralel devlet” yada “çete” diye nitelendirilen çok vahim, çok ciddi ve çok ağır bir suçlamayla karşı karşıyadır. Bu suçlama üzerinde yapışık kaldığı sürece yargının ayakta kalması mümkün değildir. Bugün itibariyle bırakınız ceza davalarını, en basit alacak davasına ilişkin kararlar bile tartışmaya açılmış ve yargıya olan güven ağır yara almıştır. Başta yargı ve yürütme organları olmak üzere herkes bu iddialarla ilgili bilgi, belge ve delilleri zaman geçirmeden ortaya koymak zorundadır. Gerek yargıda, gerekse yürütme organı içinde var olduğu iddia edilen bu kişilerin başka illere tayin edilerek ya da yerlerini değiştirerek sorunu çözmenin anlamsızlığı açıktır.

Söz konusu iddiaların yargı kurumlarında psikolojik travma yarattığı, delil, bilgi ve belgeye dayanmayan ihbar mektuplarının hüküm icra ettiği, hâkim ve savcılar arasında önemli ayrışma ve bölünmelere sebep olduğu hepimizin saklayamayacağı gerçeklerdir. Bu ayrışma ve bölünmenin hukuk devletinin, hukuk güvenliğinin ve adaletin sonunu getireceğini yargıda yaşadığımız olaylar açıkça göstermektedir.

Tekrar etmek gerekirse, yargının bu iç ağrısı ile yaşaması asla mümkün değildir. İddia edilen kayıt dışı yapılanma yargı mensupları arasında korku, endişe ve gelecekle ilgili belirsizliklerin doğmasına, aralarında olması gereken mesleki ilişkinin çok olumsuz etkilenmesine yol açmaktadır.

Görevi, maddi gerçekleri ortaya çıkarmak olan yargının karşı karşıya kaldığı bu iddianın adı “vicdan yolsuzluğu”dur. Bunun için yapılması gereken açıktır. Hukuk devletine yakışan yöntemler uygulanmak suretiyle gerçekliğinin ispat edilmesi halinde, faillerine bir saniye bile beklenmeden gerekli yaptırımlar uygulanmalıdır. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının

vazgeçilmez unsuru olan “özgür vicdanlı” hâkim ve savcılarımızın ayakta kalması için buna mecburuz. Demokratik hukuk devletlerinde, tehdit ederek, korkutarak sorunların çözüldüğüne ilişkin örnekler bulamazsınız.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesince verilen kararların, toplumda yarattığı siyasi, sosyal ve ekonomik sonuçları üzerinde, bazı değerlendirmeler yapılması zorunluluğu vardır. Kurumların özeleştirilerini yapabilme cesaretini göstermeleri gerektiğine inanıyoruz. Bunu yapamadığımız takdirde kurumların kendilerini geliştirmesi ve yenilemesi mümkün olmayacaktır. Mahkemelerin geçmişte verdiği kararlar sonucunda toplumda yaşanan sarsıntıların, demokratik hayata ve hukuk devleti anlayışına olan olumsuz etkilerinin bilançosunu çıkarmak zorundayız. Hemen her toplumda Sorunların temel kaynağı yasama, yürütme ve yargı organlarının sebep oldukları hak ihlalleridir. Bu ihlallerin sonuçları ve toplumsal karşılığı önemsenmelidir. Bireylerin, her türlü endişe ve korkudan arındırılmış güvenli bir alanda hayat sürmeleri, en temel anayasal haklarıdır.

Anayasa Mahkemesinin “hak ve özgürlükler mahkemesi” olarak tanımlanmasının ancak, etkin ve süratli çalışmasıyla hak ihlallerini ortadan kaldırma gücüne bağlı olduğunun bilincindeyiz. Bunu gerçekleştirmek için mensuplarımızın ortaya koyduğu kararlı iradesinden, kimsenin kaygı ve endişe duymaması samimi dileğimizdir.

Kamu gücüne sahip olanların topluma sunduğu hak ve özgürlükleri, lütuf ya da bağış düzleminde değerlendirmesi düşünülemez. Farklı olanların hak ve özgürlüklerine karşı kimse, ev sahibi edasıyla duruş da sergileyemez. Yetmiş altı milyonun her ferdi bu evin sahibi ve Anayasa ile teminat altına alınmış hakların kullanıcısıdır.

Demokrasi, insan onuru, temel hak ve özgürlükler, Mahkememizin korumak zorunda olduğu evrensel değerlerdir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi başta olmak üzere, çağdaş dünya milletlerinin kabul ettiği insan hakları belgelerinde, temel hak ve özgürlükler; din, ırk, mezhep, siyasi düşünce ve ideolojilerden arındırılarak sadece “insan olma” ortak paydasında birleştirilmiş ve evrensel bir değer olarak tanımlanmıştır. Bu evrensel değerler bütün insanlığın gönül birliğini ve bütünlüğünü sağlayacak etki ve öneme sahiptir. Farklılıkları değiştirmeye,

dönüştürmeye ve kendimize benzetmeye çalışmadığımız sürece, bu hedefi yakalamak hayal olmayacaktır.

Türkiye ise bu evrensel değerlere bağlılığını çeşitli antlaşma ve sözleşmelerle dünyaya ilan etmiştir. Bu bağlamda, 1990 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisinin kabul edilmesi ve 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan temel haklarla ilgili "evrensel ölçütlerle" atıf yapan değişiklikler, devrim niteliğinde sayılabilecek evrensel düzenlemelerdir. 2010 yılında Anayasa'nın 148. maddesine yapılan eklemelerle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu açılmış, yargı organları ve idarelerin sebep olduğu hak ihlallerinin anayasal yargı denetimi sağlanmıştır.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Bu değişiklikleri yeniden hatırlatma gereğinin altını şu nedenle çizmek istiyorum. Milletimizin iradesini temsil eden Yasama Organı bu değişikliklerle başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere tüm yargı organlarına "evrensel standartları uygulayın!" talimatı vermiştir. Bu nedenledir ki, yerel gerçeklerle evrensel standartları örtüştürmek zorundayız. Anayasa Mahkemesinin son günlerde verdiği bireysel başvuru kararlarına yapılan ölçülü eleştirileri saygı ile karşılarken, belirtilen zorunluluk nedeniyle verilen kararlarımızın arkasında olduğumuzu da ifade etmek istiyorum.

Değerli Konuklar,

2011 yılında yapılan genel seçimlere katılarak milletvekili seçilen ancak haklarındaki kovuşturma nedeniyle cezaevlerinde tutukluluk hali devam eden kimi milletvekillerinin, Mahkememize yaptıkları bireysel başvurular üzerine, milleti temsil haklarının ciddi şekilde ihlal edildiği sonucuna varılmış ve bu nedenle tahliyeleri gerçekleştirilmiştir. Siyaset kurumlarını çok yakından ilgilendiren ve onların çözmesi gereken böyle bir sorunun, öncelikle yasal düzenlemelerle çözülmesini yürekten arzu ederdik.

Mahkemelerde devam eden davaların bir bölümünde uzun yargılama, bir bölümünde de uzun tutukluluk nedeniyle Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurulara ilişkin olarak ihlal kararları verilmiş, sanıkların tutuksuz yargılanmak üzere tahliyeleri sağlanmıştır. Belirtilen davalarda, şikayetçilerin kanun yollarını tüketme koşulu aranmaksızın Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları verdiğinin altını çizmek istiyorum.

Anayasa Mahkemesi, yakın zamanda bir internet sitesine erişimin yasaklanması kararına karşı yapılan şikâyet başvurusu hakkında verdiği kararında, “tüketilmesi gereken başvuru yolları” gözetilmediği için yoğun eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerekse Anayasa Mahkemesi defalarca verdiği kararlarında “kanun yollarının tüketilmesi” koşulunun mutlak olmadığını ifade etmişlerdir. Uzun yargılama, uzun tutukluluk ya da şikâyetle konu hakkın yeterli ve etkili hukuk yolları ile korunup korunmadığı yönünde yapılan değerlendirmeler ise bunun istisnalarını teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesinin uzun yargılama ve uzun tutukluluk şikayetlerine ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları doğrultusunda kanun yolları tüketilmeden verdiği ihlal kararlarına karşı hiçbir eleştiri yapılmamasına rağmen, bir internet sitesine erişimin yasaklanması kararına yönelik verdiği ihlal kararının siyasal kaygılarla ölçsüz bir şekilde eleştirilmesi dikkat çekicidir.

Değerli Konuklar,

Hukuk devletinde mahkemeler, emir ve talimatla çalışmadığı gibi, dostluk ve düşmanlık duyguları ile de yönlendirilemez. Mahkemeler verdikleri kararların sonuçlarının doğurduğu üzüntü ve sevinçlerle de ilgilenmez. Bu duyguları gayet doğal kabul eder. Ancak, verilen kararlardan hukuk dışı sonuçlar çıkararak, Mahkeme mensuplarını itibarsızlaştırma gayretleri iyi niyetle izah edilemez. İnternet sitesine idari kararla getirilen yasağın daha ilk dakikasında siteye başka yollardan ulaşılacak suretiyle etkisiz ve sonuçsuz bırakılabilmesi gösterilen orantısız tepkiyle örtüşmüyor.

Yeni teknolojik gelişmelerin, insan hak ve özgürlüklerini korumak için alınan yasal önlemleri, etkisiz hale getirdiği bir çağda yaşıyoruz. Tarihe hak ve özgürlük savunucusu olarak geçen Gorbaçov, Sovyetler Birliği çözülmeden önce, küreselleşmeye karşı direnenlere “antenlere vize koyamazsınız” diyerek iletişim araçları karşısındaki zorluklara işaret etmiştir. Kuşkusuz, böyle bir zorluk bireylerin hak ve özgürlüğünü, devletin ise varlığını koruyacak yasal düzenlemeleri yapmasına engel değildir. Esasen Anayasa Mahkemesi’nin eleştirilen kararı, idari bir işlemin kanuni dayanağının olmadığının tespitinden ibarettir. 5651 sayılı Kanunun dokuzuncu maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, alınacak bir mahkeme kararı ile bu kanunsuzluk hali giderildiğinde, aynı Kanunun hak ve özgürlükleri koruyan imkânlarından faydalanmayı engelleyen bir durumun varlığından bahsedilemeyecektir.

Amacımız sorun üretmek değil, sorun çözmek olmalıdır. Bir eylemin, işlemin veya yasama tasarrufunun, siyasi bir belge olan anayasaya göre, denetlenmesi nedeniyle ortaya çıkan Anayasa Mahkemesi kararının siyasi sonuçlar doğurması doğal bir zorunluluktur. Bu sonuçlara bakarak Anayasa Mahkemesi'nin siyasi amaçlarla hareket ettiğini söylemek ya da milli olmamakla suçlamak içeriği ve derinliği olmayan sığ eleştirilerdir. Mahkeme mensuplarımız, verdiği kararlarından siyasi ya da sosyal bir rant elde etme iddialarını onurlarına yapılmış bir saldırı olarak kabul ederler. Anayasa Mahkemesi, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, yargı ile yürütme organı arasında yaşanan gerilimlerin, ülkemize verdiği ekonomik, siyasi ve sosyal zararların bilincindedir. Bu sebeple yeni gerilimler yaşatacak meydan okuma çağrılarını cevapsız bırakmaya kararlıyız.

2010 yılındaki anayasa değişikliğine kadar, Anayasa Mahkemesi'nin özgürlük, demokrasi, laiklik ve sosyal hukuk devleti konularındaki sınırlayıcı ve daraltıcı anlayışından mağdur olanların bugün, bireylerin hak ve özgürlük alanını genişleten, önündeki engelleri kaldıran, evrensel standartları hayata geçiren bir anlayışa dönüşmüş olan Mahkeme kararlarından rahatsızlık duymalarını yaşadıkları garip bir çelişki olarak görüyoruz. Bizler adil olmayı kutsal bir görev kabul eden bir medeniyetin mensupları olarak, gücün ve şartların etkisiyle gömlek değiştiren bir karakterin sahibi olamayız. Dün hak ihlaline uğrayanların nasıl yanında yer alınmışsa, bugün de kimliği, kişiliği, gücü ve rütbesi ne olursa olsun, hak ihlaline sebep olan herkesin karşısına, aynı adalet gömleğiyle çıkmaya devam edeceğiz. Mahalle baskısı ile yargı mensuplarının görüş, düşünce ve kararlarının etki altına alınma çabaları, adaletin kutsallığına inanmış olanlar için geçerli değildir.

Anayasa Mahkemesi, insan onurunun zorunlu kıldığı hak ve özgürlükleri, hiçbir ayırım yapmadan ve bir hesabın içinde bulunmadan, ilgisine ulaştırmaktan başka amacı olmayan bir yargı kurumudur.

Son yıllarda yargı alanında yaşananların toplumda yarattığı güvensizlik ve olumsuzluklar, Anayasa Mahkemesinin adeta bir temyiz makamı gibi algılanmasına yol açmış, umut haline gelen bireysel başvuru yolunu kullananların sayısı çok büyük rakamlara ulaşmıştır.

Esasen tutuksuz yargılanmanın kural, tutuklamanın istisna olduğu bir sistem yerine, uzun tutukluluğun asıl, tutuksuz yargılanmanın ise istisna olduğu bir yargı sürecini yaşıyoruz. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların

% 70'inin adil yargılanma konusundaki şikâyetler olduğu gözetildiğinde, yargı organlarımızın topluma sunduğu adaletin hangi düzeyde olduğunu sorgulamak zorundayız. Bu oran, önceki bölümde önemi vurgulanan hukuk güvenliğine, yargı organlarımızın verdiği olumsuz katkıyı göstermektedir.

Yargıya olan güvensizliğin yetkililerce güçlü şekilde dillendirilmesi yaşanan sorunları çözmemektedir. Bu kolaycılıktan vazgeçilerek yargıç ve savcı profilinin sorunları, yargılama sistemindeki yapısal sorunlar, Mahkememizce tespit edilen ihlallerin giderilmesi yönünde devlete düşen pozitif ve negatif yükümlülükler ile alınması gereken tedbirler masaya yatırılarak çözümler üretilmelidir.

Amacımız, idarenin ve yargı organlarının sebep olduğu hak ihlallerini incelerken, temel hak ve özgürlüklerle ilgili evrensel standartların ülkemizde benimsenmesini sağlamak suretiyle Anayasa Mahkemesinin “etkin bir denetim” yaptığı inancını topluma yerleştirmektir. Mahkememizin etkin denetim yapmadığı düşüncesinin yerleşmesi halinde ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin kararları yok sayılarak, başvuruları doğrudan kabul etmesi gibi bir uygulama ile karşı karşıya kalacağımız herkes tarafından bilinmelidir. Böyle bir sonucun ise ülkemiz yargı erkinin demokratik dünya milletleri nezdinde çok ciddi bir itibar kaybına sebep olacağı açıktır.

Bu nedenle, anlayışla karşıladığımız tüm eleştirilere rağmen, hak ve özgürlük yollarının açılması süreci mahkememizce kararlı bir şekilde sürdürülecektir.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Son yıllarda birey ve toplum olarak, yaşanan sorunlarla ilgili en masum çözüm önerilerini, düşünce ve görüşleri derhal siyasi bir süzgeçten geçirdikten sonra kabul veya reddeder hale geldik.

Bu yaklaşım toplumun aşırı siyasallaşmasına, kutuplaşmasına ve kaygı verici bir gerilimin yaşanmasına yol açıyor. Yaşanan gerilim insanlarımızı taraf olmaya zorlamakta, söylenenler yanlış da olsa, taraf olmanın güçlendirdiği inatçılıkla düşünceler savunulmaya çalışılmaktadır. Sorunlara veya önerilen çözümlere tepkisel tavırlarla meydan okumak, taraftar bağlılığını güçlendirmekte ise de insanların biraraya gelme, diyalog ve uzlaşma iradelerini zayıflatmaktadır. Diyalog ve uzlaşma zeminini kaybettiğimizden

dolayı, farklı olanların doğruları ile zenginleşemiyoruz. Başkalarının haklarına sahip çıkmak bir insanlık erdemidir. Katılmasak da, hakkı ihlal edilenlerin yükünü paylaşmak, onurlu insan olma refleksinin doğal bir sonucudur. Demokratik ülkelerin gücünün yasaklara değil, özgürlüklere dayalı olduğu gerçeği gözardı edilmemelidir.

Değerli Konuklar,

Yaşanan gerilimlere kim sebep olursa olsun, bu ortamda gelişen kin ve nefret söyleminin farklı düşünce ve inanç sahipleri arasında “duygusal bir kopuş”a yol açtığı açıktır. Kalp ve gönül dünyasını ilgilendiren bu duygulardaki ayrışmaların, birlikte yaşama irademiz üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracağını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu olumsuz sonuçlar siyaset, kültür, inanç, sanat, spor ve buna benzer etkinliklerde, farklı kesimlerin birarada yaşamaları için gerekli olan “buluşma alanlarını” yok etmektedir.

Kin ve nefret söyleminin, korkuyla buluştuğu böyle bir noktada, insanlarımızı iç dünyalarına hapsedilmiş inançlar ve beyinlerinden dışarı çıkaramadıkları düşüncelerle baş başa bırakıyoruz. Oysa, çoğulcu ve katılımcı demokratik sistem, “farklılıkların sesli yaşaması” gerektiği çağrısını yapıyor. Yüzyıllardır biriktirdiğimiz köklü kültür yapımız ve oluşan inanç dünyamız, demokrasinin tam da bu çağrısıyla örtüştüğünü söylüyor. Sahip olduğumuz bu sevgi ve hoşgörü kültürünün lojistik desteğine ihtiyacımız vardır.

Kainatın özü insan, insanın özü ise eşdeğeri bulunmayan onurudur. Hukukun ve dinlerin koruma altına aldığı yegane değer budur. Mahkememizin 52. kuruluş yıldönümünde size verebileceğimiz söz, bu değerın korunması konusunda mensuplarımızın kararlı iradelerinin devam edeceğidir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bu yıl yaş haddi nedeniyle emekli olan üyemiz sayın Mehmet Erten’e yeni hayatında sağlık ve esenlik dileklerimi sunuyor, yakın zamanda aramızdan ayrılan emekli üyemiz Servet Tüzün’e de Allahtan rahmet diliyorum.

Başta zatiâlieleri olmak üzere, katılan tüm konuklarımıza Mahkememiz adına teşekkür ediyor saygı ve sevgilerimi sunuyorum. 25 Nisan 2014

Haşim KILIÇ
Anayasa Mahkemesi Başkanı

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresi Açılış Konuşması

Haşim KILIÇ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı & AAMB Dönem Başkanı

Saygıdeğer başkanlar,

Kıymetli hukukçular,

Hanımevendiler, beyefendiler,

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi adına, bu mutlu günümüzde bizim yanımızda olmak için dünyanın dört bir tarafından Türkiye'ye gelen Birlik üyeleri ve tüm misafirlerimize *"Hoşgeldiniz"* diyor ve en kalbi teşekkürlerimi sunuyorum.

Asya ve Değerleri

Eski Kıta Asya binlerce yıllık tarihi boyunca, kültürel çeşitliliği, derin köklere dayanan gelenekleri, ruhani değerleri dolayısıyla hep bir ilham kaynağı olmuştur. İslamiyet, Hristiyanlık ve Musevilik gibi semavi dinler yanında, Budizm ve Hinduizm gibi dünyayı ve insanları derinden etkileyen bütün değer sistemleri Asya'da doğmuştur. Asya'yı tabiri caizse *"bütün kıtaların anası"* yapan da bu değerlerdir.

Anayasalar ve Kalıcılığı

Değerleri koruma geleneği, bireysel ve toplumsal değerlerin yer aldığı uzlaşma metinleri olan anayasalarla devam etmektedir. Ancak, anayasalar sadece ülkelerin milli değerlerini değil, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarının korunması gibi evrensel değerleri de içerdikleri ve korudukları sürece değerli ve kalıcıdır. Anayasaların kalıcılığı konusundaki görüşlerimi açıklamama izin veriniz.

İnsanlık Onuru

Anayasaların dayanıklı ve uzun ömürlü olması iki temel değer üzerine oturması koşuluyla gerçekleşebilir. Bunlardan birincisi, anayasanın temel dinamiklerinin, felsefesinin ve ruhunun merkezine “*insanlık onuru*”nun yerleştirilmesidir. Bu mutlak varlığın esas alınması, bütün anayasal ilkelerin yorumlanmasında, devletin temel amaç ve görevlerinin belirlenmesinde ölçü olacak böylece, özgür birey ve demokratik devlet kavramlarının somutlaştırılması kolaylaşacaktır. İnsanlığın bu ortak değeri, anayasanın meşruiyet sorununu çözebileceği gibi, değişimler karşısında kolay üretilecek çözüm yollarına da sağlam bir kaynak olacaktır.

İnsan onuru anlayışı bazılarında imtiyazlı bir hayat tarzı sunulmasına engeldir. Ona göre, bazı insanların diğerlerine nisbetle daha değerli olduğu düşüncesi geçerli değildir. Zira, yaratılışla birlikte her insanın onur değeri eşittir. Belirtilen eşitliğe din, mezhep, ırk ve renk etkili değildir. Bu eşitlik ancak, bireylerin seçtikleri hayat tarzına göre yaşanan süreç içinde değişebilmektedir. Tarihin gerçeklerinden süzülerek kural haline gelen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin ilk maddesinde de “*tüm insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit olduğu*” kabul edilerek insanlık onuru evrensel bir değer olarak tanımlanmaktadır.

Biz, insanlık onurunun güçlü bir kaynak olduğuna inananlarıdır. Bu kaynak, insanlık tarihinin en başından bugüne kadar siyaseti, ekonomiyi, sosyal hayatı ve kültürleri derinden etkilemiştir. Temel hak ve özgürlüklerle, adalet duygusunu içinde barındıran insanlık onuru, tüm inanç sistemlerinin ve medeniyetlerin de koruması altına alınmış en yüce değerdir. Dünyadaki yazılı anayasa metinleri incelendiğinde doğrudan ya da dolaylı olarak daha ilk maddelerinde insanlık onurunun korunması ve kollanması teminat altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Cumhuriyetin temel niteliklerinden demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti ilkeleri de bütünüyle “*insanlık onurunu*” yüceltmek amacına hizmet eden temel değerlerimizdir. Belirtilen ilkeleri evrensel tanımlarından koparmadan yorumlamak bu korumanın başarı şansını yükseltecektir.

Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Anayasal düzenlemelerin zamanın aşındırıcı etkisine karşı direnebilmesinin ikinci temel unsuru, insan hak ve özgürlüklerinin

teminat altına alınmasıdır. Anayasaların yapılmasındaki asıl amaç da bunu gerçekleştirmektir. Devletin var olmadığı dönemlerde de insanların hak ve özgürlükleri mevcuttu. Bunu korumak için devletin varlığına ihtiyaç duyan toplum, bu kez devlet gücüne karşı da özgürlüğünü teminatlı bir konuma getirmek istemiştir. Bu ihtiyaç, devletin gücünü kullanan yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuk dışına çıkarak bu değerlerin zedelenmesine ya da ortadan kaldırılmasına engel olma düşüncesinden doğmuştur. İnsanın varoluş nedeni olan hak ve özgürlükleri, böylece koruma altına alınmış olmaktadır.

Hak ve özgürlüklerin tarihine bakıldığında büyük çatışmaların, devletin insan haklarına çizdiği sınırlarda cereyan ettiği görülmektedir. Bu çatışmaların yaşanmaması için çağdaş her ülkenin anayasasında var olan hak ve özgürlüklerin ve bunların sınırlandırılma sebeplerinin açık, net, anlaşılır biçimde anayasada düzenlenmesi gerekiyor. Özellikle insan onuru ile doğrudan ilgisi bulunan yaşama hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, dini inanç ve kanaat özgürlüğü ile mülkiyet hakkının sınırları yaşamsal öneme haizdir. Özgürlük ve güvenlik dengesinde bu sınırların netliği ve açıklığı, sorun yaratılmasını önleyici niteliği ile oldukça değerlidir. Devletten korkmama özgürlüğünün teminatı da bu sınırların varlığına bağlıdır.

Anayasa Mahkemeleri

Tarihi süreçte anayasal değerlerin koruyucusu olarak ortaya çıkan, yasama ve yürütmenin yetkilerini anayasal sınırlar içine çekmekle görevli anayasa mahkemeleri geçen yüzyılda ortaya çıkmıştır. Tarihin en kanlı dönemi olarak bilinen 20.Yüzyılda böyle sevindirici bir gelişmenin yaşanması bir teselli sebebidir. İki büyük ve yıkıcı savaşı ardı ardına yaşayan Avrupa’da, anayasal düzenin hakemi ve temel hakların koruyucusu olarak, tarafsız ve bağımsız anayasallık denetimi yapan mahkemelerin ortaya çıkması şüphesiz önemli dönüm noktalarından birisidir.

Dünyada kurulu Anayasa Mahkemelerinin asli ve ortak görevleri ırk, renk, din ve inanç ayrımı yapmadan, herkesin doğuştan varlığına inandığımız “insanlık onurunu” korumak ve gözetmektir. Esasen bu değeri korumak yasama ve yürütme organlarının birinci görevi olup yargı ise son tahlilde ihlali ortadan kaldıran güçtür.

Adil olmak herkes için gereklidir ancak, yargı mensupları için olmazsa olmaz gerekliliktir. Hâkim’in vicdanına emanet edilen insanlık onurunu

ancak adaletle yüceltebiliriz. Bu nedenledir ki, dünyadaki yargı kuruluşları belirtilen amacı gerçekleştirmek üzere güç birliği yapmaktadır. Hak ihlallerinin doğurduğu olumsuzluklar, küreselleşen dünyada sınırları aşarak uluslararası kurumların doğmasını ve ortak bir vicdan denetiminin varlığını zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda, Avrupa'da pek çok uluslararası kuruluşa üye olmamıza rağmen, Asya Anayasa Mahkemeleri Birliğinin de ortak paydamız olan "*insan onurunun*" korunmasına önemli katkılar sağlayacağına olan inancımız nedeniyle bu Kuruma dâhil olduğumuzu hatırlatmak isterim.

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği

İlk fikirlerin 2000'li yıllarda çıktığı Asya Anayasa Mahkemeleri Konferansı, sağlanan ikili işbirliği ortamı ve dayanışma ruhuyla 2010 yılında "*Jakarta Deklarasyonu*" ile Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğine dönüşmüştür. 20-22 Mayıs 2011 tarihlerinde Kore'nin Başkenti Seul'de yapılan Üyeler Kurulu toplantısında ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi anılan Birliğe oybirliği ile üye olarak kabul edilmiştir.

Kore Anayasa Mahkemesinin yürüttüğü başarılı bir başkanlık döneminden sonra, dönem başkanlığı Mahkememize verilmiştir. Her dönem Başkanı, Birliğe ve faaliyetlerine ayrı bir katkı sunmaya çalışmaktadır. Türkiye'nin dönem başkanlığı süresi içinde de, Afganistan Anayasayı Gözlem Bağımsız Komisyonu, Kazakistan Anayasa Konseyi ve Azerbaycan Anayasa Mahkemesi tam üyeliğe, Gürcistan Anayasa Mahkemesi ise gözlemciliğe kabul edilmiştir. Şu an itibariyle, Birlik 14 üyeye ve 15 gözlemciye sahiptir. Birliğin, genç bir oluşum olmasın karşın, üyelerimizin gayretleriyle hızlı yol aldığı söylenebilir.

Türkiye'nin Birliğe sağladığı katkılardan birisi de Anayasa Yargısı Yaz Okulu projesinin geliştirilmesi ve hayata geçirilmesidir. Türkiye'nin moderatörlüğünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde ve 11 üye ülkenin anayasa mahkemelerinin mutfağında çalışan görevlilerin katıldığı Anayasa Yargısı Yaz Okulu 6-13 Ekim 2013 tarihinde Ankara'da gerçekleştirilmiştir. İlk konu olarak Yaz Okulunda "*Eşitlik Prensibi ve Ayrımcılık Yasağı*" ele alınmış ve katılımcılar, kendi ülkelerindeki hukuki düzenlemeleri ve anayasa mahkemesinin içtihatlarını meslektaşlarına anlatmışlardır. Tam bir arkadaşlık ve dostluk ruhu içinde geçen Yaz Okulu hafızalarımıza mutluluk veren bir anı olarak yerini korumaktadır. Masalarınızda duran "*Asya'da Anayasal Adalet*"

isimli kitap bu yaz okulunda sunulan çalışmaların redakte edilmesiyle ortaya çıkmıştır.

AAMB Dönem Başkanlığımızın son faaliyeti de bugün burada hep birlikte katıldığımız AAMB'nin 2. Kongresidir. Bu Kongre'de, İnsan Haklarının ve Sosyal Hakların Anayasa Mahkemeleri Tarafından Korunması, Anayasa Mahkemeleri ile Parlamentolar Arasındaki İlişkiler, Anayasa Yargısında Yorum Metotları ve son olarak, Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin Rolünü konuşacağız. Dünyanın her yerinden gelen katılımcıların bize ulaştıracağı bilgi ve deneyimler için şimdiden teşekkür ediyorum.

Başlangıcı olan her şeyin bir sonu vardır. Birliğin Üyeler Kurulunun alacağı karar gereğince, Dönem Başkanlığını dost ve kardeş bir ülkeye devredeceğiz.

Yakın zamanda Kore'de feribot kazasında hayatını kaybedenler için taziyelerimizi sunuyor, kalplerimizin Kore halkıyla beraber olduğunu ifade ediyoruz.

Asya ve Avrupa kültürlerini birleştiren güzel İstanbul'umuzda, sizleri ağırlamaktan duyduğumuz memnuniyeti ifade ediyor, Kongre'den ülkelerinize güzel hatıralar ve yeni tecrübelerle dönmenizi temenni ediyorum.

Teşekkür Ederim.

Opening Speech of the Second Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions

Haşim Kılıç

The President of the Constitutional Court of the Republic Of Turkey & the Term President of The Association

Honorable Presidents,

Respected Jurists,

Ladies and Gentlemen,

As the Term President of the Association of Asian Constitutional Courts and the President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey, I would like to welcome the members of our Association and all our guests who came to Turkey to share our joy on such a happy day and extend my heartfelt thanks for their participation.

Asia and Her Values

The ancient continent of Asia has always been a source of inspiration throughout its history of thousands years with its cultural diversity, deep-rooted tradition and spiritual values. In addition to abrahamic religions as Islam, Christianity and Judaism, other systems of belief such as Buddhism and Hinduism, which affected the world and people deeply, emerged in Asia. It is these values that make Asia “*the mother of all continents*”.

Constitutions and Their Durability

The tradition of protecting the values is reflected in the constitutions which are texts of compromise involving individual and social values. However, the constitutions are valuable and durable so long as they contain such universal values as the rule of law, democracy and the protection of human

rights as well as national values of their own countries. With your permission I would like to express my views on the durability of the constitutions.

Human Dignity

The constitutions can be durable and long-lasting only if they are built upon two main values. The first one is to place “human dignity” at the very center of the basic dynamics, philosophy and the spirit of the constitution. If this absolute asset is taken as the basis, then it will be a reference for the interpretation of all constitutional principles and for determining the fundamental objectives and duties of the state. Therefore, it will be easier to materialize the concepts of free individuals and democratic state. This commonly shared value of the humanity may solve the legitimacy problem of the constitution and it may also serve as a rich resource for solutions and remedies to address the changes.

The perception of human dignity prevents offering a privileged way of life to certain people. With reference to human dignity, the suggestion that some people are more precious when compared to others is not a valid idea. The dignity of each and every person is of equal value by creation. This equality is not affected by their religion, sect, race or color. This equality may change only throughout the life period that the individuals lead according to their preference of lifestyle. The very first article of the Universal Declaration of Human Rights, which has been distilled through the realities of history and turned into a rule, accepts that “all human beings are born free and equal in dignity and rights” and defines the human dignity as a universal value.

We believe that human dignity is a strong resource. This resource has deeply affected the politics, economy, social life and cultures since the very beginning of mankind’s history. The human dignity, which encompasses the fundamental rights and freedoms as well as the sense of justice, is the highest value protected by all belief systems and civilizations. When the texts of the constitutions around the world are reviewed, we see that the first articles guarantee the protection and safeguard of the human dignity either explicitly or implicitly. The principles for democratic, secular and social state governed by the rule of law, which are the basic characteristics of the Republic under the Constitution of the Republic of Turkey, are our basic values to serve the purpose of glorifying the “human dignity”. The interpretation of these

principles without isolating them off their universal definitions will increase our chance of success in such protection.

Protection of Fundamental Rights and Freedoms

The second basic value to serve the constitutional regulations resist against the abrasive effects of time is the guaranteeing of human rights and freedoms. The main objective in making of the constitutions is to ensure such a guarantee indeed. People used to have rights and freedoms even at the times before the existence of state. The society needed the existence of the state to protect these rights and freedoms and, they wanted to secure their freedom against the state power as well. This need originated from the idea to prevent the legislative, executive and judiciary organs using the state power from injuring or shattering these values by digressing from law. Thus, the rights and freedoms which are the *raison d'être* of the human will be secured.

When we look at the history of rights and freedoms, we see that fierce conflicts broke out on the borders of human rights that are drawn by the state. In order to prevent such conflicts, the rights and freedoms contained in the constitution of every modern state and the conditions for restricting these rights and freedoms should be regulated in explicit, clear and comprehensible way in the constitution. Especially the limits of the right to life, freedom of thought and expression, freedom of conscience and religion and right to property which are directly related to human dignity are of vital importance. The clarity of these limits in balancing the freedoms and security is very important as it has a potential to prevent rise of problems. The guaranty of freedom to hold no fears of state depends on the existence of these limits.

Constitutional Courts

The constitutional courts emerged in the last century as the protector of constitutional values and their function is to confine the powers of the legislative and executive organs within the constitutional limits. It is a source of consolation that such a good development took place in the 20th century which is known to be the bloodiest period of history. Europe experienced two fierce and devastating wars successively and the fact that courts emerged in Europe to carry out independent and impartial constitutionality review as the arbitrator of constitutional order and the protector of fundamental rights is definitely one of the important milestones.

The principal and common mission of all Constitutional Courts around the world is to observe and protect the “*human dignity*” innate to each individual without discriminating his/her race, color, religion and faith. As a matter of fact, it is the primary duty of the legislative and executive bodies to protect this value in the first place; and the judiciary is the power to resolve violations in the final analysis.

Being just and fair is a requirement for everyone but it is a *sine qua non* for the members of the judiciary. Only through justice can we glorify the human dignity entrusted to the conscience of the Judge. That is why the judicial organs of the world cooperate and collaborate to achieve this goal.

The problems caused by violation of rights have exceeded beyond the borders in the globalizing world and such problems called for the emergence of international institutions and existence of a common conscientious control. In this regard, I would like to recall that we have participated to the Association of Asian Constitutional Courts as we have a firm conviction that this Association will make important contributions to our common ground of protecting “*human dignity*”.

The Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions

The first ideas for Association of Asian Constitutional Courts emerged in 2000s and this Association transformed to the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions with the “*Jakarta Declaration*” signed in 2010 in an atmosphere of joint cooperation and spirit of collaboration. The Constitutional Court of the Republic of Turkey was unanimously admitted as a member to the Association during the Board of Members Meeting held in Seoul, the capital city of Korea, in 20 - 22 May 2011.

After a successful presidency period by the Constitutional Court of Korea, the term presidency was entrusted to our Court. Each term president puts a great effort to make a contribution to the Association and its activities. During the term presidency of Turkey, the Afghanistan Independent Commission for Overseeing the Implementation of Constitution, Constitutional Council of Kazakhstan and the Constitutional Court of Azerbaijan was admitted as “*Full Members*” and the Constitutional Court of Georgia became an “*Observing Member*” to the Association. Currently, the Association has 14 Full Members and 15 Observing

Members. Although the Association is a new organization, we can say that it has made a good advancement thanks to the efforts of our members.

One of the contributions that Turkey made to the Association is arranging and organizing of the Summer School on Constitutional Justice. The Summer School on Constitutional Justice was organized on 6-13 October 2013 in Ankara with the participation of those laboring in the constitutional courts of 11 member countries and the European Court of Human Rights. The theme of this first Summer School program was "*Principle of Equality and Prohibition of Discrimination*". The participants presented the legal regulation in their counties and the case-law of their respective courts to their colleagues. This Summer School program which was organized in a complete spirit of friendship and alliance still remains as a pleasing memory in our minds. The books placed on your desks titled "*Constitutional Justice in Asia*" are a product of editorial work on the collection of the works presented during the summer school event.

The final activity organized under our term presidency of the AACC is the 2nd Congress of the Association that we hold here together. During this Congress, we will discuss four main themes which are the Protection of Social Rights by Constitutional Courts, Relations between Constitutional, Supreme Courts and Parliament, Methods of Interpretation in Constitutional Justice and the Role of Constitutional and Supreme Courts in the Protection of Constitutional Order. I would like to extend my thanks in advance to the participants from all around the world for the information and experiences that they will share with us.

Everything that has a beginning comes to an end as well. In accordance with a decision to be adopted by the Boar of Members of the Association, we will hand over the term presidency to another friendly and brotherly country.

I offer my sincere condolences to those who passed away in the ferry accident, and we want to express that we share the sorrow of the Korean Nation.

I would like to express our happiness in hosting you in this beautiful city of Istanbul, a meeting point of Asian and European culture, and I wish that you will return to your countries with beautiful memories and new experiences from this Congress.

Thank you very much.

Uluslararası Kuruluşların Başkan ve Temsilcilerinin Açılış Konuşmaları

Mogoeng Mogoeng

Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili, Güney Afrika Anayasa
Mahkemesi Başkanı

Prof. Dr. Gerhart Holzinger

Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Başkanı, Avusturya Anayasa
Mahkemesi Başkanı

Park Han-Chul

Dünya Anayasa Yargısı 3. Konferansı Ev Sahibi, Kore Anayasa
Mahkemesi Başkanı

Dr. Gianni Buquicchio

Venedik Komisyonu Başkanı

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresi Açılış Konuşması

Mogoeng Mogoeng

*Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili, Güney Afrika Anayasa
Mahkemesi Başkanı*

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Ekselansları Sayın Haşim Kılıç, Venedik Komisyonu Başkanı Sayın Dr. Gianni Buquicchio, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Başkanı Sayın Prof. Dr. Gerhart Holzinger, Kore Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Park Han-Chul, Değerli Kurul Üyeleri, Sayın Meslektaşlarım, Sekreterlik, Seçkin konuklar, Baylar Bayanlar, hepinizi selamlıyorum.

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliğinin şu anki Başkanı da olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Kılıç'a Mahkemenin 52. Yıldönümü ile aynı zamana rastlayan AAMB'nin İkinci Kongresinin düzenlenmesi vesilesiyle bu unutulmaz etkinliğe katılmak üzere Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanı'na iletilmiş davet için teşekkür etmek isterim. Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanı Sayın Prof. T.Holo, kendisi katılamıyor ve benden Afrika Anayasa Yargısı Konferansı adına dostane selamlarını ve destek mesajını hepinize iletmemi istedi.

Sayın Başkan Kılıç'ı ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin tüm hâkimlerini Mahkemenizin 52. Yıldönümü vesilesiyle tebrik etmek isterim. Sayın Başkan Kılıç, sizin önderliğinizde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, hukukun üstünlüğünün gözetilmesi ve Türk halkının temel haklarının korunması yönünde, güç zamanlarda bile, önemli adımlar atmaya devam etmiştir. Kararlarınızla, bir hâkim olarak görevinize dair ettiğiniz yemine azami bağlılık gösterdiniz. Mahkemeniz, Asya'da ve dünyada anayasa yargısının ilerlemesinde hafife alınmaması gereken önemli bir güç ve bir umut ışığı olmuştur.

Kendilerini anayasal demokrasiler gibi gösteren, tedirgin edici bir sayıya ulaşan diktatörlüklerin tespit edilebilir olduğu; birkaç milletin fitne

ve kavgalarının, savaşların ve ihtilallerin bir sonucu olarak uzun süredir barışın yaşanmamış olduğu; genel olarak yozlaşma ve suç oranının önemli derecede yüksek olduğu; bolluk ülkesinde fakirlik ve işsizliğin yaşandığı ve aynı zamanda hesap verme sorumluluğunun, hukukun üstünlüğünün, insan haklarının ve iyi yönetimin rutin olarak, ya açık ya da üstü kapalı bir biçimde ve daha karmaşık bir şekilde zarar gördüğü bir dünyada yaşıyoruz.

Bu muhteşem toplantıda müzakerelerimizi, bu kaygı verici gelişmeleri ya da gidişatı bilhassa dikkate alarak ele almalıyız.

Kamuoyunun ve uluslararası camianın yargıya güveni -ki bu yargının ahlaki otoritesinin önemli bir bileşenidir- Devletin diğer iki kolu (erki) kendi anayasal görevlerini yerine getiremediklerinde bile, anayasal düzenin kalıcılığı için halen umut olup olmadığını büyük ölçüde belirler. Bu, tam olarak şu sebeple böyledir; devletin seçimle iş başına gelmeyen erki olan yargı, bir milletin anayasal vicdanıdır. Bu vicdan da bir hâkimin Yaradan'ı ya da en içteki sesi (ruh hali) ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır.

Elbette ki mahkemeler önüne çıkan her tanık, tüm mahkemeler önünde olmasa bile çoğunda, tanıklığının ciddiye alınması için, söylemek üzere olduğu her ne ise onun doğruluğuna ilişkin Tanrıya yemin etmeli ya da yemin anlamında bir söz sarf etmelidir. Benzer şekilde, bir mahkeme önünde verilen her yeminli ifade, ancak tanık bir yemin ya da yemin anlamında bir söz yoluyla kendi vicdanı ile buluşturulduktan sonra imzalanmalıdır. Bunun önemsiz bir alışkanlık (ritüel) değil ama gerçeği söylemeye yönelik ciddi bir taahhüt olması gerekir, oysaki pek çok tanık halen, yemin anlamındaki sözlerine karşın, külliye yalan söylemektedir.

Yargının bir milletin vicdanı olarak evrensel anlamda kabul görmesini sağlayan bir ahlaki otoritesi vardır. Bunun sonucu olarak, hiçbir Devlet Başkanı, Bakanlar Kurulu Üyesi, Parlamento Başkanı ya da Üyesi, milletin ahlaki otoritesinin taşıyıcıları veya milletin somutlaşmış vicdanı (bir hâkim), kendilerine yemini ettirinceye ya da yemin anlamındaki sözü verdirinceye kadar geçerli şekilde görevi üstlenemez.

Yargı, gerçek bir anayasal demokrasinin teminatı, Devletin yürütme ve parlamento ile eşit düzeydeki bir koludur. Ne yazık ki yıllar içinde yargının rolü, haksız bir şekilde en düşük düzeye indirildi, bununla beraber “*kamu görevlileri*” veya Devletin siyasi kanadı yere göğe sığdırılamadı veya anayasal

demokrasinin gerekleri ile görünürde de olsa bir uyumluluk ihtiyacı ciddi bir sıkıntı olarak sürekli hatırlatıldı ve onun yerine sözde bir meşruiyet yerleştirildi. Yargıyı şekillendiren yüzlerce yıllık muhafazakâr bakış açısından ileri gelen aşırı kısıtlılık, Devletin siyasi kanadındaki bazı görevlilerin yargının saygınlığını, konumunu ve itibarını etkili biçimde kaybetmesine yol açmıştır. Ve bu da halkın yargıya gösterdiği saygıyı etkilemektedir ki bu etki, halkın nazarında yargının otoritesi ve statüsü üzerinde sonuçları doğurmaktadır.

Vakit gelmiştir. Ve şimdi, yargının ulusal, bölgesel, kıtasal ve evrensel düzeyde hak ettiği konumu ve otoritesini yeniden güçlü bir şekilde ifade etmek ve teyit etmek için Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği, Afrika Anayasa Yargısı Konferansı, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı ve Dünya Anayasa Yargısı Konferansı gibi bölgesel, kıtasal ve evrensel yargı yapılarından yararlanma zamanıdır. Mahkeme bütçeleri, mahkeme idaresi, mahkemelerin kuruluşu ve hâkimlerin buralara atanması ile ilgili önemli kararların çoğunun, ulusal, bölgesel, kıtasal ve evrensel düzeyde, tamamen yürütmeye bırakılması doğru olamaz.

Böylelikle biz yükümlülüklerimizi içtihadın ve akademik çabanın rutin ve etkisiz olduğu çalışmaların dışında bunun gibi forumlarda ele almalı, mahkeme sistemini etkileyen günlük sorunlarla yüzleşmeliyiz. Tartışmaları, yargının Devletin siyasi kanadıyla olan ilişkisini ve yargının anayasal düzeni nasıl en iyi şekilde koruyabileceği meselesini kapsayacak şekilde genişleten bu fevkalade Kongreyi düzenleyenlerin vizyonu ve cesaretinden ötürü mutlu oldum.

Eğer endişe, iltimas ya da önyargı olmaksızın, taraflardan veya ilgili şahsiyetlerden ya da kurumlardan birinin ne kadar güçlü ya da etkili olduğuna bakmaksızın, herkese adalet dağıtma yetkinliğimizi zayıflatacak potansiyel sorunları tespit edersek, toplantımızın hakkını vermiş oluruz.

Bu noktada, yargı bağımsızlığına, bireysel olarak hâkimlerin bağımsızlığına ve kurumsal bağımsızlığa; görev süresinin uzunluğu, bu sürenin uzatılması talebi, ücretler, emeklilik maaşı, bütçe tahsisi ve bütçenin kullanımı, bütçe büyüklüğü ve yargının kendi stratejik hedeflerini belirleme ve kendi öncelikler sırasına göre onları gerçekleştirme kapasitesi, yargıda atama süreçleri, bu süreçlerin şeffaflığı ve objektif inandırıcılığı, aynı zamanda hâkimlerin görevden alınmasındaki kolaylık ya da güçlük ve fiziki güvenlik gibi meselelere daha yakından göz atmamız gerekir. Yargının imajı ve prestiji,

gerçek anayasal konumuna getirilmeli ve muhafaza edilmelidir. Ve bunu hiç kimse yapamaz, ancak yargının kendisi yapabilir. Yargı aslında, sınırlı bağımsızlığı olan, yürütme içindeki bakanlıklardan birinin bünyesinde yer alan bir karar mercii olmaktan başka bir şey değilken, anayasal demokrasilerin devletin bir kolu olarak yargının kendi meşru konumundan yararlandığı yönünde yanlış bir izlenim yaratmalarına izin verilmemelidir.

Çok uzun bir süre siyasilerin yargının statüsünü, itibarını, bağımsızlığını ve prestijini korumaları ve tanımaları yönündeki iyi niyetlerine ve yardımlarına güvendik. Bu, en küçük bir olumlu sonuç vermemiştir. Şu yönde çok sayıda işaret bulunmaktadır ki yargı, her nerede gerçekten bağımsızsa ya da gerçek bağımsızlık ve Anayasa'ya bağlılık ve de anayasal düzeni koruma vazifesine bağlılık işaretleri gösteriyorsa, devletin siyasi kanadının kontrolsüz yetki kullanmak isteyen, yargıyı sert bir şekilde serbestçe eleştirmek isteyen fakat kendilerinin asla eleştirilmesini istemeyen bazı mensupları, bu bağlılığa ilişkin hoşgörüsüzlüklerini açıkça gösterirler. Bunlar, tedbirli bir şekilde önlem alınması gereken diktatörce eğilimlerdir. Yargıda görevini iyi yapan herhangi bir başkan, yargı haksızca, acımasızca ve alenen saldırı altında olduğunda, yargıyı itibarına gelecek olası bir zarara karşı korumaya kendini zorunlu hisseder.

AAMB gibi bir forumda, saldırı altındaki kardeş kurumlarımızı desteklemek zorundayız. Her nerede hukukun üstünlüğü ve anayasal düzen tehlikeye atılmaya çalışılıyorsa, sesimizi duyurmaya mecburuz. Ancak bunu yargıya yakışan bir şekilde yapmalıyız. Bizim kurallara uyan kimseler ya da halkçı kimseler değil, anayasal dönüşümün temsilcileri olmamız gerekir. Bakış açımızı ya da kararlarımızı harekete geçiren faktörün asla herhangi bir kişiden gelecek bir alkış ya da onay ve “olumlu” medya ilgisi olmaması gerekir. Kendi milletlerimize ve kıtalarımıza hizmet etmeye samimi olarak bağlı kalmak ve evrensel topluma ne yaptığımızı ve yaptığımız işi gerçekleştirme şeklini anlatmak bizi daima teşvik etmelidir.

Hiçbir erkin bağımsızlığını, bilhassa yargının bağımsızlığını tehlikeye atmadan, devletin üç organının müşterek menfaate ilişkin meseleleri çözüme kavuşturmak üzere etkileşime girmelerine yönelik yolların araştırılması aynı derecede önemlidir. Federal Almanya bunu yapmaktadır ve çeşitli derecelerde de olsa Güney Afrika da bunu başarmaktadır.

Afrika Anayasa Yargısı Konferansı ve Anayasa Mahkemesi ve tüm Güney Afrika Yargısı adına, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesini 52.

Yıldönümü vesilesiyle tebrik ederim. Kendilerine iyi organize edilmiş Kongre, sıcak karşılama ve misafirperverlik dolayısıyla teşekkür eder, AAMB'ye İkinci Kongreye ilişkin müzakerelerde başarılar dilerim. Bu Kongrede alınacak kararların, bireysel ve kurumsal olarak, anayasa yargısını ve yargı bağımsızlığının üstünlüğünü, Asya Kıtasının geri kalanına ve Dünyaya yayma konusunda çok yararlı olacağını umarım.

Teşekkür Ederim.

Opening Speech of the Second Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions

Mogoeng Mogoeng

Vice of the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa(CCJA), The President of the Constitutional Court of South Africa

Your Excellency, President Hasim Kiliç, the President of the Turkish Constitutional Court, Dr. Gianni Buquicchio, the President of the Venice Commission, Prof. Dr. Gerhart Holzinger, the President of the European Conference of Constitutional Courts, Mr. Park Han-Chul, the President of the Constitutional Court of Korea, esteemed Board of Members, honourable Colleagues, the Secretariat, distinguished guests, ladies and gentlemen, I greet you.

I wish to thank the President of the Constitutional Court of Turkey who is also the current President of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACCEI), Mr. Kiliç, for the invitation extended to the President of the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa (CCJA) to participate in this memorable occasion marking the Second Congress of the AACCEI which coincides with the 52nd Anniversary of the Constitutional Court of Turkey. The President of the CCJA, Prof. T.Holo is unable to attend and has asked me to pass his fraternal greetings and message of support to you all, on behalf of the CCJA.

I wish to congratulate President Kiliç and all the Judges of the Constitutional Court of Turkey on the 52nd anniversary of your Court. Under your leadership, President Kiliç, the Constitutional Court of Turkey has continued to make considerable strides, even during difficult times, to enforce the observance of the rule of law and to protect the fundamental rights of the Turkish people. Through your judgments, you have displayed utmost allegiance to the oath of office or the solemn affirmation you took as a Judge. Your Court has become a beacon of hope and a major force to be reckoned with in the advancement of constitutional justice in Asia and the world.

We live in a world where a disturbing number of dictatorships masquerading as constitutional democracies are identifiable, where several nations have not tasted peace in a long time as a result of factional feuds, wars and *coup de tats*, where corruption and crime in general are markedly high, where poverty and unemployment in the land of plenty are rife, as well as where accountability, the rule of law, human rights and good governance are routinely undermined, either overtly or in a subtle and more sophisticated way.

It is with particular regard to these concerning developments or state of affairs that we must approach our deliberations at this august gathering.

Public and international confidence in the Judiciary, which is a critical component of its moral authority, largely determines whether hope for the survival of a constitutional order may still be entertained, even when the other two arms of the State would have failed to carry out their respective constitutional mandates properly. This is precisely because the Judiciary, which is the unelected Branch of government, is the constitutional conscience of a nation. A conscience that is in turn inextricably linked to a Judge's Maker or innermost being.

No wonder, every witness appearing before the courts must, in most if not all jurisdictions, swear to God or make a solemn affirmation in relation to the truthfulness of what they are about to say, before his or her evidence may be considered seriously. Similarly, every affidavit that serves before a court of law must be signed only after the deponent would have been made to connect with his or her conscience through an oath or solemn affirmation. It is not supposed to be an inconsequential ritual, but a serious undertaking to tell the truth, although many still lie through their teeth, this solemn assurance notwithstanding. This principle does not, however, apply to the co-operations of other Branches of government, as a matter of practice.

The Judiciary bears that moral authority that has led to its universal acceptance as the conscience of a nation as a result of which, no Head of State, Cabinet Member, Leader or Member of Parliament may validly assume office until the bearers of the moral authority of the nation or the conscience of the nation personified (a Judge) has administered either the oath or solemn affirmation to them.

The Judiciary is the guarantor of any genuine constitutional democracy and a co-equal arm of the State with the Executive and Parliament. Sadly, their role has over the years been relegated to the low level of either undeserved and yet specially glorified “public servants” or a necessary thorn in the flesh of the political arms of the State or a serious inconvenience, necessary to create a semblance of compliance with the requirements of a constitutional democracy, that must often be reminded of and put in its so-called rightful place. The extreme restraint that flows from the centuries-old conservative outlook that has characterised the Judiciary has allowed some functionaries in the political arms of the State to effectively lower the respect, standing and dignity of the Judiciary. And this affects the respect that the public accords the Judiciary, which in turn extends to the authority of the Judiciary and their standing, before the eyes of the public.

The time has come. And now is the time, to use regional, continental and global judicial structures like the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa, Conference of European Constitutional Courts and the World Conference on Constitutional Justice, to reaffirm and assert the rightful place and authority of the Judiciary at a national, regional, continental and global stage. It cannot be correct that most of the major decisions relating to court budgets, court administration, the creation of tribunals or courts and the appointment of Judges to them, at a national, regional, continental and world stage, are left entirely to the Executive.

We thus have to take our engagement at a forum like this far beyond the apparently harmless and routine over-indulgence in the niceties of sheer intellectual and jurisprudential cross-fertilization, important as they are, and confront the daily challenges that affect the court system. I am gratified by the vision and boldness of the organisers of this magnificent Congress who have extended our deliberations to the Judiciary’s relationship and engagement with political arms of the State and to how best the Judiciary can protect the constitutional order.

We would do more justice to our meeting if we were to identify challenges that have great potential to undermine our capacity to dispense justice to all without fear, favour or prejudice, irrespective of how powerful or influential one of the parties or interested personalities or institutions might be.

At some stage we need to take a closer look at judicial independence, individual Judge and institutional independence. Issues like the length of the term of office, the desirability or otherwise of its renewability, remuneration packages, retirement benefits, budget allocation, the determination of its size and its deployment, the Judiciary's power to set its own strategic objectives and actualize them according to its own order of priorities, judicial appointment processes, their transparency and objective credibility as well as the ease or difficulty with which Judges can be removed from office and the physical security. The image and prestige of the Judiciary must be restored to its rightful constitutional space and be preserved. And nobody but the Judiciary itself can do that. Constitutional democracies must not be allowed to create the false impression that the Judiciary enjoys its rightful place as an arm of the State when in reality they are nothing short of a group of decision-makers located within one of the Ministries of the Executive, with limited independence.

We have depended on the goodwill and benevolence of our political counterparts to recognize and protect the status, dignity, independence, and prestige of the Judiciary for far too long. It has not borne minimal fruit. Signs abound, that wherever the Judiciary is truly independent or is manifesting signs of genuine independence and allegiance to the Constitution and commitment to the duty to protect the constitutional order, open intolerance of this oath-borne commitment are manifested by some members of the political arms of the State who want to enjoy unfettered power, and who seem to want to freely criticise the Judiciary harshly but never themselves to be criticised. Those are dictatorial tendencies to be vigilantly guarded against. Any head of the Judiciary worth his or her salt is duty-bound to protect the potential reputational damage of the Judiciary when unfairly, severely and publicly attacked

In a forum like the AACCEI, we need to rally around our sister institutions who are under attack. We need to have our voices heard wherever the rule of law and the constitutional order is sought to be compromised, but in a manner that behoves the Judiciary. We are meant to be constitutional transformation agents and not conformists or populists. It should never be "positive" media coverage, an applause or approval from anybody that inform or motivate our outlook or decisions. We must always be fuelled by our unadulterated commitment to serve our respective nations and continents and by extension the global community to what we do, the way we do it.

It is equally important that ways be explored for the three arms of the State to interact to thrash out matters of common interest, behind closed doors, without compromising the independence of any, especially the Judiciary. Germany does it and so does South Africa albeit to varying degrees.

On behalf of the CCJA and on behalf of the Constitutional Court and the entire Judiciary of South Africa, I again congratulate the Constitutional Court of Turkey on its 52nd Anniversary. I thank them for a well-organised Congress, for the warm reception and hospitality and wish the AACCEI success in the deliberations of the Second Congress. I hope that the resolutions to be taken in this Congress will go a long way in spreading constitutional justice and the paramountcy of judicial independence, individual and institutional, to the rest of the Asian Continent and the World.

I Thank You.

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresi Açılış Konuşması

Prof. Dr. Gerhart Holzinger

*Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Başkanı, Avusturya Anayasa
Mahkemesi Başkanı*

Sayın Başkan,

Baylar, Bayanlar,

Sayın Meslektaşlarım,

Başta Sayın Başkan *Haşim Kılıç* olmak üzere Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliğinin 2. Kongresine katılmaya beni davet ettikleri için en içten şekilde teşekkür etmek isterim.

Avusturya Anayasa Mahkemesinin halen başkanlığını yürüttüğü Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansını, tüm dünyada anayasa yargısı için oldukça önemli olan bu etkinlikte temsil etmek benim için büyük bir keyif ve onurdur.

Bugün buraya gelmiş olan herkesi birleştiren şey, ilk olarak yasama, yürütme ve aynı zamanda yargıya ilişkin tüm devlet faaliyetinin anayasaya bağlı ve anayasaya uygun olmak zorunda olduğu ve ikinci olarak, bir anayasa mahkemesinin anayasanın gözetilmesini güvence altına aldığı anlayışına, yani anayasa yargısı fikrine olan bağlılığımızdır. Böylece, anayasa yargısı fikrini oluşturan *Hans Kelsen*'in çalışmalarında ifade ettiği üzere, anayasa yargısı “*anayasanın gerçek koruyucusudur.*” Bu kavramın demokrasiye ve hukukun üstünlüğüne ilişkin büyük önemi aşağıdaki gibi tanımlanabilir: “*Anayasa’ya aykırı kanunları iptal etme yetkisi olan bir anayasa mahkemesini tesis etmeyen bir Anayasa, parlamayan bir ışıktır.*”

Devlet faaliyetinin anayasallığını temin ederek ve özellikle bireylerin temel haklarını koruyarak, anayasa yargısı esasen hem hukukun üstünlüğünü

muhafaza etmeye hem de demokrasiyi istikrara kavuşturmaya ve neticede bir bütün olarak siyasi sisteme katkıda bulunur.

Bizim açımızdan, yani Anayasa Mahkemeleri Başkanları ve Üyeleri açısından bu gerçek, hukukun üstünlüğünün ve ülkelerimizdeki demokrasinin korunması için üst düzeyde bir sorumluluk teşkil eder. Bu, yargı görevlerimizi yerine getirirken daima bilincinde olmamız gereken bir sorumluluktur.

Bu sorumluluk, yargıya ilişkin belirli bir değerler ve inançlar sistemini, yani mümkün olan en yüksek mesleki yeterlilik, anayasanın uygulanmasına aşırı bağlılık, siyasi, sosyal ya da şahsi menfaatlere sürekli uzaklık ve tarafsızca karar verme yönünde daimi isteklilik ile beslenen bir zihinsel tutumu gerekli kılar.

Ancak biz, her birimiz kendi başına, sürekli olarak bu amaçlara yönelik çaba gösterirsek, parçası olduğumuz anayasa mahkemeleri, devletin ve toplumun menfaatine kendilerine verilen görevlerin, ne kadar çok sayıda ve ne kadar zor olabilseler de, üstesinden gelme durumunda olacaktır. Ancak böyle bir tutum, bir anayasa mahkemesinin çalışması için gerekli olan kamu güvenini kazanmasına izin verecektir. Gerçekten, bir anayasa mahkemesinin kendi görevini dış faktörlerce yönlendirilmeksizin, doğru ve etkilerden uzak şekilde yerine getirdiği konusunda ülkedeki insanların güveninden emin olması sahip olduğu en değerli servettir. Siyasi olarak ya da sosyal olarak zor zamanlarda, mahkeme hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi güvence altına almaya katkıda bulunurken bu gerçeğe dayanabilir.

Sayın Başkan,

Baylar Bayanlar,

Sayın Meslektaşlarım,

Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Başkanı sıfatı ile bazı açıklamalarda bulunmak için de bu fırsattan istifade etmek isterim.

Geçen on yıllık süre zarflarında uluslararası gelişmelerin bir sonucu olarak, anayasa mahkemeleri arasındaki tecrübe ve görüş alışverişi, gerek bölgesel düzeyde gerekse evrensel düzeyde, giderek önem kazanmaktadır.

Böylece, Avrupa Anayasa Mahkemeleri, Eylül 2011'de Dünya Anayasa Yargısı Konferansının kurulmasına sıcak bakmıştır. Bu süre zarfında, çoğu

Asya ve Avrupa'dan olmak üzere 86 Anayasa Mahkemesinin bu birliğe katılmış olmasından dolayı memnuniyet duymaktayım.

En önemlisi, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliğinin kurulmasına bilhassa sıcak bakıyoruz. Bu Birlik özellikle ilginçtir, çünkü bize Asya Anayasa Mahkemeleri ile çok taraflı bir düzeyde karşılaşma fırsatı da vermektedir. Böylece, Asya ve Avrupa'daki Anayasa Mahkemeleri arasında önceden var olan zengin ikili ilişkilerin kapsamı değerli bir şekilde genişletilebilir.

Eylül 2012'de Seul'de AAMB'nin açılış kongresine katıldığımı hatırlamak hoşuma gider. Dünya Anayasa Yargısı Konferansı penceresinden bakınca, AAMB'nin hatırı sayılır sayıda üye mahkeme ve muadil kurumla beraber, o zamandan bu yana çok umut verici bir şekilde gelişmiş olduğunu fark etmekten memnuniyet duymaktayım.

Anayasa mahkemelerinin, evrensel ya da bölgesel düzeyde, çok taraflı birliklerinin temel görevi, üye mahkemeler arasında bilgi alışverişini teşvik etmek, anayasa hukuku ve anayasa yargısı meselelerine ilişkin görüş alışverişini desteklemektir. Ayrıca, bu tür birliklerin demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olarak anayasa mahkemelerinin bağımsızlığını güçlendirmeyi ve muhafaza etmeyi savunmaları önemlidir. Şunu asla unutmamalıyız ki anayasa yargısına ilişkin görevleri hem uygun hem de etkili şekilde yerine getirmek, diğer devlet organları ile özellikle de hükümet ya da parlamento ile gerilimlere yol açabilir. Böylelikle, birliklerimizin bir diğer önemli amacı, üye mahkemelerin bağımsızlığı ne zaman siyasi gelişmelerle tehdit altında olsa, anayasa mahkemeleri arasındaki dayanışmayı güçlendirmektir.

Sayın Başkan,

Baylar Bayanlar,

Sayın Meslektaşlarım,

Anayasa yargısı fikrini geliştirdiğiniz ve aynı zamanda bunu tüm Asya'ya yaydığınız için her şeyin gönlünüzce olmasını dilerim.

Birkaç gün içinde, 12 ila 14 Mayıs 2014 tarihleri arasında, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansının 16. Kongresi Viyana'da gerçekleşecektir.

Bazı Asya Anayasa Mahkemeleri temsilcilerinin bu Kongrede yer alacak olmasından dolayı memnuniyet duyarım.

Son olarak, Sayın Başkan size ve AAMB 2. Kongresini düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine ve ayrıca Asya Anayasa Mahkemelerinden gelen Sayın meslektaşlarım hepinize, bu konferansın her açıdan başarılı olması yönünde en iyi dileklerimi sunarım.

Teşekkür Ederim.

Opening Speech of the Second Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions

Prof. Dr. Gerhart Holzinger

The President of the Conference of European Constitutional Courts, President of the Constitutional Court of the Republic of Austria

Mr. President,

Ladies and Gentlemen,

Dear Colleagues,

I would like to thank the Constitutional Court of the Republic of Turkey – and in particular President *Haşim Kiliç* – very cordially for inviting me to participate in the 2nd Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions.

It is a great pleasure and honour for me to represent at this event, which is highly significant for constitutional justice throughout the world, the Conference of European Constitutional Courts, which the Austrian Constitutional Court is currently chairing.

What unites us all who have come here today is our commitment to the idea of constitutional justice. I.e., to the concept that, firstly, all state action – with regard to legislation, government and executive as well as jurisdiction – must be based on the constitution and be in accordance with the constitution, and that, secondly, a special constitutional court guarantees the observance of the constitution. Therefore, constitutional justice is the “*true guardian of the constitution*”, as *Hans Kelsen*, who established the idea of constitutional justice, put it in his works. The overwhelming significance of this concept with respect to democracy and the rule of law may be described as follows: “*A Constitution which would not establish a constitutional court with the power to annul unconstitutional acts is a light which does not shine.*”

By guaranteeing the constitutionality of state action and, in particular, by protecting the individuals' fundamental rights, constitutional justice contributes essentially both to maintaining the rule of law and to stabilizing democracy and, consequently, the political system as a whole.

For us, the Presidents and members of constitutional courts, this fact entails a high degree of responsibility for the protection of the rule of law and of democracy in our countries. It is a responsibility we always need to be aware of when exercising our judicial functions.

This responsibility requires a particular judicial ethos! I.e., a mental attitude borne by the highest possible professional qualification, by a passionate commitment to the enforcement of the constitution, by an invariable distance from political, social or personal interests, and by the intransigent willingness to decide unbiasedly.

Only if we, each of us on his or her own, incessantly strive towards these goals, the constitutional courts which we are part of will be in a position to cope with the tasks assigned to them for the benefit of state and society, no matter how numerous or how difficult these tasks may be. Only such an attitude will allow a constitutional court to gain public confidence which is essential for its work. Indeed, it is the most valuable asset of every constitutional court to be sure of the confidence of the people living in a country in the correct and unaffected way of accomplishment of its tasks, unswayable by external factors. In politically or socially difficult times, the court can rely on it when making its contribution to guaranteeing the rule of law and democracy.

Mr. President,

Ladies and Gentlemen,

Dear Colleagues,

I would like to take this opportunity to make some specific remarks in my capacity as the Chairman of the Conference of European Constitutional Courts.

As a consequence of the international development of the past decades, the exchange of experience and opinions between constitutional courts is becoming increasingly important, at the regional level as well as at the global level.

Therefore, the European constitutional courts have welcomed the establishment of the World Conference of Constitutional Justice in September 2011. I am delighted in the fact that in the meantime 86 Constitutional Courts have already joined this association, among them many Courts from Asia and Europe.

Above all, we especially welcome the establishment of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions. This association is particularly interesting because it gives us the opportunity to encounter Asian constitutional courts at a multilateral level, too. Thus, the rich bilateral contacts already existing between constitutional courts in Asia and Europe, can be extended in a valuable way.

I still like to remember taking part in the inaugural congress of the AACC in Seoul in September 2012. From the point of view of the CECC, I am glad to notice that the AACC has developed in a very promising manner since then, with a considerable number of member courts and equivalent bodies.

The primary function of multilateral associations of constitutional courts, at a global or at a regional level, is to encourage the exchange of information between its member courts, and to support the exchange of opinions on issues of constitutional law and constitutional justice. Furthermore, it is important that such associations stand up for maintaining and strengthening the independence of constitutional courts as a key element of democracy and the rule of law. We always have to bear in mind that, performing the functions of constitutional justice both properly and effectively may give rise to tensions with other state organs, especially government or parliament. Therefore, another important aim of our associations is to strengthen the solidarity between constitutional courts whenever the independence of member courts is threatened by political developments.

Mr. President,

Ladies and Gentlemen,

Dear Colleagues,

I would therefore like to wish you all the best for developing the idea of constitutional justice as well as for spreading it throughout Asia.

In a few days, from 12 to 14 May 2014, the 16th Congress of the Conference of European Constitutional Courts will take place in Vienna. I am pleased that representatives of several Asian constitutional courts will take part in that congress.

Finally, I wish you, Mr. President, and the Constitutional Court of the Republic of Turkey as the organiser of the 2nd Congress of the AACC, as well as all of you, dear colleagues from Asian constitutional courts, the very best for a successful conference in each and every respect.

Thank you.

Asya'da Barış ve İnsan Haklarının Korunmasına Yönelik Uluslararası İşbirliği

Park Han-Chul

*Dünya Anayasa Yargısı 3. Konferansı Ev Sahibi,
Kore Anayasa Mahkemesi Başkanı*

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ve AAMB'nin Sayın Başkanı,

Sayın Başkanlar,

Oturum Başkanları,

Seçkin temsilciler,

Mayıs 2012'de Seul'da yapılan Açılış Kongresi'nden sonra Türkiye'de AAMB'nin 2. Kongresine katılmak üzere sizinle tekrar bir araya gelmek benim için büyük bir keyiftir.

İki yıl önce, ilk Kongre'de Asya'da insan hak ve özgürlüklerinin, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün geliştirilmesine yönelik birlikte çalışmayı; Asya bölgesinde zamanın ruhuna, tarih ve kültüre uyacak biçimde anayasal yorum için bir standart ve anayasa yargısı için yeni bir sistem bulma konusunda işbirliği yapmayı; ve herkes için mutluluğu ve insan onurunu temin etme yönünde her çabayı göstermeyi taahhüt ettiğimiz Seul Deklarasyonu kabul edilmiştir.

Bugüne dek, Asya'daki Anayasa Mahkemeleri ve anayasa yargısını uygulayan diğer tüm kurumlar, AAMB çerçevesinde anayasa hukuku ve anayasa yargısına ilişkin bilgi alışverişinde bulunmuş, tecrübe ve bilgilerini paylaşmışlardır. Şimdi, mevcut kazanımların üzerine eklemeye ve Asya halkının hak ve özgürlüklerinin, hukukun üstünlüğünün ve demokrasinin gelişmesini sağlamaya yönelik yeni ve yaratıcı bir çare aramanın zamanı gelmiştir. İnanıyorum ki bu amaçla kalıcı bağları ve işbirliğini güçlendirmek için bir yol bulma zamanıdır.

Dünya İnsan Hakları Konferansını takiben 25 Haziran 1993 tarihinde kabul edilmiş olan Viyana Bildirgesi ile insan haklarının evrensel olarak saygı görmesi, bu tür değerleri desteklemek için etkili uluslararası araçlar geliştirme ya da birlikte hareket etme ihtiyacı ve de insan haklarını geliştirme ve korumaya yönelik uluslararası sistemler kurma gereği beyan edilmiştir.

İkinci Dünya Savaşında ciddi insan hakları ihlalleri yaşandığından, dünya, insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasının ulusal düzeyde korunması kadar önemli olduğu gerçeğini kabullenmiştir.

Hakları ihlal edilmiş kimseler için hukuk yollarının bulunması gerekir. Aksi takdirde, insan hakları, herhangi bir normatif güç olmaksızın, yalnızca ders kitaplarında kalır.

Ancak, ulusal bir anayasa mahkemesinin ya da muadil bir kurumun dar kapsamlı yetkisi dikkate alındığında, bu mahkeme ya da kurumun vereceği karar sadece sınırlı bir rol oynayabilir. Ve bu durumda, uluslararası ortaklık devreye girer. Ulusal sınırların, özellikle insanlığa karşı suçlar gibi insan haklarının evrensel olarak saygı görmesini ilgilendiren meselelerde engel teşkil etmemesi gerekir. Bunlar hep birlikte paylaşmak zorunda olduğumuz evrensel meselelerdir.

Evrensel boyutta insan haklarına yönelik saygının daha da arttığını ileri sürmek, insanlığa karşı insan hakları ihlallerinin kontrol altına alındığını ve mağdurlara bölgesel düzeyde hukuk yollarına erişimin sağlandığını iddia edebilmek için, Asya'daki Anayasa Mahkemeleri ve muadil kurumlar, uluslararası işbirliğini güçlendirmek zorundadırlar. Sürekli diyalog halinde, ancak Asya'daki insan hakları tablosunu bir ileri düzeye getirebileceğimiz ve insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne ilişkin ortak bir anlayış geliştirebileceğiz. Bu şekilde, tüm Asyalılar için daha iyi bir hayat temin edebiliriz.

Aslında, 1959'da kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin başarıları, insan haklarını korumada bölgesel işbirliğinin gücünün iyi göstergesidir. Uluslararası düzeyde insan haklarının korunmasının daha etkili olduğu ortaya çıkmıştır.

Diğer kilit bölgelerde, Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi gibi birtakım aktif bölgesel sistemler şimdiden bulunmaktadır.

İçinde yaşadığımız Asya, en faal sınai üretimi olan, en büyük ve nüfusu en fazla olan kıtadır ve Asya'nın 2020'ye kadar Avrupa Birliğinden daha büyük bir pazara dönüşmesi beklenmektedir. Bölge içi ticaret ve yatırım da, Asya ekonomilerini daha yakın olarak birbirlerine bağlı kılacak şekilde büyümektedir.

Asya'nın bu statüsü ve büyüme potansiyeli dikkate alındığında, inanıyorum ki bölge içerisinde insan haklarını daha fazla korumak için anayasa mahkemeleri ve muadil kurumlar arasındaki bu önemli işbirliğini güçlendirmemiz gerekir.

Bu yüzden, AAMB üyeleri arasında daimi bir iletişim kanalı kurmamızı öneririm. Umuyorum ki, bu şekilde, Kongreler arasında bile her ülkenin önemli kararlarını ve insan haklarına ve anayasalara yönelik yeni, önemli fikirleri paylaşabiliriz.

Birliğin üyeleri, benzer davaları ya da meseleleri ele elmaya ilişkin tecrübelerini paylaşabilir ve birbirlerine önemli yardım sağlayarak, bilgilerini bir araya getirebilirler. İnsan hakları hukukunun ve anayasa hukukunun gelişmesi konusunda aktif şekilde müzakereyi teşvik etmek üzere üye ülkelerin içtihatlarını ya da başka bir faydalı bilgiyi internet sitemizde erişilir kılabiliriz.

İnanıyorum ki insan haklarının korunması için böyle bir bölgesel işbirliği, insan haklarının etkili biçimde korunması yoluyla Asyalılar için daha iyi bir geleceğin temelini atacak ve hukukun üstünlüğünün gelişmesini sağlayacaktır.

Bu işbirliği şekli, bölgesel özellikleri yansıtmalıdır ve BM İnsan Hakları Komisyonu ya da BM Mülteciler Yüksek Komiserliği gibi evrensel insan hakları sistemlerini tamamlayabilmelidir.

Çok iyi bildiğiniz üzere, Müslümanlık, Konfüçyüsçülük, Budizm, Hinduizm ve Hristiyanlık gibi pek çok farklı din Asya'da bir arada var olmaktadır ve tarihi, kültürel deneyim veya ekonomik, siyasi kalkınma düzeyi, Asya'da ülkeden ülkeye çok değişiklik göstermektedir.

Asya'nın büyük bir kıta olmasına ve diğer bölgelere kıyasla pek çok heterojen parçanın bir toplamı olarak görülebilmesine rağmen, ben bunun sadece göreceli bir konu olduğunu düşünüyorum. Bölge içerisindeki ekonomik bağımsızlık artmakta ve bölgedeki ülkeler arasında

sosyal, kültürel alışverişler nicelikte ve nitelikte önemli ölçüde gelişme göstermektedir.

Ayrıca, Asya ülkeleri arasında halkların ihlal edilemez haklarının korunması gerektiği yönünde evrensel bir görüş birliği vardır. Eğer Asya ülkeleri bölgesel düzeyde insan haklarının korunması ihtiyacına ilişkin mutabakata varabilir ve bu amaçla somut bir eylem planı üzerinde anlaşabilirlerse, Asya toplumunun heterojen yönlerinin büyük bir sorun teşkil etmeyeceğini düşünüyorum.

Zamanı gelince, Asyalıların hak ve özgürlüklerini geliştirmek üzere Anayasa Mahkemeleri ve muadil kurumlar arasında kalıcı işbirliğinin ve bağların kurulmasından sonra, başka bölgelerde var olan bölgesel insan hakları sistemlerine ilişkin uluslararası çalışmalara ve müzakerelere başlayabiliriz.

Başlangıçta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi düzeyinde bir kurum kuramayabiliriz. Ne var ki, ortak zeminlere dayalı bir anlaşmaya varmak ve farklılıkların neler olduğunu tespit etmek üzere uluslararası seminerler ya da çalıştaylar düzenlemekle başlayabiliriz.

Öncelikle insan haklarının korunması açısından her Asya ülkesinin hangi alanlar üzerinde mutabık kaldığını gözden geçirebilir ve daha sonra, insan haklarının kapsamına ve aynı zamanda insan haklarını korumak üzere tasarlanmış pek çok farklı sisteme ilişkin müzakeremizi giderek geliştirebiliriz. Bu şekilde, bireyler ve toplum arasındaki uyum ile ilgili Asya değerlerinden ödün vermek zorunda kalmadan insan haklarının evrensel değerlerle tutarlı şekilde korunmasını temin edecek bir yol bulabiliriz.

Bu bağlamda, kendi ülkelerinde demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını korumuş olan Anayasa Mahkemelerinin ve muadil kurumların üyeleri olarak bu sürece katılımın zaruri olduğunu düşünüyorum. Gerçekten, AAMB üyeleri Asya'da hukukun üstünlüğünün tesisinde ve demokrasinin, insan haklarının korunmasının gelişmesinde önemli bir rol oynamışlardır.

AAMB, şu anda, sadece Kuzeydoğu Asya ve Güneydoğu Asya'yı değil, aynı zamanda Güneybatı Asya ve Orta Asya'daki büyük ülkeleri de kapsamaktadır. Bu sebeple, bu Birliğin Asya'da insan haklarının korunması için uluslararası işbirliğini teşvik etmede büyük bir rol oynaması gerekir.

Güneydoğu Asya Milletler Birliği (ASEAN), ASEAN Hükümetler arası İnsan Hakları Komisyonu'nun (AHIHK) kuruluşunun temelini atmış ve

Komisyon'un usul ve esasları Temmuz 2009'da kabul edilmiştir. Komisyon'un Asya bölgesinde daha etkili bir insan hakları sistemi oluşturmada önemli bir rol oynamasını bekliyoruz.

Gerek AAMB'nin gerekse AHİHK'nın üyeleri olan Tayland, Endonezya, Malezya ve Filipinler önemli bir rol oynayabilirler. Ve Türkiye ve Rusya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ilişkin tecrübelerini ve kazanımlarını paylaşabilirler.

İyi bilinen bir görüş vardır: *"Başlamak bitirmenin yarısıdır."* Eğer biz AAMB'de Asya bölgesinde insan haklarını korumaya yönelik çalışmalar ve sıkı işbirliği yapmaya yönelik bir forum düzenlersek, tüm Asyalıların temel hakları daha tam olarak güvence altına alınabilir.

Ayrıca, Asya'da insan haklarının korunmasını hedefleyen uluslararası işbirliğinin bu şekilde güçlendirilmesi bölgesel barışı sağlayabilir. Geçen yüzyılda, pek çok Asya ülkesi savaşlar ve ciddi insan hakları ihlalleri yaşadı. Bu kötü talihin altında yatan asıl sebeplerden biri, insan onuru ve haklarının ihmali oldu.

Asyalıların insan haklarını korumaya yönelik yapılan uluslararası işbirliği ve dayanışmanın geçmiş tecrübelerimizden ders almada dönüm noktası olacağını düşünüyorum. İnsan hakları ihlaline ilişkin geçmiş trajedileri tekrarlamamalıyız. Avrupa deneyiminden, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin faaliyetlerinin Avrupa'ya birliği getirdiğini ve Avrupa bölgesinde barışı güçlendirdiğini öğrendik.

AAMB'nin bu 2. Kongresinin tarihte tam bir yeni sayfa açan değişim için önemli bir ivme olarak kaydedilmesini dilerim.

Umarım ki Kore Anayasa Mahkemesi, Asya'da yer alan Anayasa Mahkemeleri arasındaki işbirliğinin teşvik edilmesi ve evrensel anlamda insan haklarına yönelik saygının yeniden tasdik edilmesi ve ayrıca Asyalıların insan haklarının korunmasına yönelik çalışmaların ve müzakerelerin geliştirilmesi hususunda önemli bir rol oynayabilir.

Güzelliği ve tarihi ile ünlü bir şehir olan İstanbul'da bu harika etkinliğe başarılı şekilde ev sahipliği yaptığı için Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine en derin minnetimi ifade etmek isterim.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

International Cooperation for Human Rights Protection And Peace in Asia

Park Han-Chul

*Chair of the World Conference on Constitutional Justice, President of the
Constitutional Court of Korea*

Mr. President of the Turkish Constitutional Court and the AACC,

Honorable Presidents,

Chief Justices, Chairpersons,

Distinguished delegates,

It is my great pleasure that we have met again since the Inaugural Congress in Seoul, in May 2012 to attend this 2nd Congress of the AACC in Turkey.

Two years ago, the first Congress adopted the Seoul Declaration, where we pledged to work together toward the advancement of democracy, rule of law, and the promotion of human rights and freedom in Asia; to cooperate in exploring a new system for constitutional justice and a standard for constitutional interpretation that accord with the history, culture, spirit of the times in the Asian region; and to make every effort to ensure human dignity and happiness for all.

To date, the constitutional courts and other forms of institutions exercising constitutional jurisdiction in Asia have been sharing their experience and wisdom and exchanging information on constitutional law and constitutional justice within the framework of the AACC. Now, it is time that we seek a new and creative way to build on the existing achievements and further the advancement of democracy, rule of law, and freedom and rights of the Asian people. I believe that it is about time that we explore a way to strengthen permanent ties and cooperation for that purpose.

The Vienna Declaration adopted on June 25, 1993 following the World Conference on Human Rights states on the universal respect for human rights and the need for taking joint action or developing effective international instruments for upholding such values, and the need to establish international systems to promote and protect human rights.

Having experienced serious human rights violations during the Second World War, the world has come to terms with the fact that the protection of human rights at the international level is as much important as that at the national level.

Judicial remedies should be available to those who have had their rights violated. Otherwise, human rights would exist only in textbooks, without any normative force.

Yet, the judgment of a national constitutional court or an equivalent institution can only play a limited role, given the limited scope of its jurisdiction. And this is where international partnership comes into play. National borders should not serve as obstacles, particularly in issues involving universal respect for human rights, such as crimes against humanity. These are universal matters we have to share in common.

In order to affirm the enhancement of universal respect for human rights and make sure that human rights violations against humanity are restrained and victims are given access to legal remedies at the regional level, the constitutional courts and equivalent institutions in Asia have to strengthen international cooperation. By engaging in constant dialogues, we will be able to take the human rights situation in Asia to the next level and expand common understanding on human rights, democracy, and the rule of law. This way, we can guarantee a better life for all Asians.

In fact, the achievements of the European Court of Human Rights established in 1959 are a good testament to the power of regional cooperation in protecting human rights. The protection of human rights at the international level has proved to be more effective.

In other key regions, there are already a number of active regional systems, such as the Inter-American Court of Human Rights and the African Court on Human and Peoples' Rights.

Asia, in which we live, is the largest and most populous continent with the most active industrial output, and by 2020, it is expected to turn into a huge market, larger than the European Union. The intra-regional trade and investment are also growing, making Asian economies more closely inter-connected.

Given such status and growth potential of Asia, I believe we should strengthen substantial cooperation between constitutional courts and equivalent institutions even further to protect human rights within the region.

So I propose that we establish a permanent channel for communication among the AACC's members. I hope that, this way, we could share each country's important rulings and new, important ideas for human rights and constitutions, even in between Congresses.

The members of the Association could share their experience of handling similar cases or issues and bring together their wisdom, providing substantial assistance to each other. We could also make the members' case laws or other useful information available on the website to promote active debate on the development of human rights law and constitutional law.

I believe that such regional cooperation for human rights protection will enable the advancement of the rule of law and lay the foundation for a better future for Asians through effective human rights protection.

This form of cooperation should reflect the regional characteristics, and it can complement the universal human rights systems, such as the UN Human Rights Commission or UN High Commissioner for Refugees.

As you are well aware, many different religions such as Muslim, Confucianism, Buddhism, Hinduism and Christianity coexist in Asia, and the historical, cultural experience or level of economic, political development vary greatly from country to country in Asia.

Although it is true that Asia is a huge continent and may appear to be a sum of many heterogeneous parts compared to other regions, I think this is just a relative matter. The economic interdependence within the region is growing, and the social, cultural exchanges between countries in the region are dramatically increasing in size and quality.

Also, there exists a universal consensus among Asian countries that people's inviolable rights should be protected. If Asian countries can reach a shared understanding on the need for human rights protection at the

regional level and agree on a concrete plan of action to that end, I think the heterogeneous aspects of the Asian society will not serve as a big problem.

In due time, we could begin international studies and discussions on regional human rights systems that exist in other regions, upon the foundation of permanent cooperation and ties between constitutional courts and equivalent institutions to promote freedom and rights of Asians.

We may not be able to launch an institution that matches the level of the European Court of Human Rights from the beginning. We can start, however, by holding international seminars or workshops to reach an agreement based on common grounds and identify what the differences are.

We can first look into what areas each Asian country can agree on in terms of human rights protection, and then gradually broaden our discussion on the scope of human rights as well as on many different systems designed to protect human rights. In this way, we may come up with a way to provide human rights protection consistent with universal values without having to sacrifice the Asian values of harmony between individuals and society.

In this context, I think it is imperative to participate in the process as members of constitutional courts and equivalent institutions that have protected democracy, rule of law, and human rights in their own countries. Indeed, the members of the AACC have played a crucial role in the advancement of democracy, protection of human rights, and the establishment of the rule of law in Asia.

The AACC, at present, involves not just Northeast Asia and Southeast Asia, but also the major countries in Southwest Asia and Middle Asia. For this reason, this Association should play a huge role in promoting international cooperation for the protection of human rights in Asia.

In the Association of Southeast Asian Nations, or ASEAN, there are the Terms of Reference on human rights adopted in July 2009, which has laid the foundation for the establishment of the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights (AICHR). We expect the Commission to play an important role in creating a more effective human rights system in the Asian region.

Thailand, Indonesia, Malaysia and the Philippines, which are members of both the AACC and the AICHR, could play a key role. And Turkey and

Russia may share their experience and achievements of the European Court of Human Rights.

There is a well-known dictum: “Well begun is half done.” If we at the AACC arrange a forum for substantive cooperation and studies to protect human rights in the Asian region, fundamental rights of all Asians could be guaranteed more thoroughly.

Furthermore, such strengthening of international cooperation aimed at human rights protection in Asia can ensure regional peace. In the last century, many Asian countries experienced wars and serious human rights violations. One of the main reasons for this misfortune lied in the neglect of human dignity and rights.

I think international cooperation and solidarity to protect human rights of Asians will be a turning point in learning lessons from our past experiences. We should not repeat the past tragedies of human rights violation. We have learned from the European experience that activities of the European Court of Human Rights have brought the European Union together and strengthened peace in the European region.

I wish that this 2nd Congress of the AACC could be recorded as a critical momentum for change that opens up a whole new page in history.

I hope that the Constitutional Court of Korea may play a key role in promoting cooperation among constitutional courts in Asia and reaffirming the universal respect for human rights, and also in promoting studies and discussions for protecting the human rights of Asians.

I would like to express my deep gratitude to the Turkish Constitutional Court for successfully hosting this magnificent event in Istanbul, a city well-known for its beauty and history.

Thank you for your attention.

Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü

Dr. Gianni Buquicchio
Venedik Komisyonu Başkanı

Sayın Başkan,

Sayın Başkanlar ve Üyeler,

Baylar Bayanlar,

Büyük şehir İstanbul'a gelmek ve Türk dostlarımla buluşmak benim için her zaman çok büyük bir keyiftir!

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresine katılmaktan ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 52. Yıldönümünü kutlamaktan dolayı bilhassa memnuniyet duyuyorum.

Venedik Komisyonunun, hem ilk temasların dokuz yıl önce, 2005 yılında, başladığı Asya Anayasa Mahkemeleri ile hem de pek çok yıldır işbirliği halinde olduğumuz Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile mükemmel ilişkileri vardır.

[AAMB]

2005 yılının Eylül ayında Ulan Batur, Moğolistan'da Asya Anayasa Mahkemeleri Üyelerine yönelik düzenlenen üçüncü seminerde Venedik Komisyonu, bu mahkemeler arasında içtihat paylaşımını ve bilgi alışverişini sağlamak için Asya Anayasa Mahkemeleri ile ilk işbirliği anlaşmasını önerdi.

2007 yılında, Asya Anayasa Mahkemeleri Üyelerine yönelik Beşinci Konferansta, müzakere konularından biri, "*Asya Anayasa Mahkemeleri Birliği*" kurulması oldu.

Bu girişim, Venedik Komisyonunca tam anlamıyla onaylanmış ve desteklenmiş olup, tüm dünyadaki bölgesel anayasa mahkemeleri gruplarının izinden ilerlemektedir.

Mahkemeler arasındaki bu tür işbirliğinin, bölgesel ve evrensel düzeyde demokrasi ve insan haklarını güçlendirme hususunda büyük önemi olduğuna sarsılmaz bir inancım vardır.

Bu anlamda, Venedik Komisyonu, Tüzüğü 24 Eylül 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Dünya Anayasa Yargısı Konferansını kurabilmiş olmaktan dolayı büyük gurur duymaktadır.

Kurulduğundan bu yana, Dünya Konferansı tüm dünyadaki anayasa mahkemeleri ve muadil kurumlar için müzakereler yapılmasına yönelik önde gelen bir forum haline gelmek üzere büyük çaba göstermektedir.

2009'da Cape Town'da Asya Anayasa Mahkemelerini Dünya Anayasa Yargısı Konferansının Birinci Kongresinde ağırlamaktan memnuniyet duymuştum.

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği, daha sonra 2011 yılında Rio de Janeiro'da Dünya Konferansının İkinci Kongresinde yer almış olup, bu yılın Eylül ayının sonunda Seul'da yapılacak Üçüncü Kongreye yine katılacaktır.

Bu Birliğin Venedik Komisyonu ile İşbirliği Anlaşması yaptığı yıl olan 2012 yılının Mayıs ayında, Seul'da Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliğinin Açılış Kongresinde bulunma ayrıcalığını yaşadım.

Tüm bu gelişmeler çok olumlu ve umut vericidir!

Baylar, Bayanlar,

[Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi]

Venedik Komisyonu'nun Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile olan işbirliği, yıllar önce başladı ve Anayasa Mahkemesi, düzenli olarak Anayasa İçtihatları Bültenine ve CODICES veri tabanına katkıda bulunmaktadır.

2004 yılında, o dönemdeki Başkan Sayın Mustafa Bumin'den Mahkemedeki yapılması planlanan reform konusunda Komisyonun görüşünü içeren bir rapor hazırlanması talebi almıştık.

Daha o zamanlarda, anayasa değişikliği taslağı ile anayasa şikâyetinin getirilmesi öngörülüyordu.

Bu tür bir şikâyetin getirilmesi birkaç yıl aldı, ancak bu, benim kesinlikle sıcak bakmış olduğum “2010 anayasa değişiklikleri” yoluyla gerçekleştirildi.

Bireysel başvurulara kapılar 2012 yılının Eylül ayında açıldı. Bu, Anayasa Mahkemesi için büyük bir adım oldu ve Venedik Komisyonu bu olumlu gelişmeden memnuniyet duydu.

Venedik Komisyonu, 2010 yılında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna ilişkin bir görüş sunma fırsatını da buldu ve bu reformu, önceki duruma kıyasla Yüksek Kurulda Bakanın yetkisini azalttığından, doğru yolda atılan olumlu bir adım olarak karşıladı.

Ne var ki, Venedik Komisyonunun görüşünde tavsiye edilenin aksine, son zamanlarda kabul edilen değişiklikler, Yüksek Kurulda yer alan Adalet Bakanı’nın yetkilerini önemli ölçüde artırmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu konuyu ele almaya başlamıştır ve ben Mahkemenin bu hükümleri iptal etmesine kesinlikle sıcak bakıyorum.

Venedik Komisyonu, Adalet Bakanının yetkilerinin, etkili bir bağımsız yargı yararına, Yüksek Kurul içerisinde sınırlı kalması gerektiği kanaatindedir.

Yargı bağımsızlığı azami derecede önemlidir ve hiçbir surette yargının yürütmenin denetimine tabi olmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin rolünün önemi de bu Mahkemenin Twitter yasağına ilişkin son zamanlarda vermiş olduğu karar ile etkili biçimde gösterilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu yasa ile Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ilkesinin ihlal edilmiş olduğunu oybirliğiyle tespit etti.

Bu iki kararla, Türkiye’de demokrasiye ilişkin önemli rolünü sergileyen Türkiye Cumhuriyet Anayasa Mahkemesinin bir kez daha gerçekten bağımsız ve tarafsız bir kurum olduğu ortaya çıkmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, kuvvetler ayrılığını, yargı bağımsızlığını ve insan haklarının korunmasını temin ederek, Anayasa’nın etkili koruyucusu olma rolünü yerine getirmektedir.

Bu bakımdan, medyada yer alan bazı makalelerde son zamanlarda Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine eleştiri ve saldırı yöneltilmesi ile ilgili ciddi endişelerimi ifade etmek isterim.

Sayın Başkan,

Baylar Bayanlar,

[Anayasa Mahkemelerinin Rolü]

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi gibi, bugün burada bulunan tüm Mahkemeler kuvvetler ayrılığı ve temel hakları güvence altına alma gibi yüce bir göreve sahiptirler ve dolayısıyla eğer bu göreve saygı gösterilirse, barış ve istikrar sağlanmış olur.

Fiiliyatta Anayasanın koruyucuları ve bekçileri olan anayasa mahkemelerinin rolü, anayasal ilkelerin ihlalinin önlemek açısından hayati önemdedir.

Anayasa mahkemelerinin rolünün yıllar içinde geliştiği açıktır; bu gelişme öyle bir noktaya gelmiştir ki günümüzde etkili anayasa yargısı, gerçek bir demokrasinin temel bir özelliği şeklinde kesinlikle tanımlanabilir.

Anayasa mahkemeleri, anayasanın özünde var olan değerlerini geliştirirler ve anayasanın sabit, miadını doldurmuş ve eski bir metin değil ama yaşayan ve dinamik bir kaynak olarak kalmasını sağlarlar.

Bir anayasa mahkemesinin anayasanın istikrarını ve hukukun üstünlüğüne saygıyı temin etme rolünün ötesinde, anayasanın ana bir direk görevi gördüğü demokratik süreci güçlendirme ve ilerletmede üstleneceği kendine özgü bir rolü de bulunmaktadır.

Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyinin demokrasi, insan haklarının korunması ve hukukun üstünlüğü olan temel ilkelerinin gelişmesine yardım eder.

Her ülke farklı olup, farklı bir hızda farklı bir yol izlerken, bu ortak amaçlar hepsi için geçerlidir ve Venedik Komisyonu tamamen evrensel bu değerleri geliştirme konusunda AAMB üyelerinin her biriyle çalışmaya hazır bulunmaktadır.

Kore Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Park'ın bir Asya İnsan Hakları Mahkemesi kurma yönündeki önerisine sıcak bakıyorum.

Sayın Başkan Park'ın önermiş olduğu adım adım yönteminin kullanılmasıyla, bu girişimin başarılı bir sonuca ulaşacağını ve yakında hayata geçirileceğini umuyorum.

Venedik Komisyonu, bu önemli uğraş hususunda yardımcı olmaya ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birikmiş tecrübesini sunmaya hazırdır.

Sayın Başkan,

Baylar Bayanlar,

Asya Anayasa Mahkemeleri Birliği üyelerinin bağlarını daha da güçlendirmelerini diler; Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin yıldönümünü yürekten kutlamak isterim.

Teşekkür ederim.

The Role of Constitutional and Supreme Courts In the Protection of the Constitutional Order

Dr. Gianni Buquicchio
President of the Venice Commission

Mister President,

Presidents and Judges,

Ladies and Gentlemen,

It is always an immense pleasure for me to come to the great city of Istanbul and to meet my Turkish friends!

I am particularly pleased to take part in the second congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions and to celebrate the 52nd anniversary of the Constitutional Court of Turkey.

The Venice Commission has excellent relations with both:

- The Asian Constitutional Courts, with whom our contacts began nine years ago, in 2005 and, of course, with the Constitutional Court of Turkey, with which the Venice Commission has co-operated for many years.

[AACC]

It was at the third seminar for Asian Constitutional Court Judges held in Ulan Bator, Mongolia in September of 2005 that the Venice Commission proposed its first co-operation arrangement with the Asian Constitutional Courts in order to facilitate the exchange of information and the sharing of case-law between these courts.

In 2007 - at the Fifth Conference of Asian Constitutional Court Judges - one of the topics of discussion was the establishment of an "Association of Asian Constitutional Courts".

This endeavour was fully endorsed and supported by the Venice Commission and follows in the footsteps of other regional groups of constitutional courts around the world.

I am of the firm belief that such co-operation between courts is of great importance in strengthening democracy and human rights on a regional and global level.

In this respect, the Venice Commission is very proud to have been able to set up the World Conference on Constitutional Justice, whose Statute came into force on 24 September 2011.

Since it was set up, the World Conference has been making great efforts to establish itself as a leading forum for discussions for constitutional courts and equivalent bodies from around the world.

I had the pleasure of welcoming the Asian Constitutional Courts to the First Congress of the World Conference on Constitutional Justice in Cape Town in 2009.

The Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions itself then took part in the Second Congress of the World Conference in Rio de Janeiro in 2011 and will be taking part in the Third Congress in Seoul, at the end of September of this year.

It was in May 2012 that I had the privilege of taking part in the Inaugural Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions in Seoul, the year in which this Association also entered into a Co-operation Agreement with the Venice Commission.

All these developments are very positive and encouraging!

Ladies and Gentlemen,

[Constitutional Court of Turkey]

The Venice Commission's co-operation with the Constitutional Court of Turkey started many years ago and the Constitutional Court regularly contributes to the Bulletin on Constitutional Case-Law and the CODICES database.

In 2004, we received a request for an opinion from the then President of the Court, Mr Mustafa Bümin, to provide assistance in the reform of the Court.

Already then, the draft constitutional amendments proposed the introduction of the constitutional complaint.

It took a number of years for this type of complaint to be introduced, but this was done through the “2010 constitutional amendments”, which I strongly welcomed.

The doors were opened to individual applications in September 2012. This was a big step for the Constitutional Court and the Venice Commission was pleased about this positive development.

The Venice Commission also had the opportunity of providing an opinion on the High Council for Judges and Prosecutors in 2010, and welcomed this reform as a positive step in the right direction since it reduced the competence of the Minister in this High Council as compared with the previous situation.

However, contrary to what had been recommended in the opinion of the Venice Commission, recently adopted amendments dramatically increased the powers of the Minister of Justice within the High Council.

The Constitutional Court took to deal with this case and I strongly welcome that the Court annulled these provisions.

The Venice Commission considers that, for the sake of an effective and independent judiciary, the powers of the Minister of Justice should remain limited within the High Council.

The independence of the judiciary is of the utmost importance and that in no case should the Judiciary be subject to the control of the executive.

The importance of the Constitutional Court’s role was also effectively demonstrated by this Court’s recent decision on the Twitter ban.

The Constitutional Court unanimously found that this ban violated the principle of the freedom of expression, guaranteed by Article 26 of the Constitution.

With these two decisions the Turkish Constitutional Court proved once again, to be a real independent, impartial and neutral institution, illustrating its crucial role for Democracy in Turkey.

The Constitutional Court of Turkey fulfils its role as the effective guardian of the Constitution, ensuring the separation of powers, the independence of the Judiciary and the protection of human rights.

In this respect I would like to express my serious worries about some recent media articles criticizing and attacking the Turkish Constitutional Court.

Mister President,

Ladies and Gentlemen,

[Role of Constitutional Courts]

Like the Constitutional Court of Turkey, all Courts present here today have the noble task of guaranteeing the separation of powers and fundamental rights which, in turn - if respected - guarantee peace and stability.

The role of Constitutional Courts, which are in effect the guardians and protectors of the Constitution, is crucial to avoid the violation of constitutional principles.

It is clear that the role of Constitutional Courts has developed over years, to the point that today effective constitutional justice can be rightly described as being a main feature of a genuine democracy.

Constitutional Courts develop the inherent values contained in the constitution and ensure that the Constitution remains a living and dynamic instrument and not a static, outdated and dusty text.

Beyond the role of the Constitutional Court to provide for the Constitution's stability and for the respect of the rule of law, it also has a distinctive role to play in furthering and strengthening the democratic process in which the Constitution serves as a main pillar.

The Venice Commission promotes the basic principles of the Council of Europe, which are democracy, the protection of human rights, and the rule of law.

While each country is different and follows a different path at a different speed, these common goals apply to all of them and the Venice Commission stands ready to work with each of the AACC's members in furthering these truly universal values.

[Asian Court of Human Rights]

I warmly welcome the proposal of the President of the Constitutional Court of the Republic of Korea, Mr Park, to establish an Asian Court of Human Rights.

I do hope that this initiative will bear fruit and will be implemented soon, using the step by step approach proposed by President Park.

The Venice Commission is ready to assist in this important endeavour and to provide experience accumulated with the European Court of Human Rights.

Mister President,

Ladies and Gentlemen,

I would like to wish the members of the Association of Asian Constitutional Courts to further strengthen their ties; and I would like to wish the Constitutional Court of Turkey a very happy birthday.

Thank you.

Birinci Oturum

"Sosyal Hakların Anayasa Mahkemeleri Tarafından Korunması"

Oturum Başkanı

Serruh Kaleli

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

Konuşmacılar

Prof. Gulraman Qazi

Afganistan Anayasa Uygulamaları Gözlem Bağımsız Komisyonu Başkanı

Dr. Hamdan Zoelva

Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı

Jinsung Lee

Kore Anayasa Mahkemesi Üyesi

Kalyan Shrestha

Nepal Yüksek Mahkemesi Kıdemli Hâkimi

Charoon Intachan

Tayland Kırallığı Anayasa Mahkemesi Başkanı

Prof. Dr. Engin Yıldırım

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

OTURUM BAŞKANI: Serruh Kaleli

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili sıfatıyla sosyal hakların Anayasa Mahkemeleri tarafından korunması konulu ilk oturumda bizlerle birlikte olacak seçkin meslektaşlarımızı ve katılımcıları tanıtmak isterim: Anayasanın Uygulanmasını Gözlem Bağımsız Komisyonu Başkanı Sayın Prof. Dr. Gulrahman Qazi, Endonezya Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Hamdan Zoelva, Kore Anayasa Mahkemesi Hâkimi Sayın Jinsung Lee, Nepal Yüksek Mahkeme Kıdemli Hâkimi Sayın Kalyan Shrestha, Tayland Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Charoon Intachan ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi meslektaşım Prof. Dr. Engin Yıldırım.

Şimdi altı katılımcımız ve yaklaşık 90 dakikamız var. Her bir katılımcı için takriben 15 dakika ayrılmıştır. Dolayısıyla tüm katılımcıların süre sınırına dikkat etmeye çalışacaklarını düşündüğüm için en baştan meslektaşlarıma teşekkürlerimi sunuyor, sözü Prof. Gulrahman Qazi'ye bırakıyorum. Sayın Qazi, söz sizin.

CHAIRMAN OF THE SESSION: Serruh Kaleli

Now, as a chairman being the Vice-President of the Court of the Republic of Turkey, Constitutional Court of the Republic of Turkey, I want to introduce the distinguished colleagues and participants which will be with us in the first session subjected on the protection of social rights by constitutional courts: Mr. Prof. Gulrahman Qazi, the President of Afghanistan Independent Commission for Overseeing the Implementation of Constitution, Mr. Hamdan Zoelva, Chief Justice of the Constitutional Court of Indonesia, Mr. Jinsung Lee, Justice of Constitutional Court of Korea, Mr. Kalyan Shrestha, sorry for wrong spelling, Senior Justice of Supreme Court of Nepal, Mr. Charoon Intachan, President of the Constitutional Court of Thailand and my friend Prof. Dr. Engin Yıldırım, the Judge of the Constitutional Court of the Republic of Turkey.

Now, we have six participants and already we have around 90 minutes to share together, so, as a little estimate, we need 15 minutes for each. By means of this, I would like to thank from the very beginning to my friends, my colleagues, to try to pay attention to the limitation of the time period. Now, not missing so much, please we are going to start with Prof. Gulrahman Qazi. Yes, sir, your turn, please.

Sosyal Hakların Anayasa Mahkemeleri Tarafından Korunması: Afganistan Örneği

Prof. Dr. Gulrahman Qazi

Afganistan Anayasa Uygulamaları Gözlem Bağımsız Komisyonu Başkanı

Bismillahirrahmanirrahim

Birliğin İkinci Kongresinin yapılmasını tebrik ederken, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği Başkanı ve üyelerine hürmetlerimi sunma fırsatı bulduğumu, Afganistan Anayasayı Gözlem Bağımsız Komisyonu adına bu değerli ve önemli toplantıya katılmanın benim için büyük bir keyif olduğunu ifade etmek isterim.

İnsanın sosyal bir varlık olması ve birbirleri ile ilişkileri ve karşılıklı hakları temin etmeden iyi bir şekilde yaşayamaması sebebiyle, bu hakları ulusal ve uluslararası düzeyde tanımak zaruridir. Bu gerekliliğe dayanarak, anılan konu geçmişte değerli uluslararası sözleşmelerde ve ülkelerin anayasalarında belirtilmiş olup, müzakerelerin odağı olmuştur. Ayrıca canlı varlıkların en saygını olan insanın haklarının temini ve onurunun muhafazası her semavi dinin ana hedefidir. Bu çerçevede daha fazla açıklama için, konuyu ayrı başlıklar altında detaylandırmak isterim:

1. Uluslararası Sözleşmelerde ve İnsan Haklarının Üçlü Kuşağında Sosyal Haklar:

Uluslararası Sözleşmelerde, en baştan itibaren bu önemli mesele dikkate alınmıştır; örneğin, bu haklar İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde, daha sonra BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmelerinde düzenlenmiştir, diğer sözleşmeler insanların sosyal haklarını tanımış ve bu hakların temini ve gerçekleştirilmesi için çaba harcanmıştır. İzin verirsenizbu aşamada insan haklarının üçlü kuşağından kısaca söz edeyim:

İnsan Haklarının Birinci Kuşağı: 18. Yüzyıl İhtilalleri sırasında dünyada entelektüel bir evrime neden olan ve daha önceleri şahsi yönetim

(Monokrasi) ilkesi temelinde oluşturulmuş entellektüel hükümet sistemine dayanan “bireysellik” ve “sosyal sözleşme” kavramı meşruluğunu ve gücünü kaybetmiş ve sonuç olarak, sivil toplumun oluşmasına yol açmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin tedvini, “İnsan Haklarının Birinci Kuşağının” başlaması ile neticelenmiş ve konusal olarak “Medeni ve Siyasal Haklar” olarak isimlendirilmiştir. Bu haklar hükümetin müdahale etmemesini gerekli kılıp, sivil özgürlüklerin bir parçası olmakla beraber, Devletleri bireysel özgürlüğe müdahale etmekten kaçınmaya ve bu haklar karşısında duyarlı kalmaya mecbur bırakırlar.

Bu kuşak, “bireyselleştirilmiş doğası”ndan kaynaklanmaktadır ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 2 ila 21. maddeleri, ifade özgürlüğü, toplanma ve katılma özgürlüğü, kanun önünde eşitlik, kölelik yasağı, işkence yasağı, (suçu) ispatlanana kadar kişilerin masum olduğuna dair yargısal güvenceler, vatandaşlık hakkı, belirli meselelere ilişkin özgürlükler vs. gibi esasen önemli özgürlüklerle ilgili, insanların özgürlüğü ve güvenliğini kapsayan hak ve özgürlüklerinden oluşmaktadır.

İnsan Haklarının İkinci Kuşağı: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları temin etmeye yönelik Kuşak olarak anılan bu kategori, diktatörlük tarihinin dönüm noktasında, özgürlüğün ve eşitliğin gölgesinde insanın saygınlığını yeniden kazandıran değerli bir mirastır. Fakat tecrübeler şunu göstermektedir ki bu haklar yalnız başına yeterli değildir, çünkü sınıf, gelenekler, kapitalizm kaynaklı farklılıklar eşitlik sistemini düzensizliklerle karşı karşıya bırakır ve bu da sonuçta özgürlüğü etkiler.

Bu Kuşaktaki haklar çerçevesinde, insanların asgari ekonomik standartlar ve sosyal fırsatlar edinmeye hakları vardır. Bu haklar, Birinci Kuşağın hakları ile aksi yönde bulunan haklar arasındadır ve devletin mali, yasal, örgütsel ve idari yardımı dâhil olmak üzere yetkili kuruluşların ciddi müdahalesini gerektirmektedir. Bu kuşakta, insan hakları ülkeleri ve bir dereceye kadar uluslararası toplumu vatandaşların ihtiyaçlarına yönelik adımları atmak üzere gerekli görevleri yapmaya sevk eder. Bir devletin bizzatı bu hakların kapsamını genişletmemesi durumunda, sorumluluk zengin devletlere ve uluslararası topluluğa kalır.

İnsan Haklarının Üçüncü Kuşağı: İnsan Hakları alanındaki uluslararası faaliyet ve bunun 1945 yılından bu yana farklı yollarla güçlendirilmesi, son iki kuşakta belirtilen haklarla ilgili bulunan yeni bir siyasi ve sosyal kavrama

neden olmuştur. Bu haklar Birleşmiş Milletlerin kuruluşundan sonra oluşmuştur. Sosyal transformasyon dönemine ait bu haklar, sosyal topluluğu ele almakla beraber, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 28. maddesinde düzenlenmiştir. Böylece, bu haklardan Birleşmiş Milletlerin bazı kararlarında ve aynı zamanda Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartına ilişkin bazı antlaşmaların tasarı metinlerinde söz edilmiştir. Bunlar üçüncü dünya devletlerine ilişkin "*halkların haklarına*" ait haklardır. Böylece, insan haklarının üçüncü kuşağı, yani "*dayanışma hakkı*" ya da "*kolektif haklar*" adalet ve eşitlik ve de insanların eşitliği anlamına gelir. Eşitlikten kastedilen, toplumun refahının artmasına katkıda bulunan, sivil toplumun tüm paydaşlarının katılımıdır.

Bu kuşak barış hakkını, gelişme hakkını, bütünlük hakkını içermektedir; ancak bunun yanı sıra, insan hakları alanında yeni görüşleri, yeni ortaya çıkmış olan veya çıkmakta olan meseleleri içerdiğine de dikkat etmeliyiz. Bu yeni düşüncelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Kolektif haklar olarak bilinen insan haklarının üçüncü kuşağının hedefi çerçevesinde, birinci ve ikinci kuşağa ilişkin insan haklarının gerçekleştirilmesi için imkân sağlayan uygun koşulların temin edildiği söylenmelidir; böylece, insan haklarının üçüncü kuşağı bu iki husus üzerinde durmaktadır.

2. İslamiyet'te İnsan Hakları:

Neyse ki semavi kitaplar, özellikle Kutsal Kuran, yalnızca sosyal haklar arasında yer alan insan haklarına ilişkin önemli ve temel örnekleri tanımakla kalmamış, aynı zamanda Kutsal Kuran ve İslam Peygamberi Hazreti Muhammed'in özlü sözleri tam olarak bu hakları içermektedir.

Kutsal Kuran'ın pek çok ayeti sosyal hakları içermektedir; örneğin, sosyal işler, evlilik meseleleri, ebeveyn hakları, evlat hakları, eş hakları, komşu hakları vs. ile ilgili olarak açık hükümler ifade edilmektedir. Aslında, bu sosyal hakların her biri özel bir statüyü haiz belirli emirleri içermektedir ve İslam Hukukunda bunlar, Kutsal İslam Dininin emrettiği, her Müslüman için zorunlu olan haklardır. Seçme ve seçilme hakkını elde etme gibi toplumdaki siyasi hayata ve aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel sisteme katılma hakkı, ayrı müzakerelerde değerlendirilmesi icap eden ayrı meselelerdir.

Aslında, tüm kanunlar insan onurunu korumak amacı için geliştirilmişlerdir. Her şeye gücü yeten Allah, Hucurât Suresi 13. ayette demiştir ki:

“Ey insanlar! Biz sizi bir erkek ve bir dişiden yarattık. Ve birbirinizle tanışmanız için sizi (değişik) milletlere ve kabilelere ayırdık. Hiç şüphesiz Allah katında sizin en kerim (üstün ve değerli) olanınız, takvada (korkup-sakinmada) en ileride olanınızdır. Elbette ki Allah Alim’dir (her şeyi hakkıyla bilendir), Habir’dir (her şeyden haberdar olandır).”

Bu Ayetin insanları sosyal birer varlık (yaratılış) olarak tanımladığını görüyoruz. Kutsal İşlam Dininin tüm insanları Adem ve Havva’nın oğulları/kızları olarak kabul ettiği görülür. Peygamber Muhammed’in zamanında Medine Topluluğu buna uygulamalı bir örnektir ki Medine antlaşması sonrası bu topluluk farklı dinlerin mensuplarından oluşmuş bir sosyal sisteme benzemektedir.

3. Afganistan Anayasası’nda İnsan Hakları:

Afganistan’da, yeni Anayasa’nın kabul edilmesiyle, insan hakları bu Anayasa’nın çeşitli maddelerinde düzenlenmiş olup, bilhassa 2. bölümde *“Temel Haklar ve Vatandaşların Görevleri”* başlığı altında tanınmıştır.

22. maddede ile şu belirtilir: *“Afgan vatandaşları arasında her türlü ayırım ve fark gözetmek yasaktır. Afgan vatandaşları kanun önünde eşit haklara ve görevlere sahiptirler.”*

24. madde ile devletin hürriyete saygılı olması bakımından şu beyan edilir: *“Hürriyet insanların doğal hakkıdır. Kanunca düzenlendiği üzere, başkalarının haklarını ya da kamu yararlarını etkilemedikçe, bu hakkın sınırı yoktur. İnsanların onuru ve hürriyeti ihlal edilemez. Devlet, insanların onurunu ve hürriyetini korumak ve bunlara saygı göstermekle görevlidir.”*

25. madde ile masumiyet karinesi ile ilgili olarak şu belirtilir: *“Masumiyet asıl durumdur. Bir sanık, yetkili bir mahkemenin kesin kararı ile mahkûm edilene kadar masum addedilir.”*

26. maddede şu belirtilir: *“Suç kişisel bir eylemdir. Bir sanık ile ilgili yasal takibat, sanığın tutuklanması, gözaltına alınması ve sanığa ceza verme, bir başka kişiyi etkileyemez.”*

29. madde ile işkence yasaklanmıştır: *“İnsanların zulüm görmesi yasaktır. Soruşturulan, tutuklanan, gözaltına alınan bir başka kimseden gerçeğin öğrenilmesi sebebiyle bile hiç kimsenin soruşturulan kişiyi işkence etmesine ya da o kişiyi işkence edilmesi emri vermesine müsaade edilmez. İnsan onuruna aykırı ceza yasaktır.”*

Anayasa 33. maddesi ile vatandaşlarına tercih hakkı tanınmıştır: “Afgan vatandaşları seçme ve seçilme hakkına sahiptirler...”

İfade özgürlüğü hakkındaki 34. madde ile şu belirtilir: “İfade özgürlüğü ihlal edilemez. Her Afgan, Anayasa’da belirtilen hükümleri gözeterek, konuşma, yazı ya da örnekleme/resimleme ya da başka yollarla düşüncesini ifade etme hakkına sahiptir.

Her Afgan, kanun hükmü uyarınca devlet yetkililerine önceden arz etmeden konuları yayınlama ya da basma hakkına sahiptir. Matbaa, radyo, televizyon, basın ve diğer kitle iletişim araçları ile ilgili kurallar kanunca düzenlenir.”

Anayasa’nın 35. maddesinin ilk fıkrası ile şu belirtilir: “Afgan vatandaşları, kanun hükümleri çerçevesinde maddi ya da manevi amaçları gerçekleştirmek amacıyla sosyal örgütler kurma hakkına sahiptirler.”

36. madde şu hükmü içerir: “Afganistan halkı, meşru ve barışçıl amaçlar edinmeye yönelik olarak kanun hükümleri uyarınca toplanma ve silahsız gösteri yapma hakkına sahiptir.”

38. madde ile konut dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır: “Bir kişinin konut dokunulmazlığı ihlal edilemez. Kanunda belirtilen durumlar ve yöntemler haricinde, devlet dâhil hiç kimsenin, ikamet eden kimsenin önceden izni ya da bir mahkeme kararı olmadan özel bir konuta girmesine veya böyle bir konutta inceleme yapmasına izin verilmez.”

Anayasa’nın 54. maddesinin 1. fıkrasında toplumun temeli olan aile kurma ile ilgili olarak şu ifade edilir: “Aile toplumun temel bir birimidir ve devlet tarafından desteklenmektedir.”

4. Anayasayı Gözlem Bağımsız Komisyonunun Çalışmaları:

Komisyon, kanuni yetkisine dayanarak, ulusal egemenliği desteklemeye ve çoğunlukla Afganistan’ın hapisanelerinde ve nezarethanelerinde alıkonanlara ait sosyal haklar gibi vatandaşların temel haklarını temin etmeye yönelik bazı önlemler almıştır.

Afganistan Anayasası’nın 4. maddesinin 1. fıkrası ile şu aktarılır ki: “Afganistan’da ulusal egemenlik, bunu doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla kullanan millete aittir.”

Afganistan Anayasayı Gözlem Bağımsız Komisyonu, Bagram Hapishanesinin sorumluluğunu Amerikan Kuvvetinden Afganistan polisine

devretmede ve mahkûmların sosyal hakları gibi temel haklarını temin etmede önemli bir rol oynamış; bunun tam olarak gerçekleştirilmesi üç yıl almıştır.

Bu Komisyonun çalışma ekibi, ülkenin 21 vilayetinde 105 adet hapisaneyi/nezarethaneyi değerlendirmiş ve çözüm yolu olarak bazı belirli tavsiyeleri ve planları içeren raporunu Cumhurbaşkanlığı makamına sunmuştur.

Anılan rapor, delillere dayanarak hazırlanmış; değerlendirme süresince mahkûmlara temsilcileri aracılığıyla temel haklarını savunma fırsatı verilmiştir. Bu rapor, Afganistan Bakanlar Kurulu'nda değerlendirilmiş ve mahkûmların ve alıkonuların temel haklarının ihlaline ilişkin hususlar gerekli işlemler için ilgili kurumlara iletilmiştir.

Afganistan Anayasayı Gözlem Bağımsız Komisyonu, bu anlamda Komisyona ilişkin Özel Kanun değişikliğinden yola çıkarak etkili bir plan hazırlamaktadır. Çünkü mevcut kanuna istinaden, Komisyona özel sektörlerin (özel hukuk tüzel kişilerin) doğrudan şikâyetlerini incelemeye ilişkin herhangi bir yetki verilmemiştir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Yetkilileri, Devletin Üçlü Kuvvetleri (üçlü kurumlar), Afganistan Anayasayı Gözlem Bağımsız Komisyonu, Bağımsız Seçim Komisyonu ve Bağımsız İdari Reform ve Sivil Hizmet Komisyonu, meseleleri bu Komisyona havale edebilir.

Birliğe üye ülkelerin tecrübelerinden yararlanmamız gerektiği söylemeye, hatırlatılmaya değer bir husustur. Çünkü önümüzdeki uzun yola ve soruna rağmen her şeye kadir Allah'ın yardımıyla tecrübeli dostlarımızla birlikteyiz. Yalnız hissetmiyoruz. Dünyanın hukuk şemsiyesi altında barış dolu bir yer olacağı ve insan haklarını gözeterek gerçek hayatın keyfini çıkaracağımız günün gelmesini umuyoruz.

Teşekkür Ederim.

Protection of Social Rights by the Constitutional Courts: Afghanistan Experience

Prof. Dr. Gulrahman Qazi
President of Afghanistan Independent Commission for Overseeing the
Implementation of Constitution

By the name of Almighty and Merciful God

Having opportunity, I present my sincere regards to the Chair Person and member of The Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions while congratulating conduct of second congress of Association to you, attending this valuable grand meeting on behalf of the Independent Commission for Overseeing the Implementation of Constitution of Afghanistan is great pleasure for me.

Whereas human being is a social creature and cannot continue living well, without ensuring relations and reciprocal rights with each other, there for it is imperative to recognize these rights nationally and internationally. Based on this requirement, the above mentioned subject matter has been stipulated in valuable International conventions and constitutions of countries in the past and this issue has become pivotal of debates. Moreover ensuring human rights and preservation of human dignity as the decent of creatures is the main objective of every celestial religion. So for further clarification, I would like to elaborate the subject matter under separate headlines:-

1. Social Rights in International Conventions and in Triad Generation of Human rights:

International Conventions has paid attention to this important issue, from the very beginning, for instance these rights have been enacted in Universal Declaration of Human Rights, then in Economic, Social and Cultural Conventions of the UN and other conventions have recognized the Social Rights of human beings and efforts have been made for the realization

substantiation and ensuring of these rights, let me discuss Triad Generation of Human Rights briefly:

First Generation of Human Rights: promoting concept of "Individualism" and "Social Contract" which caused intellectual evolution in the world, during the Revolutions of 18th Century, which based on these intellectual's governmental system which had been formed on the basis principle of government of individual (Monocracy) lost their legitimacy and power and as a result caused forming Civil Society.

Codification of Universal Declaration of Human Rights Concluded to the commencing "First Generation of Human Rights", thematically have given title of "Civil and Political Rights". Which these rights requires noninterference of government and are part of civil freedoms, compels States to refrain from interference in individual freedom, and to remain responsive before these rights.

This Generation enjoys "*Individualized Nature*" and article 2 to 21 of Universal Declaration of Human rights is consisting of the Rights of individuals and freedom that includes security and freedom of human beings, basically related to the great freedoms, like rights of expression, rights of gathering and participation, the right to equality before the law, ban of slavery, prohibition of torture, judicial guarantees that persons innocent until proven guilty, right of nationality, freedom of particular affairs and so on.

Second Generation of Human Rights: this Generation which is called Generation for insuring Economic, Social and Cultural Rights, is a valuable heritage which has revived prestige of human being under the shade of freedom and equality, in the milestone of the history of dictatorship, but experience has indicated that these rights lonely are not enough, because differences of stratum, traditions, capitalism confront equality system with disorder and as result of this also affects freedom.

In this Generation people are entitled to the minimum economical standards and social opportunities. These rights are from among the rights which are contrariwise with the rights of First Generation and require the serious interference of public serious authority including financial, legal, organizational and executive assistance of the state. In this generation, the human rights assign countries and to some extent the International

Community to required tasks to take action toward ensuring needs of the citizens. In case a state cannot expand these rights the responsibility faces to rich states and international community.

Third Generation of Human Rights: the international movement of Human Rights and its empowerment by different means since 1945 caused new political and social concept which is distinguished together with the collection of rights stipulated in its last two generations. These rights formed during the aftermath of the establishment of the United Nation. The rights which belong to the period of Social Transformation; deals with the social community. The right has enacted in article (28) of the Universal Declaration of Human Rights. Therefore these rights have been mentioned in some Resolutions of the UN as well as designing of some treaties of the African Charter of human rights and Nations. They are the rights that belong *“to the rights of people”*, contain the form of 3rd world. Therefore the third generation of human rights *“right of solidarity”* or also called *“collective rights”* that means fairness and equality and equity of human beings. Equality means the participation of all pillars of civil society which conclude to the increase of welfare of public.

As well as this generation comprising rights of peace, right of development, rights of integrity; but we must pay attention that, new views in the area of human rights includes the issues that are emerging or have been emerged newly and these new thoughts are needed.

It must be said that objective of third generation of human rights which are known collective rights, ensures appropriate conditions, which provides possibility for the realization of human rights of first and second generation; therefore the third generation of human rights which are in the focus of two provisions.

2. Human Rights in Islam:

Luckily celestial books, particularly Holly Quran not only has recognized important and principal instances of human rights from among social rights, but full image of these rights are available in Holly Quran and messages of the prophet of Islam Hazrat Mohammad (p.b.u.h).

Many verses of Holly Quran contains social rights for instance gathering social affairs, marriage affairs, parent rights, progeny rights, spouse rights, neighbors rights, etc., explains explicit orders. As a matter of fact all each one

of these discussions as social rights contain particular orders which has special status; and in Islam Rights, these are the rights that Holly Religion of Islam orders that are obligatory on every Muslim. Participation of people in political life of community like: right to elect and be elected, as well as economical, social, and cultural system and other parts each of these are independent branches that requites to be assessed in separate discussions.

Human dignity as a matter of fact all laws has been developed for this purpose. Almighty God in Chapter Al-Hujurat(49), Verse (13) said:

لَيْسَ الْبَقْوَابُ وَغُثٌ مُكَانُ الْغَجْوِ يَثْنُ أَوْرِكَذَنْ نَمَّ مَكَانُ قُلْ خَانًا سُرَانُلَا اِهْيَايَا
«رُيْبَخْ مِيلِغَ لَلَانِ إِمُكَاقْتَا لَلْاَذْنَعِ مُمْرَكَثَا نَإِوْفَرَا عَتَلِ

“O mankind! Surely we have created you from one male and one female, and made you in nations and tribes so that you might know oneanother; of a truth the most honorable of you in Allah’s sight is the most pious; surely Allah is All- Knowing, All-Aware.”

We see that this Verse has introduced human beings as a social creation. It is looked that Holly Religion of Islam introduced all human beings son/ daughter of Adam and Haw and call them to one pivot. It is practical example is Madina Community during Prophet Mohammad (p.b.u.h)times, which upon the treaty of Madina they resembled a system consisting of followers of different religions.

3. Human Rights in the Constitution of Afghanistan:

In Afghanistan by the approval of new constitution human rights has enacted in various articles of this constitution, particularly in chapter 2 under the title of “Fundamental Rights and Duties of Citizens” has been recognized.

Article (22)declares: *“Any kind of discrimination and distinction between the citizens of Afghanistan shall be forbidden. The citizens of Afghanistan have equal rights and duties before the law.”*

Article (24) in respect to freedom states: *“Liberty is the natural right of human beings. This right has no limits unless affecting the rights of others or public interests, which are regulated by law. Liberty and dignity of human beings are inviolable. The state has the duty to respect and protect the liberty and dignity of human beings.”*

Article (25) regarding to acquittal of innocent states: *"Innocence is the original state. An accused is considered innocent until convicted by a final decision of an authorized court."*

Article (26) states as well: *"Crime is a personal action. The prosecution, arrest, and detention of an accused and the execution of penalty on him cannot affect another person."*

Article (29) prohibited the torture of human being: *"persecution of human beings shall be forbidden."*

No one shall be allowed to or order torture, even for discovering the truth from another individual who is under investigation, arrest, detention of has been convicted to be punished.

Punishment contrary to human dignity shall be prohibited."

Article (33) of the constitution recognized the right to opt for the citizens as: *"The citizens of Afghanistan have the right to elect and be elected...."*

About freedom of expression in Article (34) states: *"Freedom of expression is inviolable."*

Every Afghan has the right to express his thought through speech, writing, or illustration or other means, by observing the provisions stated in this Constitution.

Every Afghan has the right to print or publish topics without prior submission to the state authorities in accordance with the provision of the law.

Directives related to printing house, radio, television, press, and other mass media, will be regulated by the law."

First paragraph of article (35) of Constitution declares: *"The citizens of Afghanistan have the right to form social organizations for the purpose of securing material or spiritual aims in accordance with the provisions of the law."*

Article (36) orders: *"the people of Afghanistan shall have the right to gather and hold unarmed demonstrations, in accordance with the provisions of the law for attaining legitimate and peaceful purposes."*

Article (38) regarding to immunity of residence declared: *"A person's residence is immune from invasion. Other than the situations and methods indicated in the law, no one, including the state, are allowed to enter or inspect a private residence without prior permission of the resident or holding a court order."*

Paragraph (1), article (54) of Constitution regarding forming family which is foundation of community narrates as below: *"Family is a fundamental unit of society and is supported by the state."*

4. Performances of Independent Commission for Overseeing the Implementation of Constitution:

This Commission based its legal power has taken some actions for substantiating National Sovereignty and ensuring human rights of citizens, such as social rights of them which more of these instances belongs to those who are detained in prisons and custody centers of Afghanistan.

Paragraph (1), article (4) of Constitution of Afghanistan narrates that: *"National sovereignty in Afghanistan belongs to the nation that exercises it directly or through its representatives."*

The Independent Commission for Overseeing the Implementation of Constitution of Afghanistan played great role in transferring the responsibility of Bagram Prison from American Force to the police of Afghanistan and ensuring human rights of prisoners, from such as their social rights, finally this work was implemented after three years.

The task force of this Commission assessed 105 prisons/custody centers (centers of deprived freedoms) in 21 provinces of the country and presented its report to the presidential authority including some particular recommendations and plans as way of solutions.

The mentioned report had prepared based on evidence and during assessment in which the opportunity was given to prisoners to defend their human rights through their representatives. This report was assessed at the Council of Ministries of Afghanistan and was conveyed to relevant entities for proceedings on breaching instance of the human rights of prisoners and detainees together with the issuance of instruction of this council to relevant authorities.

The Independent Commission for Overseeing the Implementation of Constitution of Afghanistan is preparing effective plan in this regards from among amendment of the special Law of the Commission, because based on current law, the Commission has not been delegated any power of considering the direct grievances of the natural or privet sectors (privet legal

persons). Only Presidential Authorities, Triad Forces of State (triad bodies), Afghanistan Independent Commission of Human Rights, Independent Election Commission and the Independent Administrative and Reform Civil Servant Commission can refer issues to this Commission.

It worth to be said that we need to utilize experiences of family member, namely member countries of the Association in order to become enable briefing experiences of these countries, this is because in spite of long way and problem in front of us we are beside our experienced friends by the help of Almighty God. We don't feel loneliness. We hope the day that world become a village full of peace under the shadow of law and legality, enjoy real life by observing human rights.

Thank you.

Adat Law (Örf ve Adet Hukukunun Uygulandığı) Topluluklarının Sosyal Haklarının Korunmasında Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Rolü¹

Dr. Hamdan Zoelva
Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı

A. Giriş

Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 1945 Anayasasında yapılan Üçüncü Değişiklik sebebiyle *Reformasi* döneminde kurulmuştur.² Anayasa Mahkemesinin oluşumu, anayasal demokratik devlet ilkesine, Anayasa'nın üstünlüğüne, insan haklarının korunmasına ve kuvvetler ayrılığının kurumsallaşmasına dayanan anayasal sistemin düzenlenmesinin bir parçasıdır. Anayasal sistemi düzenlemenin amacı yetkinin kötüye kullanılmasını ve otoriter bir hükümetin ortaya çıkmasını önlemektir.

1945 Anayasası'nın madde 24C'si Anayasa Mahkemesine dört yetki vermekte ve bir sorumluluk yüklemektedir. Dört yetki, ilk ve son derecede aşağıda belirtilen unsurlara ilişkin hüküm vermekle ilgilidir: (1) Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi; (2) Devlet kurumlarının anayasal yetkilerine ilişkin ihtilaflar; (3) siyasi bir partinin kapatılması ve (4) Genel seçimlerin sonucuna ilişkin ihtilaflar. Anayasa Mahkemesinin bir diğer yükümlülüğü, görevi esnasında Başkan ve/veya Başkanvekilince yapılan bir hukuk ihlalinin varlığının kabul edilmesi neticesinde Başkan ve/

1 *Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği'nin* İstanbul-Türkiye'de 27-30 Nisan 2014 tarihlerinde yapılan II. Kongresinde sunulan tebliğ.

2 1945 Anayasası değişikliği, 1999 ila 2002 arası Halk Danışma Meclisi'nce düzenlenmiştir. Üçüncü Değişiklik şeklinde adlandırılmasına rağmen, 1999, 2000, 2001 ve 2002 yıllarında düzenlenen bu değişiklik süreci, bir değişiklik safhasını oluşturmuştur. "Üçüncü Değişiklik" kavramının uygulanması ile aşamalı olarak düzenlenen değişikliğin yasalaştırılmasına atıfta bulunulur.

veya Başkanvekilinin görevden uzaklaştırılmasıyla ilgili Halk Temsilciler Konseyinin görüşü hakkında hüküm vermektir.

Kanunları denetleme yetkisinin yanı sıra, Anayasa Mahkemesi, yargı denetimi için getirilen her kanunun Anayasa'ya aykırı olmadığını güvenceye alması sayesinde Anayasa'nın en üst düzeydeki norm konumunu koruma görevini üstlenmiştir.

Böylece, Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın koruyucusu olma görevine sahip olduğu söylenir. Anayasa'daki temel meselelerden birinin insan haklarının korunmasını, savunulmasını ve bu haklara uygunluğu güvence altına almak olduğu göz önünde bulundurulursa, Anayasa Mahkemesi insan haklarının ve anayasal hakların koruyucusu olma görevini de üstlenmiştir. Böyle bir görev, kesin ve bağlayıcı olan kararlar verme yetkisi yoluyla yerine getirilir.

B. Endonezya Anayasası'nda Sosyal Haklar

Vatandaşların anayasal hakları, sıklıkla bir devletin anayasasında güvence altına alınan insan hakları olarak anılırlar. Bir hak, eğer (1) devletin ideolojisini temsil ediyorsa; (2) tüm erkleri bağlıyorsa ve (3) milli değerlerin ve hukuk düzeninin amacını ifade ediyorsa, bunun anayasal bir hak olduğu belirtilir.³

Sosyal haklar ya da sosyal temel haklar, insan haklarının özü ve tarihi gelişimi temelinde bir çeşit sınıflandırmasıdır. Tüm temel haklardan ve eşitlikten yararlanılması sosyal haklara bağlı olduğundan, sosyal hakların yerine getirilmesi çok önemlidir. Doğal eşitsizlik altında ezilen insanın durumu, Devlet tarafından sosyal hakların yerine getirilmesi yoluyla dengelenir. Sosyal haklar, toplumun her üyesinin sosyal iş bölümü yoluyla toplumca yaratılan ekonomik değerın makul bir kısmını edindiği ve milletin varlıklarının hakkaniyete uygun bir kısmı üzerinde hakkı olduğu yönünde yeni bir farkındalığı yansıtır.⁴

Robert Alexy'e göre, sosyal hakların ortaya çıkışı iki meseleye dayanır. *İlk olarak*, gerçek bir özgürlük yoksa yani bireyin alternatif seçenekleri olmasını

3 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (Oxford: Oxford Üniversitesi Yayınevi, 2004), sf. Xix.

4 Franz Magnis Suseno, *Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern (Political Ethics: Basic Moral Principles of Modern Statecraft)*, (Cakarta: Gramedia, 1999), sf. 129-130.

sağlayan bir koşul yoksa bir şeyi yapma ya da yapmamaya yönelik temel özgürlüğün hiçbir anlamı yoktur. *İkinci olarak*, mevcut modern toplumda, böylesine bir gerçek özgürlük, devletin olumlu bir edimde bulunmasını gerektirir.⁵

Yukarıdaki kavrama göre, sosyal haklar bireyin toplum içerisindeki hayatında başka hakları ve özgürlükleri gerçekleştirmeye çalışmasını sağlayacak belirli koşulları karşılamasına destek olur nitelikteki belirli haklarıdır. Bu haklar, topluluğun belirli bir grubunun kolektif hakları olduğu kadar bireysel haklar ya da kişisel haklardır da. Sosyal haklar; refah hakkını, çalışma ve çalışmayı seçme hakkını, makul ücret hakkını, sosyal güvenlik hakkını, sağlık hakkını ve eğitim hakkını içerir.

Endonezya'nın anayasa tarihinde, sosyal haklar önemli bir konumdadır. 1945 Anayasasının taslağının hazırlanması sürecinde, Endonezya devletinin kurucuları devletin öğretisine ilişkin olarak bireysellik ve kolektivizm üzerinde tartışmışlardır. Esasen, Endonezya bireysellik öğretisine dayanarak kurulmamış, bireysel haklara yönelik güvenceden vazgeçmeksizin daha ziyade kolektivizm ya da kardeşlik öğretisi ve karşılıklı işbirliğine dayanarak kurulmuştur. Böylece, Devletin ulusal ideolojisi olan ve beş ilke anlamına gelen *Pancasila*'ya göre, "*Endonezya'nın tüm halkı için adalet*" önemlidir. Sosyal hakların kolektif mahiyeti ve yönü, 1945 Anayasası'nın Giriş kısmında Devletin "*Tüm Endonezya halkını ve tüm Endonezya yurdunu korumak ve de halkın refahını yükseltmek için milleti eğitmek ve hürriyet, kalıcı barış ve sosyal adalete dayanan bir dünya düzeninin etkili hale getirilmesine katkıda bulunmak*" şeklindeki amacıyla açık ve kesin olarak ifade edilmektedir.

En azından sosyal haklara yönelik güvence, değişiklik yapılmadan önceki 1945 Anayasası'nda düzenlenmiştir. Bu arada, bu güvence değişiklikten sonra 1945 Anayasası'nda daha tam ve detaylı bir hale gelmiştir. Anılan güvence, devletin sosyal haklara, ekonomik haklara ve kültürel haklara *saygı gösterme ve bunları yerine getirme* yükümlülüğüne yol açar ki bu yükümlülük, medeni haklar ve siyasi haklarda olduğu gibi, *edim yükümlülüğü* değil ancak *sonuç yükümlülüğüdür*. Devletin "*sonuç yükümlülüğü*" açısından yükümlülüğü, eğer devlet *azami mevcut kaynakları* iyi niyetle kullanmış ve (hakları) *aşamalı olarak hayata geçirmişse*, yerine getirilmiştir.

5 Robert Alexy, *op cit.* sf. 337-338.

C. Adat Law Topluluklarının Hakları

Adat Law (Örf ve Adet Hukukunun Uygulandığı) Topluluklarının birimlerinin tanınması ve bunlara yönelik saygı, 1945 Anayasası değişikliğinden önce belirtilmişti. 1945 Anayasası'nın 18. maddesine getirilen açıklama ile *marga* (klanlar), *desa* (köyler) ve *negeri* (ilçeler) gibi yaklaşık 250 özerk kırsal ve halk topluluğu olduğu ifade edildi.⁶ 1945 Anayasası'na yapılan değişiklikten önce *Adat Law* Topluluklarının tanınması, çeşitli kanunlarda ve düzenlemelerde belirtilmişti (yani Endonezya Cumhuriyeti Halk Danışma Meclisi Yasa Tasarısında (Sayı XVII/MPR/1998), Tarım İşleri İlkelerine ilişkin Temel Düzenleme ile ilgili 1960 tarihli 5 sayılı Kanun, Madencilikle ilgili 1966 tarihli 11 sayılı Kanun ve Ormancılıkla ilgili 1967 tarihli 5 sayılı Kanun).

1945 Anayasası değişikliğinden sonra, *Adat Law* Topluluk birimlerinin tanınması ve bunlara saygı duyulması, 1945 Anayasası'na yapılan İkinci Değişiklikte madde 18B'nin 2. fıkrasında ve madde 28I'in 3. fıkrasında "*Devlet, adat law toplulukları birimlerini geleneksel hakları ile birlikte halen hayatta oldukları ve kanunlarca düzenlendiği üzere Endonezya Cumhuriyeti'nin Üniter Devlet ilkesine ve toplumun gelişimine uydukları nispette tanır ve bunlara saygı duyar*" şeklinde ayrıca düzenlendi.

1945 Anayasası değişikliğinden sonra *Adat Law* Topluluklarının tanınması, Ormancılıkla ilgili 1999 tarihli 41 sayılı Kanun, İnsan Hakları ile ilgili 1999 tarihli 39 sayılı Kanun, Bölgesel Yönetimle ilgili 2004 tarihli 32 sayılı Kanun, Balıkçılıkla ilgili 2004 tarihli 31 sayılı Kanun ve Kıyı Bölgeleri ve Küçük Adaların Yönetimi ile ilgili 2007 tarihli 27 sayılı Kanun gibi çeşitli kanunlarda ve düzenlemelerde de belgelendirildi.

Çeşitli bölgesel düzenlemeler ve bölgesel yönetimlerin kararnameleri *Adat* çevresinin varlığını tanıyan bölgesel yönetim düzeyinde de oluşturuldu; bunların arasında West Sumatera bölgesinde *Nagari* Yönetimine ilişkin Temel Hükümlerle ilgili 2000 tarihli 9 sayılı Bölgesel Düzenleme ve yine aynı Hükümlerle ilgili değişiklik yapılmış şekliyle 2007 tarihli 2 sayılı Bölgesel Düzenleme, Bali bölgesinde *Pakraman* Köyü ile ilgili 2001 tarihli 3 sayılı Bölgesel Düzenleme ve yine aynı Köyle ilgili değişiklik yapılmış şekliyle 2003

⁶ Endonezya Cumhuriyeti, *Oendang-Oendang Dasar (Anayasa)*, BRI Yıl II No.7, 1946, 18. Maddeye getirilen açıklama.

tarihli 3 sayılı Bölgesel Düzenleme ve *Lembang* Yönetimine ilişkin 2001 tarihli 2 sayılı Tana Toraja Kararnamesi yer almaktadır.⁷

1945 Anayasası'nda *Adat Law* Toplulukları birimlerinin tanınması, bir Kanuna ilişkin yargı denetiminin gerçekleştirilmesi yönünde başvuru yapılması için, diğer resmi koşullar arasında, öyle bir koşula yol açtı ki o da *Adat Law* Toplulukları birimlerinin Anayasa'da düzenlendiği üzere çeşitli niteliklere tabi olmalarıdır, şöyle ki⁸ (1) halen yaşayan birimler oldukları oranda; (2) toplumun gelişimine uymaları ve (3) kanunlarca düzenlendiği üzere Endonezya Cumhuriyeti Üniter Devlet ilkesine uymaları halinde başvuru yapılabilir. Tarım İşleri İlkeleri ile ilgili 1960 tarihli 5 sayılı Kanun'un 3. maddesine dayanarak, *Adat Law* Topluluklarının devlet tarafından tanınmaları için birkaç koşul bulunmaktadır; şöyle ki⁹ (1) halen yaşayan topluluk oldukları nispette; (2) milli menfaate uymaları ve (3) daha üst düzeydeki bir düzenleme ile aykırılık olmadığı hallerde devlet bu toplulukları tanır.

Ormancılıkla ilgili 1999 tarihli 41 sayılı Kanunun 67. maddesindeki hüküm ile şöyle bir düzenleme yapıldı ki *Adat Law* Toplulukları, aslında belirli koşullara uyarlarsa, tanınırlar; bu koşullar arasında¹⁰ (1) topluluğun

7 Nurul Elmiyah, ve diğerleri, Novrizal Bahar ve Owen Podger tarafından alıntı yapıldığı üzere, *Memberdayakan Desa Naskah Akademik Pokok-Pokok Pikiran Pembentukan Undang-Undang tentang Desa (Yerleşim Yerinin/Köyün Güçlendirilmesi, Köylere ilişkin Kanun Taslağı Hazırlamaya yönelik Temel Düşüncelere ilişkin Akademik Sunum)*, (Cakarta: DRSP-USAID, 2009), sf.37.

8 Endonezya Cumhuriyeti, *Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (1945 Endonezya Cumhuriyeti Devleti Anayasasında yapılan İkinci Değişiklik)*, adı geçen eserde, madde 18B fıkra (2).

9 Endonezya Cumhuriyeti, *Undang-Undang Pokok Agraria (Tarım İşleri İlkelerine ilişkin Kanun)*, Kanun Sayısı 5, LN No.104, LN 1960, TLN NO. 2043, madde 3. 1960 tarihli 5 sayılı Kanunun 3. maddesi.

10 Endonezya Cumhuriyeti, *Undang-Undang Kehutanan*, Kanun Sayısı 41, LN No.167, LN 1999; TLN No. 3888, madde 67. 1999 tarihli 41 sayılı Kanunun 67. maddesinde şöyle bir düzenleme yapılmıştır:

“(1) *Adat Law* topluluğu halen yaşayan bir topluluk olduğu nispette varlığı kabul edilir ve aşağıda belirtilenlere hakkı vardır:

a. kendi *adat* topluluğunun günlük ihtiyaçlarının karşılanması için orman ürünlerine ilişkin ekin yapmak;
b. kanunlara aykırı düşmeyecek şekilde, geçerli *adat law* (örf ve adet hukuku) hukukuna dayanarak orman işletmesini yürütmek; ve
c. refahını yükseltmek için yetki almak

(2) *Adat law* topluluğunun 1. fıkrada anıldığı üzere varlığının ve tasfiyesinin teyidi Bölgesel Düzenleme ile öngörülür.

(3) 1. fıkrada ve 2. fıkrada anılan diğer hükümler Hükümet Düzenlemesi ile düzenlenir.

halen bir topluluk biçiminde olması; (2) kurum binalarının halen *Adat* idarecisinin bulunduğu yerde olması; (3) açıkça tanımlanmış *Adat Law* bölgesinin/toprağının olması ve (4) kurumlarının olması yer almaktadır. Maluku Bölgesinde Tual İlının Kurulması ile ilgili 2007 tarihli 31 sayılı Kanunun Anayasaya uygunluk Denetimine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 31/PUU-V/2007 sayılı Kararında, Anayasa Mahkemesi bir *Adat Law* Topluk biriminin gerek bölgesel olarak, soya ait olarak gerekse işlevsel olarak en azından şu unsurları içermesi halinde *de facto* (fiilen) var olduğunun söylenebileceği kanısındadır; yani,¹¹(1) topluluğun üyelerinin halen *grubun içinde oldukları hissine* kapılmaları; (2) *Adat* idari kurumlarının olması; (3) *Adat* varlıklarına ve/veya *Adat* nesnelere halen sahip olması; ve (4) birtakım *Adat Law* normlarının bulunması; ve (5) bilhassa bölgesel mahiyet taşıyan *Adat Law* Toplulukları birimleri için belirli bir bölge unsuru olması şeklinde sıralanabilir.

Eğer¹² (1) *Adat Law* Toplulukları birimlerinin varlıkları, mevcut toplumda ideal kabul edilen değerlerin gelişmesini yansıtan geçerli hukuka, gerek genel mahiyetteki ve aynı zamanda tarım alanında, ormancılıkta, balıkçılıktaki gibi sektörel anlamdaki hukuka ve ayrıca bölgesel düzenlemelere dayanarak tanınıyorsa, ve (2) bu geleneksel hakların esası, kendi topluluklarının birim üyeleri ve ayrıca toplumun geneli tarafından tanınıyor ve saygı görüyorsa, ve de insan haklarına ters düşmüyorsa; bu *Adat Law* Topluluklarının birimlerinin geleneksel hakları ile beraber topluma uyum sağladıkları görülür. Eğer ki¹³ (1) varlığı Endonezya Cumhuriyeti Üniter Devleti'nin egemenliğini ve bütünlüğünü tehdit etmez ise, ve (2) *Adat Law* normlarının esası kanunlara ve düzenlemelere uygun olur, bunlarla ters düşmezse; *Adat Law* Topluluğu böyle bir birimi, Endonezya Cumhuriyeti Üniter Devleti'nin siyasi bir varlık ve hukuki bir varlık olarak varoluşunu engellemez.

Adat Law Toplulukları birimlerinin tanınması dört sonuç doğurur. **İlk olarak**, o topluluğun birimi, üyelerinden ayrı bir şekilde hukuki bir varlık olarak hareket edebilsin diye, yasal bir topluluğun bir birimi olarak tanınır.

11 Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, *Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual di Provinsi Maluku terhadap UUD Negara RI Tahun 1945 (Maluku Bölgesinde Tual İlının Endonezya Cumhuriyeti Devletinin Kurulması ile ilgili 2007 tarihli 31 sayılı Kanuna karşı Anayasaya uygunluk denetimi, Sayı 31/PUU-V/2007, 18 Haziran 2008.*

12 Aynı eserde.

13 Aynı eserde.

Bu statü, *Adat Law* Topluluklarının birimlerini, gerek şahsen gerekse hukuki varlıklar olarak (kamu hukuku tüzel kişiliği ve aynı zamanda özel hukuk tüzel kişiliği), diğer hükmi şahıslarla eşit hükmi şahıslar konumuna getirir. Bu itibarla, *Adat Law* Toplulukları birimleri tek bir varlık olarak da yasal işlem başlatabilirlerken, onlara hak ve yükümlülükler verilebilir. *Adat Law* Toplulukları, belirli bir arazi parçası ya da belirli bir bölge üzerinde belirli mülkiyet haklarına sahip olabilirler ve ayrıca yapmış oldukları işlemlerin bir sonucu olarak yasal yükümlülükler taşıyabilirler.

İkinci olarak, *Adat Law* Toplulukları birimlerinin mülkiyeti kadar hak ve özgürlüklerinin devlet tarafından tanınması sonucunu doğurur. Devlet kendiliğinden, gelişme adına bile olsa, keyfi olarak *Adat Law* Topluluklarının belirli denetleme ya da mülkiyet haklarını kaldıramaz ya da engelleyemez.

Üçüncü olarak, *Adat Law* Topluluğunun bir birimi tanınmıncaya kadar, devlet kendiliğinden böyle bir topluluk birimini yasal bir topluluğun birimi olarak şekillendiren ve kuran hukuk sistemini tanır. Aynı durum, devletin bir şirketi hukuki bir varlık olarak tanıdığı zaman da geçerlidir ki bu anlamda, devlet bu şirket tarafından yapılmış ve bu şirketin yönetildiği hukuk kuralları dizisini tanımaktadır. Bu itibarla, *Adat Law* Toplulukları birimlerinin tanınması, devletin anılan topluluk üzerinde etkili olan ve gelişen *Adat Law* varlığını tanımamasını da sağlar ve bunu doğrudan teşkil eder. Bu kabulün (tanınmanın) sonucu, *Adat Law* (bu hukukun) beslenen ve uygulanan ulusal hukuk sisteminin bir parçası olmasıdır.

Dördüncü olarak, *Adat Law* Toplulukları birimlerinin tanınması, yerel anayasal örf ve adet hukukunun (*Adat Law*) normlarına dayanarak kurulan yönetim düzeni ve yapısının tanınması ile sonuçlanır. Başka bir ifadeyle, eğer *Adat Law* Toplulukları birimlerinin kendi yapıları varsa, kısacası devlet tüm Endonezya bölgesi için tek bir yönetim yapısını zorunlu kılamaz. Hal böyleyken, Endonezya'da bölgesel yönetim bağlamında, belirli bölgelere ve belirli alanlarda belirli özelliği olan bölgelere ilişkin bir durumun oluşmasına yol açılmıştır.

D. *Adat Law* Toplulukları Birimlerinin Sosyal Hakları ile İlgili Endonezya Anayasa Mahkemesinin Kararı

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'yı koruyan bir kurum olarak, özellikle *Adat Law* Topluluklarına ilişkin sosyal hakları koruma, gözetme

ve düzeltme yükümlülüğü taşır. Kararlarıyla Anayasa Mahkemesi, *Adat Law* Topluluklarının sosyal haklarına zarar veren ya da itibar etmeyen tüm çabaların ve eylemlerin haklı çıkarılamayacağını ispat etmiştir.

On yıl boyunca, Anayasa Mahkemesi *Adat Law* Topluluklarının anayasal haklarının korunması ile ilgili davalara ilişkin kararlar vermiştir. Ağaçlandırma ile ilgili 2004 tarihli 18 sayılı Kanun'un Anayasa'ya uygunluk denetimine ilişkin davada, 55/PUU-VIII/2010 sayılı Karar ile Anayasa Mahkemesi, Ağaçlandırmaya ilişkin Kanun'un 21. maddesine ve 47. maddesinin 1. fıkrasına dair hükümleri iptal etmiştir. Çünkü anılan hükümlerin ağaçlama yapan girişimcilere veya şirketlere yararının olduğu ancak bu hükümler ile yerel toplulukların ve *Adat* Topluluklarının toprakları üzerinde mülkiyet hakkı sahipleri olarak haklarının göz ardı edildiği kabul edildi. Anayasa Mahkemesinin anılan kararına dayanarak, tüm Endonezya'da yerel ve *Adat Law* Topluluklarının, yasama yoluyla ve devlete ait araçların desteğiyle ağaçlandırma şirketlerince bugüne dek ihlal edilmiş olan anayasal hakları için mücadele etmek üzere sağlam bir gerekçeleri bulunmaktadır.

Ayrıca, Kıyı Bölgesi ve Küçük Adaların Yönetimi ile ilgili 2009 tarihli 27 sayılı Kanun'un Anayasa'ya uygunluk denetimine ilişkin 3/PUU-VIII/2010 sayılı Karara binaen, Anayasa Mahkemesi Kıyı Sularının İşlenmesi Hakları ile ilgili hükümleri iptal etti. Anayasa Mahkemesi, bunu ele alırken, bu hükümlerin *Adat* Topluluklarının veraset haklarının yok olmasına neden olduklarını, oysaki ilgili *Adat* Topluluğu halen var olduğu nispette bu hakların ortadan kaldırılamayacak özellikleri taşımakta olduğunu ifade etti. Bu karara dayanarak, kıyı suları bölgelerinin ve küçük adaların işlenmesi, kıyı topluluklarının, bilhassa çok eskiden beri kendi kıyı sularının işletmesini yürütmekte olan *Adat* Topluluklarının unutulmasına artık izin vermeyecektir.

Adat Law Topluluklarına yönelik korumanın kabul gördüğü gerçeği ile Ormancılıkla ilgili 1999 tarihli 41 sayılı Kanuna ilişkin yargı denetimindeki 2 (iki) kararda ayrıca karşılaşılabılır. **İlk olarak**, Anayasa Mahkemesi 34/PUU-IX/2011 sayılı Kararında, Ormancılıkla ilgili Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna şarta bağlı olarak hükmetti. Bu karar ile *Adat Law* Topluluklarının geleneksel haklarına yönelik olarak anılan maddede önceden belirtilmiş olan koruma ve saygı yeniden teyit edilmekte ve ilâveten, mülkiyet hakkı, inşa etme hakkı, ekip biçme hakkı ve toprak üzerindeki diğer haklar gibi toplulukların Kanunca tanınan hakları kabul edilmektedir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesinin Ormancılığa ilişkin Kanun'un yargı denetimi ile ilgili 35/PUU-X/2012 sayılı Kararında, Anayasa Mahkemesi *Adat* ormanlarının devlet ormanları olmadığını teyit etti. Bir orman, durumuna göre, devlet ormanı ve hak iddia edilen orman olarak iki türe ayrılır. Ayrıca, hak iddia edilen ormanlar, *Adat* ormanları (mülkiyet hakkı) ve bireylerin/tüzel kişilerin ormanları şeklinde ayrılırlar. Buna dayanarak, hak iddia edilen bir ormanın devlet ormanı alanında yer alması artık mümkün değildir. Aynı şekilde, bir devlet ormanı da hak iddia edilen orman alanı içerisinde ve bir mülkiyet hakkı ormanı da devlet ormanı alanı içerisinde olamaz. Ormanların bu üç tür halinin hepsi devlet tarafından en üst derecede denetlenmektedir.

Anılan karara dayanarak, Anayasa Mahkemesi devlet ormanları ve *Adat* ormanları arasında farklı düzenleme yapılmasını mecbur kılar. Devletin devlet ormanları üzerinde kullanım, yararlanma ve devlet ormanları alanı içerisindeki yasal ilişkileri belirleme konusunda tam yetkisi vardır, oysaki devletin *Adat* ormanları üzerindeki yetkisi, *Adat Law* Topluluğunun bir bölgesel birimi içerisindeki mülkiyet hakkı ölçüsünde sınırlıdır.

Bu itibarla, *Adat Law* Topluluklarının mülkiyet haklarının bulunduğu ormanlarını denetime açma ve ailelerinin olduğu kadar kendi kişisel ihtiyaçlarının karşılanması için topraklarını ekip biçme hakları bulunmaktadır. Çünkü *Adat Law* Toplulukları üyelerinin haklarını ortadan kaldırmak mümkün değildir. Buna karşın, bu şu anlama gelmemektedir ki *Adat* Toplulukları hükümet düzenlemeleri olmaksızın keyfi olarak ormanlarını işletmeye hakları vardır. Anılan karara dayanarak, şunu anlayabiliriz ki Anayasa Mahkemesi *Adat Law* Topluluklarının sosyal haklarının ihlal edilmesine izin veremez.

Bu sunumun sonunda, *Adat Law* Topluluklarının anayasal haklarının *Adat* Topluluklarının kendi varlıkları ile yakından ilgili olduğunu belirtmek isterim. Bununla beraber, eğer *Adat Law* Topluluklarının hakları ihlalden zarar görürse, o zaman *Adat Law* Topluluklarının varlığı tehdit altındadır. Veya en azından *Adat Law* Topluluklarının Cumhuriyetimizde onurları ile yaşama haklarını kaybetmeleri sonucu doğar.

1945 Anayasası'na atıfta bulununca şunların oldukça açık olduğu görülür ki **ilk olarak,** *Adat Law* Topluluklarının varlığının, Endonezya ulusunun devleti çerçevesinde net biçimde tanımlanmış bir anayasal temeli vardır. **İkinci olarak,** *Adat Law* Topluluklarının, 1945 Anayasası'ndaki hükümlerde belirtildiği üzere haklarını savunacak sağlam dayanakları vardır.

Bu iki hükümle birlikte, devlet en az 2 (iki) temel hukuki yükümlülüğü taşır. Birinci yükümlülük, *Adat Law* Topluluklarının haklarını tam anlamıyla koruma dâhil olmak üzere, devletin insan haklarını gerek eylem yoluyla gerekse ihmal yoluyla ihlal etmeme yükümlülüğü ile ilgilidir. Bununla beraber, devletin *Adat Law* Topluluklarının her bakımdan haklarına zarar veren eylemlerde, özellikle doğal kaynakların istismarı ile çoğunlukla ilgili olan eylemlerde bulunmasına izin verilmez. İkinci yükümlülük ise, devletin ihlalleri önleme yönünde çaba gösterme, ne zaman bir ihlal olsa inceleme, ihlalde bulunana karşı yasal işlem yürütme ve yapılan zarar karşılığı tazminat taahhüdünde bulunma yükümlülüğü ile ilgilidir.

Bu bağlamda, yukarıda anlatılan Anayasa Mahkemesi kararına binaen, *Adat Law* Topluluklarının sosyal haklarını korumanın haricinde, Anayasa Mahkemesi devletin bu toplulukların anayasal haklarının korunmasına yönelik güvence verme yükümlülüğünden kaçmaması için Devlet üzerindeki denetime de katkıda bulunmuştur.

The Role of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia in the Protection of Social Rights of The *Adat Law* Communities¹

Hamdan Zoelva

Chief Justice of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia

A. Introduction

The Constitutional Court of the Republic of Indonesia (MK-RI) was established in the era of the *Reformasi* by virtue of the Third Amendment to the Constitution of 1945.² The formation of the MK-RI (Constitutional Court) was part of the arrangement of the constitutional system of Indonesia based on the principle of a democratic constitutional state, supremacy of the constitution, the protection of Human Rights, and the institutionalization of the checks and balances mechanism. The purpose of ordering the constitutional system is to prevent the abuse of power and the rise of an authoritarian government.

Article 24C of the Constitution of 1945 grants four authorities and places one obligation to the MK-RI (Constitutional Court). The four authorities are to judge at the first and final instance: (1) the judicial review of Laws against the Constitution; (2) disputes concerning constitutional authorities of State institutions; (3) the dissolution of a political party; and (4) disputes concerning the result of General Elections. One obligation of the MK-RI (Constitutional Court) is to judge on the opinion of the Council of People's Representatives (DPR-RI) concerning the assumption of breach of law by the President and/or the Vice-President as a stage that must be proceeded in the process of dismissing the President and/or the Vice-President during their tenure.

1 Presentation paper presented at the II Congress of the *Association of Asia Constitutional Courts and Equivalent Institutions*, in Istanbul-Turkey, 27-30 April 2014.

2 Amendment to the Constitution of 1945 was undertaken by the MPR as of 1999 up to 2002. Despite named as the Third Amendment, the amendment process undertaken in 1999, 2000, 2001, and 2002, constituted one stage of amendment. The application of the term "the Third Amendment" refers to the legalization of the amendment undertaken stagewise.

By its authority to review laws, the MK-RI (Constitutional Court) bears the function to safeguard the position of the constitution as the highest law by means of assuring that each law that is applied for judicial review is not contradictory with the Constitution. In other words, the MK-RI (Constitutional Court) safeguards the execution of the substance of the constitution consistently by the legislation of the laws.

Therefore, the MK-RI (Constitutional Court) is said to have the function of the guardian of the constitution. Considering that one of the main matters in the constitution is the guaranteeing of protection, compliance with, and the advocacy of human rights, the MK-RI (Constitutional Court) also bears the function as the protector of human rights and constitutional rights. Such function is carried out through the authority to make judgments that are final and binding.

B. Social Rights in the Constitution of Indonesia

The constitutional rights of citizens are frequently mentioned as human rights that are guaranteed in the constitution of the state. A right is stated to be a constitutional right if (1) it represents the ideology of the state; (2) it binds all branches of power; and (3) it expresses the objective of the national values and legal order.³

Social rights or social basic rights are a classification of kinds of human rights based on the history of its development and its substance. Social rights are very important as the fulfillment of these rights is conditional for the enjoyment of all the basic rights and equality. The human condition overwhelmed by natural inequality shall be balanced by the State through the fulfillment of social rights. Social rights reflect a new awareness that each member of the society has the right over a just part of the assets of its nation and that it acquires a reasonable part of the economic value created by the society through the social division of labor.⁴

According to Robert Alexy, the emergence of social rights is based on two matters. *Firstly*, whereas the basic freedom to do or not to do something has no meaning if there is no real freedom, namely a condition that enables an

3 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2004), p.xix.

4 Franz Magnis Suseno, *Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern (Political Ethics: Basic Moral Principles of Modern Statecraft)*, (Jakarta: Gramedia, 1999), p. 129 – 130.

individual to have alternative choices. *Secondly*, in the current modern society, such real freedom cannot be made dependent from the capacity of the living society, but it needs the positive act of the state.⁵

Based on the above concept, social rights are certain rights required to fulfill certain conditions to enable the individual to pursue other rights and freedoms in its life in the society. These rights can be individual rights or personal rights as well as collective rights of a certain group of community. Social rights comprise among others, the right of welfare, the right to work and to choose work, the right of reasonable wage, the right of social securities, the right of health, and the right of education.

In the constitutional history of Indonesia, social rights have an important position. In the course of the drafting of the Constitution of 1945, the founders of the state of Indonesia have debated about the doctrine of the state between individualism and collectivism. In essence, Indonesia is not established based on the doctrine of individualism, but rather based on collectivism or the doctrine of brotherhood (*kekeluargaan*) and mutual cooperation (*gotong-royong*), without waiving the guaranty for individual rights. Therefore, one of the five foundations of the State (*Pancasila*) states “*justice for all the people of Indonesia*”. The collective nature and the aspect of social rights is also visible from the formulation of the objective of the State in the Preamble of the Constitution of 1945, namely “*to protect the whole nation of Indonesia and the entire homeland of Indonesia, and in order to advance public welfare, to educate the nation’s life, and to contribute to the enforcement of a world order based on liberty, lasting peace and social justice*”.

The guaranty for social rights at least has been set out in the Constitution of 1945 prior to its Amendment. Meanwhile, in the Constitution of 1945 following its Amendment it has become more complete and detailed. The said guaranty gives rise to the obligation of the state *to respect and to fulfil* social rights, economic rights, and cultural rights which is an *obligation to result* and is not an *obligation to conduct* as is the case with civil and political rights. The obligation of the state in terms of the “*obligation to result*” is fulfilled if the state has utilized in good faith the *maximum available resources* and has conducted *progressive realization*.

5 Robert Alexy, *op cit.* p. 337 – 338.

C. Rights of the *Adat Law* Communities

The acknowledgment of and respect for unities of *adat law* communities was set out already prior to the amendment of the Constitution of 1945. The Elucidation to Article 18 of the Constitution of 1945 stated that there were around 250 autonomous countryside and people communities (original in Dutch: *zelfbesturende landschappen en volksgemeenschappen*), like the *marga* (clans), *desa* (villages), and *negeri* (counties).⁶ The acknowledgment of *adat law* communities prior to the amendment of the Constitution of 1945 was also set out in various laws and regulations, namely the Resolution of the People's Consultative Assembly of the Republic of Indonesia (MPR RI) Number XVII/MPR/1998, the Law Number 5 of 1960 regarding Basic Arrangement on the Principles of Agrarian Affairs, the Law Number 11 of 1966 regarding Mining, and the Law Number 5 of 1967 regarding Forestry.

Following the amendment to the Constitution of 1945, the acknowledgment of and respect for unities of *adat law* communities are further governed in Article 18B paragraph (2) and Article 28I paragraph (3) of the Second Amendment to the Constitution of 1945, which governs as follows: "*The State acknowledges and respects unities of adat law communities along with their traditional rights to the extent that they are still alive and conform to the development of the society and the principle of the Unitary State of the Republic of Indonesia as governed by the laws.*"

The acknowledgment of the *adat law* communities following the amendment of the Constitution of 1945 is also documented in various laws and regulations, among others in the Law Number 41 of 1999 regarding Forestry, the Law Number 39 of 1999 regarding Human Rights, the Law No 32 of 2004 regarding Regional Government, the Law No. 31 of 2004 regarding Fishery, and the Law Number 27 of 2007 regarding the Management of the Coastal Zones and Small Islands.

Various regional regulations (*Perda*) and decrees of the regional heads have also been formed at the level of regional government that acknowledge the presence of the *adat* village, among others in: the Province of West Sumatera by the Regional Regulation (*Perda*) Number 9 of 2000 regarding Principal

6 Republik Indonesia, *Oendang-Oendang Dasar (The Constitution)*, BRI Year II No. 7 of 1946, elucidation to Article 18.

Provisions on the Government of the *Nagarias* amended by the Regional Regulation (*Perda*) No. 2 of 2007 regarding Principles on the Government of *Nagari*, the Province of Bali by *Perda* Regional Regulation (*Perda*) Number 3 of 2001 regarding The *Pakraman* Village, as amended by the Regional Regulation (*Perda*) Number 3 of 2003, and the Decree of the Regent of Tana Toraja Number 2 of 2001 regarding The Government of *Lembang*.⁷

The acknowledgment of unities of *adat law* communities in the Constitution of 1945 has led to one among the other formal requirements for the application to conduct a judicial review on a Law is that the unities of *adat law* communities are subject to the various qualifications as governed in the Constitution, namely:⁸ (1) to the extent it is still alive; (2) conform to the development of the society; and (3) conform to the principle of the Unitary State of the Republic of Indonesia as governed by the laws. Based on Article 3 of the Law Number 5 of 1960 regarding the Principles of Agrarian Affairs, there are several requirements for the *adat law* communities to be acknowledged by the state, namely:⁹ (1) to the extent they are still existing; (2) conform to the national interest, and (3) it is not contradictory to a higher regulation.

The provision of Article 67 of the Law Number 41 of 1999 regarding Forestry governs that *adat law* communities are acknowledged if in reality they comply with certain conditions, among others:¹⁰ (1) the community is still

7 Nurul Elmiyah, *et al.*, as quoted by Novrizal Bahar and Owen Podger, *Memberdayakan Desa Naskah Akademik Pokok-Pokok Pikiran Pembentukan Undang-Undang tentang Desa (Empowerment of the Village, Academic Paper on Basic Thoughts for the Drafting of the Law on Villages)*, (Jakarta: DRSP-USAID, 2009), p. 37.

8 Republik Indonesia, *Perubahan Kedua Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Second Amendment to the Constitution of the State of the Republic of Indonesia of 1945)*, *op cit.*, Article 18B paragraph(2).

9 Republik Indonesia, *Undang-Undang Pokok Agraria (Law on the Principles of Agrarian Affairs)*, Law Number 5, LN No. 104, LN of 1960, TLN No. 2043, Article 3. Dalam Article 3 of the Law Number 5 of 1960 diatur serbagai berikut: "...pelaksanaan hak ulparagraphdan hak-hak serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyatannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi."

10 Republik Indonesia, *Undang-Undang Kehutanan*, of the Law Number 41, LN No. 167, LN of 1999, TLN No. 3888, Article 67. In Article 67 of the Law Number 41 of 1999 it is governed as follows:

"(1) *The adat law community to the extent it is still existing and its existence is acknowledged has the right:*
a. *to conduct reap on forests products for fulfillment of the daily needs of the respective adat community;*

in the form of a community (Indonesian: *paguyuban*; Dutch: *rechtsgemeenschap*; German: *Rechtsgemeinschaft*); (2) they still have the institution in the setting of its *adat* ruler; (3) they have a clearly defined *adat law* territory; and (4) they have institutions. In the Verdict of the MK-RI (Constitutional Court) Number 31/PUU-V/2007 regarding the Review of the Law Number 31 of 2007 regarding The Formation of the City of Tual in the Province of Maluku against the Constitution of 1945, the Constitutional Court was of the opinion that a unity of an *adat law* community may be stated as *de facto* existing (*actual existence*), either territorially, genealogically, as well as functionally at least containing the elements of:¹¹ (1) the members of the community still possess an *in-group feeling*; (2) it has *adat* government institutions; (3) it still possesses *adat* assets and/or *adat* objects; and (4) it has a set of *adat law* norms; and (5) particularly for unities of *adat law* communities of a territorial nature, they must have the element of a certain territory.

The unities of *adat law* communities along with their traditional rights are perceived to be conforming to the development of the society if those unities of *adat law* communities:¹² (1) have an existence which is acknowledged based on the prevailing law that reflects the development of values deemed ideal in the current society, either law of a general nature as well as in sectoral terms, like in the agrarian field, forestry, fishery, *et cetera* as well as in the regional regulations, and (2) the substance of those traditional rights is acknowledged and respected by the members of the unity of the respective community and also by the society at large, and is not contradictory to human rights. Such unity of an *adat law* community does not disturb the existence of the Unitary State of the Republic of Indonesia as a political entity and a legal entity if

b. to conduct forest management based on the prevailing *adat law* and is not contradictory to the laws; and
c. to acquire empowerment in order to increase its welfare.

(2) Confirmation of the presence and elimination of the *adat law* community as mentioned in paragraph(1) shall be stipulated by Regional Regulation.

(3) Further provisions as mentioned in paragraph(1) and paragraph(2) shall be regulated by Government Regulation."

11 The Constitutional Court of the Republic of Indonesia, *Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual di Provinsi Maluku terhadap UUD Negara RI Tahun 1945* (Judicial Review against the Law Number 31 of 2007 regarding the Formation of the City of Tual in the Province of Maluku vis-a-vis the Constitution of the State of the Republic of Indonesia of 1945, Number 31/PUU-V/2007, 18 June 2008.

12 *Ibid.*

namely:¹³ (1) its existence does not threaten the sovereignty and integrity of the Unitary State of the Republic of Indonesia, and (2) the substance of the *adat law* norms conforms to and is not in contradiction with the laws and regulations.

The acknowledgment of unities of *adat law* communities bears four consequences. **Firstly**, a unity of a community is acknowledged as a unity of a legal community so that it can act as a legal entity distinct from its individual members. This status places the unities of *adat law* communities as legal subjects equal to other legal subjects, either in person as well as legal entities (public as well as private entities). As such, rights and obligations can be attached to the unities of *adat law* communities, while they can also take legal acts as one entity. Adat law communities can have certain ownership rights, such as over a certain plot of land or certain zone (the *ulayat* right), as well as bearing legal obligations as a result of the acts they have taken.

Secondly, the acknowledgment of the state of the rights and obligations as well as ownership of the unities of the *adat law* communities. By itself the state cannot arbitrarily revoke or cross against the ownership rights or certain control of the *adat law* communities, even if that is in the interest of development.

Thirdly, by the time there is an acknowledgment of a unity of an *adat law* community, by itself the state acknowledges the legal system that shapes and establishes such unity of community as a unit of a legal community. The same rules for the state at the time the state acknowledges a corporation as a legal entity, to the effect that the state acknowledges the set of corporate legal rules made by and which governs such corporation. As such, the acknowledgment of unities of *adat law* communities also covers and directly constitutes the acknowledgment of the state of the existence of the *adat law* so formed, developing, and prevailing over the said community. The consequence of this acknowledgment is that the *adat law* is placed as part of the national legal system which should be nurtured and enforced.

Fourthly, the acknowledgment of unities of *adat law* communities by itself results in the acknowledgment of the structure and order of government that are formed based on the norms of the local constitutional *adat law*. In other

13 *Ibid.*

words, the state cannot simply compel a uniform government structure for the whole territory of Indonesia if indeed the unities of *adat law* communities have their own structure. This is the circumstance in the context of regional government in Indonesia that leads to the formation of the status of special regions and regions with special characteristic in certain zones.

D. The Verdict of the Constitutional Court of Indonesia related to the Social Rights of Unities of *Adat Law* Communities

As an institution safeguarding the Constitution, the MK-RI (Constitutional Court) bears the obligation to safeguard, to protect, and to restore the social rights, particularly the *adat law* communities. By its Verdicts, the MK-RI (Constitutional Court) has proven that all efforts and acts that ignore or harm the social rights of the *adat law* communities cannot be justified.

In the course of ten years, the MK-RI (Constitutional Court) has ruled on cases related to the protection of the constitutional rights of the *adat law* communities. They can be encountered among others in the Verdict Number 55/PUU-VIII/2010 in the case of Review against the Law Number 18 of 2004 regarding Plantations. By that verdict the MK-RI (Constitutional Court) cancelled the provision of Article 21 and Article 47 paragraph (1) and paragraph (2) of the Law on Plantations as the said provisions were deemed to benefit the plantation entrepreneurs or companies, but ignores the rights of the local communities and the *adat* communities as the owners of the *ulayat right* over the lands. Based on the said verdict of the MK-RI (Constitutional Court), the local and the *adat law* communities in all over Indonesia have a solid ground to struggle for their constitutional rights that to date have been violated by plantation companies by means of legislation and the support of the state apparatus.

Moreover, by virtue of the Verdict Number 3/PUU-VIII/2010 in the Review against the Law Number 27 of 2009 regarding the Management of the Coastal Zones and Small Islands, the MK-RI (Constitutional Court) cancelled the provisions related to the Rights of Cultivation of Coastal Waters (HP-3). In its consideration, the MK-RI (Constitutional Court) stated that the HP-3 potentially gives cause to the disappearance of the rights of the hereditary rights of the *adat* communities, whereas those rights possess characteristics that cannot be eliminated to the extent that the respective *adat* community

still exists. Based on this verdict the cultivation of zones of coastal waters and small islands may no longer leave behind the coastal communities, particularly the adat communities who have managed the respective coastal waters since time immemorial.

The confirmation of protection for the *adat law* communities can also be met in 2 (two) verdicts in the case of judicial review against the Law Number 41 of 1999 regarding Forestry. **Firstly**, in the Verdict Number 34/PUU-IX/2011, the MK-RI (Constitutional Court) has ruled conditionally unconstitutional Article 4 paragraph (3) of the Law on Forestry. This verdict reconfirms the respect for and protection of the traditional rights of the *adat law* communities already set out in the said article, added by the acknowledgment of the rights of the communities granted by the Law such as property right, right to build, right to cultivate, and other rights over land.

Secondly, in the Verdict of the MK-RI (Constitutional Court) Number 35/PUU-X/2012 regarding judicial review against the Law on Forestry, the MK-RI (Constitutional Court) confirmed that adat forests are not state forests. Based on its status, a forest is distinguished into two kinds, namely state forests and right forests. Moreover, right forests are distinguished into adat forests (*ulayat* right) and forests of individuals/legal entities. Based thereon, it is no longer possible that a right forest is situated in the territory of a state forest. Or the other way around, a state forest within a territory of a right forest and an *ulayat* right forest within a state forest. The three kinds of status of forests as such are all controlled by the state at the highest instance.

Based on the said Verdict, the MK-RI (Constitutional Court) obliges different regulation between state forests and adat forests. As over state forests the state has full authority to determine its use, utilization, and the legal relationships within the territory of the state forests, whereas for the adat forests the state authority is limited to the extent that the content of the authority covered in the adat forest, namely the *ulayat* right within one territorial unity of an *adat law* community.

As such, *adat law* communities have the right to open their *ulayat* forests to be controlled and the land to be cultivated by them for the sake of fulfillment of their personal needs as well as that of their families, as it is not possible to eliminate the rights of the members of the *adat law* communities. Nevertheless, that does not mean that the adat communities have arbitrarily

the right to manage their forests without government regulations. Based on the said verdict we may understand that by possessing the authority, the MK-RI (Constitutional Court) cannot afford to let violation be committed against the social rights of the *adat law* communities.

At the closing of this presentation, I wish to state that the constitutional rights of the *adat law* communities are closely related to the existence of the *adat* communities themselves. That said, if the rights of the *adat law* communities suffer violation, then the existence of the *adat law* communities is threatened. Or else, at least that will ensue in the loss of the *adat law* communities of their right to live with dignity in our Republic.

By referring to the provision of the Constitution of 1945 it becomes pretty clear that **first**, the existence of the *adat law* communities has a clearly defined constitutional basis in the framework of the state of the Indonesian nation. **Second**, the *adat law* communities have a solid basis to defend their rights as stated in the provisions of the Constitution of 1945.

Along with those two dispositions, the state shall bear at least 2 (two) main legal obligations. The first obligation is related to the obligation of the state not to violate human rights, either by means of acts as well as by omission, including to fully protect the rights of the *adat law* communities. That said, the state shall not be allowed to take acts detrimental to the rights of the *adat law* communities in all respects, particularly those most frequently related to the exploitation of natural resources. The state shall not acquiesce by the time a violation is committed by a third party against the *adat law* communities. The second obligation is related to the obligation of the state to make efforts to prevent violations, to investigate whenever a violation takes place, to conduct legal process against the violator, and to undertake reparation against the loss incurred.

Within that context, by virtue of the Verdict of the MK-RI (Constitutional Court) as above described, apart from protecting the social rights of the *adat law* communities, the Constitutional Court has also contributed to the control over the State in order for the state not to evade from its obligation to render guaranty for the protection of the constitutional rights of the *adat law* communities.

Sosyal Hakların Kore Anayasa Mahkemesince Korunması - Sosyal Refah Haklarına Odaklanma -

Jinsung Lee
Kore Anayasa Mahkemesi Üyesi

I. Giriş

Günümüzde, sosyal koruma olmadan gerçek anlamda demokrasiyi gerçekleştirmeyi güçlükle düşünebiliriz. Sosyal azınlıkların refahını artırarak temiz toplumlar oluşturma, Devletin önemli bir görevi olarak kabul edilmiştir.

Kore Cumhuriyeti'nde, pek çok başka ülkede olduğu gibi, sosyal refahı geliştirmek üzere birtakım kanunlar çıkarılmış ve zaman içinde gözden geçirilip düzeltilmiştir. Ne var ki, bunlardan bazılarında, eşit koruma ilkesi ya da ölçülülük ilkesi¹ kapsamında itiraz edilmiştir.

Kore Anayasası, yoksullar ve özürliüler dâhil sosyal azınlıklara yönelik ayrıcalıklı muamele içeren hükümler yanında sosyal refaha yönelik genel bir hüküm öngörür. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi toplumdaki zayıf kimselere yönelik sosyal hakları korumada önemli bir rol oynamıştır.

Bu konferansta, Anayasa Mahkemesinin sosyal refah bağlantılı kararlarını ve aynı zamanda Kore'nin ilgili Anayasa hükümlerini sunmak isterim.

II. Sosyal Refah ile İlgili Anayasa Hükümleri

(1) Kore Anayasasının, sosyal refah ya da sosyal güvenliğe ilişkin bazı açık hükümleri bulunmaktadır. Madde 34 (1) ve (2) ile açıklanan şudur

¹ Kore Cumhuriyeti Anayasasının madde 37 (2)'si, aşırı kısıtlamanın yasaklanmasına ilişkin ölçülülük ilkesini "İnsanların tüm özgürlükleri ve hakları ancak milli güvenlik, düzenin korunması için veya toplum refahı için bir kısıtlama gerekli olduğunda, kanun yoluyla kısıtlanabilir ve böyle bir kısıtlama özgürlüklerin ve hakların özünü ihlal edemez." şeklinde öngörmektedir.

ki “Tüm vatandaşların insan onuruna layık bir yaşam hakkı vardır” ve ayrıca “Devlet, sosyal güvenliği ve refahı geliştirmeye çalışmakla yükümlüdür.” Özellikle, madde 34 (3) ve (4) ile Devletin kadınların refahını ve haklarını geliştirmeye çalışacağı, yaşlıların ve gençlerin refahını artırmaya yönelik politikaları hayata geçirmekle yükümlü olduğu açıkça ifade edilmektedir. İlâveten, madde 34 (5), fiziksel bir engel, hastalık, yaşlılık nedeniyle veya başka nedenlerle geçimini sağlayamayan vatandaşların Devlet tarafından korunmasını öngörmektedir.

(2) Ayrıca, sosyal refah meselelerine eşit koruma teorisi kapsamında itiraz edilmiştir. Anayasa’nın madde 11 (1)’i “Tüm vatandaşlar kanun önünde eşittir ve cinsiyet, din ya da sosyal statü sebebiyle siyasi, ekonomik, sosyal ya da kültürel hayatta herhangi bir ayrımcılık olmaz” şeklindeki ifade ile eşit koruma teorisine yönelik bir temel oluşturmaktadır.

(3) Bazen, özellikle mesele sosyal sigorta ile ilgili olduğunda, mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği sorunu ortaya çıkar. Anayasa’nın madde 23 (1) ve (2)’si ile açıklanan şudur ki “Tüm vatandaşların mülkiyet hakkı güvence altına alınır. Bunun içeriği ve sınırlamaları Kanun ile tespit edilir” ve ayrıca “Mülkiyet haklarının kullanımı sosyal refaha uygun olmalıdır.”

(4) Buna ek olarak, diğer temel haklara da esas olabilecek Anayasa’nın 10. maddesi ile şu ifade edilmektedir: “Tüm vatandaşlar insan onuru ve değerine ilişkin güvencelere sahiptirler ve tüm vatandaşların mutluluğu arama hakkı vardır. Bireylerin ihlal edilemez insan haklarını teyit etmek ve güvence altına almak Devletin görevidir.”

Bilhassa, çalışma meseleleri ile ilgili olarak, 32. madde “Tüm vatandaşların çalışma hakkı vardır” (bölüm 1) şeklinde bir ifade ile beraber öngörmektedir ki “Çalışma koşulları standartları, insan onurunu güvence altına alacak şekilde Kanun ile tespit edilir” (bölüm 3)

III. Sosyal Refaha İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

1. Geçim Koruma Standardı Davası (9-1 KCCR 543, 94Hun-Ma33, 29 Mayıs1997)²

1994’te, yayımlanan kılavuz ilkelerde yer alan “1994 Geçim Koruma Standardı” ve eski Asgari Geçim Koruma Kanunu kapsamında geçim yardımı

2 Kore Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, *Twenty Years of the Constitutional Court of Korea*, 2008, 418-421.

ödeneği alan, çalışamayan yaşlı bir çift, ödeme miktarının asgari geçim giderinin oldukça altında olduğunu ve böylelikle insan onuruna yaraşır şekilde olması gereken yaşama haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek, Standarda karşı bir anayasa şikâyetinde bulundu.

Mahkeme, Anayasa'nın 34. maddesi kapsamında Devletin halkının yaşam standartlarını koruma yönünde sorumluluğu olduğunu tasdik ettikten sonra, davayı reddetti. Mahkeme, Devlet bu alanda hiç yasa çıkarmadığı zaman ya da yasaların içeriği Devletin açıkça görevini yerine getiremeyeceği kadar yersiz olduğu zaman, yasama organının Devletin ekonomik gücü olmayan insanları koruma görevi ile ilgili anayasa hükümlerini ve insanların insan onuruna yaraşır şekilde yaşama haklarını ihlal ettiğine hükmetti. Mahkeme, idarenin belirlediği geçim koruma standartlarının Anayasa'ya uygunluğunun, yalnızca Asgari Geçim Koruma Kanunu kapsamında sağlanan geçim yardım ödeneğine dayanarak denetlenemeyeceğini; bunun yerine, kanunlarca öngörülen toplam yardım tutarının dikkate alınması gerektiğini ifade etti.

Başka kanunlarla öngörülen yaşlılık aylığı, otobüs ücreti harçlığı, su faturalarından, telefon ücretlerinden ve kanalizasyon vergilerinden muafiyet gibi tüm yardımlar dikkate alındığında; Mahkeme, bunların toplam tutarı iki kişilik bir aile için o yılın asgari yaşam maliyetini karşılamasa bile, tek başına bu gerçeğin Devletin insan onuruna yaraşır asgari düzeyde gerekli geçimi sağlayamadığını ya da Anayasa'nın izin verdiği takdir yetkisinin kapsamından açık bir şekilde ayrıldığını söylemeye yetemeyeceğine karar verdi.

Bu karar, Kore'deki yoksullar için koruma düzeyini belirlemede önemlidir. Fakat eleştirmenler, Mahkemenin Devlete asgari koruma düzeyini belirlemesi hususunda aşırı geniş bir takdir yetkisi verdiğini ileri sürmüşlerdir.

2. Sağlık Sigortası Davasının Birleşmesi (12-1 KCCR 913, 99Hun-Ma289, 29 Haziran 2000)³

1999 Genel Sağlık Sigortası Kanunu, işyeri sigortası ve yerel sigorta planları kapsamında ayrı olarak sigorta edilenleri Ulusal Sağlık Sigortası Kurumu altında birleştirmek üzere tasarlandı. Kanunun, iki sigorta planının

3 Kore Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, *Twenty Years of the Constitutional Court of Korea (Kore Anayasa Mahkemesi'nin Yirmi Yılı)*, 2008, 471-474.

finansmanının birleşmesini, eski sigorta birliklerinin zorunlu feshini ve feshedilen birliklerin haklarının Ulusal Sağlık Sigortası Kurumu'na toplu olarak devrini düzenleyen hükümleri vardır. Şikâyetçiler, yani işyeri sağlık sigortası birlikleri üyeleri, Kanunun mülkiyet haklarını ve eşitliği ihlal ettiğini ileri sürdüler.

Bu davada, Anayasa Mahkemesi, Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerinin Anayasa'yı ihlal etmediğine oybirliğiyle karar verdi.

Mahkeme, ilk önce Kanunun mülkiyet hakkını ihlal etmediğini kabul etti, çünkü sağlık sigortası birliklerinin mevduat hesapları Anayasa'daki mülkiyet hakkının korunması kapsamına girmemekte ve ayrıca mevduat hesaplarının birleşmesi ne sağlık sigortası yardımlarına ilişkin hakları tehdit etmekte ne de sigortalanan işyeri aleyhine olumsuz değişikliklere neden olmaktadır.

Mahkeme daha sonra şuna hükmetti ki iş yerince sigortalı olanların ve yerel olarak sigortalı olanların tür ve gelirin vergiye tabi tutulması açısından aslında heterojen gruplar olmalarına rağmen, hesapların birleşmesi eşitlik hakkını ihlal etmemektedir çünkü prim oranlarını uygun şekilde ayarlamaya yönelik olarak bazı önlemler ya da usuller vardır ki bunlar arasında Finansman Yönetimi Komitesi aracılığıyla yapılan ayarlama yöntemi de sayılabilir.

Kanunun hesapların birleşmesine ilişkin hükümlerinin Anayasa Mahkemesince onaylamasına rağmen, Kanun 1 Temmuz 2000 tarihinde planlandığı şekilde yürürlüğe girdi. Ne var ki, sağlık sigortası sistemlerinin birleşmesine ilişkin hükümler, farklı menfaat grupları arasındaki keskin anlaşmazlıkların alevlendirdiği Anayasa tartışmalarına halen maruz kalmaktadır.

3. Engelli Çalıştırma Zorunluluğu Davası [15-2(A) KCCR 58, 2001Hun-Ba96, 24 Temmuz 2003]⁴

Engelli Kimselerin İstihdam Teşvikine ilişkin eski Kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi uyarınca, 300 ya da daha fazla kişi çalıştıran bir işveren, tüm çalışan sayısının yüzde iki oranında ya da üzerinde engelli kişi çalıştırmalı ve bu işveren yukarıdaki istihdam oranını karşılayamayacak

4 Kore Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, *Decisions of the Korean Constitutional Court* (2003), 223-228.

olursa, engellilere ilişkin olarak her yıl önceden belirlenmiş miktarda bir istihdam ücretini Çalışma Bakanlığına ödemelidir. 2001’de, bu hükümlerin sözleşme ve çalışma özgürlüğünü⁵ ve aynı zamanda mülkiyet hakkını ihlal ettiği ileri süren bir işveren, bunlara itiraz etti.

Ne var ki, Mahkeme, Anayasa’nın çalışma hakkına ilişkin maddesi (madde 32), insanlara layık bir yaşam hakkına ilişkin madde (madde 34) ve Devletin ekonomik düzenine ilişkin madde (madde 119)⁶ dâhil olmak üzere anayasa hükümlerine dayanarak hükümlerin Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmetti. Aslında, engelli insanlar, fiziksel ya da zihinsel durumları nedeniyle iş elde etmede sıklıkla aşırı güçlüklerle karşılaşılıyorlar. Ticari işletmelerin ekonomik faaliyette bulunma özgürlüklerine ilişkin teminata rağmen, insan onurunu kuvvetle desteklemek ve sosyal ve ekonomik açıdan daha zayıf bir konumda olan engelli kimseler için insani yaşam koşullarını temin etmek amacıyla böyle bir özgürlüğü bir dereceye kadar kısıtlamak gereklidir. Böylece, Mahkeme, engelli kimse çalıştırma zorunluluğuna ilişkin hükmün işverenlerin sözleşme özgürlüğünü ve diğer ekonomik özgürlüklerini aşırı derecede kısıtlamadığını kabul etti.

Engelli Kimselerin İstihdam Teşvikine ilişkin Kanun, bu kararın ardından gözden geçirilip düzeltildi ve şu anda, Kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 50 ya da daha fazla kişi çalıştıran işverenlerin tüm çalışan sayısının 23/1000 oranında ya da üzerinde engelli kişi çalıştırmalarını öngörmektedir.

4. Görme Engelli Masör Davası [20-2(B) KCCR 1089, 2006Hun-Mal098, 1116, 1117, 30 Ekim 2008]⁷

Masörlük lisanslarını almaya yönelik olarak yalnızca görme engelli insanlara yetki veren Sağlık Hizmeti Kanunu’nun Anayasa’ya uygunluk denetiminin yapılması için 2006 yılında bir anayasa şikâyetinde bulunuldu.

5 Anayasanın 15. maddesi “Tüm vatandaşlar çalışma özgürlüğünden yararlanı” şeklinde bir ifade içerir.

6 Madde 119 (2) şöyle bir ifade içerir ki “Devlet, mili ekonominin istikrarını ve dengeli büyümesini sürdürmek, gelirin uygun şekilde dağıtılmasını temin etmek, pazar hâkimiyetini ve ekonomik gücün istismarını önlemek ve ekonomik etmenler arasındaki uyum aracılığıyla ekonomiyi demokratikleştirmek için ekonomik meseleleri düzenleyebilir ve koordine edebilir.”

7 Kore Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, *Constitutional Court Decisions, Korean Constitutional Court* (2003) (*Kore Anayasa Mahkemesi*) cilt II (2005-2008), 223-228.

Şikâyetçiler, Kanun'un ilgili hükmünün görme engelli olmayan engellilerin masörlük lisanslarını almasını engellediğini ve böylelikle bu engellilerin çalışma özgürlüğünü ihlal etmiş olduğunu ileri sürdüler.

2008'de, 6'ya 3 oy ile Mahkeme, görme engelliler için yetersiz refah politikaları dikkate alındığında, masörlük mesleğinin belki de görme engelliler için mevcut tek meslek olduğu şeklinde bir gerekçe göstererek, bunun Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetti. Mahkeme, Anayasanın engellilerin korunması ile ilgili olan madde 34 (5)'ine dayanarak hükmün görme engellilerin geçimini temin etmeyi hedeflediğini ve gerek eğitim gerekse istihdam açısından yıllar boyunca ayrımcılık yapılmış azınlık bir grup olan görme engelliler için büyük ölçüde eşitliğin sağlanması için tercihli önlemler almanın gerekli olduğunu öne sürdü.

Mahkeme bu kararı verdikten sonra bile, görme engelli olmayan engellilere masörlük lisansları elde etme hususunda getirilen kısıtlamaya ilişkin olarak sürekli başvuru (anayasa şikâyeti) yapılmış, ancak bu başvurular başarısızlıkla sonuçlanmıştır.

5. Yabancı Kursiyerlerin İşçi Hakları Davası (19-2 KCCR 297, 2004Hun-Ma670,30 Ağustos 2007)⁸

Çalışma Bakanlığının endüstriyel teknoloji alanında yabancı kursiyerlere yönelik eski bir düzenlemesi olan "*Endüstriyel Teknoloji Alanında Yabancı Kursiyerlerin Denetimi ve Korunmasına yönelik Kılavuz İlkeler*" içerisinde, Çalışma Standardı Kanunu kapsamında yer alan hamile çalışanların korunmasına ve yıllık ücretli izin, ücret borcuna ilişkin tercihli ödemelerin ve emekli maaşın korunmasına yer verilmemektedir. 2004 yılında, yabancı bir endüstriyel teknoloji kursiyeri, düzenlemenin endüstriyel teknoloji kursiyeri olmayan yabancı işçiler ve Koreli işçiler lehine endüstriyel teknoloji kursiyeri olan yabancılara karşı ayrımcılık yapılmasını öngörmesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek, düzenlemeye karşı bir dava açtı.

Anayasa'nın madde 32 (3)'ü şunu öngörmektedir: "*Çalışma koşulları standartları insan onurunu güvence altına alacak şekilde Kanun yoluyla tespit edilir.*" Mahkeme, işçi haklarının yalnızca "*içinde çalışılacak bir yer hakkını*"

8 Kore Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, *Decisions of the Korean Constitutional Court* (2007), 166-170.

değil, aynı zamanda “*çalışma çevresi ve koşulları hakkı*”nı da kapsadığına hükmetti. İkinci hak (çalışma çevresi ve koşulları hakkı), insan onuru üzerinde bir etkisi olması sebebiyle, sağlıklı bir çalışma çevresi ve koşulları isteme hakkını, çalışmasının mükâfatını ve makul çalışma koşullarının sağlanmasını içermektedir. Böylece, Mahkeme yabancı bir işçinin bu haklardan yararlanması gerektiğini öne sürdü. Sonuç olarak, Mahkeme Çalışma Bakanlığına ait bu eski düzenlemenin eşitlik hakkını ihlal ettiğini beyan ederek, Anayasa’ya aykırı olduğuna karar verdi.

Bu karar, Mahkemenin yabancı bir işçinin işçi haklarına ilişkin belirli alanlarda eşit korumadan yararlanması gerektiğini kabul etmesi açısından önemlidir.

IV. Sonuç

Sosyal refaha ilişkin bazı açık özel hükümler öngören Kore Anayasası, yukarıda anılan Engelli İşçi Çalıştırma Zorunluluğu Davası ve Görme Engellilerin Masörlük Davasında görüldüğü üzere sosyal korumaya yönelik sağlam bir temel oluşturmaktadır. Örneğin, bu tür özel hükümler sosyal azınlıklara yönelik pozitif ayrımcılık için meşru zeminler olup, netice itibarıyla inceleme düzeyini etkilemektedir.

Ayrıca, anayasa yargısı sistemi, sosyal korumayı sürdürmenin en önemli yollarından biri olarak da işlev görmektedir ki bu, Kore deneyimi ile kanıtlanmış bulunmaktadır. Hukukun üstünlüğüne dayalı anayasa yargısı, azınlıkların korunması için temel bir taşıdır. Demokrasi çoğunluğun rızasına dayalı iken, tarih göstermiştir ki çoğunluk, zaman zaman, adalete ve hatta insanlığa karşı hareketler içinde bulunabilir. Böylece, en gelişmiş ülkeler, anayasa ve toplumdaki azınlıkların temel haklarını koruyan anayasa yargısına yönelik ihtiyacı kabul etmişlerdir.

Ne var ki, ne Anayasa ne de Anayasa Mahkemesi sosyal haklarla ilgili sorunları çözmek için her derde deva ilaç görevi göremez. Geçim Koruma Standardı Davasına ilişkin karardan şu sonucu çıkarabiliriz ki nihayetinde daha büyük ve kapsamlı bir sosyal koruma, yasama veya yürütme organınca etkili yasalar ya da önlemler aracılığıyla sağlanabilir.

Protection of Social Rights by the Constitutional Court of Korea

- Focusing on Social Welfare Rights -

Jinsung Lee
Justice of the Constitutional Court of Korea

I. Introduction

Today, we can hardly conceive of realizing true democracy without social protection. Building decent societies by enhancing the welfare of social minorities has been recognized as an important task of the State.

In the Republic of Korea (ROK), like in many other countries, a number of statutes have been enacted and revised so as to promote social welfare. However, some of them have been challenged under the equal protection principle or the principle of proportionality.¹

The Constitution of Korea provides preferential treatment provisions for social minorities including the poor and the disabled as well as a general provision for social welfare. Moreover, the Constitutional Court has played an important role in protecting the social rights for the weak in society.

In this conference, I would like to introduce the social welfare-related decisions of the Constitutional Court as well as the related constitutional provisions of Korea.

II. Constitutional Provisions Related to Social Welfare

(1) The Constitution of Korea has some express provisions concerning social welfare or social security. Article 34 (1) and (2) declare that “*All citizens shall*

¹ Article 37 (2) of the Constitution of the ROK prescribes the principle of proportionality of prohibition of excessive restriction as follows: “All liberties and rights of people may be restricted by statute only when such restriction is necessary for national security, maintenance of order, or for public welfare; and such restriction may not violate the essence of the liberties and rights.”

be entitled to a life worthy of human beings” and that “The State shall have the duty to endeavor to promote social security and welfare.” In particular, Article 34 (3) and (4) explicitly state that the State shall endeavor to promote the welfare and rights of women and shall have the duty of implementing policies for enhancing the welfare of senior citizens and the young. In addition, Article 34 (5) provides that citizens who are incapable of earning a livelihood due to a physical disability, disease, old age, or other reasons shall be protected by the State.

(2) In addition, social welfare issues have been challenged under the equal protection theory. Article 11 (1) of the Constitution serves as a foundation for the equal protection theory, stating as follows: *“All citizens shall be equal before the law, and there shall be no discrimination in political, economic, social or cultural life on account of sex, religion or social status.”*

(3) Sometimes, especially when the issue is related to social insurance, the question arises as to whether the right to property is violated. Article 23 (1) and (2) of the Constitution declares that *“The right to property of all citizens shall be guaranteed. The contents and limitations thereof shall be determined by Act.”* and that *“The exercise of property rights shall conform to the public welfare.”*

(4) Furthermore, it should be acknowledged that as a foundation for other basic rights, Article 10 of the Constitution states that *“All citizens shall be assured of human dignity and worth and have the right to pursue happiness. It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals.”*

Especially, with regard to labor issues, Article 32 provides that *“Standards of working conditions shall be determined by Act in such a way as to guarantee human dignity.”*(Section 3), declaring that *“All citizens are entitled to the right to work.”*(Section 1)

III. Constitutional Court Decisions Concerning Social Welfare

1. Livelihood Protection Standard Case (9-1 KCCR 543, 94Hun-Ma33, May 29, 1997)²

In 1994, an elderly couple with no ability to work, who were recipients of the living assistance payment under the former Minimum Living Protection

2 The Constitutional Court of the ROK, *Twenty Years of the Constitutional Court of Korea*, 2008, 418-421.

Act and the “1994 Livelihood Protection Standard” in a promulgated guidelines, filed a constitutional complaint against the Standard, alleging that the amount of the payment was far short of the minimum living cost and therefore violated their rights to a humane livelihood.

After affirming the State’s responsibility to protect its people’s living standards under Article 34 of the Constitution, the Court dismissed the case. The Court held that the legislature violates the constitutional provisions related to the State’s duty to protect the people without economic capability and the people’s right to a humane livelihood when the State does not legislate at all in that area or the content of the legislation is so irrational that the State has clearly failed to carry out its duty. The Court held that the constitutionality of the livelihood protection standards set by the administration cannot be judged based on the living assistance payment provided under the Minimum Living Protection Act alone; instead, the aggregate of all the available aid provided by laws should be taken in account.

In consideration of all the benefits such as an elderly allowance, a bus fare allowance, exemptions on water bills, telephone charges and drainage taxes, which were provided by other statutes, the Court decided that even if their aggregate sum did not meet that year’s minimum cost of living for a household of two, that fact alone did not constitute the State’s failure to provide for the objective minimum necessary for a humane livelihood or a clear departure from the constitutionally permitted scope of discretion.

This decision is significant in setting the level of protection for the poor in Korea. But critics argued that the Court allowed the State too broad a policy discretion in its setting of the level of minimum protection.

2. Merger of Medical Insurance Case (12-1 KCCR 913, 99Hun-Ma289, June 29, 2000)³

The National Health Insurance Act of 1999 was designed to merge those insured separately under workplace insurance and local insurance plans under the National Health Insurance Corporation. The Act has provisions that govern the merger of the finances of the two insurance plans, the involuntary

3 The Constitutional Court of the ROK, *Twenty Years of the Constitutional Court of Korea*, 2008, 471-474.

dissolution of former workplace insurance unions, and the comprehensive assignment of the rights of the dissolving unions to the National Health Insurance Corporation. The complainants, members of the workplace medical insurance unions, alleged that the Act violates their rights to property and equality.

In this case, the Constitutional Court, in a unanimous decision, decided that the provisions of the National Health Insurance Act do not violate the Constitution.

The Court first held that it did not violate the right to property because the deposit funds of the medical insurance unions is not included in the scope of protection of the right to property in the Constitution (the Court held that the deposit fund lacks the minimum requirement of a property right under private law), and the merger of the deposit funds neither threatens the right to medical insurance benefits nor causes adverse changes against the workplace insured.

The Court then held that, although the workplace insured and the locally insured are essentially heterogeneous groups in terms of the types and the taxability of income, the merger of the funds does not violate the right to equality because there are some measures or procedures for adjusting the premium rates properly including through the Finance Management Committee.

As the provisions of the Act concerning the merger of funds were upheld by the Constitutional Court, the Act became effective on July 1, 2000 as planned. However, the provisions concerning the merger of the medical insurance systems are still being subject to constitutional debates fanned by the sharp disagreements between different interest groups.

3. Mandatory Employment of the Disabled Case [15-2(A) KCCR 58, 2001Hun-Ba96, July 24, 2003]⁴

Pursuant to the former Employment Promotion of Disabled Persons Act and the presidential decree, an employer employing 300 employees or more, must employ people with disabilities at or over the rate of two-

4 The Constitutional Court of the ROK, *Decisions of the Korean Constitutional Court*(2003), 223-228.

hundredths of the entire number of employees, and should the employer fail to meet the above employment rate, the said employer must pay the disabled employment charge to the Minister of Labor in a predetermined amount each year. In 2001, these provisions were challenged by an employer, who argued that they violated the freedom of contract and occupation,⁵ as well as the property right.

However, the Court held that the provisions are not unconstitutional based on constitutional provisions including Article on the right to work (Article 32), Article on the right to a life worthy of human beings (Article 34), and Article on the economic order of the State (Article 119)⁶ of the Constitution. In reality, people with disabilities often face extreme hardship in obtaining employment due to their physical or mental conditions. Despite the guarantee of business entities' freedom of economic activities, it is essential to restrict such freedom to a certain degree in order to reinforce human dignity and to guarantee humane living conditions for people with disabilities, who are in a socially and economically weaker position. Therefore, the Court held that the mandatory employment provision does not excessively restrict the freedom of contract and other economic liberties of the employers.

The Employment Promotion of Disabled Persons Act was revised, subsequent to this decision, and at present, the Act and the presidential decree provide that the employers employing 50 employees or more shall employ disabled persons at or over the rate of 23/1000 of the entire number of employees.

4. Visually Handicapped Masseur Case [20-2(B) KCCR 1089, 2006Hun-Ma1098,1116,1117, October 30, 2008]⁷

A constitutional complaint challenging the constitutionality of the Medical Service Act authorizing masseur licenses exclusively to blind people was presented in 2006. The complainants argued that the related provision

5 Article 15 of the Constitution states that "All citizens shall enjoy freedom of occupation."

6 Article 119 (2) states that "*The State may regulate and coordinate economic affairs in order to maintain the balanced growth and stability of the national economy, to ensure proper distribution of income, to prevent the domination of the market and the abuse of economic power and to democratize the economy through harmony among the economic agents.*"

7 The Constitutional Court of the ROK, *Constitutional Court Decisions*, vol. II (2005-2008) of the *Korean Constitutional Court*(2003), 223-228.

of the Act barred non-visually impaired persons from obtaining the masseur licenses and therefore infringed on their freedom of occupation.

In 2008, in a vote of 6 to 3, the Court held that it is constitutional, reasoning that given the insufficient welfare policies for the visually handicapped, massage practice is perhaps the only occupation available for the visually handicapped. The Court held that the provision aims to guarantee the livelihood of the visually impaired based on Article 34 (5) of the Constitution that concerns the protection of the disabled, and it is necessary to take preferential measures in order to realize substantial equality for the visually impaired, a minority that has been discriminated against over the years in terms of both education and employment.

Even after the Court rendered this decision, constitutional complaints concerning the restriction upon the non-visually impaired in attaining masseur licenses have been consistently filed and their attempts have been failed.

5. Labor Rights of Foreign Trainees Case (19-2 KCCR 297, 2004Hun-Ma670, August 30, 2007)⁸

The former "*Guideline for the Protection and Supervision of Foreign Trainees of Industrial Technology*," a regulation of the Ministry of Labor for foreign trainees of industrial technology (hereinafter, industrial trainees), did not include the protection of retirement allowance, preference payments of wage debt, yearly paid vacation, and the protection of pregnant workers under the Labor Standard Act. In 2004, an industrial trainee brought a suit against the regulation, claiming that the regulation was unconstitutional because it discriminated against industrial trainees in favor of Korean workers and foreign workers who were not industrial trainees.

Article 32 (3) of the Constitution provides that "*Standards of working conditions shall be determined by Act in such a way as to guarantee human dignity.*" The Court held that the labor rights include not only "*a right for a seat to work in*" but also "*a right for a working environment and conditions.*" Since the latter may have an impact upon human dignity, it includes the right to claim a healthy working environment and conditions, just reward for work, and

8 The Constitutional Court of the ROK, *Decisions of the Korean Constitutional Court*(2007), 166-170.

the guarantee of reasonable working conditions. Thus, the Court held that a foreign worker should enjoy these rights. In conclusion, the Court decided that the former regulation of the Ministry of Labor was unconstitutional, declaring it infringed upon the right to equality.

This decision is important in that the Court acknowledged that a foreign worker should enjoy equal protection in certain areas of labor rights.

IV. Conclusion

By providing some explicit special provisions concerning social welfare in the highest law, the Korean Constitution itself truly lays a sound foundation for social protection, as observed in the abovementioned Mandatory Employment of the Disabled Case and the Visually Handicapped Masseur Case. For example, such special provisions become legitimate grounds for affirmative actions for social minorities and consequently affect the level of scrutiny.

Further, the constitutional judicial system also functions as one of the most important means to preserve social protection, which has been proved by the experience of Korea. Constitutional adjudication based on rule of law is the cornerstone for minority protection. While democracy is based on the will of the majority, history has shown that the majority can, at times, act against justice and even humanity. Thus, most developed countries have recognized the need for a constitution and constitutional adjudication that protects the basic rights of the minorities in society.

However, neither the Constitution nor the Constitutional Court can be a panacea for solving the problems concerning social rights. As we can infer from the decision of the Livelihood Protection Standard Case, ultimately more substantial and comprehensive social protection could be provided by the legislature or the executive through efficient statutes or measures.

Sosyal Hakların Anayasa Mahkemelerince Korunması

Kalyan Shrestha
Nepal Yüksek Mahkemesi Kıdemli Hâkimi

Sayın Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ve AAMB Başkanı,

Sayın Başkanlar,

Oturum Başkanları,

Sayın Hâkimler,

Değerli Temsilciler,

Baylar Bayanlar,

İzin verin sözlerime Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği'nin (AAMB) İkinci Kongresine beni davet etmelerinden ötürü bu Kongreyi düzenleyenlere teşekkür etmekle başlayayım. Nepal yargı camiasının Kongrenin başarısına dair en iyi dileklerini sizlere iletmek isterim. Aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 52. Yıldönümü olduğu için, Mahkemenin Sayın Başkanı Haşim Kılıç ve üyelerini Anayasa'yı korumak ve anayasal değerleri geliştirmek üzere yıllar boyunca gerçekleştirdikleri fevkalade çalışmalardan dolayı tebrik etmek isterim.

Bugünkü sunumumda, öncelikle Nepal Anayasasında yer alan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların durumuna ilişkin kısa bir değerlendirmede bulunacağım. Ardından, Nepal Mahkeme sisteminin yapısı ve görevinden söz edeceğim. Sonrasında ise ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uygulanması ve kullanılması bağlamında karşılaşılan sorunların bir değerlendirmesini yapacağım. Son olarak, hakların uygulanması için nasıl daha iyi bir ortamın oluşturulabileceği ve yargının, aynı derecedeki diğer organların ve paydaşların bireysel olarak ve kolektif

olarak nasıl en iyi şekilde hakların uygulanmasına katkıda bulunacakları hakkında konuşacağım.

Bize uluslararası insan hakları kaynaklarının yayılmasını hatırlatan 2007 Nepal Geçici Anayasası, yalnızca medeni ve siyasi hakları değil aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel hakları da içeren çok geniş bir haklar çerçevesini sunmaktadır. Ortaöğretim düzeyine kadar parasız eğitim hakkı, dokunulmazlığın önlenmesine ilişkin hak, sosyal adalet ve güvenlik hakkı, sağlıklı bir çevre hakkı, temel sağlık hizmetlerini masrafsız elde etme hakkı, gıda egemenliği hakkı, mülkiyet hakkı, çocuğun kimlik, güvenlik hakkı ve çalışma hakkı gibi birçok ekonomik, sosyal ve kültürel hak da Anayasa'da uygulanabilir haklar olarak güvence altına alınmaktadır. Tüm bu hakların temelinde eşitlik ve ayrımcılık yapmama hakkı ve onurlu bir yaşam hakkı yatmaktadır. Nepal'de çok yaygın olan insan hakları söylemi şudur ki hakların kapsamı giderek genişlemektedir.

Hepimizin bildiği üzere, hakları uygulama yükümlülüğü Devlete düşer. Şüphesiz, üç organdan biri ve Devletin bir aracı olan Yargının yükümlülüğü, hakların uygulanması yönünde mümkün olan en iyi rolü üstlenmektir. Bunun bir sebebi de şudur ki anayasal yükümlülüğün ihlali Devletin eylemi ya da eylemsizliği nedeniyle olduğu zaman, Anayasa zarar gören kişilere ve vatandaşlara uygulanabilir bir hak olan dava açma hakkını öngörür. Başvuru hakkı kapsamı (*locus-standi*) öyle bir şekilde genişletilmiştir ki kamu yararına çalışan herhangi bir vatandaş, Anayasa'nın güvence altına aldığı hak ve yetkilerden yararlanmayı etkileyen ya da ihlal eden herhangi bir anayasal, hukuki veya siyasi uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Mahkemeye kamu yararına yönelik bir başvuru yapabilir.

Nepal'de, Yüksek Mahkemenin başkanlık ettiği mahkemeler; basit, üç kademeli sistem içinde faaliyet gösterir. Yüksek Mahkeme hem en yüksek Temyiz Mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesidir. Bu şekilde, adaletin nihai hakemi ve aynı zamanda Anayasa'nın koruyucusudur. Parlamento tarafından çıkarılan kanunlara ve Anayasa'ya ilişkin yorumu kesindir.

Tarihi nedenlerle, Nepal, Anayasa Mahkemesi olmasını tercih etmemiştir. 60 yıldan fazla bir süredir Yüksek Mahkeme ile çalışmaktayız. Böylece, bu bir kolaylık ve fiili gereklilik meselesidir çünkü insan henüz kat edilmemiş bir yoldan ziyade işlek bir yolda yürümekten dolayı rahat hisseder. İkinci olarak, Nepal'deki Yargı, zamanın zorluklarını atlatmış, sürekli gelişme

arz eden bir kurumdur. Ve daima, çoğunlukçuluğa karşı olma özelliğini muhafaza etmiştir. Bu şekilde, ortak içgüdü, onun korunmasını kolaylaştırır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi olması yönünde tercih yapılmamasının daha temel bir sebebi, maliyet ve zamanı etkin kullanma ile ilgilidir. Çünkü bir insan, mahkemedeki günlük işlerde bazı yasal ya da anayasal sonuçları olmayan bir ihtilafla nadiren karşılaşır. Eğer asıl mahkemedeki ihtilaf askıya alınarak, yasal ve anayasal meselelerin öncelikle Anayasa Mahkemesince çözümlenmesi gerekiyorsa, bu durum davaların sonuçlandırılmasında gereksiz bir gecikmeye neden olabilir. Son olarak, canlı olarak izlenen bir dava, kanunun uygunluğunu (mantığını), adaleti ve doğruluğu görmek üzere eşsiz bir fırsat sunar. Eğer olgular ve kanunlar farklı organlarca ele alınıp ayrı tutulurlarsa, insan bazen kanunun ve Anayasa'nın yanlış anlaşılmasına yol açacak bir durumla karşı karşıya kalabilir. Böyle bir kavrayış biçimi, insanların genel anlamda kavrayışının ve beğenisinin de ötesine gidebilir. Bunlar en azından bizim neden Anayasa Mahkemesi olmasını tercih etmeyişimizin kendi bağlamımızda kuramsal nedenleri olarak gördüğümüz nedenlerdir. Kurucu Mecliste Anayasa Mahkemesinin kurulması yönünde bazı sesler olmasına rağmen, Nepal muhtemelen en üst Temyiz Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi olarak iki işlevi yerine getiren Yüksek Mahkeme şeklinde mevcut yapıyla devam edecektir.

Sosyal hakların uygulanmasına gelince, haklara ilişkin uzun bir listenin olmasının başlı başına büyük bir başarı olmadığı kanaatindeyim. Hakların beyanının biraz normatif değeri olabilir, ancak bunları yasal bir biçime dönüştürme, faaliyete geçirme ve insanların bunların farkına varmalarına yardımcı olma, olağanüstü önem taşır. Bu bağlamda, hakların sahiplerine ilişkin bir durum analizi elzemdir. İnsanların farklı hayat tecrübelerinin, kapasitelerinin ya da yetersizliklerinin olduğu dikkate almaya değer. İnsanların hayat tecrübeleri, kapasiteleri ve yetersizlikleri kabul edilmezse, insanlar haklarını hayata geçirecek bir durumda olmayabilirler. Böylelikle normatif düzeyde, eşitlik ve ayrımcılık yapmama hakkına ilişkin kapsamlı ve bağlamsal bir kavrayış, hakların uygulanması için bir ön koşul olur. Bu, Nepal Anayasası'nın ve aynı zamanda Nepal'in taraf olduğu uluslararası insan hakları belgesinin açık bir mesajıdır. Belki bunu dikkate alarak, 2009'da *Mohan Sashankar*¹ davasında Nepal Yüksek Mahkemesi, Kadınlara Karşı Her Türlü

1 Mohan Sasankar karşı Hükümet, Başbakan ve Bakanlar Kurulu ve Diğerleri, no 3416, yıl

Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'ni (CEDAW) hatırlatarak, ayrımcılığın tanımını, hakların inkâr edilmesine ve hükümsüz kılınmasına yol açan kısıtlamaları, dışlanmaları ve yasakları kapsayacak şekilde yapmıştır. Benzer şekilde, *Prakash Mani Sharma ve diğerlerin*² davasında eşitliği şekli eşitlikten esasa ilişkin eşitliğe dönüştürme ihtiyacını vurgulayarak, Mahkeme şunu gördü ki eğer farklı grupların ve toplulukların tecrübeleri dikkate alınmazsa, herkes bu tür haklardan eşit yararlar göremeyecektir. Uluslararası insan hakları hukukunu uygulamadaki amaç, iç hukuk ortamında bu hakları faaliyete geçirme ve de anayasal olarak kabul edilmiş normlara güç sağlama olarak görünmektedir.

Hakların uygulanması için ikinci bir ön koşul, uygun alt yapının oluşturulması ve sorumlu devlet ve devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilecek hızlandırma/kolaylaştırmadır. Sağlık, eğitim, kirliliğe yol açmayan çevre hakkı gibi birçok hak, uygun altyapı yerleştirilmeden uygulanamaz. Bu, hukuki altyapıyı da içermektedir. Örneğin, eğer çalışma hakkı "*kanunca öngörüldüğü üzere*" güvence altına alınır denirse, kanun yapma gerekli bir ön koşul haline gelir. Ne var ki, hükümet uygun hukuki belgeyi düzenleme yükümlülüğünü ihmal ederse, Mahkeme öne çıkar ve bunun düzenlenmesi için talimat verir. *Prem Bahadur Khadka*³ davasında, Nepal Yüksek Mahkemesi bunu yaptı ve hükümetten çalışma hakkının uygulanması için Anayasa'nın öngördüğü kanunu çıkarmak üzere kanun tasarısını Parlamento'ya getirmesini istedi.

Bunun doğal sonucu, sosyal haklar ve medeni ve siyasi haklar arasındaki bağ olmuştur. Bu itibarla, tüm haklar birbirine bağlıdır; uygulama hakların organik/bütünleyici bir yorumunu gerektirir. Bu açıdan Nepal Yüksek Mahkemesi, yine *Prem Bahadur Khadka* davasında çalışma hakkını onurlu yaşama hakkının temeli olarak yorumladı ve bunu eşitlik hakkı, dokunulmazlığın ve ırk ayrımcılığının önlenmesine ilişkin hak, çevre ve sağlık hakkı, eğitim ve kültür hakkı, kadın hakları, sosyal adalet hakkı ve çocuk hakları gibi birçok hakla ilişkilendirdi. Hükümetten bu açıdan bakmasını ve çalışma hakkını hayata geçirmek için kanun çıkarmasını istedi.

2063, 2066/3/3 tarihli Karar.

- 2 Prakash Mani Sharma ve Diğerleri karşı Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu ve Diğerleri, (sağır kişilerin davasında eğitim hakları) no 0283, yıl 2063, 16 Nisan 2008 tarihli Karar.
- 3 Prem Bahadur Khadka ve Diğerleri karşı Hükümet, Başbakan ve Bakanlar Kurulu, (çalışma hakkı ile ilgili dava) (no 066-WO-07193, 2065/9/23/4 tarihli Karar)

Sosyal hakların uygulanmasında daha önemli bir mesele, kapasite geliştirmedir. Bu, sosyal adaleti temin etmek için gereklidir. Ötekileştirilmiş bir topluluğun pozitif ayrımcılık yoluyla bütüne dâhil edilmesi, katılması ve entegre edilmesi, bunun çok önemli unsurlarıdır. Nepal’de bölgeler ve sosyal gruplar arasındaki büyük fark ve de Nepal’in insani gelişmişlik endeksinde çok düşük olan genel performansı (Dünya ortalaması 0.534 iken Nepal’de 0.509) dikkate alınır, kapasite artırmaya yönelik politika oluşturma istenir hale gelmiştir. İnsanlar bilgisizse demokrasi aydınlık olamaz. İnsanların insani gelişmişlik endekslerinde son derece yetersiz kalıp yine de ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından zengin olmaları mümkün olamaz. Böyle bir durum sosyal haklar ve sosyal adalet safsatası anlamına gelir. Haklar ciddiye alınacaksa, Devletin hakları koruma, haklara saygı gösterme ve hakların gerçekleştirilme düzeyini artırma yükümlülüğünü almaları gerekir. Bu bağlamda, Mahkemenin, duruma göre, hakların açıklayıcı, koruyucusu ve kolaylaştırıcı olma rolünü üstlenmesi gerekir. Hal böyle olunca, insanların katılımının nasıl artırılacağı ve hakların gerçekleştirilme düzeyinin nasıl yükseltileceği, bir milyar dolarlık bir sorudur.

Her hukuk, altyapı ve kaynaklar gerektirir. Ayrıca sorumlu (hesap vermede sorumlu) kurumlar da gerektirir. Altyapı ve kaynaklar sağlanmamışsa, mahkeme müdahale edebilir ve kurumların kendi aralarında (*inter-se*) düzenlemeler yapması yönünde yönergeler çıkarabilir. Bu tür durumlarda yargı müdahalesi, yetkiden ziyade sorumluluk nedeniyle olur. Belirli bir durum ya da meselenin ivediliği bunu gerektirebilir. *Prakash Mani Sharma ve Diğerleri*⁴ davasında Nepal Yüksek Mahkemesi, hakların uygulanmasının altını çizerek, üreme haklarının gerçekleştirilebilmesi için sağlık/spor tesisleri ve altyapının oluşturulması yönünde talimat verdi. Benzer şekilde, *Bajuddin Minya ve Diğerleri*⁵ davasında, Mahkeme, ürünleri Park hayvanlarınca tahrip edilmiş olan insanların gıda hakkını tanımanın yanında, tazminat işlemleri için yönerge çıkardı.

Ancak çıkarılan kanunlar eksik olduğunda ya da anayasal beklentileri karşılamadığında ya da kolaylaştırmak yerine, haklardan yararlanmaya

4 Prakash Mani Sharma ve Diğerleri karşı Hükümet, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu ve Diğerleri, no 064-WO-0230.

5 Bajuddin Minya ve Diğerleri karşı Hükümet, Başbakan ve Bakanlar Kurulu, (Koshi Tappu Tabiat Alanındaki hayvanlarca ürünlerin tahrip edilmeleri) no WO-0338, yıl 2064, 2065/11/5/2 tarihli Karar.

engel teşkil ettiğinde veya mevcut anayasal ya da yasal normlara ters düştüğünde, bir başka durum ortaya çıkar. Böyle bir durumda, Mahkeme ek rehber ilkeler yayınlar veya kanunun yetkiyi aştığını (*ultra vires*) beyan eder. Birçok durumda Mahkeme, anayasal ve yasal normlara saygıyı temin ve hak sahiplerinin haklarından yararlanmaları için izlenecek talimatlar ya da uygunluk kararları yayınlar.

Kısacası, Nepal yargısı sosyal hakların uygulanmasına yönelik olarak hukuki çareler üretme hususunda çok yönlü bir strateji benimsemiştir. Bir kanun haklara ters düştüğü zaman, Mahkeme kanunun yetkiyi aşan (*ultra vires*) bir kanun olduğunu beyan eder. Kanun yokluğunda, kanunda eksik hususlar olduğunda veya kanunu uygulayacak kurumların yokluğunda ya da mesele eğitim veya farkındalık meselesi olunca, Mahkeme eksikliği gidermek için yönerge niteliğinde kararlar da vermiştir. İzleme ve geri bildirimde bulunma mekanizmasına yönelik devam eden mahkeme emirleri niteliğindeki hükümler, adalete başvuruyu kolaylaştıracak geçici yardım/telafi temin etmeye yönelik kararlar, Mahkemenin izlediği diğer stratejilerdir. Ağır bir ihlal meydana geldiğinde mağdura zararının veya kaybının iade edilmesinin gerektiği anlaşılmaktadır; yalnızca hakkın beyanı sözde bağlılık (riyakârlık) anlamına gelir.

Günümüzde, sosyal hakların korunması hususunda Nepal Yüksek Mahkemesinin olumlu rolüne rağmen, ne var ki, sosyal adalet hukuku örneğin şu sorunların sıkıntısını çekmektedir:

- Aynı düzlemdeki grupların zihniyetindeki direnç;
- Kaynak kıtlığı;
- Uygun iletişim, bilgi yayma ve inanç eksikliği;
- İlgili görevlinin hesap vereceğine dair bir endişesinin, korkusunun olmaması; ve
- Uygulama aşamasında sivil toplum aktörlerinin tarafında kışkırtmeme/rahatlık.

Her ne sebeple olursa olsun mahkeme kararının uygulanmamasının çok tehlikeli bir olay olduğu kanaatindeyim. Hâkimler doğal olarak kararlarının uygulandığını görmek isterler. Bu onların ortak psikolojisidir. Ve kararlarının uygulanmayacağını anladıklarında, talimat/emir vermekte tereddüt ederler.

Uymama, böylelikle, hâkimler arasında bir oto sansür ortamına yol açar. Bu, aynı zamanda yargı müessesesinin etkinliğine yönelik şüphecî bir yaklaşıma sebep olur. Bu, sosyal hakların korunması ile ilgilenen herkes için ortak bir kaygıdır.

Son olarak, benim açımdan, Mahkemenin sosyal hakların korunmasındaki rolü, anayasal yükümlülüğü ve oynaması beklenen rolü bağlamında anlaşılması gerekir. Meselenin ivediliği müdahaleyi gerektirdiğinde, yargıyı yürütme erkinin yerine geçtiği ya da yürütme erkiyle rekabet ettiği şeklinde görmek anlamsızdır. Çünkü yargı müdahalesi genelde yürütmenin eylemsizliği yüzünden oluşan boşluğu doldurmak için vardır. Eğer demokrasi uygun şekilde işlerse, böyle bir durum en aza indirgenebilir. Ne var ki, günümüzdeki mevcut duruma göre, demokrasi doğum sancısı çekmektedir ve hakların kullanılması halen kurulan bir hayaldir. Demokratik kurumlar olgunlaşma sürecindedir. Eğer demokrasi kalkınma ile desteklenir ve eğer demokrasi ve kalkınma karşılıklı olarak birbirini güçlendirir ve birbirine güven verirse, esasen eylemsizlik nedeniyle oluşmuş kurumlar arası baskı en aza indirgenecektir. Böylece, Devletin aynı derecedeki kolları arasında performansa dayalı diyalojik ilişki daha istenir durumdadır. Bu bağlamda, Parlamento, anayasal olarak güvence altına alınmış hakların ruhuna uyan kanunlar çıkararak süreci başlatabilir. Yürütme, kaynakları tahsis ederek ve kanunları uygulayan kurumları oluşturarak; Yargı ise insanlara ekonomik refahı ve sosyal adaleti temin etme yönündeki anayasal amaçları karşılamak üzere kanunları uyumlu bir biçimde yorumlayarak katkıda bulunabilir. Anlıyorum ki bu şekilde, hakların pratiği için daha iyi bir çerçeve oluşturulabilir ve de yargı, onunla aynı derecedeki diğer erkler ve paydaşlar bireysel olarak ve kolektif olarak bunların uygulanmasına katkıda bulunabilirler.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Protection of Social Rights by Constitutional Courts

Kalyan Shrestha
Justice at the Supreme Court of Nepal

Hon. President of the Turkish Constitutional Court and the AACC,

Hon. Chief Justices,

Chairpersons,

Hon. Justices

Distinguished Delegates

Ladies and Gentlemen,

May I begin by thanking the organizers for inviting me to the Second Congress of the Association of Asian Constitutional Courts (AACC). I have brought with me the best wishes of the Nepali judiciary for the success of the Congress. As it also happens to be the 52nd Anniversary of the Turkish Constitutional Court, I would like to congratulate its president Hon. Hasim KILIC and member justices for the wonderful work you have done over the years to protect the Constitution and foster its values.

In my presentation today I will first give you a quick view of the landscape of economic, social and cultural rights encapsulated in the Nepali Constitution. Then I will discuss about the structure and function of the Nepali court system. This follows a review of the challenges facing implementation and enforcement of economic, social and cultural rights. Finally, I will also argue how a better situation for the enforcement of rights can be created and how best the judiciary, other coordinate branches and stakeholders individually and collectively contribute to their enforcement.

Echoing to the spread of international human rights instruments, the Interim Constitution of Nepal 2007 embodies a very bold framework of rights that includes not just civil and political rights, but also economic, social and cultural rights. A host of ESC rights such as the right to free education up to secondary level, the right against untouchability, the right to social justice and security, the right to a healthy environment, the right to basic health services free of cost, the right to food sovereignty, the right to property, the right of the child to identity, security and the right to employment and appropriate labor exercise are also guaranteed as enforceable rights in the Constitution. At the root of all these rights lie the right to equality and non-discrimination and the right to a dignified life. So much popular is the human rights discourse in Nepal that the canvas of rights seems ever expanding.

As we all know, the obligation to enforce rights lies with the State. Being one of the three organs, and an instrumentality of the State, it is no doubt the obligation of the Judiciary to play the best possible role for the enforcement of rights. This is so also because the Constitution provides affected persons and citizens an enforceable right to file the case where breach of constitutional obligation occurs due to action or non-action of the State. The *locus-standi* is widened in such a way that any public spirited citizen may bring a public interest petition to the Supreme Court for the resolution of any constitutional, legal or policy related disputes that violates or affects the enjoyment of right and entitlements guaranteed by the Constitution.

Nepal operates under a simple three-tiered system of courts headed by the Supreme Court. The Supreme Court is both the highest Court of Appeal and the Constitutional Court. That way, it is the final arbiter of justice as well as the custodian of the Constitution. Its interpretation of the Constitution and laws enacted by the Parliament is final.

For historical reasons, Nepal has not opted for a Constitutional Court. It is more than 60 years now that we have been working with the Supreme Court. Therefore, it is a matter of convenience and practical exigency, for one feels comfortable to walk on the beaten path rather than a path not yet taken. Secondly, the Judiciary in Nepal is a continuous organization that has survived the vicissitudes of times. And all along, it has maintained its counter majoritarian trait. So, common instinct favors its protection. However, a more fundamental reason for not switching over to Constitutional Court

pertains to cost and time efficiency. Because, in everyday court business one hardly comes across any dispute that does not have some legal or constitutional ramifications. If legal and constitutional issues are to be first resolved by a Constitutional Court by keeping the dispute in regular court in abeyance, it may cause unnecessary delay in the resolution of cases. Finally, a live case provides a unique opportunity to examine justness, fairness and reasonableness of the law. If fact and law are segregated and handled by different organs, one may sometimes come across a situation that gives rise to inaccurate understanding of law and the Constitution. A compartmentalized understanding may also go beyond general comprehension, affordability and liking of the people. This is at least what we feel in our context to be the theoretical reasons for not switching over to the Constitutional Court. Despite the fact that there are some murmurings in the Constituent Assembly for its establishment, Nepal is likely to work with the current structure headed by the Supreme Court that performs the twin function of the highest Court of Appeal and the Constitution Court.

Coming to the enforcement of social rights, I am of the view that having a long list of rights in itself is no big achievement. The declaration of rights may have some normative value but transforming them into a legal format, operationalizing and helping people to realize them are of paramount importance. It is in this context that a situation analysis of bearers of rights is essential. It is worth noting that people have different life experiences, capacities, or disabilities. They may not be in a position to realize the rights unless their life experiences, capacities and disabilities recognized. At the normative level therefore, an expansive and contextual understanding of the right to equality and non-discrimination becomes a pre-requisite for the enforcement of rights. This is the clear message of the Nepali Constitution as well as international human rights instrument of which Nepal is the party. Perhaps taking note of this, the Supreme Court of Nepal in *Mohan Sasankar*¹ in 2009, echoing CEDAW gave the definition of discrimination to include prohibitions, exclusions and restrictions leading to denial and nullification of rights. Similarly, in *Prakash Mani Sharma and others*² emphasizing the need

1 Mohan Sasankar v GoN, Prime Minister and Council of Ministers and Others, Writ no 3416 of the year 2063, decision dated 2066/3/3.

2 Prakash Mani Sharma and Others v Office of the Prime Ministers and Council of Ministers and Others, (education rights of deaf persons case) Writ no 0283 of the year 2063, Decision

to transform equality from formal to substantive equality, the Court observed that if experiences of different groups and communities were not adjusted, not all would be able to take equal benefits of such rights. The objective of invocation of international human rights law submittedly seems to transform and operationalize them in the domestic legal setting, and also provide vitality to constitutionally inscribed norms.

A second pre-requisite for enforcement of rights is the creation of suitable infrastructure and facilitation by responsible state and non-state actors. A host of rights such as the right to health, education, pollution-free environment etc. cannot be enforced without suitable infrastructure being in place. This also includes legal infrastructure. For instance, if the right to employment is guaranteed “*as provided by law*” the enactment of the law is a necessary precondition. However, if the government of the day neglects to fulfill its obligation to enact suitable legal instrument, the Court comes forward and issues orders for its enactment. In *Prem Bahadur Khadka*³ the Supreme Court of Nepal did the same and asked the government to introduce the Bill in the Parliament to enact the law envisaged by the Constitution to enforce the right to employment.

A corollary to this is the inter-linkage between social rights and civil and political rights. As such, all rights are interlinked; enforcement demands an organic/integrative interpretation of rights. Looking into this aspect, the Supreme Court of Nepal in the same case of *Prem Bahadur Khadka* interpreted the right to employment as constitutive of the right to live with human dignity and linked it with a host of rights such as the right to equality, the right against untouchability and racial discrimination, the right to environment and health, the right to education and culture, the right of women, the right to social justice and the right of the child. It asked the government to look into this aspect and enact the law to operationalize the right to employment.

A more fundamental question in the enforcement of social rights is capacity building. This is essential for ensuring social justice. Inclusion, participation and mainstreaming of the marginalized community through

dated 16, April 2008.

3 Prem Bahadur Khadka and Others v GoN, Prime Minister and Council of Ministers, (case relating to the right to employment) (Writ no 066-WO-07193, decision dated 2065/9/23/4)

positive discrimination are its vital components. Given the huge disparity existing in Nepal between regions and social groups, and a very low overall performance of Nepal in the human development index (i.e. 0.509 whereas the global average is 0.534) policy formulation for capacity building is desirable. Democracy cannot be literate if people are illiterate. People cannot be rich in terms of ESC rights and yet remain abjectly poor in the human development indices. Such a situation amounts to a mockery of social rights and social justice. Therefore, if rights are to be taken seriously, the State institutions should take the obligation to protect, respect and increase realization level of rights. In this context, the Court, depending on the situation, should play the role of explainer, protector and facilitator of rights. This being so, how to increase the participation of the people and how to enhance the realization level is a billion dollar question.

Every law requires infrastructure and resources. It also requires accountable institutions. Despite the law being in place, if infrastructures and resources are not provided, the court may intervene and issue guidelines for making inter-se arrangements. The judicial intervention in such situations comes by way of responsibility rather than authority. A specific situation or an urgency of the matter may call for this. The Nepali Supreme Court in *Prakash Mani Sharma and Others*⁴(uterus prolapse case) highlighting the enforcement of rights, issued order for the creation of infrastructure and physical facilities so that reproductive rights could be realized. Similarly, in *Bajajuddin Minya and Others*,⁵the Court, while recognizing the right to food of the people whose crops were destroyed by Park animals, issued guidelines for processing compensation.

Yet another situation occurs when enacted laws are incomplete, or when they do not meet constitutional expectations, or instead of facilitating, obstruct the enjoyment of rights or go against existing constitutional or legal norms. In such a situation, the Court issues supplementary guidelines or declares laws *ultra vires*. In several cases, the Court also issues compliance orders or follow up orders so that constitutional and legal norms are abided by and the right holders enjoy their rights.

4 Prakash Mani Sharma and Others v GON, Office of the Prime Minister and Council of Ministers and Others, Writ No 064-WO-0230.

5 Bajajuddin Minhya and Others v GoN, Prime Minister and the Council of Ministers, (destruction of crops by wild animals from Koshi Tappu Wildlife Reserve)Writ no WO-0338 of the year 2064 decision dated 2065/11/5/2.

In a nutshell, the Nepali judiciary has employed multi-pronged strategy in designing remedies for the enforcement of social rights. Where a law goes against the rights, the Court declares the law *ultra-vires*. In case where law is absent or where it is incomplete or institutions to implement the law is absent, or where education or awareness is the question, the Court has issued directive orders to make up the deficiency. Orders such as continuing mandamus for monitoring and report back mechanism, orders for providing interim relief/compensation to facilitate recourse to justice are other strategies followed by the Court. It is felt that where gross violation occurs, the victim should be compensated; mere declaration of right would only amount to be a lip service.

Today, despite the positive role of the Supreme Court of Nepal in the protection of social rights, however, the social justice jurisprudence suffers from challenges such as:

- Resistance mindset of the coordinate wings;
- Scarcity of resources;
- Lack of proper communication, information dissemination and lack of faith;
- Lack of fear that the concerned official will be made accountable; and
- Complacency on the part of civil society actors in implementation.

I am of the view that non-enforcement of the decision of the court, for any reason whatsoever, is a very dangerous phenomenon. The judges naturally want to see their decisions implemented. It is their common psychology. And, when they feel that the decisions will not be implemented they hesitate to issue orders. Non-compliance, thus, engenders an environment of self-censorship among the judges. This also gives rise to skepticism of the effectiveness of the institution of the judiciary. It is a common worry for all of us involved in the protection of social rights.

Finally, in my view, the role of the Court in the protection of social rights needs to be understood in the context of its constitutional obligation and the role it is supposed to play. When urgency of the matter calls for intervention it is futile to view judiciary as competitor or displacer of executive authority. This is because judicial intervention generally comes to fill the void created

by executive inaction. If democracy works properly such a situation may be minimized. However, as the situation exists today, democracy is passing through natal pain; and the enjoyment of rights is still a cherished dream. Democratic institutions are in the process of getting maturity. If democracy is supplemented by development, and if democracy and development become mutually reinforcing and reassuring, inter-organ pressure created mainly due to in-action will be minimized. Therefore, a performance based dialogic relation between coordinate wings of the State would be more desirable. In this context, the Parliament can start the process by enacting laws in tune with the spirit of constitutionally guaranteed rights. The Executive can contribute by allotting resources and creating institutions that implement laws and the Judiciary by harmoniously interpreting them to meet constitutional aspirations of securing to the people economic well being and social justice. I feel, this is how a better situation for the enforcement of rights can be created and the judiciary, other coordinate branches and stakeholders individually and collectively contribute to their enforcement.

I thank you for your kind attention.

Tayland Anayasa Mahkemesince İnsan Haklarının Korunması

Charoon Intachan
Tayland Krallığı Anayasa Mahkemesi Başkanı

**Sayın Asya Bölgesi Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar
Başkanları,**

Sayın Temsilciler,

Baylar Bayanlar,

Her şeyden önce, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 52. Yıldönümünün de kutlandığı Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliğinin (AAMB) 2. Kongresine ilişkin bu bölgesel toplantıya yönelik olarak şahsıma ve Tayland Anayasa Mahkemesi Hâkimlerine yapılan bu davetten ötürü Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine Tayland Anayasa Mahkemesi adına en içten teşekkürlerimi ifade etmek isterim. Bize gösterilen cömertlik ve özellikle bu güzel ülkeyi ve ayrıca bu dünyada hem Avrupa hem de Asya kıtasında toprağı olan tek şehir olan İstanbul'u ziyaret etme fırsatına sahip olduğum için son derece minnettarım. Bu özellik, batı ve doğu dünyalarını birbirine bağlayan nokta olan bu büyük şehre has bir özelliktir; dünya mirası listesinde yer alan doğa harikası, yani Kapadokya'dan bahsetmiyorum bile.

**Sayın Asya Bölgesi Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar
Başkanları,**

Sayın Temsilciler,

Baylar Bayanlar,

Bu toplantının konusu olan insan haklarının korunmasına ilişkin sunumuma başlamak isterim. İnsan haklarının korunmasıyla ilgili ve büyük

önemi bulunan bir belge olan Tayland Krallığı Anayasası'na, Buddhist Era 2550 (M.S. 2007), atıfta bulunarak bunu yapmak isterim. Anayasa'nın 3. kısmında insan haklarının korunmasını düzenleyen hükümler vardır. Anayasa, sosyal hakların Anayasa Mahkemesince korunmasını (Başlık A) ve de hakların insanların doğrudan eylemi ile korunmasını (Başlık B) öngörmektedir. Geçmişte, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi kapsamında belirtilen ilkeler de, mevcut Anayasa dâhil, tüm taslak Tayland Anayasalarında öngörülmüştür. Mevcut Tayland Anayasası hükümleri, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi kapsamında birkaç bölümde belirtilen ilkeleri yansıtır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, esasen 4 bölümden oluşur ve bu bölümler şöyledir: Bölüm 1 Temel İlkeler, Bölüm 2 Medeni ve Siyasi Haklar, Bölüm 3 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar ve Bölüm 4 İnsan Haklarının Korunmasına Dair Güvencelerin Oluşturulması ile İlgili Kişilerin, Toplumun ve Devletin Görevleri. Bildiri ile son derece önemli bir ilke, yani bireylerin hak ve hürriyetlerinin korunması ve bunlara saygı ilkesi ifade edilmektedir. Bu ilkeye mevcut Anayasa'da yer verilmiştir.

Sunumumun ilk bölümünde, Anayasa Mahkemesince sağlanan sosyal koruma meselesini Tayland Krallığı Anayasası kapsamında öngörüldüğü üzere ele almak isterim. 1. kısımda *“insanların insan onuru, hakları, hürriyetleri ve eşitliği korunur”* şeklindeki 4. madde ve *“Tayland halkı, asla, cinsiyet ve dine bakılmaksızın, bu Anayasa kapsamında eşit korumadan yararlanır”* şeklindeki 5. madde olmak üzere insan haklarının korunması ilkesine gönderme yapan 2 madde vardır. Tayland Halkının Hak ve Hürriyetleri olan 3. kısım ayrıca, devlet erklerinin tüm kullanıcıları üzerinde bağlayıcı bir etki ve koruma sağlar. Bu, *“Açık veya zımni olarak bu Anayasa kapsamında ya da Anayasa Mahkemesinin bir kararı ile tanınan hak ve özgürlükler korunmakta olup, kanunların çıkarılmasında, uygulanmasında ve yorumunda, anayasal kurumlar ve devlet daireleri dâhil olmak üzere Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu ve mahkemeler üzerinde doğrudan bağlayıcıdır”* şeklinde ifade edilen 27. maddede görülür.

Daha sonra, Anayasa Mahkemesinin hakların sosyal anlamda korunması hususundaki rolünü ele almak isterim. Bu, 2 biçimde görülür. İlk olarak, Anayasa kapsamında tanınan hak ve özgürlüklere ilişkin bir ihlal olması durumunda hukuk yoluna başvuru hakkı, *“bir insan başkalarının hak ve özgürlükleri ihlal edilmediği, Anayasa'nın çiğnenmediği, ya da halkın ahlak ve adabına aykırı olmadığı nispette, kendi hak ve özgürlüklerini kullanabilir. Bu Anayasa kapsamında tanınan hak ya da özgürlüğü ihlal edilen bir kimse, hukuk*

yoluna başvurmak üzere veya yasal işlemlerde kanıt olarak kullanmak üzere bu Anayasa hükümlerine dayanabilir.” şeklindeki 28. madde kapsamında temin edilir. İkincisi ise, 154. madde kapsamında yayınlanmadan önce bir kanun teklifinin anayasal denetimi olan “soyut norm denetimi” biçiminde ve 211. madde kapsamında öngörüldüğü üzere hali hazırda yürürlükte olan bir kanunun anayasal denetimi olan “somut norm denetimi” biçiminde Anayasa Mahkemesinin sağladığı sosyal korumadır. Somut norm denetimi yoluna, hukuk yoluna başvuru hakkının kullanılması yoluyla gidilir veya bu denetim mevcut Anayasa’nın 245. maddesi ya da 257. maddesi kapsamında Kamu Denetçisi (Ombudsman) ya da Ulusal İnsan Hakları Komisyonu aracılığıyla bir şikâyetle bulunma hakkının kullanılması dâhil, çeşitli vasıtalarla mahkemeye getirilen bir iddia şeklinde olur.

Ayrıca, mevcut Tayland Anayasası, 212. maddede “Bu Anayasayla tanınan hak ya da özgürlüğü ihlal edilen bir kimse, bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu ya da uygun olmadığı yönünde bir hüküm verilmesi için Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilir” şeklindeki düzenleme ile insanların doğrudan erişimine izin vermek suretiyle insan haklarının korunmasını tanıyan ilk Anayasa’dır. Bu, Anayasa Mahkemesi önünde doğrudan dava açma hakkı verilmesi olarak görülmektedir.

İnsan haklarına yönelik korumanın Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilmesi yönündeki temel anayasal hüküm, Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu, Mahkemeler ve diğer devlet organları üzerindeki mutlak bağlayıcı etkiyi tanıyan 216. maddedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi insanların temel haklarını ve hak ve özgürlüklerini koruma etkisi olan bir hüküm verince, böyle bir hüküm derhal geçerli olur ve bir devlet kurumu ya da kuruluşuna karşı ileri sürülebilir.

Kadın ve erkeklerin eşit haklarını herhangi bir kanun hükmünün ihlalden koruma hususunda Anayasa Mahkemesinin oynadığı rolleri yansıtan bir Anayasa Mahkemesi hükmüne ilişkin bir örnek vereceğim. Tayland’ın genelde kadın ve erkeklerin eşitliğine ilişkin herhangi bir sorunla karşılaşmamasına rağmen, erkeklere kıyasla kadınlara daha az hak veren bazı kanun hükümleri halen mevcuttur. Bu, 21/2546 (2003) sayılı Anayasa Mahkemesi Kararında görülmektedir. Önceden, Soyadı Kanunu’nun 12. maddesi, evli bir kadının sadece eşinin soyadını kullanmasını gerektiren, uyulması zorunlu bir hükümdü. Başvuran, böyle bir hükmün Anayasa’ya

aykırılığı iddiasını Anayasa Mahkemesi önüne getirdi. Anayasa Mahkemesi, hükmün Anayasa'ya uygun olmadığını kabul etti ve böylelikle infaz edilemez olduğunu açıkladı. Bu kararın kadınlara ya evlenmeden önceki soyadını muhafaza etme ya da eşinin soyadını kabul etmeyi gönüllü olarak seçme hakkını verme etkisi oldu. İlk kez bu hak bir Anayasa Mahkemesi kararı ile tanındı. Millet Meclisi ardından, uygar uluslara benzer bir uygulama olarak, evlendikten sonra kadınların unvanlarını (kullandıkları ön ekleri) değiştirme ya da muhafaza etmelerini, yani ya "Miss." (Evlenmemiş Bayan) ya da "Mrs." (Evli Bayan) unvanlarını kullanmalarını seçme hakkını tanımak üzere kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin bir kanun çıkardı. Anayasa Mahkemesi kararının mevzuatta bu değişikliğe sebep olduğu inkâr edilemez.

Şu anda görev yapmakta olan Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin görevleri süresince ele alınan yakın geçmişteki bir diğer davada, kadın ve erkeklerin eşitliği 17/2555 (2012) sayılı Anayasa Mahkemesi Kararında bir kez daha yineleni. Bu kararda, Mahkeme, Gelir Yasasının 57. maddesinin 2. fıkrasında ve 5. fıkrasındaki hükümlerin Anayasa'nın 30. maddesine aykırı olduğuna ya da uygun olmadığına hükmetti. Daha önce, Tayland kanunu kapsamında, uygulanabilir gelir vergi oranı tespit edilirken kadının (eşin) değer biçilebilir gelirinin erkeğin (eşin) gelirine dâhil edilmesi ve erkeğin (eşin) vergi beyanı vermekle yükümlü olması gerekmektedir. Sonuç olarak, erkek ve kadın (eşler), evlilik öncesi ayrı ayrı beyan vermesiyle ya da evlenilmediğindeki durum ile kıyaslandığında daha yüksek vergi yükümlülüklerine tabi olmaktadır. Kadınlara ve erkeklere eşit şekilde muamele edilmediği ve evli olanlara haksız yere ayrımcılık yapıldığı açıktı. Bu vergi hukukunun mahiyeti, belirli çiftlerin vergi yükümlülüklerini asgariye indirmek için evliliklerini kayda geçirmesini engelledi. Bunun aile hukukunun başarılı şekilde uygulanması üzerine bir etkisi oldu. Anayasa Mahkemesi, kadınlar ve erkekler arasındaki eşitlik ilkesine aykırılıklar nedeniyle ve Anayasa kapsamında belirtildiği üzere, evlilik sonrası aile durumundaki farklılıklara dayanarak bunun (hükmün) bir kişiye karşı haksız ayrımcılık olması nedeniyle, hükmün Anayasa'ya aykırı olduğuna veya uygun olmadığına hükmetti. Bu kararın bir sonucu olarak, evli bir kadın şimdi eşinden ayrı bir vergi beyannamesi verebilir. Böylece, Anayasa Mahkemesi kararının yalnızca kadınların ve erkeklerin eşitliğini korumakla kalmayıp, aile kurumunun güçlendirilmesi açısından da faydalı olduğu söylenebilir.

Ayrıca, 3/2552 (2009) sayılı, bir kimsenin devlet ve toplumla beraber

çevrenin korunmasına katılım hakkını koruyan Anayasa Mahkemesi kararını bir başka örnek olarak vermek isterim. Bu karar, bir kimsenin devlet ve toplumla beraber çevrenin korunmasına katılım hakkının korunmasına ilişkin önemli bir ilkeyi ortaya koydu. Bundan önce, ne yerel bir topluluğun haklarına ilişkin açık bir koruma ne de bir topluluğun ortak mülkiyeti ya da doğal kaynaklarına ilişkin bir ilke vardı.

Yukarıdaki sunumdan şunu özetle diyebilirim ki Anayasa Mahkemesinin yalnızca anayasal hükümleri harfi harfine anlamlarını uygulamakla kalmayıp insan hak ve özgürlüklerini koruması kadar insan haklarının güncel gelişmeler ışığında gerçekleştirilmesini sağlamada önemli bir görevi vardır. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesinin insan haklarının korunmasındaki rolü, çeşitli ülkelerde insan haklarının korunması ve hukukun üstünlüğü kapsamında demokrasinin güçlendirilmesi açısından önemlidir. Tayland Krallığı Anayasa Mahkemesi, *“hukukun üstünlüğüne bağlılık, demokrasinin savunulması, insanların hak ve özgürlükleri için saygı”* şeklindeki ilkesinde (motto) ifade edildiği üzere, bu gayeye bağlı kalıp, bu gayenin önemini tam anlamıyla kavramaktadır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi evrensel toplumun bir parçası olduğunu ve bu nedenle küresel eğilimlerle uyumlu olmak zorunda olduğunu kabul eder. Anayasa Mahkemesi, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliğinin de bir üyesidir ve bu sebeple, bu Kongre’ye katılma fırsatı bulmuştur. Tayland Anayasa Mahkemesi, evrensel düzeyde eşdeğerleriyle birlikte aynı seviyede yer almak için bu oturumlarda edinilen bilgileri zamana uymayan alanların modernleştirilmesi amacıyla alçak gönüllülükle uygulayacaktır. Tayland Anayasa Mahkemesi, hem Tayland halkının hem de insanların temel haklarının korunmasına ilişkin kolektif çalışmadaki rolünü inkâr edemez.

Son olarak, beni dinlediğiniz için size bir kez daha teşekkür etmek isterim. Teşekkür ederim.

The Protection of Human Rights by the Thai Constitutional Court

Charoon Intachan

President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand

Presidents of Constitutional Courts and Heads of Equivalent Institutions of

The Asian Region,

Honorable Delegates,

Ladies and Gentlemen

Before all else, on behalf of the Constitutional Court of Thailand, I would like to express my sincerest gratitude to the Constitutional Court of Turkey for extending to myself and Justices of the Constitutional Court of Thailand invitations to attend this regional meeting of the 2nd Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACCEI), which also marks the 52nd Anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Turkey. I am deeply appreciative of the generosity bestowed upon us, and in particular, the opportunity to visit this beautiful country of the Republic of Turkey as well as the Metropolis of Istanbul, the only city in this world which sits across both the continents of Europe and Asia. This quality is exclusive to the metropolis which forms the connecting point between the western and eastern worlds – not to mention the natural wonder which has been listed as a world heritage, namely the Cappadocia.

Presidents of Constitutional Courts and Heads of Equivalent Institutions of the Asian Region,

Honorable Delegates,

Ladies and Gentlemen

I would like to begin with a presentation on the topic of this meeting, that is, the protection of human rights. I intend to do so by referring to the Constitution of the Kingdom of Thailand Buddhist Era 2550 (A.D. 2007), a document of great significance and relevance to the protection of human rights. There are provisions in 3 Chapters of the Constitution which deal with the protection of human rights. The Constitution provides for the social protection of rights by the Constitutional Court (Heading A) and the protection of human rights by direction action of the people (Heading B). In the past, the principles stated under the Universal Declaration of Human Rights have also been provided in all Draft Thai Constitutions, including the current Constitution. The provisions of the current Thai Constitution reflect principles provided under the Universal Declaration of Human Rights in several sections. The Universal Declaration of Human Rights is essentially comprised of 4 parts, namely, Part 1 Essential Principles, Part 2 Civil and Political Rights, Part 3 Economic, Social and Cultural Rights and Part 4 Duties of Persons, Society and the State in regard to the creation of security for the protection of rights. The Declaration states one important principle which is of utmost significance, that is, the respect and protection of rights and liberties of individuals. This principle is enshrined in the current Constitution.

For the first part of my presentation, I would like to address the issue of social protection by the Constitutional Court as provided under the Constitution of the Kingdom of Thailand. There are 2 sections in Chapter 1 which refers to the principle of human rights protection, i.e. section 4, *"human dignity, rights, liberties and equality of persons are protected,"* and section 5, *"the Thai people, regardless of origin, sex or religion, enjoy equal protection under this Constitution."* Chapter 3, Rights and Liberties of the Thai People, also provides protection and binding effect on all exercisers of state powers. This is found in section 27 which states that *"rights and liberties recognized under this Constitution, expressly or impliedly or by ruling of the Constitutional Court are protected and directly binding on the National Assembly, Council of Ministers, Courts, including constitutional organs and state agencies in the enactment of laws, enforcement of laws and interpretation of laws."*

Next, I would like to discuss the Constitutional Court's role in the social protection of rights. This is found in 2 parts. Firstly, the right to seek judicial relief in the event of a violation of rights and liberties recognized under the Constitution is provided under section 28, *"a person may invoke human dignity*

or exercise one's rights and liberties to the extent that the rights and liberties of others are not violated, that the Constitution is not defied, or that is not inconsistent with the good morals of the people. A person whose right or liberty recognized under this Constitution is violated may rely on the provisions of this Constitution to seek judicial relief or to invoke as an argument in judicial proceedings." The second part is social protection by the Constitutional Court provided under section 154 in the form of an "abstract norm control" constitutional review of a bill of law prior to promulgation, and protection in the form of a "concrete norm control" constitutional review of a law that is already in force as provided under section 211. The latter is invoked by the exercise of the right to seek judicial relief or relied as an argument in court through various agencies, including the exercise of the right to file a complaint through the Ombudsman or National Human Rights Commission under section 245 or section 257 of the current Constitution.

Furthermore, the current Thai Constitution is the first Constitution to recognize the protection of human rights by way of allowing a direct action by the people as provided under section 212, *"a person whose right or liberty recognized by this Constitution is violated may file an application in the Constitutional Court for a ruling that a provision of law is contrary to or inconsistent with the Constitution."* This is deemed as a grant of a direct right to file an action in the Constitutional Court.

The key constitutional provision for the promotion of human rights protection by the Constitutional Court is section 216 which recognizes the absolute binding effect on the National Assembly, Council of Ministers, Courts and other state organs. The means that once the Constitutional Court has made a ruling which has the effect of protecting human rights and the rights and liberties of the people, such a ruling would have immediate effect and can be raised against a state organ or agency.

I shall illustrate by giving an example of a Constitutional Court ruling which reflects the roles of the Constitutional Court in protecting the equal rights of men and women from any undue violation by any provision of law. Even though Thailand does not usually encounter any problem on the equality of men and women, there were still some provisions of law which conferred lesser rights on women when compared to men. This was to be found in Constitutional Court Ruling No. 21/2546 (2003). Previously, section 12 of the Surnames Act was a mandatory provision which required a married

woman to use only her husband's surname. The applicant sought to challenge the constitutionality of such a provision in the Constitutional Court. The Constitutional Court held that the provision was contrary to or inconsistent with the Constitution and therefore rendered unenforceable. This ruling had the effect of giving women the right to voluntarily choose to either retain her maiden name or adopt her husband's surname. This was the first time the right was recognized by a ruling of the Constitutional Court. The National Assembly subsequently enacted an amending law to recognize the right of women to choose whether to change or retain their prefixes, i.e. use of either "Miss" or "Mrs.", after marriage, a practice similar to civilized nations. It cannot be denied that this change in legislation was brought about by the Constitutional Court ruling.

In another recent case, during the term of the currently serving Constitutional Court Justices, the equality of men and women was once again reiterated in Constitutional Court Ruling No. 17/2555 (2012). In this ruling, the Court held that the provisions of section 57 bis and section 57 quinqué of the Revenue Code was contrary to or inconsistent with section 30 of the Constitution. Previously under Thai law, it was required that the assessable income of the wife should be included in the husband's income when determining the applicable income tax rate, and that the husband was under a duty to file a tax return. As a consequence, the husband and wife was subject to higher tax liabilities when compared to the case of separate filings prior to marriage, or even in the case of non-marriage. It was apparent that men and women were not treated equally, and those who were married were unjustly discriminated. The nature of this tax law deterred certain couples from registering their marriages in order to minimize their tax liabilities. This had an impact on the successful application of family law. The Constitutional Court held that the provision was contrary to or inconsistent with the Constitution due to inconsistencies with the principle of equality between men and women, and due to its being an unjust discrimination against a person on the basis of differences in personal status after marriage, as stated under the Constitution. As a consequence of this ruling, a married woman can now file a separate tax return from her spouse. It is therefore perceivable that the Constitutional Court ruling not only protected the equality of men and women, but was also beneficial to the strengthening of the family institution.

Furthermore, I would like to illustrate by another example of a Constitutional Court ruling which protected the rights of a person to participate with the state and community in the conservation of the environment, i.e. Constitutional Court Ruling 3/2552 (2009). This ruling laid down the important principle on the protection of a person's right to participate with the state and the community in the conservation of the environment. Before this, there was neither any clear protection on the rights of a local community nor a principle on a community's common property or natural resources.

From the foregoing presentation, I may summarize that the protection of the people's rights and liberties is regarded as an important task of the Constitutional Court in ensuring the actual realization of human rights, and not just by recognition of the black letters of the constitutional provisions. The Constitutional Court's roles in human rights projection is therefore essential to the strengthening of democracy under the rule of law and the protection of human rights in various countries. The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand fully appreciates the significance of and remains committed to this cause, as stated in the motto of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand, "commitment to the rule of law, upholding democracy, concern for the rights and liberties of the people." Moreover, the Constitutional Court recognizes that it is a part of the global community and must therefore accommodate the globalization trend. The Constitutional Court is also a member of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, and by virtue thereof, has had the opportunity to attend this Congress. The Constitutional Court of Thailand will humbly adopt the knowledge acquired during these sessions to the modernization of outdated areas in order to stand alongside others on an equal footing in the global community. The Constitutional Court of Thailand cannot deny its part in the collective task on the protection of human rights of both the Thai people and humanity.

Lastly, I would like to once again thank you all for your attention. Thank you

Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı (Genişletilmiş Özet)

Prof. Dr. Engin Yıldırım
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

Sosyal hakların uluslararası insan hakları mevzuatının önemli bir bölümünü oluşturmalarına ve de medeni ve siyasi haklarla aynı düzeyde görölmelerine rağmen, bunlara ilişkin yargılama pek çok ulusal ve uluslararası yargı sistemlerinde derin bir şekilde yerleşmiş değildir. Bu, genellikle “yargılanabilir” medeni ve siyasi haklar ve “yargılanamaz” sosyal haklar arasındaki bir ayırmadan kaynaklanmaktadır ki bu ayırımla şöyle bir yanılgıya düşölür: medeni ve siyasi haklar devletin herhangi bir olumlu edimini gerektirmezlerken, sosyal haklar böyle bir devlet edimini gerekli kıırlar. Sosyal haklarla ilgili anayasal içtihat, çoğu kez, tehlikeli yargısal aktivizm ile suçlanır. Sosyal hakların yargılanabilirliği karşısındaki esas çekince, yargının seçimle iş başına gelmiş yasama organlarının alanlarına girerek ve sosyal meselelere ilişkin alanda politika oluşturma görevini üstlenerek, kuvvetler ayrılığını ve demokratik yönetimi dikkate almayabileceği korkusuna dayanır. Sosyal hakların yargılanabilirliğine karşı bir diğer itiraz ise bunların içerik ve anlamının muğlak olduğu inancından kaynaklanmaktadır.

Bu eleştirilere rağmen, sosyal hakların özellikle de toplumun zayıf (savunmasız) kesimlerine yönelik belirli temel sosyal ve ekonomik ihtiyaçların sağlanması ve karşılanması temin etmeyi hedef aldığı inkâr edilemez. Sosyal haklar, insan onurunu çığneyen marjinalliğe, ayrımcılığa ve tüm benzer meselelere karşı siper görevi görmektedirler. Sosyal hakların uygulanabilirliğinin, sadece kaynakların mevcudiyetine bağlı olduğunun düşünölmemesi gerekir çünkü bu hakların yetersiz şekilde uygulanması, daha eşitlikçi bir toplumun gelişmesine engel olmaktadır.

Bu bilgiler ışığında, bu sunum ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin sosyal haklara ilişkin son zamanlardaki içtihadının analiz edilmesi hedeflenmektedir ki bu içtihat, 1990'lı yılların başlarından bu yana Mahkemenin ekonomik krizler bağlamında sosyal haklara ilişkin yargılamayı ele alma yöntemi hususunda yol gösterici nitelikte olmuştur. Bu amaçla, bu hakların yargılanabilirliğine ilişkin pek çok kabul edilmiş anlayışı tartışacak şekilde Mahkemenin sosyal hakların çeşitli boyutlarını ele alma yönünde bir niyeti ve yeterliliği sergileyip sergilemediğini incelemektedir.

Spesifik olarak, bu çalışma ile aşağıdaki temel sorunların üzerine eğilmeye çalışılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin Türkiye'de sosyal haklar alanında üstlendiği rol nedir? Anayasa Mahkemesi, sosyal haklarla ilgili kararlarına varırken hangi gerekçelere dayanır? Mahkeme kararlarını verirken özel olarak önem verdiği belirli bir örnek ve değerlendirme var mıdır?

Sunumda ileri sürülen şudur ki Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın sınırları içerisinde anayasal olarak tanınan sosyal hakları, klasik pozitivist yorum ilkelerine bağlı kalarak, çok dar anlamda yorumlamıştır. Örneğin, işçi hakları alanında, sendikalaşma hakkı ve grev hakkı gibi önemli haklara yönelik koruma sağlanmada tutarsız bir yaklaşım sergilendiği Mahkeme kararlarında görülmektedir.

Mahkeme sosyal haklarla ilgili kararlarında aşırı derecede ihtiyatlı tutum göstermesine rağmen, devlet memurlarının hak ve görevlerini öngören ilgili maddeleri cömertçe yorumlayarak, başta devlet memurları olmak üzere belirli gruplara özel önem atfetmiştir. Mahkeme, devlet memurlarına yönelik hevesle izlediği koruyucu tutumunun aksine, diğer insanlardan aynı hakları esirgemekten çekinmemiştir. Mahkemenin bu eylemi, elbette en yoksul grupların lehine değildir ve gerçekten de daha faydalı bir şekilde kaynakların toplumun daha yoksun ve daha az organize olmuş kesimlerine yeniden tahsis edilmesini önlemede rol oynayabilir.

Türk Anayasa Mahkemesinin sosyal haklara yönelik yaklaşımının önemli bir belirleyici etkeni, siyasi güçlerle ilişkisi ile ilgili olan kurumsal rolünü kavramasıdır. Belirli bir yasal dayanak bulunmadığında bütçe tahsislerini kapsayan kararlar çıkarma konusunda sessiz kalma eğilimi gösterir ve sorumluluğu Parlamento'ya bir sonraki adımı atması için iade ederek yargı denetimini zayıf biçimde yerine getirir. Mahkeme, sosyal haklara ilişkin anayasal hükümleri yorumlarken yaratıcılık yeteneğini

sergilememiştir, çünkü yürütme erkinin alanına girmemeye fazlasıyla dikkat etmektedir. Örneğin, sosyal güvenlik alanında dikkate değer bir istisna bulunmakla beraber, (insan) onur(u), yeni sosyal haklar oluşturmak ya da Anayasa'da sıralanan sosyal hakların esasına ilişkin bir anlam katmak üzere kullanılmamaktadır.

Anayasa şikâyetinin Türk Anayasa sistemine yeni getirilmiş olması, sosyal hakların gerçekleştirilmesi hususunda Mahkemenin daha aktif bir duruş sergilemesi için bir fırsat yaratabilir. Mahkemenin sosyal haklarla ilgili içtihadı ilişkin geçmiş performansı dikkate alındığında, bu iddia aşırı iyimser görülebilir. İlâveten, Türk Anayasa şikâyeti sistemi, hem Anayasa'da hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer verilen “*klasik*” haklar ve özgürlüklerle açıkça sınırlıdır. Buna karşın, sosyal haklar “*klasik haklar*” şeklinde yorumlanarak anayasa şikâyeti sistemi kapsamında dava edilebilir ve hukuki uygulamaya tabi tutulabilirler.

(Non)-Justiciability of Social Rights and Constitutional Courts: a Turkish Perspective (Extended Abstract)

Engin Yıldırım

Judge at the Turkish Constitutional Court

Although social rights constitute an important part of international human rights corpus and are considered on a par with civil and political rights, their adjudication has not been deeply entrenched in many national and international jurisdictions. This usually stems from a distinction between ‘justiciable’ civil and political rights and “non-justiciable” social rights, which wrongly assumes that while civil and political rights do not require any positive governmental action and relatively cost-free, social rights necessitate such governmental action. Constitutional social rights jurisprudence is, more often than not, accused of perilous judicial activism. The main reservation against the justiciability of social rights is based on the fear that judiciary may disregard separation of power and democratic governance principles by trespassing domains of elected legislative bodies and assuming a function of policy-making in the field of social issues. Another objection to the justiciability of social rights emanates from the belief that their content and meaning are highly contested and vague. In spite of these criticisms, it is undeniable that social rights aim at securing the provision and satisfaction of certain basic social and economic needs of life, especially for the vulnerable sections of the population. They act as a bulwark against marginality, discrimination and all similar issues which violate human dignity. The enforceability of social rights should not be seen as being dependant only on the availability of resources, as the weak enforcement of these rights militates against the development of a more egalitarian society.

As a matter of fact, the justiciability and realization of social rights require no less than a paradigm shift in conventional constitutional jurisprudence with its strongly embedded attitude of emphasizing negative rights at the expense of weakly protected positive rights.

Against this backdrop, the paper aims to analyse the recent social rights jurisprudence of the Constitutional Court of Turkey, which from the early 1990s onwards has been instructive about how the Court has dealt with adjudicating social rights in the context of economic crises. To this end, we investigate whether the Court has demonstrated a judicial willingness and capacity to address various aspects of social rights in a way that challenges many received notions of the justiciability of these rights.

Specifically, this study seeks to address the following main questions: What role does the Constitutional Court play in Turkey in the field of social rights? On what justifications does it count in reaching its verdicts related to social rights? Are there any specific patterns and deliberations the court attach special importance when delivering its rulings?

The paper argues that the Turkish Constitutional Court has interpreted constitutionally recognized social rights within the boundaries of the constitution very narrowly, adhering to traditional positivistic canons of interpretation. For example, in the area of labour rights, the record of the Court shows an inconsistent approach without affording protection to crucial rights such as the right to unionize and the right to strike.

Although the Court displays excessively cautious attitudes in its rulings regarding social rights, it has assigned a special importance to certain groups, notably civil servants by generously interpreting the relevant articles that stipulate rights and functions of civil servants. In contrast to its zealously protective attitude towards civil servants, the Court has not hesitated to deny the same rights for other people. This court action is not certainly in favour of the neediest groups and indeed may act to prevent a more beneficial reallocation of resources to the more disadvantaged and less mobilised sectors of society.

An important determinant of the Turkish Constitutional Court's approach to social rights is its perception of its institutional role with regard to its relationship to the political branches. It tends to be reticent about issuing rulings that imply budgetary allocations in the absence of a firm legal basis to do so and exercises a weak form of judicial review which returns the responsibility to Parliament to take further action. The Court has not demonstrated its ability to be creative in its interpretation of constitutional provisions regarding social rights as it has been overcautious not to trespass

into to the territory of the executive branch. For example, with one notable exception in the field of social security, dignity is not used to create new social rights or to give substantive meaning to the social rights listed in the constitution.

The recent introduction of constitutional complaint into the Turkish Constitutional system may create an opportunity for the Court to adapt a more active stance in the realization of social rights. This claim may be seen as overly optimistic given the Court's track record in its social rights jurisprudence. In addition, the Turkish constitutional complaint system is explicitly restricted to "classic" rights and freedoms enshrined both in the Constitution and the European Convention on Human Rights. Social rights do not often fall under the protection of constitutional complaint as it is feared that they would stretch the system to a point where it would lose its effectiveness and meaning due to heavy workload of constitutional courts. Nonetheless, social rights can be made enforceable and amenable to judicial implementation under the system of constitutional complaint by means of reading and interpreting them into "classic rights". The Turkish Constitutional Courts should not avoid its responsibility for the realization of a society predicated on social justice and it can achieve this through creative substantial interpretation.

BİRİNCİ OTURUM: Soru-Cevap

Serruh Kaleli (Oturum Başkanı): Sayın Yıldırım, teşekkürler. Süre sınırına uyduğunuz için de teşekkürler. Şimdi, Sayın katılımcılar, soru-cevaplar için ayrılan sürenin de çoktan sonuna gelmiş bulunuyoruz; ancak, sorularınız varsa alabiliriz. Sorunuz varsa lütfen önce kendinizi tanıtınız ve sorunuzu kime yönelttiğinizi belirtiniz. Sorunuz var mı? Görüyorum ki kimse sormuyor. Eminim ki herkes acıkmıştır, öyleyse öğle yemeğine geçelim. Program saatine lütfen dikkat etmeye çalışalım, 14.30'da tekrar görüşmek üzere hoşça kalın. Herkese afiyet olsun.

1st SESSION: Questions & Answers

Serruh Kaleli (Chairman of the Session): Thank you, Mr. Yıldırım, also paying attention to the time schedule. Now, dear participants, we have already covered the time schedule including the questions and answers part. But I would like to ask you if you have any question, please represent yourself and ask to whom you are addressing. Is there anyone/any question? As I see, nobody is asking. So, I'm very sure about that we are hungry, so, we have a lovely lunch. Now and trying to keep the time schedule on time, so to continue at half past two, I mean 14.30. Now bon appétit to everyone.

Birinci Oturumun Devamı

"İnsan Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması"

Prof. Dr. Zühtü Arslan

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

Dr. Feras Milhem

Anayasa Hukuku Uzmanı, Filistin

Türkiye’de Anayasa Şikâyeti: Fırsatlar ve Sorunlar

*Prof. Dr. Zühtü Arslan
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi*

Bu bildiri ile Türkiye’de anayasal hakların korunmasına yönelik yeni bir araç olan anayasa şikâyetinin incelenmesi hedeflenmektedir. Bildiride öne sürülen esas görüş, anayasa şikâyeti mekanizmasının getirilmesi ile Türk Anayasa Mahkemesine kendi içtihadında hak eksenli bir model kabul etmesi ve sürdürmesi yönünde eşsiz bir fırsat sunulmuş olmasıdır. Türk Anayasa Mahkemesinin böyle bir modeli kabul etme konusundaki başarısı, Türkiye’de anayasal hakların korunmasına önemli ölçüde katkıda bulunacaktır.

Alt başlığın gösterdiği üzere, bildiri iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm, Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyla ilgili bazı kararlarını ve olgusal birtakım bilgileri açıklamaktadır. İkinci bölümde ise, Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyla ilgili bazı kararlarını ve olgusal birtakım bilgileri açıklamaktadır.

1. Türk Anayasa Mahkemesi ve Hak Eksenli Model

İzin verin Alexis de Tocqueville’in meşhur bir sözünü alıntı yaparak sözlerime başlayayım. Neredeyse iki yüzyıl önce kendisi şunu gördü ki “Birleşik Devletlerde er ya da geç bir yargı sorununa dönüşmeyen bir siyasi sorun neredeyse yoktur.” Günümüzde Tocqueville’nin gözlemi, yalnızca Birleşik Devletler için değil, aynı zamanda Türkiye dâhil tüm devletler için geçerlidir.

Hemen hemen tüm sosyal ve siyasi sorunların er ya da geç yargının konuları olduğu gerçeği, kaçınılmaz olarak mahkemelerin gücünü ve yetkisini genişletmektedir. Yargı alanının genişlemesi ve bunun kaçınılmaz olarak sosyal ve siyasi alanın yargısallaşması şeklindeki sonuçları, yargı ve siyaset arasında gerginlik yarattı. Avrupa Anayasa Mahkemelerinin mimarı olarak bilinen Hans Kelsen, bu gerilimi negatif ve pozitif yasa koyucular arasında bir zıtlık/karşıtlık olarak ifade etti.

Kelsen, bu zıtlığı azaltmak için iki yol önerdi. İlk olarak, “*Anayasa Mahkemesi üyelerinin Parlamento tarafından seçilmesini*” önerdi.¹ İkinci olarak, Kelsen’e göre, Anayasaların insan hakları beyannamesini ya da insan hakları hükümlerini kapsamamaları gerekir. Kelsen insan hakları hükümlerinin ucu açık mahiyetinin, tabii hukukun bir parçası olarak, Anayasa Mahkemesini pozitif kanun koyucuya dönüştürmek şeklinde “*aşırı derecede tehlikeli bir rol oynayabileceğini*” ileri sürmüştür.² Çoğu Avrupa devleti Kelsen’in ilk önerisini gerçekleştirirken, temel hakları Anayasalarına yerleştirerek ikincisini ise göz ardı etti. Kelsen’in tahminlerinin aksine, Anayasa Mahkemelerinin anayasal hakların ve özgürlüklerin koruyucuları olarak görüldükleri ortaya çıktı.

Türk Anayasa Mahkemesi, bu anlamda hiçbir suretle bir istisna değildir. Anayasa şikâyetinin 2010 yılında kabul edilmesinden bu yana, Türk Anayasa Mahkemesi, insanlar tarafından insan hakları ihlallerini giderecek nihai ve etkili bir organ olarak algılanmaktadır. Anayasanın değişik 148. maddesi “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir.*” demektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, 23 Eylül 2012 itibarıyla bireysel başvuruları kabul etmeye başladı. Şimdiye kadar 16 binin üzerinde başvuru yapılmış ve bunların yaklaşık 10 bini halen inceleme aşamasındadır.

Başvuruların giderek artan sayısı, kısa bir süre içerisinde anayasa şikâyetinin bu ülkede popüler hale geldiğini ortaya koymaktadır. Toplumun farklı kesimlerinden bireyler, bir hukuki çare bulmak amacıyla Mahkemeye başvurumaktadırlar. Başbakan dahi kendisinin özel hayatının gizliliği hakkının sosyal medya tarafından ihlal edildiğini ileri sürerek yakın geçmişte bir başvuru yapmıştır.

Anayasa şikâyetinin getirilmesinin Türk Anayasa Mahkemesinin toplum ile ilişkileri açısından da belirli sonuçları bulunmaktadır. Gerçekten de anayasa şikâyeti, Türk Anayasa Mahkemesinin kapısını toplum geneline açtı. Bir anlamda, anayasa şikâyeti, Türk Anayasa Mahkemesine topluma

1 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (New Brunswick & London: Transaction Publishers, 2006), sf. 269.

2 Hans Kelsen, “La Garantie Juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du Droit Public*, 44: 197-257. Alec Stone Sweet tarafından alıntı yapılmıştır, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, (Oxford: Oxford Üniversitesi Yayınevi, 2000), sf. 35-36.

yaklaşması ve insan hak ve özgürlüklerinin korunması yönündeki bazı yapısal engelleri kaldırması için bir fırsat sundu.

Anayasa şikâyetinin kabul edilmesinden önce, Türk Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmi, bir yandan anayasa değişiklikleri ve kanunların anayasal denetimine ilişkin kararlar, öte yandan da siyasi parti davalarına ilişkin kararlar ile ilgiliydi. Bu kararlarda, Türk Anayasa Mahkemesinin önceliği ve esas kaygısı, Devleti ve Devletin temel ideolojik unsurlarını birey ve bireyin temel hak ve özgürlükleri karşısında korumak oldu.³

Mahkemenin anayasa şikâyeti konusundaki nispeten kısa tecrübesi, Mahkemenin uzun süredir uygulanan ideoloji eksenli yargısal aktivizminin hak eksenli bir yargı yaklaşımı ile yer değiştirme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Böyle bir yaklaşımı kabul etmenin ana sebebi, temel hakların korunmasının Mahkemenin kuralları ve devlet faaliyetlerini özgürlükçü bir şekilde yorumlamasını gerektirdiği gerçeğidir.

Türk Anayasa Mahkemesi şimdiye dek 75 ihlal kararı verdi. Bu kararların konuları, yaşama, kişi hürriyeti, adil yargılanma, bireylerin maddi ve manevi bütünlüğünün korunmasına ilişkin hakları, özel hayata saygı hakkını, ifade özgürlüğünü ve siyasi katılım hakkını içermektedir.

Türk Anayasa Mahkemesinin anayasa şikâyeti konusundaki temel amacı, hakların korunmasına yönelik temel ilkeler ve standartları belirlemektir. Örneğin, ilk kararlarında, Türk Anayasa Mahkemesi, azami tutukluluk süresi için kanunilik şartını katı bir şekilde yorumlayıp uyguladı. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 102 (2) maddesi şunu öngörmektedir ki tutukluluk süresi, ciddi suçlarda azami beş yıla çıkarılabilir. Mahkemeler, beş yıllık süreyi, başvuruların işlediklerinin iddia edildiği her bir suç için ayrı ayrı geçerli olacak şekilde yorumlamaktaydı. Bu, fiiliyatta, aynı dosya kapsamında birçok suçtan tutuklu bulunanların yıllarca gözaltında tutulacakları anlamına geliyordu.

Anayasa Mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesinin yorumunun, prensip gereği tutuksuz yargılama gerektiren kişi hürriyeti hakkı ile bağdaşmadığını beyan etti. Türk Anayasa Mahkemesi, azami beş

3 Bakınız, E. Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", (The Judicial Activism of the Turkish Constitutional Court and the Reactions of the Political Elites), *SBF Dergisi*, 62/3 (2007), sf. 264.

yıllık kanuni süre, işlendiği iddia edilen suç sayısına bakılmaksızın her bir tutuklu için uygulanmak zorunda olduğundan, beş yılı aşan sürenin Türk Anayasası'nın 19. maddesi ile korunan kişi hürriyeti hakkına yönelik bir ihlali teşkil ettiği sonucuna vardı.⁴

Benzer şekilde, başvuruların hapisteki milletvekilleri olduğu birtakım davalarda, Türk Anayasa Mahkemesi, demokrasilerde insanları temsil etme hakkının ve siyasi katılım hakkının önemini vurguladı. Mahkeme, başvuruların tutuklanmasının, bu başvuruları seçmenlerini temsil etmek ve uzun bir süre parlamentonun çalışmalarına katılmak üzere seçilmiş milletvekilleri olarak haklarını kullanmaktan alıkoyduğuna hükmetti. Türk Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun bir alternatifi olarak başvurular için uygulanabilir bir sistem olan adli kontrol imkânına da dikkat çekmekle beraber, başvuruların siyasi haklarına ilişkin kısıtlamaların orantılı olmadıkları, böylelikle demokratik bir toplumda gerekli olmadıkları sonucuna ulaştı.⁵

Türk Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, eski Kara Kuvvetleri Komutanı olan başvuranın makul bir süre içinde temyiz mahkemesi önünde alt derece mahkemesinin kararına itiraz etmesinin engellendiği yönündeki iddiasını öne sürdüğü bir davada *habeas corpus* hakkına yönelik bir ihlali tespit etti. Türk Anayasa Mahkemesi, başvuranın *habeas corpus* hakkını etkili biçimde kullanmasının engellendiğine hükmetti çünkü alt derece mahkemesi a) tahliye talebini incelemeksizin reddetti ve b) yedi aydan fazla bir süre boyunca, gerekçeli kararını yazma görevini tamamlamadı.⁶

Türk Anayasa Mahkemesinin kendi kararları arasındaki ihtilafı pragmatik olarak çözdüğü ve bir bakıma Strazburg Mahkemesi kararları ile uyumsuzluğu önlediği soyadı davasından da kısaca söz etmek isterim. Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi şunu öngörmektedir "*kadın eşinin soyadını alır; ne var ki, eşinin soyadından önceki (evlenmeden önceki) soyadını da taşıyabilir...*" 2011'de, Türk Anayasa Mahkemesi Genel Kurul olarak bu hükmün Anayasa'ya uygunluğunu inceledi ve hükmü (Anayasa'ya) uygun buldu.⁷

4 Bakınız, Başvuru No: 2012/1137, 2/7/2013; Başvuru No: 2013/776, 20/3/2014.

5 Başvuru No: 2012/1272, 4/12/2013; Başvuru No: 2013/9894, 2/1/2014; Başvuru No: 2013/9895, 2/1/2014; Başvuru No: 2014/9, 3/1/2014; Başvuru No: 2014/85, 3/1/2014.

6 Başvuru No: 2014/912, 6/3/2014.

7 Esas No. 2009/85, Karar No. 2011/49, 10/3/2011.

İki yıl sonra, aynı mesele bireysel başvuru yoluyla Türk Anayasa Mahkemesi önüne geldi. Bu kez Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın iç hukuktaki kanunlara kıyasla uluslararası insan hakları anlaşmalarına belirli bir önem ve öncelik atfeden 90. maddesini hatırlatarak, kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına yönelik bir ihlali tespit etti. Dolayısıyla, bundan böyle uluslararası insan hakları anlaşmaları ve iç hukuktaki kanunlar arasında bir uyumsuzluk olması halinde, uluslararası insan hakları anlaşmaları hükümleri esas alınır.

Türk Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili kararlarına⁸ ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Yok Edilmesi Sözleşmesinin (CEDAW) 16. maddesine atıfta bulunarak, ilk derece mahkemesinin somut uyumsuzluğu gidermek için Medeni Kanun'un aykırı düşen hükmünden ziyade uluslararası sözleşmelerin bu hükümlerini dikkate almış olması gerektiğini ileri sürdü.⁹

Yakın geçmişteki bir davada, Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında güvence altına alınan özel hayatın gizliliğine saygı hakkının önemini vurguladı. Başvuran, hapisane görevlisi olarak çalışan bir devlet memurudur. Kendisi, cinsel içerikli videosu internet sitelerinde yayınlandıktan sonra işinden atılmış biridir. Türk Anayasa Mahkemesi, devlet görevlilerinin özel hayatlarının gizliliği (mahremiyeti) hakkının disiplin ve kamu düzenini sağlamak üzere kısıtlanabileceğine hükmetti. Ne var ki, bu kısıtlamalar meşru amaçlar ile orantılı olmalıdır. Mahkemeye göre, başvurunu işten çıkartmak gibi sert bir idari tedbir, muhtemelen başvuranın gelecekteki hayatı üzerinde yıkıcı bir etkiye neden olacaktır. Bu nedenle, Türk Anayasa Mahkemesi, müdahalenin gözetilen meşru amaçlarla orantılı olmadığı gerekçesiyle, özel hayatın gizliliğine saygı hakkının ihlal edildiğini tespit etti.¹⁰

Son olarak, başvuranın Türk Anayasa Mahkemesine doğrudan bireysel başvuru yaptığı meşhur Twitter davasında, Ankara İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararına rağmen yetkili mercilerin Twitter

8 Bakınız, Ünal Tekeli karşı Türkiye, Başvuru No: 29865/96, 16/11/2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu karşı Türkiye, Başvuru No: 7971/07, 28/5/2013; Tuncer Güneş karşı Türkiye, Başvuru No: 26268, 3/10/2013; Tanbay Tülen karşı Türkiye, Başvuru No: 38249/09, 10/12/2013.

9 Başvuru No: 2013/2187, 19/12/2013.

10 Başvuru No: 2013/1614, 3/4/2014.

yasağını kaldıramamasının ve kaldırmak istememesinin hukuk yollarının etkisizliğinin temel göstergesi olduğu gerekçesiyle, Mahkeme ilk olarak başvurunun kabul edilebilir olduğunu açıkladı. Davanın esasına ilişkin olarak, Türk Anayasa Mahkemesi Twitter erişiminin topyekûn engellenmesinin kanunda öngörülmediğine dayanarak, ifade özgürlüğüne ilişkin bir ihlal tespit etti. Mahkeme, internet ve sosyal medyanın ifade özgürlüğüne yönelik kapsamlı ve etkili birer araç olarak demokratik toplumlarda önemli rol oynadıklarını ayrıca belirtmiştir.¹¹

2. Anayasa Şikâyetinin Oluşturduğu Sorunlar

Anayasa şikâyetine ilişkin olarak, balayının son romantik günlerini yaşıyor olduğumuzu söyleyeceğim. Bireysel başvuruların giderek artan sayısı, bizi hayatın gerçek sorunları ile yüz yüze getirmektedir. Bazı diğer Anayasa Mahkemeleri gibi, Türk Anayasa Mahkemesi de anayasa şikâyetinin oluşturduğu sorunları kabullenip, bunların üstesinden gelmelidir. Şu anda, bu aşılması zor sorunlardan bazılarının altını çizmek ve bu sorunların hangi yollarla üstesinden gelinebileceğini sunmaya çalışmak isterim.

Belki de Türk Anayasa Mahkemesi için en büyük sorun, giderek artan başvuru sayısı ile nasıl başa çıkılacağıdır. Mahkeme kendi başarısının bir kurbanı olabilir. Gerçekten, daha önce de sözünü ettiğim üzere, bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) sayısı özellikle ihlal kararlarından sonra önemli ölçüde artmıştır.

Filtreleme sistemi daha etkin şekilde işlemelidir ve bu amaçla, Mahkeme kabul edilebilirlik kriterlerini daha katı biçimde uygulamalıdır. Mahkemenin öncelikli amacı, anayasal hakları ve özgürlükleri korumaya yönelik temel ilkeleri ve standartları getirmektir. Bu nedenle, şimdiye dek, önemsiz başvuruları kayıttan düşürmenin (listeden çıkartmanın) en etkili yollarından biri olan anayasal önem kriterini henüz değerlendirmiş değiliz.

Artan iş yüküne bağlı olarak, gelecekte tek hakim kararı yöntemini benimsemek durumunda kalabiliriz. Bu, komisyonları, bölümleri ve genel kurulu tanımlayan Anayasa'da bir değişikliği gerektirebilir.

Türk Anayasa Mahkemesi için ikinci sorun, anayasa şikâyetinden ileri gelen sözde anayasa fetişizmi ile nasıl mücadele edileceğidir. Ben

11 Başvuru No: 2014/3986, 2/4/2014.

anayasa fetişizmi kavramını “Anayasa, toplumdaki tüm sorunlara genel, hızlı, hatta kapsamlı ve acil çözümler sağlar”¹² şeklindeki yaygın inancı açıklamak üzere kullanıyorum. Gerçekten, Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları ele almadaki göreceli başarısı, bilhassa ihlal kararları, toplumda yüksek beklentilere yol açmıştır. Çoğu birey, Türk Anayasa Mahkemesinin kendilerinin insan hakları sorunlarına nihai bir çözüm bulabileceğine yürekten inanmaktadır. Bu genel inancın Türk Anayasa Mahkemesinin kurumsal güvenilirliğini göstermesine karşın, anayasa fetişizmi tuzağına düşmekten sakınmamız gerekir. Bu böyle olmalıdır çünkü anayasa fetişizmi, muhtemelen büyük hayal kırıklıklarıyla sonuçlanacaktır.

Böyle bir anayasa fetişizmini önlemek için, Mahkeme, subsidiarite ilkesini ve böylelikle, anayasa şikâyetinin ikincil niteliğini vurgulamaya devam etmelidir. Potansiyel başvuru sahipleri ne anayasa şikâyetinin mucizevî sonuçlar doğurabilecek sihirli bir değnek olduğu ne de Türk Anayasa Mahkemesindeki hâkimlerin bir sihirbazın tavşanları şapkadan çıkarma yeteneğine sahip olduğu konusunda bilgilendirilmelidir.

Türk Anayasa Mahkemesi, kabul edilebilirlik kriterlerine, özellikle de başvuru yollarının tüketilmesi koşuluna ilişkin olarak ihtiyatlı olmayı sürdürmek zorundadır. Bu koşulun aşırı katı ve şekilci biçimde uygulanması, hakların açıkça ihlalinin göz ardı edilmesine sebebiyet verebilir. Öte yandan, aşırı esnek bir uygulama, subsidiarite ilkesine zarar verecek ve Türk Anayasa Mahkemesini bir çeşit üst temyiz mahkemesine dönüştürecektir. Bu nedenle, Türk Anayasa Mahkemesi, hukuk yollarının etkinliğini değerlendirirken hassas bir denge kurmaya mecburdur.

Anayasa şikâyetini de kapsayan davalarda kararların içeriği ile ilgili sorunlar da bulunmaktadır. Bunlardan biri, norm denetiminde Genel Kurul olarak ve bireysel başvuruya ilişkin davalarda Bölümler olarak toplanan Türk Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlardan kaynaklanan muhtemel uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği meselesidir. Hiç şüphe yoktur ki bu iki tür kararın mantığı ve rasyonallitesi farklıdır. Norm denetimi Türk Anayasa Mahkemesinin soyut normları ve anayasal hükümleri yorumlamasını

12 E.Tanchev, “Historical and Physiological Sources Shaping Constitutionalism and Constitutional Performance in the Post-Communist Societies”, Stanislaw Franskowski & Paul B. Stephan III (editörler), *Legal Reform in Post-Communist Europe: The View from Inside*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, Yayınevi, 1995, sf. 156.

gerektirirken, anayasa şikâyeti ise belirli hükümlerin uygulanmasıyla anayasal haklara yönelik bir ihlalin oluşup oluşmadığı kararının verilmesini gerektirir.

Ancak bu iki karar alanını tamamen ayırmak imkânsız değilse bile, çok güçtür. Bu güçlük, öne sürülen ihlallerin Türk Anayasa Mahkemesince önceden Anayasa'ya uygun olduğu beyan edilen kanunun doğrudan uygulanmasından ileri geldiği davalarda daha belirgindir. Bu sorunu çözmek kolay değildir, fakat buna karşın, anayasa denetiminde hak eksenli bir yaklaşımın kabul edilmesiyle böyle bir uyuşmazlığın olma ihtimali azalacaktır.

Daha da önemlisi, anayasa şikâyeti konularının aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesince de güvence altına alınan hak ve özgürlükler oldukları göz önünde tutulursa, Türk Anayasa Mahkemesi kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı arasında bazı uyuşmazlıklar olabilir. Aslında, en başta, Venedik Komisyonu, Türk Anayasa Mahkemesini Anayasa'yı ve Sözleşme'yi yorumlama hususunda *"Anayasa Mahkemesi kendi yorumunun AİHM'in (Strazburg Mahkemesi) getirdiği yorumdan sapmasını mümkün olduğu kadar çok önlemek zorunda kalacaktır"* şeklinde uyarmıştı.¹³

Türk Anayasa Mahkemesi, anayasal hakları AİHM (Strazburg Mahkemesi) doğrultusunda yorumlamaya devam etmelidir. Bu, ayrıca uygulamaya yönelik bir gerekliliktir çünkü anayasa şikâyetinin kabul edilmesinin amaçlarından biri, Strazburg'da Türkiye'ye karşı yapılan başvuru sayısını ve verilen ihlal kararlarının sayısını azaltmak olmuştur. Ne var ki, Avrupa Sözleşmesi'nin hak ve özgürlükleri asgari düzeyde güvence altına aldığını unutmamamız gerekir. Böylece, Türk Anayasa Mahkemesi, temek hak ve özgürlükleri daha iyi korumak amacıyla AİHM'in (Strazburg Mahkemesinin) yorumundan sapabilir. Türk Anayasa Mahkemesi ve AİHM (Strazburg Mahkemesi) arasındaki ilişkinin karşılıklı etkileşimi barındıracak ve kendi içtihatlarına katkı yapacak şekilde olması gerekir.

13 Venedik Komisyonu ile ilgili kısım şöyledir: *"Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini yorumlaması istenecektir. Bunu yaparken, Anayasa Mahkemesi kendi yorumunun AİHM'in (Strazburg Mahkemesi) getirdiği yorumdan sapmasını mümkün olduğu kadar çok önlemek zorunda kalacaktır. Sapma riski, Anayasa Mahkemesinin Anayasada öngörülen hak ve özgürlükleri de yorumlayacağı davalarda daha bile büyük olacaktır. Benzer bir hakka ilişkin iki yorum (Anayasaya dayanan biri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayanan diğeri) farklı olabilir ve farklı sonuçlara yol açabilir."* Bakınız, Hukuk Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu (Venedik Komisyonu), "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna ilişkin Görüş", CDL-AD(2011)040, Strazburg, 18 Ekim 2011.

Sonuç

Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel anayasa şikâyeti alanında edindiği nispeten kısa tecrübeden birtakım sonuçlar çıkarılabilir. Her şeyden önce, anayasa şikâyetinin uygulanması ile bu yolun hakları ve özgürlükleri korumak için etkili bir yol olduğu ortaya çıkmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi, böyle bir yolla, Türkiye’de insan hakları standartlarının yükselmesine önemli ölçüde katkıda bulunabilir.

İkinci olarak, anayasa şikâyetinde kalıcı ve sürdürülebilir başarı, kısmen Mahkemenin etkili bir filtrasyon sistemini çalıştırma ve AİHM (Strazburg Mahkemesi) içtihadı doğrultusunda hakları korumaya yönelik standartları belirleme becerisine bağlıdır. Üçüncü olarak, anayasa şikâyeti sisteminin geleceği, hukuk sisteminin bir bütün olarak etkili şekilde işlemesine de bağlıdır.

Son olarak, şunu söylemeye lüzum yoktur ki anayasal hakları korumadaki nihai başarı, toplumda hak eksenli bir siyaset ve hukuk kültürünü teşvik etmeye ve güçlendirmeye dayanır. Elbette bu, beklenenden daha uzun sürer ve böylelikle daha çok çalışma ve sabır gerektirir.

Constitutional Complaint in Turkey: Opportunities and Challenges

Prof. Dr. Zühtü Arslan

Judge at the Turkish Constitutional Court

This paper aims to explore constitutional complaint as a new instrument for protecting constitutional rights in Turkey. The main argument of the paper is that the introduction of constitutional complaint mechanism provided an unprecedented opportunity for the Turkish Constitutional Court to adopt and sustain a rights-based legal paradigm in its case-law. The success of the TCC in adopting such paradigm will significantly contribute to the protection of constitutional rights in Turkey.

As the subtitle suggests, the paper consists of two main parts. The first part describes some factual information and decisions of the TCC on constitutional complaint. The second part will deal with the challenges posed by increasing number of individual applications before the TCC.

1. The TCC and the Rights-Based Paradigm

Let me start with a famous quotation from Alexis de Tocqueville. Almost two centuries ago he observed that *"There is hardly a political question in the United States which does not sooner or later turn into a judicial one."* Nowadays Tocqueville's observation is applicable not only to the United States but to all states including Turkey.

The fact that almost all social and political problems sooner or later become subjects of judiciary inevitably extends the power and jurisdiction of the courts. The judicial expansion and its inevitable consequences of the judicialisation of social and political sphere created a tension between judiciary and politics. Hans Kelsen, who is known as the architect of European constitutional courts, formulated this tension as an antagonism between negative and positive legislators.

Kelsen proposed two ways in order to lessen this antagonism. First, he suggested that *“the members of the constitutional court shall be elected by parliament.”*¹ Second, for Kelsen, the constitutions should not contain a bill of rights or rights provisions. He argued that open-ended nature of human rights provisions, as part of natural law, *“can play an extremely dangerous role”* of turning the constitutional court to a positive legislator.² While the most European states realised the first suggestion of Kelsen, they simply ignored the second one by entrenching basic rights in their constitutions. Contrary to predictions of Kelsen, the constitutional courts turned out to be seen as the guardian of constitutional rights and liberties.

The TCC is by no means an exception in this regard. Since the adoption of the constitutional complaint in 2010, the TCC was perceived by the people as an ultimate and effective organ to remedy human rights violations. The amended article 148 of the Constitution states that *“everybody may apply to the Constitutional Court with an allegation that any of his or her constitutional basic rights and freedoms, within the scope of the European Convention of Human Rights, has been violated by public authority.”*

The TCC started to receive individual applications as of 23rd September 2012. Until now over 16 thousand applications have been lodged, and about 10 thousand of which are still pending.

Increasing number of the applications reveals that within a short time constitutional complaint became very popular in this country. Individuals from different segments of society have been applying to the Court with a view to finding a legal remedy. Even the Prime Minister has recently lodged an application alleging that his right to privacy was violated by social media.

The introduction of constitutional complaint has also certain implications for the TCC's relations with the society. Indeed it opened the door of the TCC to society at large. In a way constitutional complaint provided an opportunity for the TCC to touch the society and to remove some structural obstacles to the protection of individual rights and liberties.

1 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (New Brunswick & London: Transaction Publishers, 2006), p. 269.

2 Hans Kelsen, “La Garantie Juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du Droit Public*, 44: 197-257. Cited by Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp.35-36.

Prior to the adoption of the constitutional complaint, the TCC's judicial activism was revolved around the judgments concerning constitutional review of laws and constitutional amendments on the one hand and political party cases on the other. In these judgments the priority and main concern of the TCC was to protect the State and its basic ideological elements vis-a-vis individual and his or her basic rights and liberties.³

The Court's relatively short experience in constitutional complaint shows that it's long practiced ideology-based judicial activism tended to be replaced by a rights-based judicial approach. The main reason for adopting such an approach is the fact that the protection of basic rights itself requires the Court to interpret the rules and state activities in a liberal way.

The TCC has so far delivered 75 violation judgments. The subjects of these judgments include the rights to life, personal liberty, fair trial, protection of physical and mental integrity of individuals, right to respect privacy, right to political participation and freedom of expression.

The primary aim of the TCC in constitutional complaint is to lay down the basic principles and standards for protecting rights. For instance, in its first decisions, the TCC strictly interpreted and applied the legality (lawfulness) condition for the maximum period of detention. Article 102 (2) of the Criminal Procedure Law stipulates that in serious crimes the period of detention must be extended to five years maximum. The trial courts used to interpret the term five years as applicable to each crime allegedly committed by the applicants. This meant in practice those who were arrested for multiple crimes would be kept in custody for years and years.

The Constitutional Court declared that this interpretation of relevant article of the Criminal Procedure Law was not compatible with the right to personal liberty, which requires in principle the trial without detention. The TCC concluded that since five years statutory limitation must be applied to each detainee irrespective of the number of crimes allegedly committed, the period exceeding five years constituted a violation of the right to personal liberty protected by Article 19 of the Turkish Constitution.⁴

3 See E.Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", (The Judicial Activism of the Turkish Constitutional Court and the Reactions of the Political Elites), *SBF Dergisi*, 62/3 (2007), p. 264.

4 See Application No: 2012/1137, 2/7/2013; Application No: 2013/776, 20/3/2014.

Likewise, in a number of cases where the applicants were MP's in prison, the TCC emphasized the importance of the right to political participation and right to represent people in democracies. The Court held that the detention of the applicants prevented them from using their rights as elected MP's to represent their electorates and participate in the works of the parliament for a long time. Drawing also attention to the possibility of judicial control system, which was applicable to the applicants as an alternative to the detention, the TCC reached the conclusion that the restrictions on applicants' political rights were not proportionate and therefore not necessary in a democratic society.⁵

The TCC also found a violation of the right to *habeas corpus* in a case where the applicant who was the former Chief of Army, claimed that he was prevented from challenging the verdict of the trial court before the appeal court within a reasonable time. The TCC held that the applicant was prevented from using his *habeas corpus* right effectively, simply because the trial court, a) rejected the request of release without examining it, and b) has not completed writing its detailed verdict with reasons for more than seven months.⁶

I would like to briefly mention about the surname case in which the TCC has pragmatically resolved the conflict between its own decisions and in a way avoided an incompatibility with the judgments of the Strasbourg Court. Article 187 of the Turkish Civil Code stipulates that "woman takes the surname of her husband; however, she may also bear her maiden name before her husband's surname..." In 2011 the TCC as plenary reviewed the constitutionality of this provision and found it constitutional.⁷

Two years later, the same issue came before the TCC through individual application. This time the TCC found a violation of the right to preserve and develop one's spiritual being by invoking Article 90 of the Constitution which gives certain primacy and priority to the international human rights agreements over national laws. Accordingly, in case of conflict between international human rights treaties and national laws the former prevails.

5 Application No: 2012/1272, 4/12/2013; Application No: 2013/9894, 2/1/2014; Application No: 2013/9895, 2/1/2014; Application No: 2014/9, 3/1/2014; Application No: 2014/85, 3/1/2014.

6 Application No: 2014/912, 6/3/2014.

7 E. 2009/85, K. 2011/49, 10/3/2011.

Referring to the relevant judgments of the European Court of Human Rights⁸ and Article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), the TCC argued that the court of first instance should have taken into account these provisions of international conventions, rather than contravening provision of Civil Code, to settle the concrete conflict.⁹

In a recent case the TCC has emphasised the importance of the right to respect privacy guaranteed under Article 20 of the Constitution. The applicant was a public servant working as a prison officer. She was fired from her job after her sexually explicit video was broadcasted on internet sites. The TCC held that the right to privacy of public officers might be restricted to maintain discipline and public order. However, these restrictions must be proportionate to the legitimate aims. For the Court, such a harsh administrative measure as firing the applicant will likely cause devastating effect on her future life. Therefore, TCC found a violation of the right to respect privacy on the ground that the intervention was not proportionate to the legitimate aims concerned.¹⁰

Finally, in famous Twitter case where the applicant lodged an individual application directly to the TCC, the Court first declared the application admissible on the ground that the failure and reluctance of the authorities to lift the ban on Twitter despite a stay of execution decision delivered by Ankara Administrative Court was the main indication of the ineffectiveness of the legal remedies. As to the merit of the case, TCC found a violation of freedom of expression on the basis that the act of total blocking of the Twitter was not prescribed by law. The Court also states that internet and social media play a crucial role in democratic societies as an extensive and efficient means for freedom of expression.¹¹

2. The Challenges Posed by Constitutional Complaint

Concerning constitutional complaint, I would say that we are living on the last romantic days of honeymoon. The increasing number of individual

8 See *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No: 29865/96, 16/11/2004; *Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Turkey*, Application No: 7971/07, 28/5/2013; *Tuncer Güneş v. Turkey*, Application No: 26268/08, 3/10/2013; *Tanbay Tülen v. Turkey*, Application No: 38249/09, 10/12/2013.

9 Application No: 2013/2187, 19/12/2013.

10 Application No: 2013/1614, 3/4/2014.

11 Application No: 2014/3986, 2/4/2014.

complaints brings us face to face with the real problems of life. Like some other constitutional courts, the TCC must take up the challenges posed by constitutional complaint. At this moment, I want to underline some of these formidable challenges and try to offer possible ways to overcome these challenges.

Perhaps the greatest challenge for the TCC is how to cope with the increasing number of the applications. The Court may become a victim of its own success. Indeed, as I mentioned before, the number of the constitutional complaint dramatically rises especially after violation judgments.

The filtering system must operate more effectively, and to this end the Court must apply the admissibility criteria more strictly. The Court's primary aim is to lay down the basic principles and standards for protecting constitutional rights and freedoms. Therefore, until now, we have not yet used the condition of constitutional significance, which is one of the most effective means for striking out trivial applications.

Depending on the increasing workload, we might have to adopt single-judge decision in future. This may require an amendment in the Constitution which mentions about the commissions, sections and plenary.

The second challenge for the TCC is how to struggle with so-called constitutional fetishism arising from constitutional complaint. I use the term constitutional fetishism to explain the widespread belief that "the constitution provide(s) general, fast, even comprehensive and immediate solutions to all problems in society."¹² Indeed, the relative success of the TCC in handling the individual applications, its violation judgments in particular, has given rise to high expectations in society. Most individuals strongly believe that the TCC may find an ultimate solution to their human rights problems. Even though this popular belief may point to the institutional reliability of the TCC, we should refrain from lapsing into the trap of constitutional fetishism. This is so, because constitutional fetishism will likely end up in massive disappointments.

12 E.Tanchev, "Historical and Physiological Sources Shaping Constitutionalism and Constitutional Performance in the Post-Communist Societies", Stanislaw Frankowski & Paul B. Stephan III (eds.), *Legal Reform in Post-Communist Europe: The View from Inside*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, Publishers, 1995, p.156.

In order to avoid such a constitutional fetishism, the Court must continue to emphasise the principle of subsidiarity, and thus secondary nature of constitutional complaint. The potential applicants must also be informed that the constitutional complaint is not a magical stick capable of creating miraculous results, nor do the judges at the TCC have the magician's ability to pull rabbits out of a hat.

The TCC need to remain vigilant about the admissibility criteria especially the condition of exhaustion of domestic remedies. The extremely strict and formalistic application of this condition may result in ignoring clear violation of rights. On the other hand, an extremely flexible application will undermine the principle of subsidiarity and turn the TCC into kind of super appeal court. Therefore, the TCC is bound to strike a delicate balance in evaluating the effectiveness of the legal remedies.

There are also challenges related to the content of decisions in cases involving constitutional complaint. One of them is the question how to resolve the possible conflicts arising from the judgments of the TCC sitting as plenary in judicial review and as chambers in individual complaint cases. There is no doubt that the logic and rationality of these two kinds of judgments is different. While the judicial review requires the TCC to interpret the abstract legal rules and constitutional provisions, the constitutional complaint calls for the decision whether the application of certain rules constitutes a violation of constitutional rights.

It is, however, very difficult, if not impossible, to completely separate these two areas of judgment. This difficulty is more visible in cases where the alleged violations derive from the direct application of the law which was previously declared by the TCC as constitutional. Although it is not easy to solve this problem, but the adoption of a rights-based approach in constitutional review will decrease the possibility of such conflict.

More importantly, there may be some conflicts between the decisions of TCC and the case-law of the European Court of Human Rights, given that the subjects of the constitutional complaint are the rights and freedoms guaranteed at the same time by the European Convention on Human Rights. In fact, at the very beginning, the Venice Commission has warned the TCC that in interpreting the Constitution and the Convention, "it will have to

avoid as much as possible that its interpretation diverge from that given by the Strasbourg Court".¹³

The TCC must continue to interpret the constitutional rights in line with the Strasbourg Court. This is also a practical requirement, because one of the aims of adopting the constitutional complaint was to decrease the number of applications and violation judgments against Turkey in Strasbourg. However, we must keep in mind that the European Convention guarantees the rights and liberties at minimum level. So the TCC may diverge from the interpretation of the Strasbourg Court with a view to better protecting basic rights and liberties. The relationship between the TCC and the Strasbourg Court should be mutual interaction and contribution to their respective jurisprudences.

Conclusion

A number of conclusions can be drawn from the relatively short experience of the TCC in the field of individual constitutional complaint. First of all, the practice of constitutional complaint proved that it has been an effective means for protecting rights and liberties. The TCC with such a means may significantly contribute to the enhancement of human rights standards in Turkey.

Secondly, the enduring and sustainable success in constitutional complaint depends partly on the ability of the Court to operate an effective filter system and to set the standards for protecting rights in line with the case-law of the Strasbourg Court. Thirdly, the future of the constitutional complaint system depends also on the effective functioning of legal system as a whole.

Finally, it goes without saying that, the ultimate success in protecting constitutional rights depends on fostering and consolidating a rights-based political and legal culture in society. Certainly this takes longer than expected, and therefore requires more work and patience.

13 The relevant part of the Venice Commission is as follows: *"The Constitutional Court will be called upon to interpret the ECHR. In doing so, it will have to avoid as much as possible that its interpretation diverge from that given by the Strasbourg Court. The risk of divergence will be even greater in cases where the Constitutional Court will also interpret the rights and freedoms laid down in the Constitution. The two interpretations of a similar right (the one based on the constitution, and the other based on the ECHR) might diverge, and lead to different conclusions."* See European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), "Opinion on the Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey", CDL-AD(2011)040, Strasbourg, 18 October 2011.

Bireysel Başvuru Yoluyla İnsan Haklarının Korunması Filistin'den Dersler

Dr. Feras Milhem

Anayasa Hukuku Uzmanı, Filistin

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine Mahkemenin 52. Yıldönümü ile aynı zamana denk gelen Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresine bizi davet ettikleri için teşekkür etmek isterim. Hiç şüphesiz, Türk Anayasa Mahkemesi demokrasiyi gerçekleştirme ve insan hak ve özgürlüklerini koruma yönünde diğer ülkeler için bir kılavuz ve model olmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi hâkimlerinden, çoğunlukla Sayın Başkan Haşim Kılıç'ın doğrudan talimatı altında görev yapan Hâkimler Sayın Dr. Bahadır Kılınç ve Dr. Ali Rıza Çoban'dan edindiğimiz değerli bilgileri Filistin'de minnetle karşılıyoruz.

Seçkin dinleyiciler,

Genelde, anayasal denetim devlet erklerinin faaliyetinin anayasal düzene uygun olmasını temin etmeye yönelik mekanizmalara işaret eder ve bu faaliyetler anayasal düzene uygun düşmediğinde, bunları geçersiz ya da uygulanamaz kılar. Aynı şekilde, bahse konu ülkeye bağlı olarak, anayasal denetime ilişkin işlemler devlet mercilerince (yürütme, yasama, yargı organları, “ombudsman” (kamu denetçisi), vs.) ya da bireylerce başlatılabilir. Normatif ya da bireysel eylemlerin anayasal denetimine ilişkin bu işlemler doğrudan bireylerce başlatılabildiğinde, bunlar, anayasa hâkimlerine doğrudan bireysel erişim yoluyla açılan davalar olarak nitelendirilirler. Benim bugünkü sunumum, anayasa mahkemelerine doğrudan başvuru yoluyla insan haklarının korunması hakkındadır. Bireysel başvuru, anayasal hakların bireysel olarak yapılan eylemler dolayısıyla ihlal edilmelerine karşı belirli bir ikincil hukuk yolu olarak tanımlanabilir ki bu yol, haklarının Anayasa'ya aykırı şekilde

etkilenmiş olduğuna inanan bir kişiye davasını anayasal denetim yapma yetkisi bulunan bir mahkemeye inceletme olanağı sağlar.

Vatandaşlar ve devlet arasındaki anlaşmanın koşullarını yerine getirecek şekilde bir demokratik rejim fikri, genel olarak anayasal kontrol ve anayasal denetimin gelişmesinde önemli bir rol oynamıştır. Devletin demokratik anayasal istikrarının korunması, milletvekili çoğunluğunun ve Devlet mercilerinin anayasal çerçeveyi, daha da önemlisi, anayasal hakları ihlal etmelerini önleyen bir anayasal denetim sistemi kurarak en iyi şekilde temin edilir. Ancak bağımsız bir anayasal denetim, Devlet kurumlarının yetkisinin bireysel haklara tam anlamıyla saygı gösterilerek kullanılmasını güvence altına alabilir. Bu denetim, tüm yetkilerin kanuna tabi kılınması ve hukukun kendisinin üstün olan anayasal çerçeveye uyması ilkesine işaret eder.

Bunlar, yargının anayasal denetim yetkisini ve daha belirgin olarak, bireylerin anayasa yargısı hakkını tanıyan ilk mahkeme kararının dayandığı ifade edilen gerekçelerdir. Meşhur Marbury v. Madison (1803) davasında, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi şunu ileri sürmüştür: “... kişisel özgürlüğün mahiyeti, elbette ki bir birey ne zaman zarar görürse o bireyin kanunlarca koruma altına alınmayı talep etme hakkına dayanmaktadır. Devletin başlıca görevlerinden biri, bu korumayı sağlamaktır.” Anayasa yargısına doğrudan bireysel erişime ilişkin bu somut mesele hususunda, mahkeme şunu ileri sürmüştür: “...şu genel ve tartışmasız bir kuraldır ki yasal bir hak bulunduğu ve ne zaman o hak ihlal edilse dava şeklinde bir hukuk yolu da bulunmaktadır.” ABD Yüksek Mahkemesi kararından sonra, 19. Yüzyılda pek çok başka ülke, anayasal denetim mekanizmalarını incelemeye ve kurmaya başladı. Türkiye bağımsız bir anayasa mahkemesi kuran ilk ülkeler arasında oldu. Filistin’in 2006 yılından bu yana bağımsız bir anayasa mahkemesini düzenleyen bir kanunu bulunmasına rağmen, mahkeme kurulmadı. Bağımsız bir anayasa mahkemesi bulunmadığı sürece, 2003 Filistin Anayasasının (Temel Kanunun) 103 ve 104. maddelerinde, Yüksek Mahkemenin kanunların, düzenlemelerin ve eylemlerin Anayasa’ya uygunluğu ile ilgili meselelerde ve aynı zamanda yetkili organlar arasındaki ilişkileri çözüme kavuşturmak üzere toplandığı ve ayrıca Anayasa’yı (Temel Kanunu) ve yasaları yorumlama yetkisinin bulunduğu görülmektedir.

Kendiniz gibi bilgili insanlara insan haklarının, demokrasinin ve kamu özgürlüklerinin korunmasına ilişkin olarak anayasa mahkemelerinin

önemi hakkında konuşmak yüzeysel kalabilir. Sizinle iki hususu paylaşabilirim. İlk olarak: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birçok kez Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni Avrupa kamu düzeninin anayasal bir aracı olarak nitelendirmiştir. Bu gerçek, pek çok yazarı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir Anayasa Mahkemesi olması gerektiğini önermesi yönünde teşvik etmiştir. Başkalarınca kaşı çıkılmasına rağmen bu tartışma, insan haklarının, demokrasinin ve kamu özgürlüklerinin korunmasına ilişkin olarak Anayasa Mahkemelerinin önemi konusunda açık bir fikir vermektedir. İkinci olarak, Güney Afrika Anayasası'ndaki egemenlik tamamen açıklığa kavuşturulmamıştır ki bu da pek çok yazarın egemenliğin Anayasa Mahkemesinde görülebileceğine inanmasına sebep olmuştur. Yani, bu, artık Parlamentonun bir kanunun geçerli olup olmadığına dair nihai sözü söylememesi anlamına gelir.

Bu sunumda, bireylerin yaptığı doğrudan başvuru ile ilgili Filistin deneyimini ve modelini diğer yerleşmiş tecrübelerle kıyaslayarak sunmaya çalışacağım.

Filistin halkının pek çok insan hakları ihlallerine ve kamu özgürlüklerine ilişkin kısıtlamalara yol açan yabancı işgaller altında bulunmuş olduğu gerçeği dikkate alındığında, Filistin Anayasası'nın (Temel Kanun 2003) mimarları insan haklarının tam olarak korunmasını temin etmeye çalışmışlardır. Anayasa'nın (Temel Kanunun) 2. bölümünde insan hakları ve kamu özgürlükleri düzenlenmiştir. Bu korumalar, kanun önünde eşitliği, cinsiyete, ırka, renge, dine dayalı olarak hiçbir şekilde ayrımcılık yapılmaması hakkını kapsamaktadır. Diğer haklar, sosyal, ekonomik ve siyasi hakları içerecek şekilde sıralanırlar. Bölgedeki diğer Anayasalarla kıyaslayınca bu Anayasa (Temel Kanun) ile şunun açıklandığı görülür: *"Herhangi bir kişisel özgürlüğe, insanların özel hayatının kutsallığına veya kanun ya da bu Anayasa (Temel Kanun) ile güvence altına alınmış herhangi bir hak ya da özgürlüğe yönelik bir ihlal, suç olarak görülür. Bu tür ihlallerden kaynaklanan ceza ve hukuk davaları, zamanaşımını belirleyen kanun veya hükümlere tabi kılınamazlar. Ulusal Yetkili Makam, bu şekilde zarar görenlere adil bir hukuk yolu temin eder."*

Üç hafta önce, Başkan, ağırlıklı olarak insan hakları, kadın ve çocuk hakları hususunda 15 uluslararası anlaşmaya katılmak üzere mektuplar imzaladı. İnsan haklarına ilişkin bu sözleşmelerin olası etkisi, çok önemli, olumlu olacak ve memnuniyetle karşılanacaktır. Bu anlaşmalar, Filistin

Hükümeti'ne milli kanunları uluslararası standartları karşılayacak şekilde uyarlaması yönünde yükümlülükler getirir. Eğer bireyler, anayasal haklarının ihlal edildiğini anarlarsa, bu adım onları bu anlaşmalara başvurmaya teşvik edecektir. Başkanın bu anlaşmaları koşulsuz olarak imzalamış olduğunu öğrenmek çok ilginçtir.

Ne var ki, uluslararası hukukun doğrudan etkisine ilişkin olarak, Filistin Anayasası (Temel Kanunu) ile düzenleme yapılmamaktadır. Bu yüzden ki Filistin'de uluslararası hukukun milli kanunların üzerinde ya da milli kanunlardan üstün olduğunu söyleyemeyiz (monizm sistemi). Bana göre, bu uluslararası anlaşmalara uyum sağlamak için Filistin mevzuatında değişiklik yapma ihtiyacı vardır (düalizm sistemi). Filistin hukukuna göre, Başkanın bu anlaşmaları Başkanlık kararnameleriyle düzenlemesi (çıkarması) ve Filistin Resmi Gazetesi'nde yayımlatması mümkündür; bu durumda, bu anlaşmalar milli kanunların parçası haline gelirler ve mahkemeler bunları uygulayabilirler (Hibrid/ Karma sistem). Her durumda, Filistin'de Anayasa Mahkemesi olarak toplanan Yüksek Mahkemenin uluslararası anlaşmaların Filistin'de doğrudan uygulanmasını nasıl ele alacağını görmek ilginç olur.

Şunu bilmek enteresandır ki Yüksek Mahkemenin kanunların, düzenlemelerin ve eylemlerin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin yargı yetkisini üstlenmesi sebebiyle, başvuruların %95'i bireylerin doğrudan başvurusu yoluyla yapılmaktadır. Bu davaların çoğu, askeri mahkemelerin sivilleri yargılama yetkisinin Anayasa'ya uygunluğu gibi, hassas siyasi meselelerle ilgilidir. Anayasal denetim Filistin'e yeni getirilmiş olduğundan, Yüksek Mahkemenin işi az olmuştur. Mahkeme, insan haklarının ve kamu özgürlüklerinin korunması hususunda henüz etkili olup gerçek anlamda bir değişime gitmiş değildir.

Filistin Anayasası'nın (Temel Kanununun) 103. maddesi şunu öngörmektedir: *“Yüksek bir Anayasa Mahkemesi şu hususları ele almak üzere kanun yoluyla kurulur: (a) kanunların, düzenlemelerin ve başka çıkarılmış kuralların Anayasa'ya uygunluğu; (b) Anayasanın (Temel Kanunun) ve yasaların yorumu; (c) yargı kurumları ve yargı yetkisi olan idari kurumlar arasında ortaya çıkabilecek olan görev uyuşmazlıklarının çözümü”*.

Filistin Yüksek Anayasa Mahkemesinin belirli yetkileri, Filistin Anayasası'nın (Temel Kanununun) 103. maddesinin hükümlerini izleyen (bağlı kalan) Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 24. maddesinde belirlenmiştir. Madde

24 (1), “kanunlara ve düzenlemelere ilişkin anayasal denetim” uygulamak amacıyla mahkeme için genel bir yetki belirler. Madde 27 (1) ve (3) ve madde 25 (1) ile ilgili olarak bu hüküm, bireylerin anayasa yargısına üç tür doğrudan erişimine yönelik gerekçeleri temin eder: İlk olarak, madde 27 (3) şikâyet bağlamında şunu öngörmektedir: “eğer davacılar yargı yetkisi bulunan bir mahkeme ya da kurum önünde davanın görülmesi esnasında kanun hükmünde kararnamede, düzenlemede ya da karardaki bir hükmün Anayasa’ya aykırılığını iddia etmişlerse” soruna ilişkin karar verilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurabilirler. İkinci olarak, madde 27 (1), kanun ve düzenlemelere karşı “bu kanunun 24. maddesi uyarınca mağdur tarafça mahkeme önünde doğrudan dava yoluyla ortaya konan” aracısız normatif bir şikâyeti öngörmektedir. Üçüncü olarak, bu çalışmada Anayasa Mahkemesi Kanunu’na getirilen yorum, özellikle madde 25 (1), (2) ve (3) ile bağlantılı olarak maddeler 24 (1) ve 27 (1)’e getirilen yorum, bu maddelerin yetkili mercilerin eylemlerine karşı mağdur tarafın mahkeme önüne aracısız dava yoluyla getirdiği doğrudan bireysel başvuruyu da öngördüğünü düşünmemize izin verir. Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun mağdur kişinin kısıtlama ya da sınırlama olmaksızın başvuru yapabilmesini öngördüğünü öğrenmek ilginçtir. Bu, Anayasa Mahkemesine fazla yük getirilmesine yol açabilir.

Pek çok kabul edilebilirlik koşulu olabilir. Genelde bunlar, başvurulara yönelik zaman sınırlarını kapsamakta ve başvuranların doğrudan ve gerçek anlamda menfaatini, başvuranların kanuni (avukatla) temsilini gerekli kılmakta ve de eylemin ya da işlemin mahiyetine bağlı olarak diğer gerekli resmi ön koşullardan oluşmaktadır.

Adalet Bakanlığı, bireylerin yaptığı doğrudan başvuruya sınırlama ya da kısıtlama mekanizmaları getirmek için Filistin’de anayasal denetimi düzenleyen kanunda değişiklikler getirmeye çalışmıştır. Fakat bu değişikliklere sivil toplum kuruluşları, esasen insan hakları örgütleri karşı çıkmıştır, çünkü bunlar bireylerin mahkemeye doğrudan başvurabilmelerini sona erdirmeye anlamına gelmekteydi. Önerilen değişiklikler ile bireylerin ancak devlet organları ya da Filistin İnsan Hakları Komisyonu (“Ombudsman”, Kamu Denetçisi) yoluyla dava açabilmeleri öngörülmektedir.

Aslında, diğer tecrübeler göstermektedir ki kabul edilebilir farklı bir sınırlama, mahkemelere fazla iş verilmesini önlemek üzere getirilebilir. Bu sınırlamaların Anayasa Mahkemelerinin kendi rollerini yerine getirmelerine izin vermek için esnek olmaları gerekir. Bu esneklik, 1995 Güney Afrika

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde mükemmel şekilde ifade edilerek şu şekilde öngörülmüştür: *“Mahkeme Anayasa’nın 100. bölümü açısından ancak meselenin ivedi olduğu, ya da kamusal alanda önemli olduğu istisnai koşullarda, olağan yöntemlerin kullanılmasıyla icap eden gecikmenin kamu menfaatlerine zarar vereceği ya da adaletin amaçlarına ve iyi yönetime zarar vereceği yerde doğrudan erişime izin verir.”*

Alman ve Türk modelleri de, davaların esasa, geçerli gerekçelere dayanarak ve şeffaf bir şekilde filtrelenmesine ilişkin çok iyi örneklerdir. Bu tedbirler şöyledir:

Zaman sınırları, başvuru işlemlerine ve mahiyetine bağlı olarak belirlenebilir. Herkesin belirli bir süre sonra bir eylemin geçerliliğine yönelik olarak itirazda bulunulamayacağını bilmesi için, bu son tarihler hukuki belirlilik açısından önemlidir.

Anayasa Mahkemesi Kanunu (PLHCC), bireylerce getirilen davalar için herhangi bir zaman sınırı öngörmemektedir.

Alman ve de Türk modelinde bir aylık sınır getirildi. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanununun 93. maddesi ile şu belirtilir: *“(1) Tam kararın şikâyet sahibine tebliği ya da gayri resmi olarak bildirilmesi, beyan edilmesi ya da iletilmesinden itibaren bir ay içerisinde anayasa şikâyeti için başvuru yapılır ve şikâyetin doğruluğu kanıtlanır. Eğer şikâyet sahibine yasal olarak bir tebliğde bulunulmadıysa, şikâyet sahibi isterse bu zaman sınırı ertelenir. Tam karar şikâyet sahibine mahkeme tarafından ya da re’sen ya da davada taraf olanca tebliğ edilene kadar bu zaman sınırı ertelenmeye devam eder.”*

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun (GLFCC) madde 93 (2) uyarınca, eğer bir şikâyet sahibi kendi hatası olmadan bu zaman sınırına uyamadıysa, talebi doğrultusunda restitutio in integrum (eski halin iadesi) ilkesi geçerlidir. Yasal işlemin ihmali nedeniyle başvuru bir zaman sınırı içerisinde yürütülmelidir. Zamanaşımın dolmasından sonra, bir yıldan daha geç bir süre içinde talepte bulunulursa, başvuru geçersiz olur. Şikâyet sahibinin avukatının hatası, şikâyet sahibinin bizzat kendisinin hatasına eşit sayılır.

Madde 93 (3) ile ifade edilen şudur ki eğer şikâyet, doğrudan davanın kabul edilebilir olmadığı bir kanuna ya da hükme yönelikse, bu şikâyet ancak kanunun yürürlüğe girdiği ya da hükmün açıklandığı bir yıl içerisinde getirilebilir.

Başvuranın Doğrudan ve Gerçek (Aktüel) Menfaati

Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun madde 27 (1)’i doğrudan başvuruyu kimin getirmesi yasal (meşru) ise o kişinin “mağdur” kimse olduğunu kabul edilmesi gerektiği hususuna işaret etmektedir. Ancak, doğrudan mağdur olan, söz konusu hükmün ya da kanunun geçerliliğinin sona erdiği dava için şahsen başvuramadığında, şikâyeti bir başkası adına getirme imkânı hakkında hiçbir şey söylenmemektedir. Ne var ki, bir sivil toplum kuruluşunun milli menfaat adına dava açtığı görüldü ki burada hâkimlerin görevden alınabileceğini öngören kanun, 2005 yılında geçersiz ve Anayasa’ya aykırı addedildi.

Geçerlilik

Öğretide geçerlilik ifadesi şikâyetin kabulünün söz konusu hak ihlali için uygun bir hukuk yolu olabilme durumuna işaret eder. Eğer şikâyetin kabulü, ihlal edilen hakkın yerine getirilmesinde kayda değer bir etki yaratmayacaksa, şikâyetin kabul edilmeyeceği anlamına gelir.

Başvurunun Şekli Koşulları

Başvurunun şekli koşulları, ilgili dava ve işlem türüne göre değişebilir. Normatif şikâyetle ilişkin davalar, sıklıkla yazılı olarak yürütülür ve belirli kurallara bağlı olurlar. Bireysel başvurularda kabul edilebilirlik kurallarının daha az katı ve esnek olmaları gerekir. Kabul edilebilirlik incelemesi, Mahkemenin açıkça dayanaktan yoksun olan ya da şekli, usule ilişkin hataları bulunan ya da yetkisizlik dolayısıyla bir başvuruyu reddetmesine izin veren yararlı bir araçtır.

Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 28. maddesi, kabul edilebilirliğe ilişkin genel koşulları belirleyen tek hükmüdür. Bu madde, mahkemeye getirilen anayasa şikâyetine ya da havale yoluyla gelen davalara ilişkin çıkarılan kararın “Anayasa’ya aykırı olduğu iddia edilen kanun hükmünü, anılan kanun hükmünün aykırı düştüğü ileri sürülen ilgili anayasal hükmü, aykırılık iddiasının gerekçelerini” içermesi gerektiğini öngörür.

Bu maddeye ilişkin olan ilk yorum şudur ki eğer Filistin’deki doğrudan başvuru, kanunu ve bireysel eylemleri kapsamaktaysa, bu maddenin, yalnızca “kanun hükmüne” değil aynı zamanda itiraz edilen eyleme yer verilerek, bireysel başvuru kapsamında açıkça uygulanacak şekilde değiştirilmesi gerekir.

İkinci bir yorum ise Filistin hukukunun kabul edilebilirlik incelemesini belirli bir usul aşaması olarak açıkça addetmemesidir. Almanya'da, Anayasa'nın (Temel Kanununun) madde 94 (2)'si ile kanunun "...şikâyetin karara bağlanmak üzere kabul edilip edilmeyeceğinin tespit edilmesine yönelik ayrı bir kanuni düzenleme öngörebileceği" belirtilmektedir. Kısacası, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun madde 93a'sı "(1) Bir anayasa şikâyetinin kabulünün gerektiğini" tespit etmektedir.

Almanya'da ve Şili'de belirli kabul edilebilirlik şartları ile ilgili olarak, yukarıdaki 48-59, 71-74, 81, 87 ve 95-96 sayılarına atıfta bulunuyoruz.

Kabul edilebilirliğe ilişkin karara gelince, Filistin hukukunda Filistin Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun madde 29 (1)'i hariç olmak üzere hiçbir şey ifade edilmemektedir ki bu anılan madde ise, şikâyet başvurusunun, genel mahkemece kabul edilmediği durumda, bir başvuru yapılmasını öngörmektedir.

Almanya'da, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun madde 93d'si, kabul edilebilirliğe ilişkin kararın duruşma olmadan alınacağını ifade etmektedir. Bu karara itiraz edilemez. Anayasa şikâyetinin kabul edilemezliği için gerekçe istenmez. Almanya'da ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 24. maddesine göre, kabul edilemez ya da açıkça mesnetsiz başvurular Mahkemenin oybirliğiyle aldığı bir kararla reddedilebilirler.

Kabul edilebilirlik yönteminin Filistin hukukunda açıkça belirlenmiş olması gerekir ve kabul edilebilirlik ön koşullarının açıkça tanımlanması ve sistematikleştirilmesi gerekir. Kabul edilebilirlik yönteminin zaman sınırlarını, başvuranın gerçek menfaatini, geçerliliği, hukuk yollarını tüketme ilkesini ve diğer şekli koşulları açıkça kapsamı gerekir.

Son olarak, mahkemenin bu davaları esasa, kamu menfaatine, müteessir kişinin menfaatine, bütün olarak topluma olan etkisine dayalı gerekçelerle kabul ya da reddetmesi yönünde takdir yetkisinin olmak zorunda olduğuna tekrar değinmeye değer. Bu kurallar, Güney Afrika Mahkemesinin koyduğu kurallara benzer şekilde, hâkimlerce de geliştirilebilir. Kararlarından birinde, Besserglik karşı Ticaret, Sanayi ve Turizm Bakanı davasında, Hâkim O'Regan demiştir ki "...Bu aşamada, başvuranın neredeyse önünde hiçbir uygun başvuru yolu kalmamıştır. Doğrudan erişime yönelik başvurusunu ele alıp yargılama yapmayı reddedecek olursak, başka bir yerde çare bulma ihtimali çok düşüktür."

Protection of Human Rights by Means of Individual Application¹ Lessons from Palestine

Dr. Feras Milhem

Expert on Constitutional Justice, Palestine

I would like to thank the Constitutional Court of the Republic of Turkey for the valuable invitation to the second congress of the Asian Association of Constitutional Courts, which commence as well the 52nd anniversary of the Turkish Constitutional Court. No doubt, that the Turkish Constitutional Court becomes a pillar and a model for other countries strive to achieve democracy and to safeguard human rights and public freedoms. We appreciate in Palestine the valuable expertise we got from the Turkish Constitutional Court's justices, mainly from honorable justices Dr. Bahadır Kilinc and Dr. Ali Rıza Coban under the direct instruction of the honorable President Hasım Kılıç.

Distinguished audience,

In general, constitutional review refers to the mechanisms for ensuring that the activity of state powers confirms to the constitutional order, and when they do not to declare them invalidated or inapplicable. In the same way, depending on the country in question, the procedures of constitutional review can be initiated by state authorities (executive, legislative, judicial organs, ombudsman, etc) or by individuals. When these procedures of constitutional control of normative or individual acts can be directly launched by individuals, it is called a case of direct individual access to constitutional justices. My paper today is about the protection of human rights by means of direct application to constitutional courts. The individual complaint can be defined as a specific secondary legal remedy against the violation of

1 This speech is based on some parts on, and inspired by, the work of Dr. Emilio Dabed "Report in Direct Individual Access to Constitutional Justice in Palestine: A comparative Study" 2012.

constitutional rights by individual acts, which enables a person, who believes his/her rights have been unconstitutionally affected, to have the case heard by a court with the competence to perform the constitutional review.

The idea of a democratic regime as fulfilling the conditions of a contract between citizens and the state has been central in the development of constitutional review and constitutional control in general. The safeguard of the democratic constitutional stability of the State is best assured by establishing a system of constitutional review, preventing parliamentary majorities and State authorities to violate the constitutional framework and, more importantly, the constitutional rights. Only an independent constitutional review can guarantee that the power of State institutions is exercised with full respect to individual rights. It implies the principle that all powers are subjected to the law and that law itself conforms to the superior framework of the constitution.

These are precisely the grounds on which the first court decision recognizing the power of the judiciary to constitutional review and, more specifically, the right of individuals to constitutional justice is based. In the famous case *Marbury v. Madison* (1803) the Supreme Court of the United States advanced its reasoning that *"...the very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection"*. Regarding the specific issue of direct individual access to constitutional justice the court asserted that *"...it is a general and indisputable rule, that where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit or action at law whenever that right is invaded."* After the U.S. Supreme Court decision, many other countries during the 19th century started studying and establishing constitutional review mechanisms. Turkey was among the first nations to establish an independent constitutional court. Although Palestine has a law regulating an independent constitutional court since 2006, but the court was not established, in the absence of an independent constitutional court, the Basic Law of Palestine of 2003 in articles 103 and 104 stipulates that the High Court convenes in matters related to the constitutionality of laws, regulations and actions, as well as to solve the relations between organs of the authority, and has the jurisdiction over interpreting the basic law and legislation.

It might be superficial to speak about the importance of constitutional courts in the protection and safeguarding human rights, democracy and public freedoms to knowledgeable people like you. I may share with you two points. First: The European Court of Human Rights has, in several times, characterized the European Convention of Human Rights as a constitutional instrument of European public order. This fact prompted many authors to suggest that the European Court of Human rights should become a constitutional court. This discussion, although was opposed by others, gives us a clear hint on the importance of constitutional courts in the protection of human rights, democracy and public freedoms. Second it is interesting to learn that the sovereignty in the South African Constitution was not made absolutely explicit, which led many authors to believe that the sovereignty can be found in the constitutional court. That means that the Parliament no longer has the ultimate say over whether a law is, or is not, valid.

In this paper I will strive to present the Palestinian experience and model, related to the direct application by individuals, comparing the Palestinian Model with other established experiences.

Given the fact that the Palestinian people has been under foreign occupations, which led to many kind of human rights violations and restrictions on public freedoms, the architects of the Palestinian Basic Law of 2003, strove to ensure that Human rights would be fully protected. Chapter 2 of the Basic Law regulated human rights and public freedoms. Protections guaranteed include the rights of equality before the law, the right of no discrimination based on gender, race, color, religion. Other rights are listed, including social, economic and political rights. Comparing to other constitutions in the region, the Basic Law went to declare that *'Any violation of any personal freedom, of the sanctity of the private life of human beings, or of any of the rights or liberties that have been guaranteed by law or by this Basic Law shall be considered a crime. Criminal and civil cases resulting from such violations may not be subject to any statute of limitations. The National Authority shall guarantee a fair remedy to those who suffer from such damage'*.

Three weeks ago, the President signed letters to join 15 international treaties, mainly in human rights, women and children rights. The prospective impact of these conventions on human rights will be very significant, positive and welcomed. These treaties put obligations on the Palestinian Government

to adapt the local laws to meet the international standards. This move will encourage individuals to resort to these treaties if they feel that their constitutional rights are violated. It is very interesting to learn that the PA signed these treaties without making any kind of reservation.

However, the direct effect of international law is not regulated by the Palestinian Basic Law. This is why we cannot say that international law in Palestine is above or superior local laws (the monism system). In my opinion, there is a need to modify the Palestinian legislation in order to meet these international treaties (dualism system). It is possible, according to the Palestinian law, that the President issue these treaties by Presidential decrees and publish them in the Palestinian Gazette, in this case these treaties become part of the local laws and courts can implement them (Hybrid system). In all cases it will be interesting to see how the High Court in Palestine which convenes as a constitutional court will deal with the direct application of international treaties in Palestine.

It is interesting to know that since the High Court assumed its jurisdictions over the constitutionality of laws, regulations and actions, 95% of applications are made via the direct application by individuals. Most of these cases are related to sensitive political matters, such as the constitutionality of the military courts' jurisdiction over civilians. Since constitutional review in Palestine is newly introduced, the work of the High Court has been modest. The Court is yet to make real change and be efficient in the protection of human rights and public freedoms.

The Article 103 of the Palestinian Basic Law stipulates that: *"A High Constitutional Court shall be established by law to consider: (a) the constitutionality of laws, regulations, and other enacted rules; (b) the interpretation of the Basic Law and legislation; (c) Settlement of jurisdictional disputes which might arise between judicial entities and administrative entities having judicial jurisdiction."*

The specific competences of the Palestinian High Constitutional Court are established in Article 24 PLHCC which follows the provisions of Article 103 PBL. Article 24 (1) establishes a general competence for the court in order to exercise *"constitutional supervision and control on the laws and regulations"*. This provision, in relation with Article 27 (1) and (3) and Article 25 (1), (2) and (3), provide the grounds for three types of direct access to constitutional justice by individuals: First, Article 27 (3)

establishes the complaint sub lite by providing that *“If the litigants pleaded during the hearing of the case before any court or body having judicial authority the unconstitutionality of a provision in the law decree, regulation, or a decision” they can resort to the constitutional court to decide the question.* Second, Article 27 (1) establishes a direct normative complaint against law and regulations *“through the original direct action that is raised by the aggrieved before the court in accordance to article (24) of this law.”* Third, the interpretation given in this study to the PLHCC, specifically to Articles 24 (1) and 27 (1) in relation to Article 25 (1), (2) and (3), allows us to think that these articles establish as well a direct individual complaint against acts of authority through the original direct action that is raised by the aggrieved before the court. It is interesting to learn that the PLHCC provided that the aggrieved person can apply a case without restrictions or limitations. This might lead to the overburdening of the Constitutional court.

The conditions for admissibility can be many. Generally they include time-limits for applications, and require direct and actual interest of the applicants, legal representation of the applicants, and other formal prerequisites depending on the nature of the action or procedure.

The Ministry of Justice tried to introduce changes to the law regulating constitutional review in Palestine in order to introduce limitation or restrictions mechanisms to direct application by individuals. But these changes were challenged by civil society institutions, mainly human rights organizations, since they meant to end the ability of individuals to address the court directly. The proposed changes stipulate that individuals can only file a case via the organs of the state or via the Palestinian Commission for Human Rights (the ombudsman).

In fact other experiences show us different acceptable limitation can be imposed to avoid the overburdening of the courts. These limitations should be flexible to allow constitutional courts to exercise its role. This flexibility is excellently reflected in the South African Constitutional Court Rules of 1995 which provided that *“the court shall allow direct access in terms section 100 of the Constitution in exceptional circumstances only where the matter is of such urgency, or otherwise of such public importance, that the delay necessitated by the use of the ordinary procedures would prejudice the public interests or prejudice the ends of justice and good government”*.

The German and the Turkish models are also very good example on filtering cases based on merits, good reasons and in transparent way. These measures are:

Time limits may be established depending on the nature and procedures of the applications. These deadlines are important for legal certainty, so that everyone can know that after a certain time the validity of an act cannot be challenged.

The PLHCC does not provide any time limit for cases filed by individuals.

In the German case and the Turkish as well, one month limit was introduced. Article 93 German Law of the Federal Constitutional Court states that “(1) a constitutional complaint shall be lodged and substantiated within one month since the service or informal notification of the complete decision, its proclamation or communication to the • complainant. If the complainant is not legally notified, this time-limit shall be suspended if the complainant requests it. The suspension shall continue until the complete decision is served on the complainant by the court or ex officio or by a party to the proceedings.

According to Article 93 (2) GLFCC, if a complainant was unable to comply with this time-limit through no fault of his own, he shall on request be granted *restitutio in integrum*. The omitted legal action must be carried out within the time-limit for the request. If this is done, the complainant may be granted a reversal without need for a formal request. The request shall be invalid if made later than one year after the expiry of the time limit. The fault of the complainant’s attorney shall be seen as equal to that of the complainant himself.

Article 93 (3) states that if the complaint is directed against a law or some sovereign act against which legal action is not admissible, the complaint may be lodged only within one year of the law entering into force or the sovereign act being announced.

Direct and Actual Interest of the Applicant

Article 27(1) PLHCC refers to this condition by providing that who is legitimate to lodge the direct complaint is the “*aggrieved*” person. However, nothing is said about the possibility of lodging a complaint in someone

else's name when the directly aggrieved is unable to personally lodge the action or the case in which the questioned act or law ceases having validity. However, it happened that a civil society institution filed a case in the name of national interest, in this case the judicial authority law deemed void and unconstitutional in 2005. This law provided that judges can be removed, which is against an established constitutional rule.

The Standing

The expression standing in the doctrine refers to the condition that the acceptance of the complaint can be an appropriate remedy for the violation of the right in question. It implies that if the acceptance of the complaint would not have any appreciable effect in enforcing the violated right, the complaint would not be admitted.

Formal Requirements of the Application

The formal requirements of the application can vary depending on the type of action and procedure involved. Cases of normative complaint are often made in writing and follow very specific rules. The rules of admissibility in the case of individual complaints should be less strict and flexible. An exam of admissibility is a useful tool allowing the Court to reject an evidently ungrounded application or one with formal, procedural mistakes or lack of competence.

Article 28 PLHCC is the only provision establishing general conditions of admissibility. It requires that the decision issued with the referral to Court (action sub lite) or the legal pleading (constitutional complaint) submitted before it according to the previous article, should include "the legal provision whose constitutionality is contested, the relevant constitutional provision alleged to be in contradiction with the mentioned legal norm, in addition to the means of contradiction".

A first comment on this article is that if the direct complaint in Palestine includes law and individual acts, the provision should be amended to clearly apply to the individual complaint by mentioning the inclusion not only of the "legal provision" but also the act that is contested.

A second comment is that the Palestinian law does not explicitly consecrate the exam of admissibility as a particular procedural stage. In

Germany, Article 94(2) GBL establishes that the law “...may provide for a separate proceeding to determine whether the complaint will be accepted for decision.” In turn, Article 93a GLFCC establishes that “(1) A constitutional complaint shall require acceptance”.

Regarding the specific requirements of admissibility in Germany and in Chile we refer to numbers 48-59, 71-74, 81, 87, and 95-96 above.

Regarding the decision on the admissibility, the Palestinian law says nothing with the exception of Article 29 (1) PLHCC, which seems to establish an appeal in the case that the application of complaint sub lite is not admitted by the ordinary court.

In Germany, Article 93d GLFCC provides that the decision on admissibility shall be taken without oral proceedings. This decision cannot be challenged. The refusal to accept the constitutional complaint does not require reasons. In Germany and according to Article 24 GLFCC inadmissible or clearly unfounded applications may be rejected by a unanimous order of the Court.

A procedure of admissibility should be explicitly established in the Palestinian law and the prerequisites of admissibility should be clearly identified and systematized. The procedure of admissibility should explicitly include time-limits, actual interest of the applicant, standing, the principle of exhausting remedies, and other formal requirements.

Finally, it is worthy to mention again that the court must have the discretion whether to accept or reject these cases on reasons based on merit, public interest, the interest of the grievied person, the impact on the society as whole. These rules can be developed by justices themselves, similar to what the South African Court established. In one of its decisions, *Besserglik v. Minister of Trade, Industry and Tourism*, where Justice O'Regan said: “*the applicant's failure to follow the correct procedures may have been influential by the novelty of the Constitution and its procedures. At this stage, the applicant has almost no further recourse available to him. Should we refuse to hear his application for direct access, it is unlikely that he will obtain relief elsewhere*”.

BİRİNCİ OTURUMUN DEVAMI: Soru-Cevap

Serruh Kaleli (Oturum Başkanı-Anayasa Mahkemesi Başkanvekili):
Teşekkürler, Sayın Milhem. Şimdi soruları sorma ve cevapları alma zamanı.

Buyurun, lütfen.

Soru (Pakistan Yüksek Mahkemesi Üyesi Jawwad S. Khawaja):

Sorum Zühtü Arslan'a olacak.

Serruh Kaleli (Oturum Başkanı-Anayasa Mahkemesi Başkanvekili):
Teşekkürler.

Soru (Pakistan Yüksek Mahkemesi Üyesi Jawwad S. Khawaja):

Eylül 2012'den bu yana 16.000 adet bireysel başvuru yapıldığını söylüyorsunuz. Bu başvurular doğrudan Anayasa Mahkemesine mi yapılıyor, yoksa bir süreçten mi geçerek geliyor? Nasıl oluyor? Sorum kısmen bu, Cevabınız sonrasında bir sorum daha olacak.

Cevap (Prof. Dr. Zühtü Arslan-Anayasa Mahkemesi Üyesi): 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana 16.000'in üzerinde başvuru aldık ve bu başvurularda başvuranlar Türkiye'deki tüm iç hukuk yollarını tüketmişlerdir çünkü Türk Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yapmak için başvuran idari ya da adli olsun tüm mevcut hukuk yollarını tüketmiş olmalıdır. Dolayısıyla, tüm bu başvurular diğer adli veya idari organlar önünde tazmin sağlanamaması sonucu Türk Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir.

Soru (Pakistan Yüksek Mahkemesi Üyesi Jawwad S. Khawaja):
Böylece, bu bir yargı denetimi meselesidir. En üst mahkeme alttaki Mahkemenin kararlarına bakıyor ve sonra herhangi bir kanunun yanlış yorumlandığına mı karar veriyor? Anayasa Mahkemesi bu gibi bir başvuruyu başka hangi gerekçelere dayanarak ele alıyor?

Cevap (Prof. Dr. Zühtü Arslan- Anayasa Mahkemesi Üyesi): Bireysel başvuru konuları, Türk Anayasası ve aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında korunan ve güvence altına alınan anayasal haklardır. Türk Anayasa Mahkemesine bir başvuru geldiğinde Mahkeme çok detaylı

bir biçimde konuyu ele alır. Belli hak ve özgürlükleri güvence altına alan anayasa hükümlerinin ihlal edildiğini tespit ettiğinde ihlal hükmü verir, ancak bu, Mahkemenin somut veya soyut norm denetiminden kesinlikle farklı bir denetimdir. Bu kapsamda, Mahkememizin hâlihazırda iki temel yetkisi mevcuttur. Birincisi, Parlamento tarafından kabul edilen kanunların anayasallık denetimi, diğeri ise insan hakları veya belirli anayasal haklara yönelik bir ihlalin olup olmadığı yönündeki incelemedir.

Pakistan Yüksek Mahkemesi Üyesi Jawwad S. Khawaja: Tamam, teşekkürler.

Serruh Kaleli (Oturum Başkanı - Anayasa Mahkemesi Başkanvekili): Cevap sizin için yeterli mi?

Soru (Pakistan Yüksek Mahkemesi Üyesi Jawwad S. Khawaja): Bu soruyu Pakistan'daki yargı denetimiyle ilgili bir anayasa hükmü bulunduğu için yönelttim. Pakistan'da Yüksek Mahkeme insan haklarının, temel hakların söz konusu olduğu yargı yetkisini kullanır veya kullanabilir ve bu kamusal önem taşıyan bir konudur ve de bu durumda, Yüksek Mahkeme bireyin mahkeme hiyerarşisi yoluyla gelmesini gerektirmez. Birey doğrudan Anayasa Mahkemesine gelebilir. Gerçekten de birey Yeni Yıl kartı gönderebilir ve sonra da bu şikâyetim var der ve şikâyeti işleme alınır. Böylece, şunu bilmek isterim ki: 1- Anayasa Mahkemesi ne hakkında karar verecektir? Anayasa Mahkemesi altındaki Mahkeme ne yapmıştır? Çünkü esasen bir denetim meselesi, yani kararlara ilişkin bir yargı denetimi meselesi vardır. Mahkeme anayasal olarak güvence altındaki bu hakları dikkate almış olmuyor mu? Bu ilk sorumdu, ikinci sorum ise tamamlayıcı nitelikte bir sorudur. Emsal kararlarda uyumsuzluk olabileceğini söylediniz ki bu uyumsuzluk bir davada bir karar, diğeri bir davada aynı veya çok benzer bir karar şeklinde görülebilir ve ifade edilen farklı bir hukuk ilkesi olabilir. Kafam biraz karıştı, fakat bu normal, Türk hukukunu bilmiyorum. Mahkeme bu meseleleri nasıl ele alır? Bu birinci sorum. Alt Mahkemenin aslında tüm bu meseleleri ele aldığını söyledim ve ikinci olarak, emsal kararlardaki uyumsuzluk meselesini soracağım. Mahkeme kendi emsal kararlarını izlememiş olur. Bu da ikinci sorum. Oldukça uzun bir soru oldu.

Cevap (Prof. Dr. Zühtü Arslan - Anayasa Mahkemesi Üyesi): Bireysel başvurularda, belli hak ve özgürlüklerin açık bir ihlalinin olup olmadığı sorusuyla ilgileniyoruz. Bu davalarda ilk derece mahkemelerinin veya temyiz

mahkemelerinin nihai kararlarını tekrar inceleme konusu yapmıyoruz. Davada yer alan olguların detaylarına girmiyoruz ve ister ilk derece ister temyiz aşamasında olsun Türk mahkemelerince verilen kararları aslında bozmuyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaptığı gibi, sadece davanın usuli boyutlarına odaklanıyoruz örneğin savunma hakkının olmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği gibi. Ancak 20 yıl hapse mahkum edilmesi gerektiği halde ömür boyu hapse mahkum edildiği konusunda başvuru haklıdır gibi bir şey söylemiyoruz. Bu çerçevede, ilk derece mahkemelerinin kararlarını tekrar incelemiyoruz. Diğer soru Anayasa Mahkemesinin farklı alanlarda verdiği kararlar arasındaki çelişkiler hakkındadır. Söylediğim gibi, iki farklı yetkiye sahip bulunmaktayız. İlk olarak, soyut hukuk kurallarının Anayasaya uygunluğunu denetleriz ve bu durumda, örneğin kanunun Anayasaya uygun olmadığı iddiasını reddedebiliriz. Soyadı kararına ilişkin davada bahsettiğim üzere, bir hukuk kuralının Anayasaya uygun olduğunu tespit edebiliriz, fakat bu başka bir meseledir. Kuralın uygulanmasına, soyut kanuni hükümlerin uygulanmasına baktığımızda, insan hakları ihlali tespit edebiliriz. Ancak daha önemlisi, Türk Anayasa Mahkemesinin kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları arasındaki uyumsuzluğu çözmek çok kolay değildir. Bu kapsamda bireysel başvurulara ilişkin davalarda kanunları ile kanunların uygulamasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımı doğrultusunda yorumlamalıyız. Fakat bu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından ayrılmayacağımız anlamına gelmez. Aslında, bildiğiniz üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hak ve özgürlükleri asgari düzeyde korumaktadır. Sözleşmeye taraf devletler bireysel hak ve özgürlükleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden de fazla koruma altına almalıdırlar. Böylece, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki sağlıklı ilişki, karşılıklı işbirliği ve kendi içtihatlarına katkı şeklinde olmalıdır. Teşekkür ederim.

Pakistan Yüksek Mahkemesi Üyesi Jawwad S. Khawaja: Teşekkür ederim.

Serruh Kaleli (Oturum Başkanı-Anayasa Mahkemesi Başkanvekili): Evet, teşekkür ederim. Soru soracak bir kişi daha var mı? Son bir soru daha almak isterim. Evet, lütfen, sorunuzu kime yöneltiyorsunuz?

Soru (Endonezya Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi Dr. Harjono):

Profesör Zühtü Arslan'a.

Serruh Kaleli (Oturum Başkanı-Anayasa Mahkemesi Başkanvekili):
Tabii, buyurun.

Soru (Endonezya Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi Dr. Harjono):
Endonezya Anayasa Mahkemesinin anayasa şikâyetine ilişkin yargı yetkisinin olmasını sıklıkla düşünmekteyiz. Fakat sorun şudur ki böyle bir yargı yetkimizin olmasını istediğimizde, Anayasamızı değiştirmek zorundayız. Anayasa şikâyetinin getirilmesi için böyle bir durum Türkiye’de de yaşıyor mu? Yalnızca kanun mu değiştiriliyor, yoksa Anayasayı da değiştirmek zorunda mı kalıyorsunuz?

Serruh Kaleli (Oturum Başkanı - Anayasa Mahkemesi Başkanvekili):
Bir kez daha sormanız mümkün müdür?

Prof. Dr. Zühtü Arslan (Anayasa Mahkemesi Üyesi): Sorunuzu tekrarlar mısınız, lütfen?

Serruh Kaleli (Oturum Başkanı - Anayasa Mahkemesi Başkanvekili):
Sorunuzu tekrarlar mısınız, lütfen?

Soru (Endonezya Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi Dr. Harjono):
Yalnızca Endonezya’daki durum ile mukayese ediyorum. Anayasa Mahkememizin de anayasa şikâyetine ilişkin yargı yetkisinin olmasını istiyoruz. Fakat Endonezya’daki durum ile ilgili sorun şudur ki: anayasa şikâyetine ilişkin yargı yetkisini de getirmek istersek, Anayasamızı değiştirmek zorundayız. Sizin durumunuzda bu nasıl oluyor? Anayasanızı mı değiştiriyorsunuz, yoksa Kanunu mu? Teşekkür ederim.

Cevap (Prof. Dr. Zühtü Arslan - Anayasa Mahkemesi Üyesi):
Haklısınız. Türkiye’deki durum da neredeyse aynı çünkü Anayasa şikâyeti sistemini Türk hukukuna getirmek için Anayasayı değiştirmek zorunda kaldık ve bu değişiklik 2010 yılında yapıldı ve böylelikle anayasa şikâyeti mekanizmasının Türk hukukuna getirilmesi için Anayasayı değiştirdik.

Serruh Kaleli (Oturum Başkanı - Anayasa Mahkemesi Başkanvekili):
Saygıdeğer Misafirler, günün birinci oturumunun sonuna geldik. Dolayısıyla, ikincisine devam etmeden önce 15 dakikalık kahve aramız olacak. Bir kez daha, tüm katılımcılara oturum konusuna dair yaptıkları katkılardan dolayı teşekkür etmek isterim. Herkese teşekkür ederim. 15 dakikalık kahve aramız var.

1st SESSION: Questions & Answers

Thank you, Mr. Milhem. Now, it's turn for asking questions and taking the answers. Once more. Yes, please.

We couldn't understand.

Question (Judge of Supreme Court of Pakistan Jawwad S. Khawaja):

A question for, no to, Zühtü Arslan.

Serruh Kaleli (Chairman of the Session- Vice-President of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Thank you.

Question (Judge of Supreme Court of Pakistan Jawwad S. Khawaja):

You say that since September 2012, there have been 16.000 individual applications. Do these applications come directly to the highest Constitutional Court or do they come through a process? How does it happen? And this is only part of the question. Once you answer, I have a follow-up question.

Answer (Prof. Dr. Zühtü Arslan- Member of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Well, as I said as of 23rd of September 2012, we have received over 16.000 individual applications and the applicants in these applications exhausted all legal remedies in Turkey because in order to lodge an individual application before the Turkish Constitutional Court, the applicant must exhaust all available legal remedies whether it is administrative remedy or judicial remedy. So, all these applications came to the Turkish Constitutional Court after they failed to find a kind of remedy before the administrative and other judicial organs.

Question (Judge of Supreme Court of Pakistan Jawwad S. Khawaja):

So, it is a matter of judicial review. The highest Court then looks at the judgments of the Court below and then decides that some law has been misinterpreted or what other grounds on which the Constitutional Court can look at this application?

Answer (Prof. Dr. Zühtü Arslan - Member of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Well, the subjects of the individual applications are the constitutional rights protected, guaranteed under the Turkish Constitution as well as under the European Convention on Human Rights. When an application came to the Turkish Constitutional Court, the Court looks at the issue in a very detailed way and when it finds that there is a violation of certain constitutional provisions guaranteeing certain constitutional rights and liberties, it reaches the conclusion that there is a violation, but it is certainly separate from judicial review whether it is abstract or concrete review of the Turkish Constitutional Court. So, we have two main powers at the moment. First is abstract constitutionality review of the laws passed by the Parliament on the one hand and we have also review whether there is a violation of human rights or certain constitutional rights on the other.

Question (Judge of Supreme Court of Pakistan Jawwad S. Khawaja): All right.

Serruh Kaleli (Chairman of the Session - Vice-President of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Is it sufficient?

Question (Judge of Supreme Court of Pakistan Jawwad S. Khawaja): I'm asking this particularly because we have a constitutional provision in Pakistan. The Supreme Court exercises or can exercise original jurisdiction where human rights, fundamental rights we call them, are involved and the matter is one of public importance and in that situation, the Supreme Court does not require an individual to have actually come through the hierarchy of courts. He can come straight to the Court. He can actually send New Year's greetings and then say I have this complaint and it can be processed. So, isn't this, you see, I'm concerned to know, I want to know: 1- what does the, you see, Constitutional Court will have to make a determination on at least 2 aspects of that case. What has the Court below the Constitutional Court done? Because there primarily will be a question of reviewing, judicially reviewing their judgment. Hasn't that Court itself taken note of these constitutionally guaranteed rights? That is one thing and then there is one other question which is sort of subsidiary question. You said that there can be a conflict between precedents; in one case as one decision, another case maybe identical or very similar, there's a different legal principle which is enunciated. I'm a bit confused but that's natural, I don't know Turkish law. How do you address,

How does the Court address these issues, number 1. I said the low Court has actually dealt with all these issues and secondly, the conflict of precedents. The court does not follow its own precedents, number 2 question. Rather longish question.

Answer (Prof. Dr. Zühtü Arslan - Member of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Well, in individual application cases, we simply look at the question whether there is a clear violation of certain rights and liberties. In these cases, we are not judging the ultimate decisions of the courts of first instance or appeal courts. We are not going into detail of the facts of the case and we are not actually reversing the judgments of the Turkish courts whether it is at the level of first instance or at the level of appeal courts. Like the European Court of Human Rights, we just concentrate on the procedural aspects of the case whether the right to a fair trial is violated because of the lack of right to defence, for instance, but we don't say that the applicant is right, he was sentenced to life imprisonment instead of 20 years in prison. We don't judge the judgments of the first instance court. Another question is about the conflict of decisions between different parts of the Turkish Constitutional Court. As I said, we have two different powers. First, we review the constitutionality of abstract legal rules and in this case, for instance, we can reject the claim of unconstitutionality of a law. We can find a legal rule as constitutional, as I said it was the case in surname judgment, but this is another matter. When we look at the application of the rule, application of the abstract legal provisions, we can find a violation of human rights. More importantly, it is not very easy to resolve the conflict between the judgments of the Turkish Constitutional Court and the case-law of the European Court of Human Rights. And I think we must interpret the laws as well as the application of laws in the case of individual applications in line with the European Court of Human Rights. But this doesn't mean that we cannot diverge from the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In fact, as you already know, the European Convention on Human Rights protects rights and liberties at minimum level. The Contracting States must guarantee the individual rights and liberties further than the European Convention on Human Rights. So, the healthy relationship between the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights must be mutual cooperation and contribution to their respective jurisprudence. Thank you.

Judge of Supreme Court of Pakistan Jawwad S. Khawaja: Thank you.

Serruh Kaleli (Chairman of the Session- Vice-President of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Yes, thank you, sir. Is there any one? I want to take one last question. Yes, please. Sorry, sir, to whom you are asking this question?

Question (Former Member of Constitutional Court of Indonesia Dr. Harjono):

Oh, to Professor Zühtü Arslan.

Serruh Kaleli (Chairman of the Session - Vice-President of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Ok.

Question (Former Member of Constitutional Court of Indonesia Dr. Harjono): Well, we often have the idea that Indonesian Constitutional Court would soon have constitutional complaint jurisdiction. But the problem is that when we want to have such jurisdiction, we have to amend our Constitution. Does it happen also in Turkey that to have a just kind of constitutional complaint, you just amend the law, or you also have to amend the Constitution? Thank you.

Serruh Kaleli (Chairman of the Session - Vice-President of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Is it possible to review once more?

Prof. Dr. Zühtü Arslan (Member of Constitutional Court of the Republic of Turkey):

Can you repeat the question, please?

Serruh Kaleli (Chairman of the Session - Vice-President of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Can you repeat the question once more?

Question (Former Member of Constitutional Court of Indonesia Dr. Harjono): I just compare with the Indonesian situation. We want that the Constitutional Court would also have constitutional complaint jurisdiction. But the problem with the Indonesian situation is that: if we want to add the jurisdiction of constitutional complaint, we have to change, we have to amend our Constitution. What happens with the Turkish situation? Do you amend your Constitution or just amend your law? Thank you.

Answer (Prof. Dr. Zühtü Arslan- Member of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Well, you are right. The situation is almost the same in Turkey because we had to amend the Constitution in order to introduce the system of constitutional complaint and this amendment took place in 2010 and we changed the Constitution to adopt constitutional complaint mechanism in Turkish law.

Serruh Kaleli (Chairman of the Session- Vice-President of Constitutional Court of the Republic of Turkey):

Dear guests, we have already ended the first session of the day. So, before continuing to the second, 15 minutes coffee break is planned for us. One more, I would like to thank to the participants who are with us and their valuable notifications about the subject of the session. Thank you to all. We have 15 minutes break.

İkinci Oturum

“Anayasa Mahkemeleri, Yüksek Mahkemeler ve Parlamento İlişkileri”

Oturum Başkanı:

Dr. Harjono

Endonezya Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi

Konuşmacılar

Valerija Galić

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı

Dr. Igor Rogov

Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Başkanı

Jugnee Amarsanaa

Moğolistan Anayasa Mahkemesi Başkanı

Gadis Gadzhiev

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Üyesi

OTURUM BAŞKANI: Dr. Harjono

Hanımfendiler, Beyefendiler, İyi öğlenler dilerim! Bu oturumun başkanı olan Sayın Tun Arifin Bin Zakaria'nın yerini alacağım çünkü kendisi şu anda hastanede. Böylece, bu oturumda kendisinin yerini alacağım. Dua edelim ki en kısa zamanda iyileşsin. İkinci oturumda dört tebliğ olacak. Birincisi, Bosna-Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Valerija Galić'e ait.

İkinci sunum ise Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Başkanı Igor Rogov'un, üçüncü sırada Moğolistan Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Jugnee Amarsanaa var. Son olarak ise Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Üyesi Prof. Gadis Gadzhiev var. Bu oturum yalnızca bir saat sürecektir ve dört konuşmacımız var. Umarım her konuşmacının tebliği 10 dakikayı geçmez ki böylelikle tüm konuşmacılar tebliğlerini sunduktan sonra tartışmalar kısmı için bolca vaktimiz olur. Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Valerija Galić'i davet etmek isterim. Teşekkür ederim.

CHAIRMAN OF THE SESSION: Dr. Harjono

Good afternoon, ladies and gentlemen. Well, I'm replacing Mr. Tun Arifin Bin Zakaria who chairs this session because he is in the hospital now. So, I have to replace this session. Let us beg to the God that he will be better soon and this will help him be better as soon as possible. This session, the second session, we have four presentations. The first will be delivered by Ms. Valerija Galić, the President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. She's in my right side.

And the second Igor Rogov, the President of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan and the third Mr. Jugnee Amarsanaa, the Chairman of the Constitutional Court of Mongolia. In my right and the last Prof. Gadis Gadzhiev, Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation. This session, we only have one hour session and we have four speakers, so please we share this time and each speaker I hope not more than 10 minutes, so, we have a chance to ample time to discuss after all of the speakers deliver their presentations. Ok, I'll invite Ms. Valerija Galić, President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. Do deliver the presentation. Thank you.

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi ve Bosna Hersek Parlamenterler Meclisi Arasındaki İlişki

Valerija Galić

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı

Bosna Hersek Anayasası ve Anayasa Mahkemesi İtüzüğüne göre, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi belirli bir yargı yetkisi olan özerk ve bağımsız bir yargı mercidir. Bu, Bosna Hersek Parlamenterler Meclisi için de geçerlidir. Böylece, Anayasa Mahkemesinin ve yasama organının ayrılması, Bosna Hersek Anayasası'nda "*hukukun üstünlüğü*" formülüyle açık bir şekilde güvence altına alınmış hukukun üstünlüğü ilkesinin usule ilişkin yönlerinden biridir.

Ne var ki, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin ve Bosna Hersek Parlamenterler Meclisinin işlevsel ve kurumsal olarak katı şekilde ayrılması, mutlak suretle mümkün değildir. *Montesquieu'nun* desteklediği bu kuram, modern anayasa hukukunun gerçeklerinden sapmıştır. Ayrıca, çok yoğun bir etkileşim, işbirliği ve karşılıklı denetim ve aynı zamanda yetki kullanımından kaçınma ya da yetki kullanımını önleme, bu iki tür yetkili mercii arasındaki mevcut ilişkinin ayırt edici özellikleri arasındadır. Başka bir ifadeyle, İngiliz icadı olan *denge ve kontrol konsepti* şimdi çok sayıda unsurdan oluşmaktadır.

Belirgin olarak belirtmek gerekirse, Bosna Hersek'te Anayasa'yı yazarlar, anayasal prosedür içinde, öncelikle anayasal-yargısal otoriteyi tespit etme ve tanımlama hakkı olan kişidir. İlâveten, yasa koyucu Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi hâkimlerini seçme konusunda en çok yetkiye sahip olan makamdır ve yasa koyucunun Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin işinin belirli unsurlarını düzenleme ve bütçesini onaylama vs. yetkisi vardır. Öte yandan, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluğa ilişkin somut ya da soyut denetime veya bireysel başvuruya ilişkin işlemler yoluyla veya ülkedeki üç seçmen grubundan birinin önemli milli menfaatlerinin

ihlaline dair meselelere ilişkin verilen kararlar yoluyla, yasama sürecini etkileyebilir, bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu açıklayabilir. Yasa koyucuya Bosna Hersek Anayasası'na uygun kanunlar yapması ya da ara çözümler bile getirmesi yönünde talimat verebilir. Son olarak, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ile ilgili olan rolünün önemine rağmen, özellikle de kararların sayısı dikkate alındığında, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin negatif kanun koyucu biçimindeki klasik rolü en önemli olan rolüdür. Bu şekilde, yasa koyucuya hukukun üstünlüğüne ilişkin temel ilkelere uyma yönünde daimi bir yükümlülük getirilmektedir. Böylece, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi kararlarının, anayasal açıdan iyi temellendirilmiş ve esası yönünden haklılaştırılmış olup olmadığına bakılmaksızın da, belirli siyasi etkileri vardır.

Bu söylenenlerden bağımsız olarak, günümüzde karşılıklı etkileşim olasılığı tamamıyla haklı kılınabilir. Ancak anayasa hukukunun temel ilkeleri, bu iki otoritenin birbirlerinin alanına girmemeleri ya da birbirlerinin varlığını tehlikeye atmamak zorunda olduğunu bize gösterirler. Böylece, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin tamamlayıcı nitelikte (ek) bir yasa koyucu olmaması ve kararlarının siyasi iradenin oluşturulmasını ya da hayata geçirilmesini etkilememesi gerekir. Örneğin, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi takdir yetkisi alanı kapsamında, yasa koyucunun çözümlerinin yeterli olup olmadığını veya yasa koyucunun belirli kamu menfaatini karşılama yöntemini incelememelidir. Öte yandan, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi bağımsız ve özerk kalmalı ve siyasi mücadele, Bosna Hersek Parlamenteler Meclisinden mahkeme salonuna taşınmamalıdır. Böylece, temel değerlere ve görevlere yönelik müşterek saygı, ikisinin hem gerekli hem de işlevsel bir ilişki içinde olmasına yol açar. Bunlar, benim ülkemdeki her iki tür yetkiye dair daimi sorunlardır ve de her ülkenin özelliklerini dikkate almakla beraber, hukukun üstünlüğü ve demokrasi ilkelerine tam olarak uygun düşecek çözümler aramak her zaman gereklidir.

Ne var ki, yakın geçmişi çalkantılı olan ya da sözde geçiş sürecindeki ülkelerin durumunda, anayasa mahkemeleri ve parlamentoların arasındaki ilişki ayrıca engellenmektedir. Gelişmiş demokratik devletlerle veya milletler üstü kurumlarla, topluluklarla bütünleşme süreçleri, bu ülkelere işlevsel bir devlet geliştirme yükünü getirmiştir. Maalesef, bu ülkelerin son on yıllık dilimlerdeki tecrübeleri, veto hakkı gibi *denge ve kontrol* ilkesinin uç ya da radikal unsurlarını, sadece birçok otoritenin varlığı durumunda değil, her

bir otoriteyi de kapsamına almayı gerekli kılmıştır. Bu durum ise, sıklıkla devletin işleyişinde engellere ve gecikmelere yol açar ki bunlar çoğunlukla sürdürülebilir ve istikrarlı demokrasideki ve hukuk devletindeki eksiklikler olarak tanımlanmaktadır.

Bu anlamda, sıklıkla şu duyuluyor olabilir: devletin etkin işlevselliği ilkesi, anayasa mahkemesinin, diğerleri yanında, *yargısal aktivizmi* olarak adlandırılan faaliyeti ifa etmesi gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır. Bu, anayasal hakların ve özgürlüklerin kapsamlı ve dinamik şekilde yorumlanmasına ve aynı zamanda siyasi krizin geçici yasal çözümler getirerek çözülmesine işaret eder. Bu, kaynağı karmaşık siyasi ya da milli unsurları barındıran devletlerin eksik anayasal sistemlerinde yatan çeşitli sorunların üstesinden gelmek için kullanılır.

Şu anda tüm dünyada meydana gelmekte olan terörle mücadele ya da ekonomik durgunluk gibi evrensel sorunları çözmek ve evrensel kamu menfaatlerini hayata geçirmek icap ederse, benzer fakat çok az farklı olaylar görülebilir.

Yargısal aktivizmin belirli bir zamanda ve belirli bir yerde olumlu bir rolü olabilmesine rağmen, hedefi dikkate alındığında, anayasa mahkemelerinin yasama organlarıyla olan ilişkisi bağlamında kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle, yargısal aktivizm, parlamenter demokrasi sisteminden anayasal-yargısal ve yasama devletine geçişe ilişkin tartışmaları gündeme getirir.

Ne var ki, insan hak ve özgürlüklerinin etkili biçimde korunmasını kesinlikle içeren hukukun üstünlüğü ilkesinin korunması halen anayasa yargısının kaçınılmaz bir yükümlülüğü ise; belirli davalarda anayasa normlarına ilişkin pro-aktif yorumun ve sorunları çözmeye yönelik müdahale yaklaşımının, yargısal aktivizmden ziyade anayasa yargısına ilişkin kaçınılmaz, istisnai bir yetki olup olmadığı meselesi ortaya çıkar. Yasa koyucunun bakış açısından yargısal aktivizm, daima negatif bir anlam taşır. Başka bir deyişle, hukuk devletini korumayı hedefleyen ve çok eleştirilen yargısal aktivizmin klasik önlemleri olarak önceleri görülebilen, anayasa mahkemelerince kullanılan belirli önlemlerin şu anda yasa koyucunun- ki kendisinin siyasi meseleleri çözme üzerine varsayılan parlamento egemenliği göz önünde bulundurulursa- münhasır hakkı olup olmadığı meselesi ortaya çıkar.

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi, tam olarak bu tür sorunlara maruz kalmaktadır ve ben eminim ki diğer pek çok ülke de aynı durumdadır. Karmaşık siyasi ve idari sistem, nüfusun karmaşık ulusal yapısı veya çok karmaşık kamu menfaatlerinin hayata geçirilmesi bir yandan, ulusal azınlıkların hakları dâhil insan hak ve özgürlüklerine uyulmasının zorunlu olduğu işlevsel devlet diğer yandan, anayasa yargısının sıklıkla karşılaştığı belirli zıtlıklar olarak tanımlanabilir. Bu ve benzer çıkmazlarda hukuki ve adil bir çözüm bulma, anayasa yargısı için büyük bir soruna işaret etmektedir. Bunun hem anayasa yargısını hem de yasa koyucuyu ilgilendiren büyük bir sorun olduğunu düşünürsek, mümkün olduğu kadar anlaşmazlıkları ya da yanlış anlamaları önlemek için iki tür yetki arasında daha yoğun bir işbirliği ve diyalog ihtiyacının günümüzün zorunluluklarından biri olduğunu görürüz.

Relationship between the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina

Valerija Galić

President of Constitutional Court of BiH

According to the Constitution of BiH and the Rules of the Constitutional Court, which represent a constitutional category, the Constitutional Court of BiH is autonomous and independent judicial authority of specific jurisdiction. This also applies to the Parliamentary Assembly of BiH. Thus, the separation of the Constitutional Court and the legislator is one of the formal aspects of the principle of rule of law, explicitly guaranteed in the Constitution of BiH by its legal formulation “*the rule of law*.”

However, strict functional and institutional separation of the Constitutional Court of BiH and the Parliamentary Assembly of BiH is not absolutely possible. This theory, which was advocated by *Montesquieu*, has deviated from realities of modern constitutional law. Furthermore, the current relationship between these two types of authority is characterized by a very intense interaction, cooperation, and mutual control as well as by preventing or refraining from exercising authority. In other words, the English concept of *checks and balances* now consists of very wide range of components.

Specifically speaking, in Bosnia and Herzegovina, the author of the Constitution is primarily the one entitled, under the constitutional procedure, to determine and define the constitutional-judiciary authority. In addition, the legislator has the greatest influence in electing judges of the Constitutional Court of BiH and is entitled to regulate certain elements of work of the Constitutional Court of BiH or confirm its budget, etc. On the other hand, the Constitutional Court of BiH, either through proceedings concerning individual constitutional appeals, concrete or abstract review of constitutionality and decisions on issues of a violation of vital national interests of one of the

three constituent peoples in the country, can affect the legislative process, declare unconstitutional any legislative act, order the legislator to make acts in compliance with the BiH Constitution or even impose interim solutions. Finally, despite the significance of the role of the Constitutional Court of BiH in respect to the protection of individual rights and freedoms, especially when considering the quantity of decisions, the traditional role of the Constitutional Court of BiH as a negative legislator is the most important one. In this way, a permanent obligation of complying with basic principles of the rule of law is imposed on the legislator. Thus, decisions of the Constitutional Court of BiH, regardless of whether they are constitutionally well-founded and justifiably substantiated, also have certain political connotation.

Regardless of these jurisdictions, i.e., the possibility of mutual influence, which is quite justified at the present times, the fundamentals of the constitutional law tell us that both types of authority must not enter into or jeopardize the very essence of either one. Therefore, the Constitutional Court of BiH should not become a supplementary legislator and its decisions should not affect the creation or implementation of a political will. For instance, the Constitutional Court of BiH must not examine whether the legislator's solutions, under its field of margin of appreciation, were adequate or examine the way in which legislator met certain public interest. On the other hand, the Constitutional Court of BiH must remain independent and autonomous and the political struggle must not be transferred from the Parliamentary Assembly of BiH in the courtroom. Therefore, mutual deference of core values and tasks leads to necessary but also functional relationship of the two. These are constant problems of both types of authority in any country and it is always necessary, while taking into account the particularities of each country, to seek solutions that would be in full compliance with the principles of democracy and the rule of law.

However, in case of countries with recent turbulent past or so-called countries in transition, the relationship between constitutional courts and parliaments is additionally hindered. Processes of integration into the community of developed democratic states or adequate supranational bodies have placed on these countries the burden of developing a functional state. Unfortunately, the realities of these countries in recent decades have made it necessary to incorporate extreme or radical elements of the principle of *checks*

and balances, such as the right to veto, not only in case of several authorities but also within individual authority. This very often leads to obstructions and delays in the functioning of the state, which are often defined as the deficits in sustainable and stable democracy and legal state.

In this regard, it can be often heard that the principle of effective functionality of the state must be interpreted in such a way that the constitutional court, among others, are also required to apply the so-called *judicial activism*. This implies extensive and dynamic interpretation of constitutional rights and freedoms as well as resolution of political crisis by imposing transitional legislative solutions. This is used to overcome various problems the source of which lies in a deficient constitutional systems of the states with complex political or national elements.

Similar but slightly different occurrences can be observed in cases of necessity to implement global public interests and solve global problems such as the fight against terrorism or the problem of economic recession, currently occurring throughout the world.

Although judicial activism can have a positive role at a specific time and specific location, given its goal, it objectively violates the principle of separation of powers, which especially relates to the constitutional courts' relationship with legislative bodies. In other words, it raises discussions of transition from system of parliamentary democracy to constitutional-judicial and legislative state.

However, if the protection of principle of the rule of law, which certainly involves effective protection of human rights and freedoms, is presently inevitable obligation of the constitutional judiciary, the question arises whether the pro-active interpretation of constitutional norms in certain cases and intervention approach to solving problems, is inevitable prerogative of constitutional judiciary rather than judicial activism. Judicial activism always carries negative connotation from the legislator's point of view. In other words, the question arises whether at present times, certain measures used by constitutional courts, which are aimed at protecting the legal state and which could be previously seen as classical measures of much criticized judicial activism, are still an exclusive right of the legislator, considering its assumed parliamentary sovereignty over solving political issues.

The Constitutional Court of BIH is precisely exposed to these kinds of problems and I am confident that this is the case with many other countries. Complex political and administrative system, complex national structure of the population or implementation of very complex public interests, on one side and functional state in which there must be compliance with human rights and freedoms, including rights of national minorities, on the other, can be defined as certain antagonism that the constitutional judiciary often face. Finding legal and fair solution in this and similar predicaments represents a big problem for constitutional judiciary. Given that this is a big challenge that concerns both constitutional judiciary and legislator, a need for more intense cooperation and dialogue between these two types of authorities so as to avoid misunderstandings or conflicts as much as possible, is one of the imperatives of the present day.

Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyinin Anayasal Meşruiyeti Temin Etme Hususunda Devlet Erkleri ile Olan İşbirliği

Dr. Igor Rogov

Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Başkanı

İyi günler, Sayın Başkan,

Sayın Kongre katılımcıları! Baylar Bayanlar!

İzin verin Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi adına sizi selamlayayım ve bu forumu düzenleyenlere bizi davet ettikleri için ve bu mükemmel organizasyonu hazırladıkları için şükranlarımı sunayım.

Sanırım ben de bu Kongre’de güncel konuların ele alındığı yönündeki ortak kanıyı ifade edeceğim. Hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan herhangi bir devlette, anayasal meşruiyet alanında hukukun devlet erkleri ile olan işbirliği mekanizmaları dâhil olmak üzere, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin meselelerin bir devletin hukuk politikasında öncelikli bir anlamı bulunmaktadır.

Kazakistan Anayasası’nın 1. maddesinde, Kazakistan Cumhuriyeti’nin kendisini demokratik, laik, hukuk ve sosyal bir devlet olarak ifade ettiği- ki bu devletin en yüksek değerlerinin insan, insan hayatı, insan hak ve özgürlükleri olduğu- pekiştirilmektedir.

Anayasa’nın (Temel Kanunun) 4. maddesine göre ülkemizdeki mevzuat, Anayasa normları, diğer normatif düzenlemeler, yani kanun hükümleri, uluslararası anlaşmalar, ülkenin diğer taahhütleri ve Anayasa Konseyi ve Yüksek Mahkemenin normatif kararlarından oluşmaktadır. Ülkemizin hukuk sistemi, bu mevzuatın tamamının gerçekleştirilmesine dayanır.

Anayasal düzen ve anayasal meşruiyet kendi kendilerine var olmazlar, bunların müdafaa edilmesi ve korunması gerekir.

Tüm devlet kurumları, kuruluşlar ve vatandaşlardan bunu sağlaması istenir.

Belirli devlet kurumlarına, yani anayasa denetimine ilişkin kurumlara belirli bir sorumluluk düşer– ki bu kurumların kararları hukukun üstünlüğü ilkesinin savunulmasını ve anayasal meşruiyet rejiminin güçlendirilmesini destekler.

Anayasa'nın 6. bölümü, ülkede Anayasa Konseyince yerine getirilecek olan anayasa denetimini sağlayan temel normları içermektedir. Anayasa Konseyine devlet kurumları sistemi içerisinde özel bir rol verilmektedir.

Özel yetki verilen Konsey, temel görevi hayatın tüm alanlarında Anayasa'nın üstünlüğünü temin etmek olan tek kurumdur.

Anayasa Konseyi, yetkilerini kullanırken, devlet kurumlarından, kuruluşlardan, devlet görevlilerinden ve vatandaşlardan bağımsızdır ve sadece Anayasa'ya uyar.

Anayasal süreçte aşağıdaki şahısların başvurularından sonra başlatılabilir: Kazakistan Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis Başkanı, meclis üyelerinin toplam sayısının beşte birinden az olmamak kaydıyla milletvekilleri, mahkemeler.

Anayasa Konseyi, yetkilerini kullanırken, anayasal istikrarının, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin ve de tek bir devlet tüm erklerinin güvencesi ve sembolü olan Kazakistan Cumhurbaşkanı ile etkileşim halindedir.

Kazakistan Cumhurbaşkanı, Parlamento tarafından kabul edilen ve kendisine imzalanmak üzere arz edilen kanunları denetleme prosedürünü başlatmaya yetkilidir; böylece, bu kanunların Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin şüpheleri gidermiş olur. Anayasa Konseyi, Devlet Başkanı'nın yaptığı 26 başvuruyu incelemiştir. 13 kanunun Anayasa'ya uygun olmadığı görülmüştür ki bu kanunlar arasında “Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası'na Yapılan Değişiklikler ve Eklmeler”, Medeni Kanunun özel bir bölümü olan “Kazakistan Cumhuriyeti'nde Uluslararası ve Yabancı Ticari Olmayan Örgütlerin Faaliyeti Hakkında” Kanun vb. diğer düzenlemeler yer almaktadır.

Bunun yanı sıra, “Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Hakkında Kanun”, Cumhurbaşkanının talebi üzerine Anayasa Konseyi Başkanı'nın ülkedeki anayasal meşruiyete ilişkin bilgi vermesini öngörmektedir. Bu hak, Devlet Başkanınca 2006'da ve 2008'de olmak üzere iki kez kullanıldı.

Ayrıca, Anayasa Konseyi kararlarının olumlu itici gücü, Kazakistan Cumhurbaşkanı'nın emri altında hukuk politikasına ilişkin görevi olan Danışma Kurulunun toplantılarında sistematik şekilde belirli meselelerin tartışılmasına yol açmaktadır.

Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi ve Parlamentosu arasındaki etkileşimin bazı durumlarda anlaşılır ve kapsamlı bir niteliği vardır. Bu etkileşim bazen bir bütün olarak Parlamento ile bazı durumlarda meclis üyesi sayısının toplamının beşte birinden az olmayacak surette milletvekili grupları ile diğer durumlarda ise Meclis Başkanları ile gerçekleştirilebilmektedir.

Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyinin görevlerinden biri, ülkede her yıl Parlamento'nun birleşik oturumunda açıklanan (duyurulan), anayasal meşruiyete ilişkin mesajların hazırlanmasıdır. Yıllar içinde, Parlamento'nun birleşik oturumunda Anayasa Konseyinin Kazakistan Cumhuriyeti'ndeki anayasal meşruiyete ilişkin 17 mesajı açıklanmıştır. Anayasa Konseyi ele alınan başvurulara ilişkin olarak verdiği kararlarda, mevcut mevzuatı ve mevzuatın uygulanmasını Anayasa'ya uygunluğu bakımından incelemiş, devlet kurumlarının dikkatini eksikliklere çekmiş ve mevzuatı Anayasa'ya (Temel Kanuna) uygun hale getirmeye yönelik tavsiyelerde bulunmuştur. Anayasa Konseyinin bir sonraki mesajı, bu yılın Haziran ayında beklenmektedir.

Ülkenin en üst düzeydeki temsil kurumu ile yapılan işbirliğinin önemli bir boyutu, kurumun Anayasa Konseyinin yetkisi dâhilinde olan meselelerle ilgili yaptığı başvuruları incelemektir. İstatistiklere göre, Meclis Başkanlarınca ve milletvekillerce 70'ten fazla başvuru yapılmıştır. Bunlar, birkaç anayasal normun yorumu ve Parlamento tarafından kabul edilen kanunların Anayasaya uygunluğu sorunları ile ilgili olmuştur.

Bu sorunların incelenmesi üzerine, Anayasa Konseyi, temel anayasal kurumların anlayacağı şekilde meşru yaklaşımları belirlemiş, devletin, sosyal derneklerin ve vatandaşların ilişkilerine dair ilkeleri tanımlayarak, insanların ve vatandaşların haklarını koruma mekanizmalarını güçlendirerek, hukuki durumları açıklığa kavuşturmuştur.

Anayasa Konseyi, bilhassa ülkenin Başbakanı anayasal prosedürü başlattığında, yürütme erki ile yakın işbirliği yapar. Anayasa Konseyi, Başbakan'ın 25'ten fazla başvurusunu incelemiştir.

Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti, Anayasa Konseyinin nihai kararlarından çıkan tavsiye ve hukuki sonuçların gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirleri alır.

Bunu yapmak için gerekli yasal çerçeve oluşturulmuştur. “Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Hakkında Kanun”, Anayasa Konseyince kabul edilen kararın tebliğinin zorunlu olmasına ilâveten, verilen kararlarda yer alan mevzuatı geliştirmeye yönelik tavsiye ve önerilerin yetkili devlet kurumlarınca zorunlu olarak inceleneceği, değerlendirileceği yönünde bir gerekliliğe yer vermektedir. Kurallar gereği, Anayasa Konseyi kararları, Hükümetin yasama çalışmalarına yönelik planlar oluşturulurken ve aynı zamanda mevzuatın yargısal denetimini yürütülürken dikkate alınır.

Anayasal meşruiyeti güçlendirme hususunda, Anayasa Konseyinin temyiz mahkemelerini değerlendirmesi yer alır. Anayasa’nın 78. maddesi kapsamında, mahkemeler, vatandaşların hak ve özgürlüklerini ihlal eden kanunları ve diğer yasal düzenlemeleri uygulamak durumunda değildirler. Eğer bir mahkeme uygulanacak bir kanunun ya da başka bir normatif kanun hükmünün vatandaşların hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğini tespit ederse, davayı ertelemeye ve kanunun Anayasa’ya aykırı olduğunun tespiti için Anayasa Konseyine başvurmaya mecburdur.

İnsanların Anayasa’da yer alan hak ve özgürlüklerini ihlal eden ve netice itibarıyla Anayasa’ya aykırı olduğu Anayasa Konseyince tespit edilen normatif kanun hükmü, kanun gücünü kaybeder ve bu hükmün uygulanmaması gerekir. Mahkemelerin ve hukuku uygulayan diğer kurumların bu tür bir kanuna ve diğer normatif kanun hükümlerine dayanan kararları uygulanmamalıdır.

Mahkemelerin yaptığı 64 başvuru üzerine, uluslararası anlaşmalar ve birkaç kanun, bilhassa “Noterlik Kanunu”, “Emlak ve Emlak İşleri ile ilgili Hakların Devlet Kaydı Hakkında Kanun” ve “Baikonur Anlaşması”, Anayasa’ya aykırı görülmüştür.

Anayasa’nın üstünlüğünü temin etme konusunda Kazakistan Anayasa Konseyi ve devlet erkleri arasında yakın ve etkili bir ilişki olduğunu tekrar belirtmek isterim.

Bu ilişki, anayasal meşruiyetin güçlendirilmesine ve hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesine yardım etmektedir.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Cooperation of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan with the Branches of the State Power in the Sphere of Ensuring of the Constitutional Legality

Igor Rogov

Chairman of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan

Good day, dear Chairman, dear participants of the Congress! Ladies and gentlemen!

Let me on the behalf of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan greet You and express gratitude to the organizers of the forum for invitation and wonderful organization of the work.

I think, I will express the common opinion, that this Congress is devoted to actual themes. In any state, based on the principle of the rule of law, the questions of protection of rights and freedoms of citizens, including the mechanisms of the cooperation of the last with the branches of state power in the sphere of the constitutional legality have priority meaning in the state legal policy.

Constitution of Kazakhstan in article 1 consolidates that the Republic of Kazakhstan states itself democratic, secular, legal and social state, highest values of which are the man, his life, rights and freedoms.

The acting law in the Republic according to article 4 of the Basic Law are the norms of the Constitution, correspondent legal acts, other normative – legal acts, international agreements and other commitments of the Republic, and normative resolutions of the Constitutional Council and Supreme Court of the Republic. From the complete realization of the complex of these acts the position of the legal system of the country depends.

The constitutional order and the constitutional legality do not exist by themselves, they need assertion and protection.

All the state bodies and institutions and citizens are called upon ensuring them.

The particular responsibility lays upon special state bodies – the bodies of the constitutional control, the decisions of which assist the assertion of the principle of rule of law and strengthening of the regime of constitutional legality.

Chapter six of the Constitution contains the basic norms, establishing the constitutional control in the country, the accomplishment of which is laid on the Constitutional Council. In the system of the state bodies the Constitutional Council is given a special role.

It is conditioned by the special competence and the fact that the Council is the only body, the main function of which is the ensuring of the rule of the Constitution in all the spheres of life.

While exercising its powers the Constitutional Council is independent from the state bodies, organizations, state officials and citizens and submits only to Constitution. It follows the correspondence of the acting law by accomplishing the preliminary and following constitutional control. The undertaken resolutions are called on to serve the correct interpretation of principles and norms of the Constitution by different subjects of social relations that is the guarantee of stable development of the state.

The constitutional procedure can be aroused after addresses of the following subjects: President of the Republic of Kazakhstan, Premier-Minister, Chairmen of the Parliament Chambers, not less than one fifth of the whole number of deputies of the Parliament, courts.

In the process of fulfilling of its powers the Constitutional Council interacts with the President of the Republic of Kazakhstan, who is the symbol and guarantee of the firmness of Constitution, rights and freedoms of a man and citizen, and all the branches of powers of a unified state power.

The President of the Republic of Kazakhstan is entitled to initiate a procedure of checking the laws, submitted to be signed by him, which were adopted by Parliament, thus solving his doubts of their constitutionality. For these years the Constitutional Council considered 26 addresses of the Head of the state. 13 laws were considered not corresponding to Constitution, among them “Making amendments and additions into the Constitution of the

Republic of Kazakhstan", the special part of the Civil Code, *"On the activity of the international and foreign noncommercial organizations in the Republic of Kazakhstan"* and others.

Beside this, the Constitutional law *"On the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan"* (further – the Constitutional law) sets that the Chairman of the Constitutional Council at the request of the President of Republic gives him information of constitutional legality in country. This right was used by Head of state twice in 2006 and 2008.

Besides, the positive impulse of the decisions realization of the Constitutional Council causes the regular discussion of the given question at the sessions of the of the advisory - consultative body – the Council for the legal policy under the President of the Republic of Kazakhstan, with the definition of responsible state bodies and giving particular commissions.

Interaction of the Constitutional Council and the Parliament of the Republic of Kazakhstan has a very comprehensive character, taking into consideration that in some cases this interaction is carried out in general with the Parliament as a collegial body, in others - with groups of deputies in an amount not less than one fifth of the total number (if appeals to the Council), in the third - with the Chairmen of the Chambers of Parliament.

One of the tasks of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan is the preparation of annual messages on the constitutional legality in the Republic, announced at the joint session of Parliament. Over the years, the joint session of Parliament announced 17 messages of the Constitutional Council on the constitutional legality in the Republic of Kazakhstan. In these decisions, the Constitutional Council on the results of the considered addresses examined the current legislation and its practice with regard to their compliance with the Constitution, drew the attention of the state bodies to shortcomings and made recommendations to bring the legislation into conformity with the Basic Law. Next message of the Constitutional Council is expected in June of this year.

The important form of cooperation with the highest representative body of the country is the consideration of its addresses on the questions, which are in the competence of the Constitutional Council. According to the statistics more than 70 addresses were brought by Chairmen of the Parliament

and its deputies. They concerned the questions of official interpretation of several Constitutional norms, consideration of the question of correctness of holding elections into the representative bodies and of constitutionality of laws adopted by Parliament.

On the results of their consideration the Constitutional Council formulated the legal positions, establishing the legitimate approaches to the understanding of the basic constitutional institutions and perspectives of their development, defining the principles of interrelations of the state, social associations and citizens, strengthening the mechanisms of ensuring of rights of man and citizen, and also a line of other questions, concerning the further constitutional development of the country.

The Constitutional Council closely cooperates with the bodies of executive power, in particular, in the line of initiating by the Prime- Minister of the country of the constitutional procedure. The Constitutional Council considered more than 25 addresses of the Prime-Minister.

The Government of the Republic of Kazakhstan as a main subject of the law initiative right takes measures on realization of the legal positions and recommendations of the final decisions of the Constitutional Council.

To do this, the necessary legal framework is created. Constitutional Law "On the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan" includes the requirement that the recommendations and suggestions to improve the legislation contained in the decisions of the Constitutional Council shall be subject to obligatory review by authorized government agencies with obligatory notification of the Constitutional Council of the adopted decision. In accordance with the Rules of the Government the decisions of the Constitutional Council shall be taken into account when forming plans for legislative work of the Government, as well as drafting and conducting legal monitoring of state legislation.

In strengthening the constitutional legality is essential consideration of the Constitutional Council of the Republic of appeals courts. Under Article 78 of the Constitution the courts are not entitled to apply laws and other regulatory legal acts infringing on the rights and freedoms of man and citizen. If a court finds that a law or other normative legal act subject to application infringes the rights and freedoms of man and citizen, it is obliged to suspend

the proceedings and address the Constitutional Council with a proposal to declare the act unconstitutional.

The normative legal act, found by Constitutional Council infringing the consolidated in Constitution rights and freedoms of man and citizen and consequently unconstitutional loses its legal power and should not be applied. The decisions of courts and other law administering bodies, based on such law and other normative legal acts, are not to be fulfilled.

On 64 addresses of the courts the norms of several laws and international agreements, particularly, some positions of the Criminal Code, Law "On notary's office", "On state registration of rights for the real- estate and dealings with it", the agreement of the "Baikonur" complex and agreements of interaction of law-enforcement bodies for ensuring the law order on the territory of "Baikonur" complex and others were found unconstitutional.

Resuming, I would like to note that there is a close and effective interrelation between the Constitutional Council and branches of integrated state body of Kazakhstan in the sphere of Constitution supremacy ensuring.

It promotes strengthening of the regime of the constitutional legality and bringing into life the principles of the rule of law. Thank you for your attention.

Anayasa Mahkemesi ve Parlamento Arasındaki İlişkiler: Mevcut Durum ve Çözüm Yaklaşımları

Jugnee Amarsanaa
Moğolistan Anayasa Mahkemesi Başkanı

Geniş bir bağlamda, Parlamento ve Anayasa Mahkemesi arasındaki ilişkiler yasama ve yargı gücünün ilişkilerinin en önemli unsurlarıdır.

Araştırmacıların, Parlamento ve Anayasa Mahkemesi ilişkilerinin hukuki zemininin sadece Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usullerine ilişkin Kanun ve Anayasa normlarından ibaret olduğunu düşünmenin imkânsız olduğu yönündeki görüşlerini de paylaşıyoruz.

Daha açık ifade etmek gerekirse, yasama kurumunca çıkarılan kanun hükümlerine ilâveten, Parlamento ve Anayasa Mahkemesi ilişkilerinde norm görevi görmesi gereken, önceden belirlenmiş ve belirlenecek ilkeler vardır.

Örneğin, Anayasa Mahkemesinin siyasi mahiyeti olan meselelere ilişkin olarak tarafsız bir tutum ortaya koyması gerekir. Bunu demokratik anayasası olan ülkelerde standart hale getirmekten başka bir seçenek bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, herhangi bir kanunun uygunluğunu inceler. Eğer Anayasa Mahkemesi, Anayasa hükümlerine aykırı kanunun iptaline ilişkin kararının ötesine gider, Anayasa haricindeki uyuşmazlıklara ilişkin bir karar verirse, o zaman Parlamento'nun yetkisini etkisiz hale getirme gibi bir sonuca yol açmış olur. Bu tür bir eylem, Parlamento ve Anayasa Mahkemesinin yetki sınırını tersine çevirebilir ki bu durum da Anayasa Mahkemesini bir başka yasama organı haline getirebilir.

Parlamentonun kendi içindeki faaliyetleri düzenleme ve bu faaliyetleri yürütme usulleri vs. ile ilgili aldığı kararlara ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesinin tarafsız ve ihtiyatlı bir tutum sergilemesi gerekir.

Öte yandan, Parlamento, uyuşmazlıkları çözmeye yönelik bir zaman çerçevesi oluşturulmasına ya da duruşma sayısına ve bunların süresine

müdahale ederek Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığına müdahale etmemelidir. Mahkeme kararının Parlamento dâhil diğer anayasal kurumlarca tanınması ve saygı görmesi, Parlamento ve Anayasa Mahkemesi ilişkilerini belirlemeye ilişkin ilkelerin bir parçasıdır.

Anayasa Mahkemesi çok önemli bir yetki kullanmakta olsa bile, kararının uygulanmasına yönelik yasal bir araç bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin kaderi, toplumun tüm kuvvetlerince Anayasa Mahkemesi kararının tanınmasına ve bu karara uyulmasına bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi kararı, tanınsın ya da tanınmasın, öncelikle mahkemenin gücü ve itibarı ile bağlantılıdır. Fakat demokratik devlet ve hukuk devleti ilkeleri gereğince, diğer anayasal kurumlarca Anayasa Mahkemesi kararının tanınması, kabul edilmesi ve bu karara uyulması, Anayasa Mahkemesi itibarının güçlendirilmesi açısından son derece önemlidir.

Parlamento ve Anayasa Mahkemesi ilişkilerine dair bir başka ilke, karşılıklı güvendir.

Bu ilkenin aslı, yürütülen çalışmalara ve tamamlanan görevlere ilişkin karşılıklı güvendir. İhtilaf Anayasa Mahkemesi önüne getirilince, kazanan bir taraf olacaktır. Eğer mağlup taraf, Anayasa Mahkemesini, kararının adil olmaması ve belirli bir siyasi partinin duruşuna dayanması, vs. dolayısıyla suçlarsa, o halde bu durum karşılıklı güven ilkesi ile bağdaşmaz. Bir uyuşmazlığın çözümünde bir hâkimi bir partinin zihniyetinde olmakla suçlamak, demokrasiye ve hukukun üstünlüğüne zarar verir. Anayasa Mahkemesi kararının kabul edilmesi, hukuk devletinin demokratik ilkelerinden biridir.

Moğolistan Parlamentosu ve Anayasa Mahkemesi ilişkilerinin, Anayasa'ya uyulmasını sağlayacak şekilde bir hukuk çerçevesinde olduğunu düşünmekteyim. Ancak, son 20 yıldan fazla bir süre içinde, iki anayasal kurum arasında yasal düzenleme ve hukuk etiği konusunda endişeye sebebiyet verebilecek belirli meseleler gün yüzüne çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi üyeliğine adaylık ve (üyeliğin) Parlamenteoya arzı konusunda tartışmaların ve müzakerelerin olduğunu belirtmek gerekir. Parlamenteoya ilişkin önceki Kanuna göre, Parlamento Daimi Komitesi, Parlamento tarafından aday gösterilen üç kişinin adını inceler ve seçimini yapar ve kararını verirdi. Parlamento Başkanı da bu karara dayanarak, seçilen

kişilerin atanmalarına yönelik önerinin Parlamente'ye arz edilmesi talimatını verirdi. Parlamento Başkanının sadece Daimi Komite'nin sunduğu öneriyi ve verdiği kararı yürürlüğe koyacak pasif bir makam mı olacağı yoksa Daimi Komitenin Parlamente'ye aday göstermeye ilişkin olarak verdiği kararı reddetme yetkisinin olup olmadığı bir sorun olmuştur. Ayrıca, süre faktörü de vardır. Anayasa Mahkemesine ilişkin Kanun'da, bir Anayasa Mahkemesi üyesinin hızlı şekilde çekilmesi halinde, daha önce bu üyeyi aday göstermiş olan kurum ya da görevlinin 14 gün içerisinde bir başka kişiyi bu boş kadroya aday göstermesi gerektiği belirtilmektedir. Parlamento Başkanı ve Daimi Komite arasında yasal olarak tayin edilmiş müddetin ihlaline sebep olan tartışmanın sonucunda çıkarılan ders dikkate alınarak, Parlamento Başkanının Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösterme ile ilgili önerisini Daimi Komiteye sunmasını sağlamak suretiyle Parlamento usullerine ilişkin Kanunun madde 9.1'inde bir değişiklik getirilmiştir.

Dolayısıyla, bu yeni düzenlenmiş versiyonda, bir kişinin Anayasa Mahkemesine atanması için aday gösterilmesi hususunda, Anayasa Mahkemesi usullerine ilişkin Kanun'un 3. maddesinde belirtildiği üzere, Parlamento Başkanı, Parlamento Daimi Komitesinin görüşlerine göre bir talimat verir.

Parlamento ve Anayasa Mahkemesi ilişkilerinin belirli hukuki niteliği, anayasal ihtilafların çözümüne ilişkin bir karar vermenin ve bu kararı Parlamente'ye sunmanın yasal hale getirilmesidir.

Anayasa Mahkemesi kararının müzakere edilmesi üzerine alınan Parlamento kararlarını analiz etmek suretiyle, Parlamente'nin tutumunun değerlendirilmesi ihtiyacı vardır. Anayasa Mahkemesi kararını gerekçe göstermeksizin reddetmek, genel bir uygulama haline gelmiştir.

Parlamento ve Anayasa Mahkemesi ilişkilerindeki alışlagelmiş durumlardan bir tanesi de şudur: Parlamente'nin yetkili temsilcisi çoğu durumda yetkisini ve yükümlülüğünü çok iyi bilir ve aktif tutum alır. Fakat Parlamento, belli hallerde Parlamente'nin yetkili temsilcisinin Parlamente'nin tutumunu açık olarak sergilemeyi reddettiği ya da iki yetkili temsilci olması halinde bu temsilcilerin çelişkili tutumlar ortaya koydukları ve bu tutumlardan hangisinin Parlamente'nin tutumu olduğunun belirsiz olduğu yönündeki eleştirileri dikkate almıştır.

Parlamento ve Anayasa Mahkemesi ilişkilerinde ortaya çıkabilecek diğer bir ihtilaf, Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiş kanun hükümlerinin aynı içerik ve şekilde diğer yasalarda yeniden kabul edilebilecek olmalarıdır.

Anayasa Mahkemesi bir yasama organı olmamasına rağmen, yine de bir kez kabul edilmiş olan kanunu ve alınan kararları iptal etme yetkisi bulunmaktadır ve Anayasa Mahkemesi kararı kesin bir karar olarak görülür. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kararının hukukun tüm sujelerine ulaşması ve herhangi bir kanun değişikliğine dönüşmesi gerekir. Fakat şu anda, bu konuda belli bir yasal düzenleme mevcut değildir.

Parlamento ve Anayasa Mahkemesi kararının hukuki etki oranının incelenmesi, yönetsel açıdan iki anayasal kurumun özel niteliğini ve onların kararlarının hukuki niteliğini belirlemek için önemlidir. Birkaç yıl önce, bu konuda bir sunum yapmıştım. Ve günümüzde bile, aynı tavrı ortaya koymaktayım.

Moğolistan Anayasasında şu husus belirtilir: *“Moğolistan Parlamentosu Devlet gücünün en yüksek organıdır ve üstün yasama yetkisi yalnızca Parlamenta verilmiştir”*. Böylece, Moğolistan Parlamentosu kararının uygulanma alanı, tüm Moğolistan topraklarını ve vatandaşlarını kapsamaktadır.

Anayasa Mahkemesi yetkisinin ve kararının kapsamı açık olduğu için, Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın ihlaline ilişkin aşağıdaki uyuşmazlıkları inceler, bunlar üzerine kararlar verir ve bu kararları Parlamenta sunar; eğer bir karar Parlamento tarafından reddedilirse, Anayasa Mahkemesi ret gerekçelerini yeniden inceler ve Anayasa hükümleri uyarınca kesin bir karar verir:

- 1) Parlamento tarafından kabul edilen kanunlar ve diğer kararlar;
- 2) Cumhurbaşkanınca çıkarılan kararnameler ve diğer kararlar;
- 3) Hükümet tarafından sunulan önergeler ve diğer kararlar;
- 4) Moğolistan tarafından yapılan uluslararası anlaşmalar;
- 5) Referandum ile ilgili Yüksek Seçim Kurulu kararları;
- 6) Yüksek Seçim Kurulunun Parlamento üyeleri ve Cumhurbaşkanı seçimlerine ilişkin kararları.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın ihlaline ilişkin uyuşmazlıkları inceler ve karara bağlar ve de bunları Parlamento'ya sunar. İncelenen hususlar ise Parlamento Başkanı ve üyelerinin, Başbakanın ve Hükümet mensuplarının, Yargıtay Başkanı ve Başsavcısının Anayasa'yı ihlal edip etmediği ve Parlamento Başkanının, üyelerinin ve Başbakanın görevi kötüye kullanma nedeniyle suçlanmalarına yönelik yasal zeminlerin olup olmadığını kapsar. Ancak, Anayasa Mahkemesi yukarıda anılan meselelere ilişkin olarak kesin bir karar vermez.

Dolayısıyla, bir yandan Anayasa Mahkemesi kararı, yukarıda söz edilen şahıslar ve bu şahısların çıkardıkları kararlar açısından geçerlidir. Diğer yandan, yukarıda belirtildiği gibi, eğer Anayasa Mahkemesi kararı Parlamento tarafından reddedilirse, Anayasa Mahkemesi ret gerekçelerini yeniden inceler ve Anayasa hükümleri uyarınca kesin bir karar verir ki bu da Anayasa Mahkemesinin yeni bir kanunu kabul etme yönünde bir yetki kullanmamasına rağmen, normları iptal etme yetkisinin bulunduğunu göstermektedir. Yine de, Anayasa Mahkemesi kararı ile kanunlar düzenlenmez, ancak Anayasa Mahkemesi kararı ile bir Parlamento kararı Anayasayı ihlal ettiği takdirde iptal edilir. Buna dayanarak, Anayasa Mahkemesi kararının kanun ile aynı güce sahip olduğu düşünülebilir. Başka bir ifadeyle, belirli bir kanun hükmünün iptali, tüm Moğolistan vatandaşları açısından geçerli olabilir ve tüm Moğolistan topraklarında uygulanabilir.

Hukuk kuramı açısından Anayasa Mahkemesi kararını *"yasal niteliğe kavuşmuş düzenleme"* (kural) kategorisine almak daha uygun düşer. Bir meselenin müzakere edilmesinden sonra Anayasa Mahkemesince alınan karar, bir hüküm mahiyetindedir.

Parlamento ve Anayasa Mahkemesi kararlarının gücünün kıyaslanmasına yönelik diğer bir ölçüt, hangisinin kesin karar olacağıdır. Bu ölçüt, biraz da ihtilafla bağlantılı olarak ortaya çıkar.

Moğol hukukunda belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi, kesin kararı alır ve bu karar bazında Anayasa'ya aykırı olan belli mevzuat iptal edilir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi kararının kanun ile aynı derecede geçerli olduğu ispatlanmış olur. Ayrıca, Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilmiş olan kanun, Anayasa Mahkemesi kesin kararını verince derhal iptal edilir.

Yasal bir kaynak olan kanun hükmünün gücünü inceleme konusunda, temel bir önerme de şudur: takdir yetkisinin esas ölçüt olarak alınması gerekir.

Bu durumda, ancak Parlamento tarafından kabul edilen kanunlar yasal kaynak olurlar. Hukuki gücü bakımından Parlamento kararının Cumhurbaşkanının kararnamesi ve Hükümetin önergesinden üstün kabul edileceği açıktır.

Daha açık ifade etmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi kararının Moğolistan Anayasası adına verileceği düzenlenmiştir. Moğolistan'da Yargıtay, hukuka ilişkin resmi bir yorum getirir. Şimdiye kadar ise Parlamento, Anayasa'nın yorumuna ilişkin olarak iki karar kabul etmiştir ki bunlar da Anayasa Mahkemesince iptal edilmişlerdir.

Parlamento ve Anayasa Mahkemesi ilişkilerinin bir diğer özel niteliği, öncelikle bir kararın kabulüne ve bu kararın Parlamente'ya sunulmasına ilişkin usulün düzenlenmiş olmasıdır. Bu prosedürün haklılığı, uygulamada kanıtlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi Anayasa hükümlerini ihlal eden bir kanuna ve başka Parlamento kararlarına ilişkin bir karar kabul ettiği takdirde, Parlamente'nun Anayasa Mahkemesinin kesin kararını beklemeden bu hataları düzeltme imkânı olur.

Anayasa Mahkemesi kararının tüm durumlarda kesinlikle doğru olacağının da hiçbir garantisi yoktur. Böylece, Anayasa Mahkemesine Parlamente'nun Anayasa Mahkemesi kararını neden kabul etmediğini bilme ve onu yeniden gözden geçirmesi için bir fırsat verilmiş olur.

Bilhassa, bir kanunun, kararnamenin, Parlamente'nun ve Cumhurbaşkanının diğer kararlarının ve aynı zamanda Hükümet önergelerinin, Moğolistan'ın taraf olduğu uluslararası bir anlaşmanın ve Yüksek Seçim Kurulu kararının Anayasa'ya aykırılığı neticesinde millete, bireylere ve kurumlara verilen zararı ve diğer sonuçları ortadan kaldırmak için doğru bir yasal düzenleme yapmak gereklidir. Bugün itibarı ile bu amaçla atılmış herhangi bir adım bulunmamaktadır.

Moğolistan Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesine ilişkin Kanunun ve Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usullerine ilişkin Kanunun daha da iyileştirilmesine dair bir yasa tasarısını Parlamente'ya sunmuştur ve bu yasa tasarısı kabul edilince, Parlamento ve Anayasa Mahkemesi ilişkileri ile ilgili hangi meselelerin olduğu daha belirli hale gelebilecektir.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Relations of the Constitutional Court And the State Great Hural: Current Status and Approaches of Settlement

Jugnee Amarsanaa

President of the Constitutional Court of Mogolistan

Relations of the State Great Hural and the Constitutional Tsets (Constitutional Court has specific given name “*tsets*”) in broader content are the major component of the relations of the legislative and judicial power.

We also share the views of researchers that it is impossible to consider that the legal grounds of the relations of the Parliament and the Constitutional court are composed of only within the norms of the Constitution and the Law on Constitutional Court Procedure.

To be more specific, there are already established and to be established habit, precedence nature of principles, which should serve as norms in the relations of the State Great Hural (State Great Hural referred to the Parliament of Mongolia) and the Constitutional Court in addition to that of legal norms acts, established by the legislative body.

For example, it is considered that the Constitutional court (Tsets) shall take neutral position as regard to issues of political nature. There is no other option than to make it as standard in those countries of democratic Constitution.

Constitutional court examines the appropriateness of any laws. If the Constitutional court goes beyond its decision on invalidation of law, contradictory to the provisions of the Constitution and deliver a decision on disputes other than the Constitution then it will have a consequence of overpowering the competence of the parliament. This kind of action could reverse the boundary of competence of the Parliament and the Constitutional court, which might turn the Constitutional court as another legislative body.

It is required for the Constitutional court to take neutral and cautious position as regard to the conclusions in relation to decisions of parliament internal work organizing and procedure and etc.

On the other hand, the Parliament should not interfere in the independence status of the Constitutional court by means of advance setting up timeframe for resolving disputes or numbers of hearings and their duration and etc. Recognition and honoring the Court conclusion by other constitutional institutions, including the Parliament is a part of the principles of determining the relations of the Parliament and the Constitutional Court.

Although the Constitutional court exercises enormous power yet it lacks enforcement instrument for its decision. Accordingly, the fate of the Constitutional court depends on recognition and observance of the Constitutional court decision by all forces of the society.

Whether the Constitutional court decision be recognized or not, shall first of all be associated with the court capacity and its reputation. But, the recognition, acceptance and observance of the Constitutional court decision in accordance to democratic and rule of law state by other constitutional institutions is of great importance for the strengthening of Constitutional court reputation.

Another principle of the relations of the Parliament and the Constitutional court is the mutual trust.

The essence of this principle is the mutual trust on their work executed and task completed. Once the dispute is brought to the Constitutional court there will be a defeater. If the defeated party accuses the Constitutional court for its decision to be unfair and based on particular political party stance etc then it is incompatible with the principle of mutual trust. Blaming any judge for being a party-minded for resolution of a dispute, which taking its birth in the process of the political struggle, shall contribute damage to the democracy and rule of law. The acceptance of the Constitutional court decision is one of the democratic principles of the state of rule of law.

I consider that the relations of the State Great Hural and the Constitutional court of Mongolia are within the legal framework in conformity with upholding the Constitution. Yet, there have been occurring certain issues

of concern in legal regulation and ethics nature between the two constitutional institutions during the last more than 20 years.

It should be noted that there have been arguments and debate as regard to nomination of Tssets member and submission to the State Great Hural. According to the previous Law on the State Great Hural, the State Structure's standing committee of the State Great Hural shall study the names of three persons to be nominated by the State Great Hural and make its selection and conclusion and on the basis of the conclusion the Chairman of the State Great Hural shall issue an order to submit the proposal to the State Great Hural for their appointment. It has created a problem whether the Chairman of the State Great Hural shall be a passive person just to pass the standing committee proposal and conclusion or shall have the competence to decline passing the standing committee nominated candidate to the State Great Hural. In addition, there was a time factor. Law on the Constitutional court specifies that in the event of accelerated withdrawal of a member of the Tssets, the body or the official, who had before nominated this member, shall nominate another person to the vacant position within 14 days. Considering the lesson learned as result of argument between the Chairman of the State Great Hural and the standing committee which contributed to the violation of legally fixed time limit and amendment was introduced to 9.1 of the State Great Hural Law procedure by setting that the Chairman of the State Great Hural to submit his proposal of nomination to the member of the Tssets to the State Structure standing committee.

Accordingly the revised version says that in nominating a person for appointment to the Tssets, the Chairman of the State Great Hural shall issue an order based on the opinions of the respective standing committee, as specified in Article 3 of the Constitutional court law on procedure.

Specific legal feature of the relations of the State Great Hural and the Constitutional Tssets is the legalization of rendering conclusion and submitting it to the State Great Hural in settling constitutional disputes.

By analyzing the resolutions of the State Great Hural on the discussion of the Constitutional Tssets conclusion, there is a need to consider the attitude of the State Great Hural as if the Constitutional court should annul its conclusion by itself, while rejecting Tssets conclusion on cases of clear violation of the Constitution. It has become common practice to reject Tssets conclusion without indicating the motive.

One of the regular practices in the relations of the Parliament and the Constitutional tsets is that the authorized representative of the parliament in majority of cases understands well his\her competence and obligation and participates actively, presenting the legal concept of the parliament. But, the State Great Hural has taken into consideration the criticism that in certain cases the authorized representative of the parliament refuses to present the stance or in case of two authorized representatives they holds contradictory positions and it becomes unclear which of these positions are the position of the parliament.

Another conflict which might occur in the relations of the State Great Hural and the Constitutional Tsets is that those provisions of the laws which have been annulled by the decision of the Constitutional tsets could be readopted in other legislations in the same content and forms.

Although the Constitutional tsets is not a legislative body, yet it has the mandate to annul once adopted law and taken decisions and Tsets conclusion is considered to be a final decision and accordingly the decision of the Tsets should reach all persons of law and be reflected in any amendments of the law. But, at present there is no specific legal regulation.

Consideration of the proportion of the legal capacity of the decision of the Constitutional tsets and the State Great Hural is of methodological importance in order to determine the specific feature of the two constitutional institutions and legal nature of their decisions and specifics. Some years ago, I have presented a paper on this issue. And even today, I still hold the same position.

Constitution of Mongolia specifies that "The State Great Hural of Mongolia is the highest organ of State power and the supreme legislative power is vested only upon the State Great Hural". Thus, the scope of the enforcement of the decision of the parliament of Mongolia covers all territory and citizens of Mongolia.

As for the scope of the conclusion of the Constitutional tsets is clear and its portfolio and mandate then the Tsets shall consider the following disputes concerning the breach of the Constitution, render conclusions thereon and submit them to the State Great Hural; if the conclusion is rejected by the State Great Hural, the Tsets shall reconsider the grounds for the rejection and shall make a final decision in accordance with the provisions of the Constitution:

- 1) Laws and other decision of the State Great Hural;
- 2) Decrees and other decisions of the President;
- 3) Resolutions and other decisions of the Government;
- 4) International treaties, concluded by Mongolia;
- 5) Decisions of the central electoral body concerning referendum;
- 6) Decisions of the central electoral body on elections of the State Great Hural, its members and the President.

In addition, the Tssets shall consider disputes concerning the breach of the Constitution and make conclusions and submit them to the State Great Hural: whether the President, the Chairperson and members of the State Great Hural, the Prime Minister and members of the Government, the Chief justice of the Supreme Court and the Prosecutor General have committed a breach of the Constitution and whether the legal grounds exist for the impeachment of the President, the Chairman (Speaker) of the State Great Hural, the Prime Minister, and for recalling members of the State Great Hural and yet the Constitutional court does not award the final decision on the above said issues. Accordingly, in one hand the decision of the Constitutional tssets apply to the above mentioned persons and the decisions issued by them.

On the other hand, as mentioned above, if the conclusion is rejected by the State Great Hural, the Tssets shall reconsider the grounds for the rejection and shall make a final decision in accordance with the provisions of the Constitution, which indicates that the Constitutional court although it does not exercise the power of adoption of the new law but has the power to annul the norms. Yet, the conclusion of the Constitutional tssets does not setting up legislation and only annuls the parliament decision in case it breaches the constitution. On this basis, it could be considered that the Tssets decision has the same capacity as law, in other words the annulment of the provision of a particular law has the capacity to apply and be enforced in all territory and citizens of Mongolia.

It is more appropriate to include the Constitutional tssets decision in the category of legalized code from the point of view of legal theory. Because, there is a general tendency to comprehend the inclusion of the legalized code in procedural nature code, mostly developed as result of using material legal

norms. The decision taken by the Tssets after the discussion of any issues has dispositive nature. But in case of the Parliament rejection of that particular decision then follows a final or imperative nature of act.

Another criterion for the comparison of the capacity of the decision of the Constitutional tssets and the parliament shall be which of them a final decision becomes. That would occur in connection with some dispute.

As specified in Mongolian law, the Tssets shall bring out the final decision and on the basis of that decision the particular legislation inconsistent with the Constitution shall be annulled and which proves the logic that the Tssets decision is equally valid as that of the law. In addition, the law which has been determined as inconsistent with the Constitution shall be annulled immediately as the Tssets takes its final decision.

In considering the judicial capacity of the legal act that is a legal source, and an axiom explains that the discretion of the subject should be taken as the main criteria. In this case, only those laws adopted by the parliament shall be a legal source. It is clear that the parliament decision in respect to its legal capacity shall prevail over the President's decree and Government resolution. Thus, the legal capacity of parliament decision as legislations and the final decision of the Constitutional tssets that invalidates parliament resolution could be affected by the provisions of the constitutional source but not the subject.

To be more precise, it is legalized that a decision of the Constitutional Tssets shall be delivered in the name of the Constitution of Mongolia. Effect of the legal act is linked with its enforcement and interpretation. In Mongolia, Supreme Court provides an official interpretation of the law. But, the Parliament has issued two resolutions on the interpretation of the Constitution, which has been annulled by the Constitutional court.

Another specific feature of the relations of the Parliament and the Constitutional court is the legalized procedure of issuance of conclusion first and its submission to the State Great Hural. Appropriateness of this procedure has been proved in practice.

In case the Constitutional court issues a conclusion on a law and other decisions of the State Great Hural breaching the provisions of the constitution, then the State Great Hural shall have an opportunity to correct those errors without waiting the final decision of the Constitutional court.

There is no guarantee that in all cases the decision of the Constitutional court to be conclusively true. Therefore, it also provides an opportunity for the Constitutional court to re-consider why the State Great Hural could not accept the Tssets conclusion?

Also, there is a ground to recognize the poor legal regulation as regard to the consequence of the issuance of decision inconsistent with the Constitution. In particular, it is required to have a legal precise regulation to eliminate the damage and other consequences caused to the nation, individuals and institutions as result of the inconsistency of law, decree and other decisions of the State Great Hural and the President as well as the Government resolutions, International treaty to which Mongolia is a party and the decision of the General election institution, with the Constitution. As of today, there is no action has been taken to this end.

President of Mongolia has submitted to the State Great Hural draft law on the improvement of the Law on Constitutional Court and Law on Constitutional Court Procedure and once these draft laws adopted then numbers of issues, related to the relations of the State Great Hural and the Constitutional Court will become more precise.

Thank you for your kind attention.

Bir Halkın Kendisi Olma Hakkının Felsefi ve Hukuki Anlamları Konusunda

Gadis Gadzhiev

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Üyesi

1. Rusya Anayasası'nın altmış kelimesi, bazı hararetli, siyasi açıdan coşku dolu sözleri içermektedir. Aslında Anayasa, bizim yani Rusya Federasyonu'nun çok uluslu halkının ülkemizin ortak kaderi ile birleştiği şeklindeki ilk açıklama ile başlamaktadır.

Elbette, Anayasa metnini yazarların başlangıçta sade bir söyleme meyilli olduklarını ileri sürebiliriz. Ne var ki, hukuk uzmanları, temel kanun metinleri gibi önemli metinlerdeki her sözün, bir hukuk konseptini içerdiği yönünde bir tutum ortaya koymaktadır. Bu hukuk kavramları, sıklıkla felsefi kavramların ayrıntılı olarak tanımlanmış biçimleridir. Bizim açımızdan burada, Anayasayı yapan insanları nitelendirecek şekilde “*ortak kader*” konsepti söz konusudur.

“*Ortak kader*” konsepti, anayasa hukuku öğretisinde ayrıca geliştirilmemiştir. Yine de, son zamanlardaki siyasi olaylar, bu kavramı hukuki ve felsefi tartışmanın can alıcı noktasına taşımaktadır.

Kiminin içinde eridiği, kimininse asimile olduğu çok sayıda insanın bir arada yaşadığı ülkemizdeki bin yıllık ortak kader, birlik ruhu ile beraber hem genetik hem de sosyal birliği doğurmuştur. Başlangıcı (doğuşu) Rurikid Hanedanı, ya da Nikolai Trubetskoy'ın görüşüne göre, Cengiz Han imparatorluğu ile ilişkilendirilebilecek olan Rusya devletinin siyasi yapısında gerçekleştirilen bu ortaklığın bir amacı vardır.

Ortak kader anlayışı yalnızca genetik bağı değil aynı zamanda ortak kültürel ve toplumsal ilişkileri yansıtmaktadır. Belirlenen bir amaç olarak ortak kader, Rusların mevcut kuşağının yüzyıllardır gelişen belirli bir kültür geleneğinin yolunu izlediği şeklinde anlaşılır. Bu anlayışla, Anayasa'nın ontolojik, hukuki niteliğini farklı bir biçimde kavrayabiliriz: Anayasa sadece,

pek çoğu başka ülkelerin kanunlarından uyarlanan ve kabul edilen en önemli hukuk prensiplerinin tedvini değildir. Aynı zamanda, “*ortak kader*” prizması ve kuşaklar arasındaki sorumluluklar üzerinden incelendiğinde, Anayasa bizim geçmişimizle olan ilişkilerimizin eşsiz bir tedvidir. Alman hukuk filozofu Josef Isensee, tarihi süreci dikkate alma ihtiyacına yönelik bu fikri, anayasa hukuku öğretisinde eşsiz bir tarihselcilik fikri olarak ifade etmiştir. Yeni bir Anayasa daima sadece kısmen yenidir çünkü kaçınılmaz olarak, geçmişin bazı unsurlarını içermelidir. Isensee şöyle demiştir ki: “*Siyasi imkânın sınırı işte buradadır ki bu sınırın ötesinde bir Anayasayı yapan tek bir kişi bile gücün egemenliğine ilişkin herhangi bir esastan (önermeden) kaçamaz. Bu kişi ancak bir halkın yaşamının belirli yönleri hakkında yeni bilgiler verebilir, fakat o hayatı bütünüyle değiştiremez çünkü bir halk tarihinden ayıramaz ve hayatın akışı tek bir an bile durdurulamaz*”.

*Mevcut Anayasa’yı geçmişe bağlayan bu kuram, Anayasa’ya uyan devletin çıplak bir resmini elde etmemize izin verir. Anayasa hukuku, yalnızca temel hukuk normlarının tedvini değil, aslında bu normlara anlam, içerik, şekil ve geçerlilik kazandıran, bu normların geçmişle ilişkilerinin bir tedvinin de sonucudur.*¹

Felsefi anlamda ele alınırsa, “*ortak kader*” konsepti, kendilerini tek millet olarak gören bir insan topluluğunun evrenselleşmemiş varlığının gerçekliğidir. Bu, federalizm ilkesinin temelini oluşturan birlik fikridir (Rusya Federasyonu Anayasası’nın 3. bölümünün 5. maddesinde Rusya Federasyonu’nun federal yapısının kendi devlet bütünlüğüne bağlı olduğunun bildirilmesi tesadüf değildir).

Toplumun bir özelliği, bir niteliği olarak ortak kader, bu toplumun insanların kendilerini makul asgari müşterekliği aşan bir evrenselleşme düzeyine tabi kılmasını isteyen güçlere direnme enerjisini de gerektirir. Burada, aşırı uçlara izin vermemek çok önemlidir.

Anayasa’nın başlangıcına göre, biz, Rusya’nın çok uluslu halkı kendimizi dünya topluluğunun bir parçası olarak kabul ederiz. Fakat bu, dünyanın ayrı ayrı bölgelerine değil, belirgin şekilde dünya topluluğuna işaret eder. İdeoloji açısından ortak kader bilincinin doğru olarak anlaşılması, daima seçicilik ve seçkin olma kültürüne dayalı olan ve daima tehlikeli şekilde yayılan milliyetçiliğin aşırı uçlarını önlememize fayda sağlamalıdır.

1 Almanya Anayasa Hukuku, Moskova, 1994, Cilt 1, sf. 12.

Milliyetçiliğin bu negatif yönleri, Fichte'nin Alman milletine hitaben yaptığı, Fransız milliyetçiliğini destekleyen kimselerle boy ölçüştüğü konuşmasında açıkça görülmektedir. Ortak kader bilincinin vatanseverlik ideolojisinin bir parçası olarak faydalı olması için, özel yeteneklere, Mesih ile ilgili fikirlere ve bir milletin ya da bir başka milletin özel (seçkin) olması ile ilgili hep var olan diğer mitlere ilişkin iddialar gibi aşırı olan her şeyden daima arınmış olması gerekir.

Ortak kader, öncelikle kültürel kimliğe sebep olur ki bu kimliğin bir göstergesi gelenektir ya da daha fazlasıdır- yani, vatanseverliğe, dayanışmaya, ailenin desteklenmesine, vs. ilişkin gelenekler bütünüdür. Rus devletinin geleneklerinin ontolojik niteliğini kabul etmek açıkça mümkündür. Bu durumda, tam bir araştırma programı ortaya çıkar: bu gelenekler Anayasa'yı aşan birer değer olarak görülebilir mi? Milli kimliğin geleneklerinin güçlü ve zayıf noktaları nelerdir? Bu geleneklere ilişkin bir sistem (sınıflandırma) kurmak mümkün müdür? Bu geleneklerin herhangi birine özgü baskıcı gücü, insanın (fren kuvvetinin tamamen yok olmadığı) araba frenini kontrol etmeyi öğrendiği gibi kontrol etmeyi öğrenebilmesi için, değerlendirebilmek mümkün müdür?

2. Tam anlamıyla bir hukuki kavram olarak, "*ortak kader*" anlayışı, Rusya Federasyonu'ndaki tüm insanların kültürel geleneklerinin korunmasına, ayırt edici özelliğine ve kimliğine yönelik toplu doğal hak ile ilgilidir. Dünya ulusları topluluğunda, Rusya'nın kültürel görelilik hakkı bulunmaktadır. Bu anayasal hakkın belirtileri, modern toplum hakkında yapılan kamusal tartışmalarda görülebilir. Amerikan filmlerinin Rusya sinemalarında görüntülenmesine ilişkin sınırlı bir kota belirlemek üzere bir karar verildiğinde, bu, aynı zamanda insanların evrenselleşmemiş bir nesnel gerçeklik hakkının gerçekleştirilmesi anlamına gelir.

Ortak kader bilinci, anayasa hukukunu tamamen yeni bir mesele ile karşı karşıya bırakmaktadır: Rusların gelecek kuşaklarının anayasal hakları realitesi. Rus halkının gelecek bir kuşağının mevzuat kapsamında bir takım haklara sahip olduğunu kabul etmek mümkün müdür? Bu, hiç de boş bir soru değildir; özellikle, topraktan pompa ile çekilen petrol ve gaz oranları ve ülkenin çevreye ilişkin durumu, bunun cevabına bağlıdır. Fakat en önemlisi, Rusya Anayasası'nın gelecek kuşaklara birtakım önemli kültürel haklar verdiğidir. Bilhassa, devlet, gelecek kuşaklar adına tarihi ve kültürel anıtların

bakımını üstlenmekte, tarihi ve kültürel bir mirası muhafaza etmekle yakından ilgilenmektedir (Rusya Federasyonu Anayasası'nın 44. maddesi). Rusça'nın Rusya Federasyonu genelinde resmi dil olmasına rağmen, Cumhuriyetlerin kendi resmi dillerini belirleme hakları bulunmaktadır. Rusya Federasyonu, tüm insanlarına, kendi milli dillerini incelemelerine ve geliştirmelerine yönelik koşulların oluşturulması suretiyle, bu dilleri muhafaza etme hakkını temin etmektedir.

Böylece, “*ortak kader*” bilinci, kimlik ve özgürlük düşüncesini kapsar. Hermann Lübbe bireyleri birbirlerine eşit kılanın yalnızca özgürlük olmadığını yazmıştır. Dünyada özgürlükler farklılık gösterebilir- özgürlük, eşit haklara dair ilkenin eşsiz bir göstergesidir. Böyle bir hakkı uluslararası hukukta tanımamız yönündeki gereklilik, tamamen meşrudur çünkü ortak tarihi kimlikteki gerçekliğimize ilişkin özgürlüğü ele almaktayız.²

Elbette, tarihi kökenleri olmasına ve ancak insanların ortak anlayışında somutlaştırılabilmelerine rağmen, ulusal kimliğe ilişkin gelenekler etnoğrafyanın konu alanı olan geleneklerden farklıdır. Mores, Carl Jung tarafından bilimsel kullanıma sunulmuş olan bilince ilişkin arketip kavramına daha yakındır.

Bir toplum modernleşme sürecinden geçerken, eski gelenekler çoğu kez ödünç alınan bir kültürden gelen yeni normlarla ters düşer.

Eğer eski gelenekler topluma aşılarmışsa, o zaman bunları modern normlarla bağdaştırmaya yönelik bir mekanizma bulunmalıdır. Eski gelenekleri terk etmeden özellikle ekonomik, bilimsel ve teknik alanlarda modernleşmenin görülebileceği kültür çeşidi, sadece Rusya’da değil, aynı zamanda pek çok başka millette ortaya çıkmıştır.³

“*Ülkemizde ortak kader*” konsepti, eski geleneklere ilişkin değerler ve modern değerler arasında makul bir denge bulmaya yönelik bir düşünce sistemi ile örülmüş durumdadır.

3. Hukuki bir kavram olarak, bir halkın kendisi olma hakkı, onun içeriğiyle, yani sunduğu hukuki imkânlar ve güvencelerle tanımlanır. Hukuki

2 Hermann Lübbe, “The Right to be Different. On the Philosophy of Regionalism” // Almanya’da Siyaset Felsefesi. Moskova, 2005.

3 V.S. Stepin “The Value of Law and the Problem of Building a New Society in Russia” / 21. Yüzyıl Başlarında Hukuk Felsefesi... Moskova, 2010, sf. 18

bir kavram olarak, halkların bu hakkı, belirli bir dünya düzeni sisteminin kurulmasının temelidir.

Bu hakkın içeriği, hakkaniyet kavramının içinde yer alır. Hakkaniyet düşüncesinden, özellikle, her halkın kimlik haklarını savunmada diğer halklarla eşit oldukları üzerinde ısrar etme hakkı olduğunu çıkarabiliriz.

Bir halkın kendisi olma hakkına ilişkin hukuki kavramı geliştirirken, realizm geleneğinden ziyade felsefi nominalizm geleneğine odaklanmak tercih edilir. Malum olduğu üzere, bu iki felsefi gelenek arasındaki iddia, esasen her zaman görülmüş, görülmekte ve görülecek olan ahlaki bir dünya görüşü seçimidir. Realistlere, yani realizm geleneğinin savunucularına göre, olağan ve ideal olanın özel, ampirik ve farklı olan üzerinde ontolojik bir üstünlüğe ve de epistemolojik ve metafizik bir önceliğe sahip olduğunu belirtmek isteriz. Nominalizm geleneğinin savunucuları, gerçekler dünyasının, ampirik dünyanın tek hakikat olduğunu belirtmektedir. Realizm ve nominalizm, tüm bilgi türlerinde karşılaşılan iki farklı akademik düşünce okuludur (ekolüdür). Örneğin, realizm geleneğinin savunucuları, eğer bir başkan, hâkimi ya da profesörü değerlendirmek durumunda kalırlarsa, öncelikle bu insanlarda genellikle gerçekte görülmeyen belirli bir arketipi, yani hayal güçleriyle oluşturdukları ideal başkan, hâkimi ya da profesörü görmek ister. Fakat herhangi bir (ampirik yaklaşıma sahip) insan gibi faziletleri ve eksikleri olan bir başkan, hâkim ya da profesör ile karşılaştıklarında; bir başkan, hâkim ya da profesörün hayal güçlerinin oluşturduğu ideal kişi olmadığını anladıklarında, hayal kırıklığına uğramış olurlar. Bu olay Türk atasözü ile şöyle ifade edilir: *“paşayı paşa zannederdim, ama paşanın insan olduğu ortaya çıktı!”* Nominalist bir düşünür genelde ideal kavramlara dayanmaz. Böyle insanlar genellikle insanları daha iyi anlarlar ve kendi kendini kandırma şeklinde hatalar yapmazlar. Halklar arasındaki medeniyet farklılıkları gibi çok hassas bir alanda soyut kavramlar ve realizm geleneklerine yönelik hayranlık, trajik sonuçlara yol açar. John Rawls ve *The Law of Peoples* adlı kitabında kullanmış olduğu rasyonel düşünen toplum kavramı, buna bir örnek sunar. Rawls’a göre, rasyonel düşünen bir toplum, liberal toplumlardan ve hiyerarşik toplumlardan oluşur.

Rawls, ideal liberal toplum kavramını; toplumda insan haklarının gözetilmesini güvence altına alan, ortak refah kavramının nüfuz ettiği, hukuk ve düzeni olan bir toplum olarak tanımlar. Eşcinsel birlikteliğin

savunucuları gibi belirli azınlıkların haklarının idealleştirilmesinin, bir toplumun parçalanmasına yol açacak ciddi riskler taşıdığı burada hiç dikkate alınmamıştır. Mark Twain'in *The Prince and the Pauper* adlı eserinde dilencinin ceviz kırmak için devlet mührünü nasıl kullandığını anımsayınız. Bu kıyaslamadan yararlanarak, şunu göstermek isterim ki beceriksiz (veya dürüst olmayan) ellerde, aşırı soyut insan hakları kategorisinin yıkıcı bir gücü olabilir.

Realist düşünce geleneğinin ilgi görmesi, diğer medeniyetlere ve kültürlere yönelik bir önyargının ve hatta açık kibirin bu geleneğin içine yerleştirilmesi anlamında tehlikelidir. Dünyadaki ülkelerin çoğunda bireylerin bir toplumun, topluluğun üyeleri olarak görülmesi şeklinde bir gelenek olmasına rağmen, bir Batı geleneği olan bireyselliğin, herhangi bir kanıt gerektirmeyen bir önerme olarak, açıkça en mükemmel gelenek olduğu düşünülmektedir.

Anayasa'da tanımlandığı üzere, kendi kendini yönetme ve kendini ifade serbestisinin kapsamı, toplumsal düzenlemenin temeli olan, demokratik çoğunluğun Anayasa'nın tanıdığı tercihlerini göz ardı edecek ve böylelikle tarihi, kültürel ve diğer ulusal geleneklere ilişkin bir anlayışa ve aynı zamanda gelecek kuşaklara yönelik sorumluluğa dayanarak bir milletin iç barış ve anlaşma koşulları altında gelişmesi, milletin kendini tarihi ve kültürel olarak tanımlaması konusunda şüphe uyandıracak kadar genişletilemez.

Milliyetçilik aleyhine olan realizm büyüğü, eylemsizlik düşüncesine yol açar. John Rawls, herhangi bir önemli kanıt olmadan şunu ileri sürer ki medeniyetlerin gelişmesinin son noktası, devlet egemenliğinin insan haklarını kullanma konusunda sınırlı olmasının gerektiği bir dünya sisteminin gelişmesidir ki bu haklara yönelik standartlar, akıl havuzu olması nedeniyle her zaman açıkça doğru olanın söylendiği, dünyanın bir bölgesindeki bir seminerde oluşturulur. Ne var ki, eğer bir milletin insan hakları kavramları, bu standartlara aykırı düşerlerse, o zaman o millet zorunlu olarak ıslah edilme ihtiyacı içinde bir millet olarak addedilir.

Ne yazık ki, John Rawls, bir insanın ilk siyasi sorumluluğunun doğal halini terk etme ve kendisini rasyonel ve adil hukuk standartlarına tabi kılma sorumluluğu olduğunu belirtmiş olan Kant'ın düşüncelerini çarpıtmıştır. Bir toplumda insan hakları, medeniyetlerdeki farklılıkların dikkate alınmadığı birleşik standartlar uyarınca itibar görmezlerse, özgür milletler topluluğunun

yenilik taraftarlarının (avant-garde) böyle bir milleti bombalamaya başlama hakkı olur ki Kant'ın bunu öğrenmekten memnun olacağını sanmıyorum.

John Rawls'un kitabının konusu üzerine, Rawls ve Jürgen Habermas arasında bir tartışma ortaya çıktı. Jürgen Habermas, İstanbul'da yapılan Dünya Felsefe Kongresi'ndeki konuşmasında, Rawls'un realist düşünce geleneğini izlemediğini belirtti. Rawls, soykırım ya da insanlık suçlarını ele almazsak, bir millet olarak teşkilatlanan insan topluluğunun olağan yaşam tarzının ve yaşam biçimlerinin bütünlüğünün savunulmasının, global boyutta soyut hakkaniyet ilkelerine göre daha fazla önem taşıyacağını ifade etti.

Konuşmamın çerçevesi, öne sürdüğüm görüşün detaylarına girmeme izin vermemektedir. Teorinin; politikanın, yani milletlerin yaptığı eylem planının, temelini oluşturduğu durumlarda realizm geleneğinin, tehlikeli bilişsel durumlara ilişkin riskleri gizlediği sonucunu iletmekle kendimi sınırlayacağım. Hiyerarşik bir toplumun, özgür bir toplumun soyut kavramlarına yönelme, bilişsel bir durum elbette zararsız değildir.

Rawls, soyut adalet kavramını kullanarak, medeni milletlerin "*sadece savaş*" çıkarma hakkını kanıtlamaktadır. Jürgen Habermas, bir kanunun yerinde olup olmadığını değerlendirme kriterlerinin hukuk diline çevrilemeyeceğini ve milletlerin bu kriterleri kullanmasının uluslararası mahkemelerce doğrulanamayacağını ifade etmekte haklıdır.

Ayrıca, burada çok fazla görecelik vardır: Batı hukuk sistemindeki değerlerin evrensel olarak kabul görmeye layık olup olmadığı yönünde hükümet üstü bir seviyeye ilişkin olarak kim karar verebilir?

Böylece, bir halkın kendisi olma hakkı, tarihi mirasın bir parçası olan tarihi hafızaya sahip olma hakkı ve Rus halkının durumunda namağlupların ruhu olan milli bir ruha sahip olma hakkı ve nihayetinde bir medeniyetin kimlik hakkıdır.

4. Hukukta yıllardır anayasa mahkemelerinin mahiyetine ilişkin bir tartışma sürmektedir- böyle bir mahkeme bir mahkeme olmaktan ziyade niteliksel olarak yeni bir yetkili merci midir? İnanıyorum ki eğer anayasa mahkemelerinde ve diğer mahkemelerdeki karar alma usulünü değerlendirirsek, anayasa mahkemelerinin hukuk metodolojisinde basit kıyas yönetimini kullanarak davalara ilişkin hüküm veren genel mahkemelerden büyük ölçüde farklı olduklarını kabul etmeliyiz. Ortaya çıkan uyuşmazlığın fiili gerçeklerini değerlendirmek, bu uyuşmazlığa

uygulanacak hukuk normunu saptamak ve hukuki bir sonuç çıkarmak genel mahkemeler için yeterlidir. Anayasa mahkemelerinde her şey daha güçtür. Anayasa metinlerinde yer verilen pozitif anayasa hukukuna ilâveten, karar vermek amacıyla, çok daha karmaşık bir metodolojiye yani hukuk felsefesi metodolojisine hâkim olmak da gereklidir.

Ancak bu felsefe, geleneksel olarak bir milletin çoğunluğunu ayıran hukuk değerleri ve evrensel hukuk değerleri arasında bir denge kurmaya yardımcı olabilir. Farklı olmak, muhafazakâr (tutucu) olmak anlamına gelmez, çünkü genel olarak kabul edilmiş ölçütler bu alanda bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendi mahkeme sisteminin “*evrensel ahlak kurallarına ve hukukun egemenliğine*” dayandığını ve bu bağlamda milletlerin egemenliğinin önemli ölçüde sınırlanması gerektiği gerçeğinin Rusya’da şüpheli bir yaklaşım ile incelendiğini ileri sürmektedir. İkinci Dünya Savaşından sonra İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin kabul edilmesinin ardından, muhtemelen insan aslında daha evrensel varlık (*homo universalis*) haline geldi, fakat bu kavramın realizm ruhunda görünmesi medeniyetlerdeki farklılıkları nominalizm ruhunda yok etmemektedir. Samuel Huntington, medeniyetler çatışmasına ilişkin olarak gelecekte haber veren yazısında bununla ilgili olarak yazmıştır. Marksizmi terk edebiliriz, fakat bu Rusların Batılı oldukları anlamına gelmez.

Bu yüzdendir ki kendi anayasal değerlerimize ilişkin anlayışımızı geliştirmeye gayret ediyoruz ve bu da bir halkın kendisi olma hakkının bir parçasıdır. Eşcinsel birliktelik propagandası sorunu konusunda hükümetin tarafsızlığına ilişkin bize önerilen Batı formüllerini kabul edemeyiz. Eşcinsel birlikteliği tavsiye etme özgürlüğü, bizim toplumumuzda genel ahlaksızlıkla bağdaştırılır. Eşcinsellerin haklarını savunma amacıyla yapılan bir gösteri, saldırı ve karışıklıkla sonuçlanabilir. Rus Ortodoks Kilisesinin ahlaki otoritesini bozmaya yönelik, insan içgüdülerinin propagandasını yapan ve topyekûn özgürleşmesine ilişkin bu tavsiyeleri kabul edemeyiz.

Batıdaki rakiplerimiz şunu bilmeliler ki kendilerinin tamamen Batı’ya ait hukuk değerleri, Rus toplumunda parçalanmaya neden olmaktadır. Ne var ki, anayasa hukukuna ilişkin sosyal değer, azınlıkların haklarını, kadın ve erkeklerin hak ve özgürlükleri kullanmalarının başka insanların hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine mahal veremeyeceği ilkesi ile makul şekilde birleştirmekte yatmaktadır.

Rusya'da, topraklarına yerleşen pek çok halk arasında güçlü bir tarihi hoşgörü geleneği vardır. Milli kültürlere yönelik büyük saygı, Rus devletinin bir geleneğidir. Bizde, Avrupa'da ulusal devletlerin kurulduğu, pek çok etnik kökenin ve etnik kültürün yok olduğu dönemde olduğu gibi bir durum, yani kültürlerin birleştirilmesi gibi bir durum, olmadı. Rusya'da, etnik bölgelerimiz her zaman muhafaza edilmiştir, fakat bunun bedeli, kültürel yapıların ve geleneklerin çelişkili bir birleşimi olmuştur.

Elbette, bu durum, tam anlamıyla hukukun üstünlüğüne olan yolumuzu daha uzun ve daha dönemeçli kılmaktadır. Batıdaki rakiplerimizin bunu anlamaları gerekir. Onlar halen "*Gerçekçi olun: imkânsız isteyin*" şeklindeki savaş narasına (sloganına) bağlıdırlar.

On the Philosophical and Legal Meanings of The Right of a People to be themselves

Gadis Gadzhiev
Judge of Constitutional Court of the Russian Federation

1. The sixty words of which the Russian Constitution consists include some fervent, politically impassioned words. In fact, the Constitution begins with the first statement that we, the multinational people of the Russian Federation, are united by a common fate on our land.

Of course, we could suggest that the writers of the text of the Constitution demonstrated a tendency towards simple rhetoric in the preamble. However, legal experts take the position that every word in such important texts as the texts of fundamental laws embodies attributes of legal concepts. These legal concepts are often a specification of philosophical concepts. Such, in our view, is the concept of a 'common fate', in the way it characterizes the people who created the constitution.

The concept of a '*common fate*' was not developed further in the doctrine of constitutional law. However, recent dramatic political events place it at the epicentre of legal and philosophical discussion.

The common fate on our land for a thousand years, the multitude of peoples living together, some of whom have disappeared and been assimilated, has resulted in both genetic and social unity, with a common spirit. This commonality has a will, which is realized in the political form of the Russian state, the birth of which can be associated with the Rurikid Dynasty, or, in Nikolai Trubetskoy's concept, with the empire of Genghis Khan.

The notion of common fate reflects not only genetic relationships, but also common cultural and societal relationships. Common fate as an objective given is seen in the way in which the current generation of Russians follows in the path of a specific cultural tradition that has developed over many centuries. Understanding this, we can comprehend the ontological, legal

status of the Constitution in a different manner: it is not simply a codification of the most important legal principles, many of which were adopted and adapted from the laws of other countries. Simultaneously, viewed through the prism of a 'common fate' and the responsibilities between generations, the Constitution is also a unique codification of our relationships with the past. The German legal philosopher Josef Isensee formulated this idea of the need to consider the historical process, a unique idea of historicism in the doctrine of constitutional law. A new constitution is always only partially new, since, unavoidably, it must embrace some elements of the past. "*Here lies the boundary of political possibility*", writes Isensee, "beyond which not a single creator of a constitution can escape from any postulates on the sovereignty of power. He is only able to give new outlines to certain aspects of the life of a people, but he cannot transform that life entirely, because a people cannot be separated from their history and the tide of life cannot be stemmed for even an instant."

This theory, which connects the present Constitution to the past, allows us to obtain an unvarnished picture of the state corresponding to the constitution. Constitutional law is not only the result of the codification of fundamental legal norms, it is also essentially a codification of their relationships with the past, which give these norms their meaning, content, form, and validity."¹

Taken in its philosophical sense, the concept of a 'common fate' is the reality of a non-universalized existence of a community of people who consider themselves one nation. This is the idea of unity, which forms the foundation for the principle of federalism (it is no accident that Part 3, Article 5 of the Constitution of the Russian Federation declares that the federal structure of the Russian Federation is based on its state integrity).

Common fate as an attribute, a feature of a society of people also requires the energy to resist those forces which demand that the people of this society subordinate themselves to a level of universalization that exceeds the reasonable minimum of commonality. Here, it is very important not to allow extremes.

According to the preamble of the Constitution, we, the multinational people of Russia, recognize ourselves as part of the world community. But this

1 Constitutional Law of Germany. Moscow, 1994, Vol. 1, p. 12.

refers specifically to the world community, not individual parts of it. A correct understanding of the idea of common fate from the viewpoint of ideology must help us to avoid the extremes of nationalism, which is always based on the cult of selectiveness and exclusiveness, and which is always dangerously expansive. These negative aspects of nationalism are clearly visible in Fichte's address to the German nation, in which he competes with the supporters of French nationalism. For the idea of common fate to be useful as part of an ideology of patriotism, it must always be purged of everything excessive, such as claims to special abilities, to messianic ideas, and to other ever-present myths about the exclusivity of one nationality or another.

Common fate primarily gives rise to cultural identity, one of the manifestations of which is tradition or mores – the traditions of patriotism, solidarity, support of the family, etc. It is clearly possible to acknowledge the ontological nature of the traditions of the Russian state. In that case, an entire programme for research arises: can these traditions be viewed as a value exceeding the Constitution; what are the strengths and weaknesses of the traditions of national identity; is it possible to construct a system (gradations) of such traditions; is it possible to assess the repressive force inherent in any of these traditions so that we can learn to control it, just as man has learned to control the braking of a car (from which the braking force has not completely disappeared).

2. As a strictly legal concept, the notion of 'common fate' is relative to the natural collective right to identity, distinctiveness, and preservation of the cultural traditions of all peoples of the Russian Federation. In the community of world nations, Russia has the right to cultural relativism. Manifestations of this constitutional right can be seen in public discussions about modern society. When a decision is made to establish a limited quota on the screenings of American films in Russian cinemas, this is also a realization of the right of the people to a non-universalized objective reality.

The idea of a common fate means that constitutional law must confront a totally new issue: the reality of the constitutional rights of future generations of Russians. Is it possible to recognize a future generation of the Russian people as having rights under the law? This is far from an idle question; in particular, the rates at which oil and gas are pumped out of the ground and the state of the country's environment depend on the answer to it. But the

most important thing is that the Constitution of Russia confers a number of important cultural rights on future generations. In particular, the state must concern itself with preserving a historical and cultural legacy and caring for historical and cultural monuments on behalf of future generations (Article 44 of the Constitution of the Russian Federation). Despite the fact that Russian is the official language throughout the territory of the Russian Federation, the republics have the right to establish their own official languages. The Russian Federation guarantees all its peoples the right to maintain their national language, creating conditions for its study and development.

Thus, the idea of a ‘common fate’ embodies the idea of identity and freedom. Hermann Lübbe wrote that it is not only this freedom which makes individuals equal to one another. Freedom may differ in the world – it is a unique manifestation of the legal principle of equal rights. The requirement that we acknowledge such a right in international law is fully legitimate, since we are dealing with the freedom of our reality in the contingent historical identity.²

Of course, the traditions of national identity differ from those traditions that are the subject area of ethnography, although these and others have historical roots and can only be objectified in the collective understanding of people. Mores is closer to the concept of archetypes of consciousness introduced into scientific use by Carl Jung.

As a society undergoes the process of modernization, old traditions collide with new norms, most often from a borrowed culture.

If the old traditions are engrained in the society, then a mechanism for reconciling them with modern norms must be found. The type of culture where modernization, especially in the economic, scientific, and technical spheres, can occur without discarding old traditions has arisen not only in Russia, but also in many other nations.³

The concept of ‘common fate on our land’ is entwined with a system of ideas intended for finding a reasonable balance between the values of ancient traditions and the values of modernization.

2 Hermann Lübbe, “The Right to be Different. On the Philosophy of Regionalism”// Political Philosophy in Germany. Moscow, 2005.

3 V.S. Stepin “The Value of Law and the Problem of Building a New Society in Russia” / Legal Philosophy at the Beginning of the 21st Century... Moscow, 2010, p. 18

3. As a legal concept, the right of a people to be themselves can be characterized from the viewpoint of its content, i.e., legal possibilities, and guarantees. As a legal concept, this right of peoples is the foundation for the formation of a given system of world order.

The content of this right is contained in the concept of fairness. In particular, from the idea of fairness, we can extract the authority of each people to insist on equality in asserting their rights for identity on an equal basis with other peoples.

When developing the legal concept of the right of a people to be themselves, it is preferable to focus on the philosophical tradition of nominalism, rather than the tradition of realism. As is known, the argument between these two philosophical traditions is essentially the selection of a moral world outlook, which has always occurred, is occurring, and will occur. We will note that realists, i.e. the proponents of the tradition of realism, have gained epistemological and metaphysical primacy, and the ontological superiority of the common and ideal over the private, empirical, and diverse. The proponents of the tradition of nominalism are inclined to declare that the world of facts, the empirical world, is the only true reality. Realism and nominalism are two different schools of academic thought encountered in all types of knowledge. For example, as the proponents of the realistic tradition reason, if they need to evaluate a president, judge, or professor, they want to see in them first of all an ideal president, judge, or professor created by their imagination, a certain archetype, which generally is not found in reality. But when they encounter a president, judge, or professor who has, like any empirical man, his virtues and deficiencies, when they discover that a president, judge, or professor is not the ideal figure their imagination created, they are disenchanted. This phenomenon is expressed by the Turkish proverb: "I thought a pasha was a pasha, but it turns out that a pasha is a man!" A nominalistic thinker generally is not taken in by ideal concepts. Such people generally understand people better and do not commit mistakes of self-delusion. The enthusiasm for traditions of realism and abstract concepts in the very sensitive sphere of civilizational differences between peoples leads to tragic consequences. John Rawls and his concept of a rationally thinking society of peoples, which he used in his book *The Law of Peoples*, offers an example of this. For Rawls, a rationally thinking society of peoples consists of liberal societies and hierarchical societies.

He defines the idealistic concept of a liberal society as a society with law and order, permeated with the concept of common wellbeing, guaranteeing that human rights are observed in society. It is not considered at all here that the idealization of the rights of certain minorities, such as the proponents of homosexual love, carries serious risks of creating a schism in a society. Recall how in Mark Twain's *The Prince and the Pauper*, the latter used the government seal to crack nuts. Using this comparison, I would like to show that, in unskilled (or, conversely, devious) hands, the extremely abstract category of human rights can have a destructive force.

The attraction to the realistic tradition of thought is dangerous in that a bias towards other civilizations and cultures, and even explicit snobbery, is programmed into it. The Western tradition of individualism is viewed as obviously the most perfect, as an axiom that requires no proof, despite the fact that in the majority of countries in the world there is a tradition of viewing individuals as members of a society, community, and labour collective.

The freedom of self-determination and self-expression, as defined constitutionally, cannot be extended so broadly as to ignore the constitutionally recognized and valuable preferences of the democratic majority that are the foundation for the organization of society and thus to raise doubt as to the historical and cultural self-definition of a nation, its development under conditions of civil peace and agreement on the basis of an understanding of the historical, cultural, and other national traditions, as well as responsibility to future generations.

Enchantment with realism to the detriment of nominalism leads to inertial thinking. Without any great proof, John Rawls suggests that the culmination of the development of civilizations is the development of a world system where the sovereignty of the state must be limited using human rights, the standards for which are created in one workshop, in one part of the world, which is clearly always right, because it is the repository of reason. However, if the human rights concepts of any nation contradict these standards, then that nation must be counted as one which is in need of forced correction.

Regrettably, John Rawls distorts the ideas of Kant, who wrote that the first political responsibility of a man is his responsibility to abandon his natural state and subordinate himself to the standards of rational and fair law. I do not think that Kant would be pleased to learn that, if human rights

in one society are not esteemed in accordance with unified standards that do not account for differences in civilizations, then the liberal avant-garde of the community of liberal nations has the right to start bombing such a nation.

On the subject of John Rawls' book, a discussion arose between Rawls and Jürgen Habermas. In his address to the World Congress of Philosophy in Istanbul, Jürgen Habermas showed that he does not follow in Rawls' tradition of realist thought. He stated that, unless we are dealing with genocide or crimes against humanity, defence of the integrity of forms of life and the usual way of life of a community of people organized into a nation takes precedence over abstract principles of fairness on a global scale.

The framework of my address does not enable me to go into the details of my argument. I will limit myself to the conclusion that the tradition of realism conceals the risks of hazardous cognitive situations in those cases where theory is the foundation for policy, i.e. the course of actions taken by nations. A cognitive situation, an orientation towards the abstract concepts of a liberal society, a hierarchical society, is certainly not harmless.

Rawls proves, using the abstract concept of justice, the right of civilized nations to wage '*just wars*'. Jürgen Habermas is right in stating that the criteria for assessing whether a law is just or not cannot be translated into the language of law, and the use of such criteria by nations cannot be verified by international courts.

Furthermore, there is too much relativism there: who can determine on a supra-governmental level whether Western legal values deserve universal acceptance?

Thus, the right of a people to be themselves is the right to have a historical memory, which is a part of a historical legacy, and the right to have a national spirit, which, in the case of the Russian people, is the spirit of the undefeated, and ultimately the right to the identity of a civilization.

4. There has been a debate for many years in jurisprudence on the nature of constitutional courts – is such a court less a court, and more a qualitatively new authority? I think that if we assess the procedure for decision making in constitutional courts and in courts of law, we must acknowledge that the former differ substantially from ordinary courts, which rule on cases using simple legal syllogism. It is sufficient for ordinary courts to evaluate the factual

circumstances of a dispute which arises, to seek a legal norm in the law that applies to this dispute, and to draw a legal conclusion. Everything is more difficult in constitutional courts. In addition to the positive constitutional law contained in the texts of constitutions, in order to make decisions, it is also necessary to master a much more complex methodology – the methodology of the philosophy of law.

Only this philosophy can help to find a balance between universal legal values and those legal values which traditionally separate the majority of a nation and which are not in any way evidence of its conservatism. To be different does not mean to be conservative, since there are no generally accepted criteria in this sphere. The European Court of Human Rights' claims that its court system is based on the "sovereignty of universal morals and law" and that the sovereignty of nations in this connection should be significantly limited is viewed with scepticism in Russia. It is possible that, after the Second World War, after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights, man actually became more *homo universalis* (Latin), but the manifestation of this concept in the spirit of realism does not cancel out the differences in civilizations in the spirit of nominalism. Samuel Huntington wrote about this in his prophetic paper on the clash of civilizations. We can discard Marxism, but this does not mean that Russians are becoming Westerners.

That is why we strive for our own understanding of our own constitutional values, and this is part of the right of a people to be themselves. We cannot accept the Western formulas that are proposed to us regarding the neutrality of the government on the problem of propaganda of homosexual love. The freedom to preach homosexual love is associated in our society with the public indecency discussed by the multinational Russian people. A pro-gay demonstration may end in beatings and disorder. We cannot accept such recommendations on the total liberation (liberalization) and propaganda of human instincts aimed at disrupting the moral authority of the Russian Orthodox Church.

Our opponents in the West must know that their purely Western legal values are causing a schism in Russian society. However, the social value of constitutional law is to reasonably combine the rights of minorities with the principle according to which the exercising of the rights and freedoms of men and women cannot be allowed to violate the rights and freedoms of other people.

In Russia, there is a strong historical tradition of tolerance between the many peoples populating its territory. Careful respect for national cultures is a tradition of the Russian state. We did not have a unification of cultures in the sense that it occurred in Europe during the era when nation states were created, when many ethnicities and ethnic cultures disappeared. In Russia, ethnic enclaves have always been preserved, but the price for this was a contradictory combination of cultural patterns and traditions.

Of course, this circumstance makes our path to perfect superiority of law longer and more winding. Our opponents in the West need to understand this. They still adhere to the battle cry, *"Be realists: demand the impossible."*

İKİNCİ OTURUM: Soru-Cevap

Dr. Harjono (Oturum Başkanı - Endonezya Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi): Son konuşma için teşekkür ederiz. Bu arada “ortak kader” ifadesinin yalın bir ifade olmakla beraber Rus halkı için çok önemli bir anlamı olduğunu, Rusları bu Anayasayı yapmak üzere teşvik ettiğini öğrenmiş olduk. Halen vaktimiz var. Soru ve cevaplar için 15 dakika kadar vaktimiz var, dolayısıyla şimdi tebliğde bulunan kişiye soru sormak ya da yorum yapmak üzere söz alma zamanı. Lütfen sorunuzu kime yönelttiğinizi belirtiniz. Pakistan’dan sorusu olan birini görüyorum. Sorunuz mu var? Buyurun.

Soru (Pakistan Yüksek Mahkemesi Üyesi Jawwad S. Khawaja): Bu sorum aynı zamanda bir açıklama olacak. Rus Hâkimin söylediklerini çok anlamlı buluyorum. Şu an Türkiye’de olduğumuz için Nasreddin Hoca hikâyesine atıfta bulunmak isterim. Eminim ki hepimiz Hocayı biliriz, Hoca Özbekistan’da Mulla Nasruddin olarak bilinir. Sanırım Semerkant’ta dev bir heykeli olan Nasreddin Hoca ile ilgili bir hikâye de var. Hoca, gece evinde altın bir dirhem kaybeder. Sonra pazara gider ve sokak ışığı altında aramaya başlar. Böylelikle, Hocaya “Dirhemini nerede kaybettin?” diye sorduklarında “Evimde kaybettim” der ve böylece kendisine eve dönmesi ve dirhemini orada arayıp bulmasını söylerler. Hoca der ki “fakat gece karanlık ve evimde lamba yok, ışık yok.” Dolayısıyla çok, çok dikkatli olmalıyız. Kendi tecrübeme dayanarak şunu söyleyebilirim ki mutlak ahlakta muhtemelen evrensellik yoktur. Rusya’dan katılan Hâkimin ifade ettiği husus da bence doğuya özgü Sufi geleneğini belki de herkesten daha iyi anlamış olan Carl Young’a atıfta bulunduğunda doğrudur ve ben bunun hem bir açıklama hem de bir soru olacağını, sadece Hâkime yönelik değil herkese yönelik bir soru olacağını ifade etmiştim. Aslında, kendisi soruya cevap verdi. Sorum diğer kişilere yöneliktir. Bir tür entelektüel emperyalizme mi bakıyoruz? Belirli düşünce biçimlerine mi boyun eğiyoruz? Elbette ki insan haklara, belirli değerlere ve her şeyle ilişkin bir evrensellik var. Fakat sanırım bu evrensellik, kültür, gelenek ve kanunlar ve her birimizin ve her bir ulusun geçmişi ve tarihi bağlamına yerleştirilmelidir. Fakat bu bir soru değil, bir açıklamadır, ancak kendisinin

söylediğine katılıyorum. Belki düşündüğüm birkaç farklı nokta var, fakat bunlar hakkında daha sonra konuşabiliriz.

Dr. Harjono (Oturum Başkanı - Endonezya Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi): Rusya Anayasa Mahkemesine başka bir soru var mı? Herhangi bir soru yok, o halde cevabı rica edeceğim. Lütfen elinizi kaldırınız. Lütfen cevabı alabilir miyiz?

Cevap (Prof. Gadis Gadzhiev - Rusya Anayasa Mahkemesi Üyesi): Soruya cevap vermeye çalışayım ancak konuşmamın, tebliğimin tamamı bu soruya ilişkindi. Ve cevaben tek söyleyebileceğim, Nasreddin Hoca'yı hatırlattığınız için Size teşekkür etmek olacak. Nasreddin Hoca Rusya Federasyonu'nda da meşhurdur. Teşekkür ederim.

Dr. Harjono (Oturum Başkanı - Endonezya Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi): Evet, soru yanıtlanmış oldu. Başka bir soru gelebilir. Herhangi bir sorunuz varsa, lütfen elinizi kaldırınız ve sorunuzu sorunuz. Hiç soru yok mu? Bu oturumu sona erdirmek üzere halen 5 dakikamız var. Peki, bu oturumu bitirirken, teşekkür ediyor ve sizi sunum yapan tüm katılımcıları alkışlamaya davet ediyorum.

2nd SESSION: Questions&Answers

Dr. Harjono (Chairman of the Session - Former Member of Constitutional Court of Indonesia): Well, thank you for the last speech. Here, we learn that although it is a simple word but it has a very important meaning to the Russian nation; common fate, so inspired the Russian to make this constitution. Well, we still have time. It would be 15 minutes to have a question and answer, so, now is the turn of the floor to ask or to give comment to the presentator. Please mention directly to whom this question will be to the targets. I see from Pakistan. Do you have a question, please? Yes.

Question (Judge of Supreme Court of Pakistan Jawwad S. Khawaja): It is a question as well as a statement. I think what the Judge from Russia has said makes a lot of sense and it has a lot of relevance all around and since we are right now in Turkey, I would like to refer to their story of Mulla Nasruddin Hodja. One, I'm sure all of us are familiar with Hodja, we call him Mulla Nasruddin. Uzbekistan. I think in Samarkand they have a huge statue, but there's a story about him. He loses a gold dirham at night in his house. Then he goes to the bazaar and starts looking for it under a street light. So, when people ask him "where did you lose your dirham?", he says "I lost it in my house", so they tell him to go and find it, start looking for it in his house. He says "but the night is dark and in my house I have no lamp, I have no light." So, I think we need to be very very careful. There's probably in my own experience no universality of absolute morality. What the Judge from Russia says, I think, is true when he referred to Carl Young who perhaps more than anyone else understood the eastern Sufi tradition and I said this is a statement also, but a question also, a question to everyone, not just to the Judge. In fact, he has answered the question. The question is to the others. Do we look at some form of intellectual imperialism, are we subservient to certain ways of thinking? There is a universality, of course, of human rights, certain values and all. But I think it has to be contextualized in the culture and tradition and laws and background and history of each one of us and nations. But it's not a question, it's a statement, but I agree with what he said. There are a few things on which perhaps I have a difference but we can talk of those later.

Dr. Harjono (Chairman of the Session - Former Member of Constitutional Court of Indonesia): Are there any questions for the Russian Constitutional Court? There are no questions, I will ask to answer the question. Raise your hands, please. If there are questions. No question? Well, please. Will you please answer?

Answer (Prof. Gadis Gadzhiev - Judge of Constitutional Court of Russia): I try to answer this question, but I think all my speech, all my report is devoted to the answer to this question. And only one that I can say in answer is that I thank you for the memory of Hodja Nasruddin. Hodja Nasruddin is also famous in the Russian Federation. Thank you.

Dr. Harjono (Chairman of the Session - Former Member of Constitutional Court of Indonesia): Ok. The question has been answered. Maybe another question we wait for. If there are any questions, please raise your hand and address your question. No question? We have still 5 minutes to end this session. Still 5 minutes your right to ask the presentator here. No question? May I ask you? Ok, I'll end this session and thank you, and may I Invite to give an applause for all of them?

Üçüncü Oturum

“Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri”

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Zühtü Arslan

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

Konuşmacılar

Dato Seri Paduka Hj Kifrawi bin Dato Paduka Hj Kifli

Brunei Yüksek Mahkemesi Başkanı

Doç. Dr. Ali Rıza Çoban

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Bölümler Başraportörü

Dr. Serdar Gülener

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raportör Hâkim

Tun Arifin bin Zakaria

Malezya Federal Yüksek Mahkemesi Başkanı

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Zühtü Arslan

Çok teşekkürler. Umarım dün akşamki yemek keyifli geçmiştir ve konuklarımız istirahat etme imkânı bulmuşlardır. Bilimsel toplantımızın üçüncü oturumunu açıyorum ve bu oturumumuzun başlığı “Anayasa Yargısında Yorum Metotları”. Dört seçkin konuşmacımız var ve öne sürdükleri esas düşünceyi bize anlatmak için on beş dakikaları bulunmaktadır. İzin verin Sayın Dato Kifli ile başlayayım. Kendisi, Brunei Yüksek Mahkemesi Başkanı. Buyurunuz lütfen. On beş dakikanız var.

CHAIRMAN OF THE SESSION: Prof. Dr. Zühtü Arslan

Thank you very much. Good morning everybody I hope you enjoyed last night's dinner and you had an opportunity to have a rest. I am opening the third session of the congress and the topic of the congress is "The Methods of Interpretation in Constitutional Justice". We have four speakers, four distinguished speakers, and they have fifteen minutes each to tell us their main arguments. Let me start with Mr. Dato Kifli. He is the Chief Justice of the Supreme Court of Brunei. Okay, the floor is yours. You have fifteen minutes.

Anayasa'nın Yorumlanmasında Yüksek Mahkeme'nin Rolü

Dato Seri Paduka Hj Kifrawi bin Dato Paduka Hj Kifli
Brunei Yüksek Mahkemesi Başkanı

1. Brunei Darüssalam'da Yüksek Mahkeme Kanunu, Yüksek bir Mahkemenin kurulmasını ve başvurulara bakmasını öngörür.

Kanunun 6. Bölümünde, Yüksek Mahkemenin bir Kayıt Mahkemesi olması ve aşağıdaki unsurlardan oluştuğu belirtilir

(a) İlk yargı yetkisini ya da istinaf mahkemesinin cezai ve hukuki yetkilerini kullanan Üst Mahkeme ve

(b) Temyiz mahkemesinin cezai ve hukuki yetkilerini kullanan Temyiz Mahkemesi (Yargıtay).

2. İstinaf Mahkemesi Kanunu, İstinaf Mahkemelerinin kurulmasını öngörmektedir. Singapur'daki Bölge Mahkemeleri ya da Malezya'daki Sulh Mahkemelerinin muadili olan bu İstinaf Mahkemeleri kararlarına karşı başvuru yapılabilir.

3. Alt Mahkeme Kanunu, Sulh Ceza Mahkemesinin, Çocuk Mahkemelerinin ve Küçük Anlaşmazlıklara Bakan İdare Mahkemelerinin kurulmasını öngörmektedir.

4. Şeriat Mahkemesi Kanunu, en çok ceza gerektiren Şeriat suçları ve İslam Aile Hukuku ile ilgili Şeriat davalarına bakan Şeriat Mahkemelerinin kurulmasını öngörmektedir.

5. Mahkemelerimiz, her zaman olduğu gibi, gerek ceza gerekse hukuk davalarında tarafların haklarını koruyan kararlar ve emirler vererek adalet dağıtmakla görevlidir.

Brunei Darüssalam'da, anayasal meseleleri ele alan ayrı bir Anayasa Mahkemesi bulunmamaktadır.

Yüksek Mahkeme Kanunu'nun 16. Bölümü, Üst Mahkemenin hukuki yetkisinin aşağıdaki unsurlardan oluşmasını öngörmektedir

(a) İngiltere'deki Yüksek Mahkemenin, Yüksek Mahkemenin Aile ve Yargıçlar Kurulu Bölümünün sahip olduğu ve kullandığı yetki ölçüsünde, benzer mahiyetteki ilk yargı yetkisi ve

(b) İlk yargı yetkisi veya istinaf mahkemesinin yetkisi olsun, bu kanunca ya da başka bir mevzuat ile verilebilecek olan bunun gibi başka bir yetki.

İngiliz Mahkemelerinin anayasa hukuku meselelerini ele alma konusunda yargı yetkilerinin olmasından ötürü, Brunei Darüssalam Üst Mahkemesi de, Yüksek Mahkeme Kanunu'nun 16. Bölümü kapsamında, baktığı davalarda ileri sürülen anayasal meseleleri ele almaya yönelik olarak aynı yetkiye sahip bulunmaktadır.

6. 2004 yılında yapılan bir Anayasa değişikliği sonucunda, Mahkeme, önündeki davanın yargı denetimine kadar gidip gitmeyeceği konusunda birkaç defa Brunei Anayasası'nın madde 84C'sinin anlamına ilişkin olarak karar vermek zorunda kaldı.

Anayasanın Madde 84C(1)'inde yargı denetimi şeklindeki hukuk yolunun, Brunei Darüssalam'da mevcut olmadığı ve olmayacağı belirtilmiştir.

Yüzbaşı Hjh Huraizah Binti Hj Duraman, Yüzbaşı Mohd Kamarul Faezal Bşn Hj Murni, Teğmen Erne Binti Hj Sanif, Teğmen Hj Md Adzim Bin Hj Shariffuin, Pehin Datu Singamanteri, Albay Dato Seri Paduka Haji Awg Mohammad Yasmin Bin Haji Umar, Tümgeneral Dato Paduka Seri Haji Aminuddin Ihsan Bin, Dato Seri Paduka Hj Abidin, Albay Haji Jofri Bin Haji Abdullah, Albay Hjh Huraizah Binti Hj Duraman, Sanıkları (Davalıları) Sultan Hazretlerine Brunei Kraliyet Silahlı Kuvvetlerindeki hizmetlerinin sona ermesini tavsiye etmeleri dolayısıyla dava ettiler. Üst Mahkeme şunu kabul etti ki; "Anayasa'nın madde 84C'sinde, bir kararı düzenleyen herhangi bir usul gerekliliğine uygunlukla ilgili bir mesele dâhil olmak üzere, Majeste adına hareket eden bir taraf ya da herhangi bir kamu görevinin yerine getirilmesinde Majeste adına ya da Majestenin yetkisi dâhilinde hareket eden bir taraf tarafından hiçbir karara karşı dava açılmayacağına tam olarak açıklık getirilmiştir."

Yakın geçmişteki bir dava olan *Dyg. Hjh Afsah Bte Hj Adol karşı Yaakub bin Israil* davasında (Başvuru No.9, 2013), Şikâyetçi (Davacı), Sultanlık Makamının onayını aldıktan sonra tapu siciline kaydedilmiş arazinin Sanığa

(Davalıya) transferinin, Arazi Kanununun Bölüm 28 (3) kapsamında Sanığın dolandırıcılık veya yanlış beyana taraf olması gerekçesiyle, iptal edilmesi için Üst Mahkemeye başvurdu. Şikâyetçi (Davacı), Tapu Kaydının Arazi Kanununun 29. Bölümü kapsamında düzeltilmesi için başvuru yaptı. Temyiz Mahkemesi (Yargıtay), Başkan (Üst Mahkemedeki) önündeki davanın yargı denetimine kadar gitmeyeceğine hükmetti.

Mortimer, P. (Temyiz Mahkemesi'nin hükmünü verirken) şunu ifade etti ki;

“Başkan tarafından verilen kararlar, hiçbir surette, bu hükümlere aykırı düşmezler. Bu, ne bir yargı denetimidir ne de bir önlem olarak gösterilen bir yargı denetimidir. Başkan tarafından yapılan açıklamalar ve verilen kararlar, arazi transferini onaylayacak kararlara yönelik değildir fakat Arazi Kanunu hükümleri kapsamında ve şu anda dikkatimizi verdiğimiz örf ve âdet hukuku içinde yapılmaktadır.”

7. Anayasa'nın Madde 2(1)'inde çeşitli anayasal görevler (“Başsavcı”, “Sayıştay Başkanı”), Kurumlar (“Bakanlar Kurulu”, “Naiplik Konseyi”, “Yasama Meclisi”) ve Tüzükler (“İçtüzük”), vs. tanımlanmaktadır.

Madde 2(6)'de belirtilmektedir ki *“Bu Anayasa’da aksi öngörülmedikçe ya da bağlam aksini gerektirmedikçe, İstimlak Kanunu (Bölüm 4) tüm diğer mevzuatın yorumu için geçerli olduğu üzere bu Anayasa’nın yorumu için de geçerlidir.”*

Genel olarak tüm kanunların yorumlanmasında yararlanılan kanun, Anayasa hükümlerinin yorumlanmasında ve yapılmasında Mahkemelere yardımcı olur.

Anayasa'nın Madde 86(1)'inde şu öngörülmektedir ki:

“86. Sultan Hazretleri, bu Anayasa hükümlerinin herhangi birinin anlamı, yorumu, amacı, sınırı ile ilgili bulunan, böyle bir anlam, yorum, amaç, sınırdan doğan herhangi bir meseleyi, (bu mesele hakkında) bir karar verilmesi için Madde (7) uyarınca kurulan “Yorum” Mahkemesi’ne havale edebilir.

(2) Bir mahkeme önündeki herhangi bir yasal işlemde böyle bir mesele ortaya çıktığında, Sultan Hazretleri, bu mahkemeye meseleyi “Yorum” Mahkemesine havale etmesi yönünde veya meseleyi kendisine, sorunu “Yorum” Mahkemesine sevk etmesi gerekenin Sultan Hazretleri olduğunu arz ederek, havale etmesi yönünde talimat verebilir ve Sultan Hazretleri bu havaleyi alınca meseleyi “Yorum” Mahkemesi’ne havale edebilir:

Ancak bu, mahkemenin “Yorum” Mahkemesince önceden karara bağlanmış bir meseleyi havale etmemesi şartıyla olur.

(3) Eğer Sultan Hazretleri bu meseleyi “Yorum” Mahkemesine havale etmezse, havaleyi yapan mahkemeyi durumdan haberdar eder ve mahkeme bunun üzerine, önündeki yasal işlemleri başlatır.

(4) Bu Madde kapsamında kendisine havale edilen herhangi bir mesele üzerine “Yorum” Mahkemesinin çoğunluğunun vermiş olduğu karar, Mahkemenin bir kararı olarak addedilir; ve Mahkemenin herhangi bir kararı, yazılı hale getirilip Resmi Gazete’de yayımlanır ve Gazetenin hazırlanıp basılması yoluyla ortaya konabilir.

(5) Madde (2) kapsamındaki havale uyarınca Sultan Hazretlerinin “Yorum” Mahkemesine bir havale yapması durumunda, Sultan Hazretleri, “Yorum” Mahkemesi kararının meseleyi havale etmiş olan mahkemeye iletilmesini sağlar.

(6) Bu Madde kapsamında “Yorum” Mahkemesinin kendisine havale edilmiş herhangi bir meseleye ilişkin olarak verdiği karar, tüm şahıslar için bağlayıcı ve kesindir ve doğruluğundan şüphe edilemez veya herhangi bir mahkemeye yapılacak başvurunun konusu olamaz ya da herhangi bir mahkemece yapılacak denetime tabi tutulamaz.

(7) “Yorum” Mahkemesi 3 üyeden oluşur-

(a) Bir ülkede yüksek düzeyde yargıçlık görevinde bulunmuş ya da bulunan, veya bir ülkede en az 20 yıl avukatlık yapmış bir şahıs olan Başkan;

(b) Bir ülkede en az 10 yıl avukatlık yapmış bir şahıs olan bir üye; ve

(c) Herhangi bir ülkeden olup İslam Dinini öğreten, İslam hukukunda görev almış ya da alan veya İslam hukuku uzmanı olan bir şahıs olan bir üye.

Başkan ve diğer üyeler, Sultan Hazretlerinin Devlet Belgesi olan Resmi Mührü ile atanırlar ve Sultan Hazretleri için çalışırlar.

(8) Sultan Hazretleri, zaman zaman meseleleri karara bağlama ya da havale etme hususunda izlenecek prosedür ile ilgili kuralları oluşturabilir, değiştirebilir veya kaldırabilir, ve de “Yorum” Mahkemesi üyelerine Konsolide Fondan ödenecek ücrete ilişkin düzenlemeler yapabilir.

(9) “Yorum” Mahkemesi önceki kararlarının herhangi birinden sapabilir (ayrılabilir).

Anayasa'nın ilânından bu yana, Sultan Hazretleri, Mahkemeye herhangi bir Anayasa hükmünün anlamı, yorumu ile ilgili bir meseleyi Madde 86(7) uyarınca kurulmuş olan "*Yorum*" Mahkemesine havale etmesi yönünde talimat vermiş değildir.

Mahkeme ise, Sultan Hazretleri meseleleri "*Yorum*" Mahkemesine havale etsin diye, Anayasa'nın herhangi bir hükmünün yorumu ile ilgili bir meseleyi şimdiye kadar Sultan Hazretlerine havale etmiş değildir. Şu ana kadar, davadaki taraflar, Sultan Hazretlerinin meseleleri "*Yorum*" Mahkemesine havale etmesi için, bu meselelerin Sultan Hazretlerine havale edilmesi yönünde Mahkemeye bir başvuru yapmamışlardır.

The Role of the Supreme Court in the Interpretation of the Constitution

Dato Seri Paduka Hj Kifrawi Bin Dato Paduka Hj Kifli
Chief Justice of Supreme Court of Brunei

1. In Brunei Darussalam the Supreme Court Act provides for the establishment of a Supreme Court and to provide for the hearing of appeals from such Court.

Section 6 of the Act states that the Supreme Court shall be a Court of Record and shall consist of

(a) the High Court which shall exercise original appellate criminal and civil jurisdiction and

(b) the Court of Appeal which shall exercise appellate criminal and civil jurisdiction

2. The Intermediate Court Act provides for the establishment of the Intermediate Courts. Any appeal against the orders of the Intermediate Court equivalent to District Courts in Singapore or Sessions Court in Malaysia (would be heard by the Court of Appeal).

3. The Subordinate Court Act provides for the establishment of the Magistrate's Court, Juvenile Courts, and Small Claims Tribunals.

4. The Syariah Court Act established the Syariah Courts which deal with Syariah cases which comprising mainly cases involving Syariah criminal offences and Islamic Family Law cases.

5. Our Courts, as usual, are busy dispensing justice by making decisions and orders which protect the rights of the parties in both criminal and civil cases.

In Brunei Darussalam, there is no separate Constitution Court which deals with constitutional cases.

Section 16 of the Supreme Court Act provides that the civil jurisdiction of the High Court shall consist

(a) of original jurisdiction and authority of a like nature and extent to that held and exercised by the Chancery, Family and Queen's Bench Divisions of the High Court in England; and

(b) such other jurisdictions, whether original or appellate as may be conferred upon it by this or any other written law.

Since the English Courts have jurisdiction in dealing with constitutional law issues, therefore, the Brunei Darussalam High Court has the same jurisdiction under section 16 of the Supreme Court Act to deal with constitutional issues which are raised in the cases dealt by the Brunei High Court.

6. As a result of an amendment to the Constitution in 2004, the Court had to decide on the meaning Article 84C of the Brunei Constitution in several cases whether the proceedings before the court amount to a judicial review.

Article 84C(1) of the Constitution states that the remedy of judicial review is and shall not be available in Brunei Darussalam.

In *Capt.(Rtd) Hjh Huraizah Binti Hj Duraman 1st Appellant, Capt. (Rtd) Mohd Kamarul Faezal Bin Hj Murni 2nd Appellant, Lt. (Rtd) Erne Binti Hj Sanif 3rd Appellant, Lt.(Rtd) Hj Md Adzim Bin Hj Shariffudin 4th Appellant AND YB Pehin Datu Singamanteri Col.(Rtd) Dato Seri Paduka Haji Awg Mohammad Yasmin Bin Haji Umar 1st Respondent, Major General Dato Paduka Seri Haji Aminuddin Ihsan Bin POKSM Dato Seri Paduka Hj Abidin 2nd Respondent, Col.(U) Haji Jofri Bin Haji Abdullah 3rd Respondent* (High Court) (Civil Suit Nos.117,118,119 & 120 of 2010) the 1st Appellant *Capt.(Rtd) Hjh Huraizah Binti Hj Duraman* sued the Defendants (Respondents) for their action in recommending to His Majesty the Sultan that her service in the Royal Brunei Armed Forces be terminated. The High Court held that; 'Article 84C of the Constitution makes it perfectly clear that no litigation be brought against any decision by any party acting on behalf of His Majesty or any party acting on his behalf or under his authority in the performance of any public function including any question relating to compliance with any procedural requirement governing such decision.'

In a recent case *Dyg. Hjh Afsah Bte Hj Adol v Yaakub bin Israil* Civil Appeal No.9 of 2013, the Plaintiff applied in the High Court, to set aside the transfer

of land to the Defendant which has been registered after getting approval from the Sultan-In Council on the grounds that the Defendant was a party to fraud or misrepresentation under section 28(3) of the Land Code. The Plaintiff applied for the Land Register to be rectified under section 29 of the Land Code. The Court of Appeal ruled that the proceedings before the Chief Justice (in the High Court) do not amount to judicial review.

Mortimer, P. (giving the judgment of the Court of Appeal) stated; 'With the greatest respect, the orders made by the Chief Justice do not, in any way, contravene these provisions. This is not a judicial review nor is it a judicial review dressed up as an action. The orders and declarations made by the Chief Justice are not directed towards the decisions to approve the transfer of land but are made under the provisions of the Land Code and at common law to which we now turn.'

7. Article 2(1) of the Constitution defines the various constitutional posts ('Attorney General', 'Auditor General'), Bodies ('Council of Ministers', 'Council of Regency', 'Legislative Council') Rules ('Standing Orders') etc.

Article 2(6) provides that, 'Save as otherwise provided in this Constitution or required by context, the Interpretation and General Clauses Act (Chapter 4) shall apply to the interpretation of this Constitution as it applies to the interpretation of all other written laws.'

The Courts are assisted by the same law, used in the interpretation of all laws in general, in the interpretation and construction of the provisions of Constitution.

Article 86(1) of the Constitution provides that:

'86. (1) His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan may refer any question involving, arising from, relating to, or in connection with, the meaning, interpretation, purpose, construction, ambit or effect of any of the provisions of this Constitution to the Interpretation Tribunal established in accordance with Clause (7) for its determination.

(2) When any such question arises in any legal proceedings before any court, His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan may direct that court to refer such question to the Interpretation Tribunal or that court shall refer such question to His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan, with a submission that His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan should refer that question

to the Interpretation Tribunal, and upon receiving such reference His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan may refer such question to the Interpretation Tribunal:

Provided that the court shall not refer such question which has already been decided by the Interpretation Tribunal.

(3) If His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan does not refer such question to the Interpretation Tribunal, he shall cause the court by whom the reference thereof was made to be so informed, and the court shall thereupon proceed with the determination of the legal proceedings before it.

(4) The decision of a majority of the Interpretation Tribunal upon any question referred to it under this Article shall be deemed to be a decision of the Tribunal; and any decision of the Tribunal shall be in writing and shall be published in the *Gazette*, and may be proved by production of the *Gazette*.

(5) In the case of a reference made by His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan to the Interpretation Tribunal pursuant to a reference under Clause (2), His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan shall cause the determination of the Interpretation Tribunal to be communicated to the court by which the question has been referred and, in such case, that court may make such provision as may be just as to the costs of, and incurred by, such reference.

(6) The determination of the Interpretation Tribunal in any question referred to it under this Article shall be binding and conclusive upon all persons, and shall not be called in question in or be subject to any review by or appeal to any court.

(7) The Interpretation Tribunal shall consist of 3 members –

(a) a Chairman who shall be a person who holds or has held high judicial office in any country, or has for at least 20 years been engaged in legal practice in any country;

(b) one member who shall be a person who has for at least 10 years been engaged in legal practice in any country; and

(c) one member who shall be a person from any country who professes the Islamic Religion who holds or has held office in Islamic law or is an expert in Islamic law and jurisprudence.

The Chairman and other members shall be appointed by His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan by Instrument under the State Seal, and shall hold office during His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan's pleasure.

(8) His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan may from time to time make, amend or revoke rules relating to the procedure to be followed in referring or determining questions under this Article, and may make arrangements as to the remuneration to be paid to members of the Interpretation Tribunal, which remuneration shall be charged on the Consolidated Fund.

(9) The Interpretation Tribunal may depart from any of its previous decisions.'

Since the Proclamation of the Constitution His Majesty The Sultan and Yang Di-Pertuan has not directed the Court to refer any question relating to the meaning, interpretation and construction of any of the provisions of the Constitution to the Interpretation Tribunal established in accordance with Article 86(7).

The Court, also, so far has not referred any issues involving interpretation of any of the provisions of the Constitution to His Majesty so that His Majesty should refer the issues to the Interpretation Tribunal. The parties in legal proceedings, so far, have not applied to the Court to refer such issues to His Majesty for His Majesty to refer the issues to the Interpretation Tribunal.

Anayasa Mahkemesi: Anayasanın Yorumlayıcısı mı Yoksa Bireysel Hakların Koruyucusu mu?

Doç. Dr. Ali Rıza Çoban
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Bölümler Başkanlığı

Sayın Başkanlar, Seçkin Hâkimler, Baylar, Bayanlar,

Burada olmak benim için bir ayrıcalık ve onurdur. Bu Kongreyi düzenleyenlere bana bu fırsatı sundukları için teşekkür etmek isterim.

Sunumuma bir soru ile başlamak isterim: Anayasa mahkemelerinin rolü nedir? Anayasayı yorumlamak mı yoksa bireysel hakları korumak mı? Çoğunuz böyle bir soruyu gereksiz bulabilir çünkü cevap oldukça basittir: her ikisi de! Anayasa mahkemelerinin rolü, bireysel hakların anayasanın yorumu yoluyla korunmasıdır.

Buna karşın, sanırım bu soru anayasa şikâyetlerini ya da bireysel başvuruları karara bağlama yetkisi olan mahkemeler için, özellikle de bireysel başvuru sisteminin tam anlamıyla uygulandığı mahkemeler için son derece önemlidir. Tam anlamıyla bireysel başvuru ile demek istediğim, mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru yapmanın mümkün olduğu sistemlerdir.

Tam anlamıyla bireysel başvuruyu getirmekteki amacın bireysel hakları korumak olduğu doğrudur ve anayasa mahkemeleri bu hakları anayasanın yorumu yoluyla koruyabilirler. Böylece, anayasa mahkemelerinin bireysel başvurularda oynadığı rolün iki yönü vardır. İlk olarak, bireysel başvurunun amacı, başvuranın haklarının ihlalden doğan zararın tazmin edilmesi yoluyla bireysel adaleti sağlamaktır. Bu, bireysel başvurunun subjektif işlevidir. Bireysel başvurunun ikinci işlevi ise, anayasa mahkemesine temel haklarla ilgili anayasal hükümleri yorumlama imkânının sunulması yoluyla anayasal adaleti sağlamaktır. Anayasa mahkemesi kararının bu yönü, somut başvurunun ötesine geçer ve genel mahkemeler dâhil diğer devlet mercilerinin izlemek zorunda olduğu bir yetki oluşturur. Bu, bireysel başvurunun objektif işlevidir. Bu iki işlevi ayırmak mümkün değildir ve her iki işlev de eş zamanlı

olarak gerçekleştirilir. Fakat bu işlevlerden biri, bireysel başvuru kurumunu düzenlerken merkeze alınabilir.

Anayasa mahkemelerinin bireysel hakları korumadaki rolü, ikincildir. Bireysel hakları korumadaki başlıca sorumluluk, yasama, yürütme ve yargı organlarına aittir. Böylece, bireysel haklarının ihlal edilmiş olduğunu düşünen bir bireyin ilk olarak yetkili idari ve yargı organlarına başvurması gerekir. Yani, başvuran, bireysel başvuru yapmadan önce kanunca öngörülen tüm hukuk yollarını genel mahkemeler aracılığıyla tüketmiş olmalıdır. Genel mahkemeler, ihlalin giderme imkânına sahip olmalıdırlar; eğer buna sahip olmazlarsa, o halde anayasa mahkemesinin ikincil bir rolü olur. Başka bir ifadeyle, bireysel başvuru ikincil bir hukuk yoludur. Alternatif bir hukuk yoludur; ihlalden etkilenen şahıs genel mahkemelere gitmelidir ve uğradığı zarar tazmin edilmezse, o zaman anayasa mahkemesine gitmelidir. Böylelikle, bireysel başvuru sistemi, ancak tüm diğer hukuk yollarının işe yaramadığı ortaya çıktığında, uygulanmalıdır. Bu “*subsidiarite (tamamlama)*” ilkesine göre, ayrıca başvuran, ihlal iddiası ile genel mahkemelere başvurmuş olmalıdır. Bu ihlal iddiası ile başvuru yaptıktan sonra eğer başvuranın bir hukuk yolu kalmadıysa, Anayasa Mahkemesine gidebilir.¹

Anayasa mahkemelerinin temel hakların korunmasındaki bu ikincil rolü, bireysel başvuru sisteminin anayasa yargısı odaklı olmasını gerektirir. Eğer sistem bireysel adalet odaklı olarak düzenlenirse, o zaman anayasa mahkemeleri muazzam iş yükü ile karşı karşıya kalabilir. Ülkenin en yüksek mahkemesi olarak anayasa mahkemesi, milyonlarca vatandaşın temel hak şikâyetlerini ele alamaz. Anayasa mahkemesi, anayasayı yorumlar yorumlamaz ve anayasal bir hakkın ihlal edildiğini tespit eder etmez, anayasa mahkemesinin görüşünün yasama, yürütme ve yargı organlarına izlenmesi gerekir ve anayasaya aykırı düzenlemelerin ve uygulamaların ortadan kaldırılması gerekir. Fakat eğer genel mahkemeler, anayasa mahkemesinin içtihadını izlemeyi reddederlerse, o halde benzer başvurular gelmeye devam edecektir ve hangi önlemler alınsa alınsın, anayasa mahkemesi çok kısa bir sürede iflasını ilan edecektir.

1 Luis Lopez-Guerra, ECtHR and Turkey-II: Constitutional Complaint and ECtHR, TAA (2010), sf.63

Böylece, bireysel başvurunun başarısını temin etmek için, anayasa mahkemesinin içtihadını izleme açısından anayasa mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler arasında karşılıklı bir anlayış ve işbirliğinin geliştirilmesi gerekir. Bu anlamda, bir yandan, anayasa mahkemesi yetkili yüksek mahkemelerin kanuna ilişkin yaptıkları yoruma müdahale etmekten kaçınmalıdır; diğer yandan, diğer yüksek mahkemeler anayasa mahkemesinin anayasaya ilişkin yaptığı yorum yoluyla oluşturulan anayasa mahkemesi içtihadına uymalıdır. Bir kanunun yorumlanması ve anayasanın yorumlanması arasında kalın bir çizgi çekmenin kolay olmamasına rağmen, hem anayasa mahkemesinin hem de diğer yüksek mahkemelerin kendi yetkilerinin sınırlarının farkında olmaları muhtemel bir yetki uyuşmazlığını önleyecektir.

Anayasa mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler yetki uyuşmazlığından kaçınırsalar ve diğer yüksek mahkemeler anayasa mahkemesi içtihadını harfiyen izleseler bile, yine de anayasa mahkemesi her insan hakları ihlalinin gidermeye kalkışırsa ağır iş yükü altında ezilebilir.

Bu, kesinlikle Almanya, İspanya, Slovenya ve AIHM’de olup bitendir. Bu ülkelerde, giderek artan sayıda başvuru, mahkemelerin gerçekten ilgili davaları ele alma kapasitesine yönelik olarak engel teşkil etti ve gecikmelerin artmasına sebep oldu. Binlerce dava için sadece kabul edilemezlik kararı yazmak, mahkemelerin kaynaklarının ve vaktinin çoğunu aldı. Sonuç olarak, sistemin sürdürülemezliğini görerek, yukarıda anılan tüm ülkeler, son yirmi yılda sistemlerini yeniden düzenlediler ve bireysel başvuru kavramını, anlamını önemli ölçüde değiştirdiler.

Bu eğilim, bireysel başvurunun anayasaya uygun hale getirilmesi olarak tanımlanabilir. Başka bir ifadeyle, bireysel başvurunun en önemli rolü, hakların korunması olmaktan çıkıp anayasaların yorumlanması şeklinde değişti. Bu değişimin İspanya’da en radikal, Almanya’da daha ılımlı ve AIHM’de en ılımlı değişim olduğu görüldü. Tüm bu sistemlerde, sistemin etkililiğini artırmak ve mahkemelerce verilen karar sayısını artırmak için birkaç yapısal reform yapıldı. Bu reformlarda kabul edilebilirlik kriterleri de daha katı hale getirildi. Fakat bu tedbirler sistemin etkililiğini temin etmek üzere yeterli olmadıklarından, bireysel başvuruyu daha anayasa yargısı odaklı kılan yeni önemli kabul edilebilirlik kriterleri getirildi. Bu önemli kabul edilebilirlik kriterlerinden biri, başvurunun “*temel olarak anayasal önemi*” (Almanya’da) veya “*özel anayasal bağını*” (İspanya’da) şeklindedir. Bu kriter

göre, ancak temel anayasal önemi haiz başvurular kabul edilebilirler. Benzer bir kriter ise, başvurunun kabulü için başvuranın uğradığı zararın asgari ağırlık eşliğini geçmesini gerektiren *de minimis non curat preator* (küçük şeyler hâkime götürülemez) ilkesidir.

Avrupa İnsan Hakları Koruma Sistemi ile başlamak gerekirse, 1998 yılındaki 11 No.lu Protokolün getirdiği önemli yapısal değişikliklerin ardından, 14 No.lu Protokol ile de usule ve esasa ilişkin olarak sistem üzerinde bazı ek değişiklikler yapıldı. 14 No.lu Protokol ile yapılan esas değişiklik, yeni bir kabul edilebilirlik kriterinin getirilmesidir. Sözleşme'nin madde 35(3) (b)'sine eklenen yeni hükme göre:

“Aşağıdaki hallerde Mahkeme, 34. madde uyarınca yapılan bireysel başvuruları kabul edilemez bulur:... ”

b) Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması; meğerki Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerektirsin. Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez.”²

Bu kabul edilebilirlik kriteri, uzun vadede mesnetsiz davaların daha hızlı bir şekilde sonlandırılmalarını sağlamak için Mahkemeye başvuruların kabulünde daha fazla esneklik getirmek ve Mahkemeye kaynaklarını Sözleşme'nin yorumu açısından önemli olan davalara yoğunlaştırma imkânı vermek üzere getirildi³.

Bu hüküm, AIHM koruma sisteminin anayasayallaşmasına yönelik en önemli adımlardan biridir. Fakat Strazburg koruma sisteminin bu değişikliklerle anayasallaşmış olduğu söylenemez. Daha ziyade, temel hakların korunması ve anayasallaştırılması arasında bir orta yol bulunmuştur. Bu hükme göre, Mahkeme yalnızca başvuranın önemli bir zarara uğradığı başvuruları inceleyecektir. Fakat eğer insan haklarına yönelik saygı başvurunun esasına ilişkin bir inceleme gerektirirse, kabul edilemezlik kararı bu kritere dayanarak verilemez.

2 Bu konudaki raporu görünüz, www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D4E1DEBF-BC2B-4BB8-93FD-2A4956731E0F/0/RAPPORT_RECHERCHE_New_admissibility_criterion_EN.pdf

3 Xavier-Babtiste Ruedin, “*De minimis non curat the European Court of Human Rights: The Introduction of a New Admissibility Criterion (14 Nolu Protokol Madde 12)*” (2008) E.H.R.L.R. Sayı 1, sf. 81.

Haziran 2010 tarihinde 14 No.lu Protokolün yürürlüğe girmesinden bu yana, yeni kabul edilebilirlik kriteri beklenen etkiyi yaratamadı, ama giderek Mahkeme bunu daha da fazla uygulamaktadır.

Fakat Strazburg sisteminde tam olarak anayasallaşmış bir alan vardır. AİHM, Büyük Daire'ye havale edilmiş olan davaların kabulünde anayasal önem testini uygulamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 43. maddesine göre, davadaki bir tarafın davanın Büyük Daireye havale edilmesi yönündeki talebi, ancak dava Sözleşme ve protokollerinin yorumunu ya da uygulanmasını etkileyen ciddi bir sorun doğurur veya genel anlamda önem teşkil eden ciddi bir meseleyi içerirse, kabul edilir. Böylece, AİHM sisteminin bazı davaların Büyük Daire tarafından incelenecek kadar önemli olmadığını kabul ettiği ileri sürülebilir⁴.

Strazburg koruma mekanizmasının giderek anayasallaştığını öne sürebilir ve bu mekanizmanın gelecekte daha da anayasa yargısı odaklı hale geleceğini umabiliriz. Herhangi bir mahkeme veya yargı niteliğinde yetki kullanan herhangi bir makamın kararının iptali için emirname/müzekkere (certiorari) çıkarma yetkisinin ABD Yüksek Mahkemesine verildiği gibi AİHM'e verilmesini savunan hukukçular bile vardır.⁵

Benzer bir anayasallaşma eğilimi de ulusal düzeydeki anayasa yargılarında görülebilir. İş yükü sorununun üstesinden gelmek amacıyla, iç hukukta Anayasa Mahkemelerine ilişkin kanunlar, bireysel başvuruların kabulünün daha da zorlaştırılması için değiştirilmişlerdir.

1990'lı yıllarda yeni bir kabul edilebilirlik kriteri, Federal Anayasa Mahkemesi Kanununa eklendi. Madde 93a uyarınca, bir anayasa şikâyeti temel anayasal önem taşıdığı ölçüde kabul edilir. Eğer şikâyet sahibi, şikâyeti karara bağlamanın reddedilmesi sonucunda özellikle ciddi bir zarar görecektse olursa durum yine böyle olabilir. Başka bir ifadeyle, bir şikâyet ancak temel olarak anayasal önem taşıyorsa veya şikâyetin ele alınmasının reddedilmesi büyük bir zarara sebep olabiliyorsa kabul edilebilir.

Federal Anayasa Mahkemesi, bu kritere açıklık getirmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, bir şikâyet, Temel Kanuna dayanarak

4 Xavier-Babtiste Ruedin, sf. 97.

5 Temyiz Başvuru Müzekkeresi hakkındaki açıklamayı görünüz, www.techlawjournal.com/glossary/legal/certiorari.htm

otomatik olarak yanıt verilemeyecek ve Federal Anayasa Mahkemesi içtihadı ile açıklığa kavuşturulmamış ya da koşulların değişmesi nedeniyle yeni bir açıklık getirme ihtiyacının ortaya çıkmasına yönelik bir anayasal sorun ortaya koyarsa, temel olarak anayasal önem taşır. Böylelikle anayasal sorunun cevabına ilişkin ciddi şüpheler olmalıdır. Anayasal bir sorunun temel olarak anayasal önem taşıdığına bir göstergesi, bilhassa hukuk literatüründe konu ile ilgili bir anlaşmazlık olduğu veya Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelerin içtihadında bunun farklı cevapları olduğu olabilir⁶. Bir anayasa şikâyetinde ele alınan meseleler, anayasa içtihadında daha önceden ele alınmışsa, bu anayasa şikâyetinin temel olarak önem taşımadığı söylenebilir.

Anayasa şikâyetinin temel olarak anayasal önem taşıdığını kanıtlamak başvurana düşer⁷. Anayasa şikâyeti sisteminin sübjektif işlevini kaybetmiş olduğu ve objektif işlevinin bu değişikliklerle öne çıkmış olduğu genel olarak ileri sürülmektedir⁸.

İspanyol sistemindeki gelişmeler benzer şekilde ilerledi ve daha radikal bir değişim oldu. Amparo başvurusu (Anayasa şikâyeti) ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi önündeki prosedüre ilişkin birkaç reformdan sonra, 2007 yılında İspanya Anayasa Mahkemesi Kanununda önemli bir değişiklik yapıldı. Madde 50 (1) (b) uyarınca, anayasal korumaya yönelik anayasa şikâyeti (amparo), ancak Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanmasına veya etkililiğine ve temel hakların içeriğinin ya da kapsamının belirlenmesine yönelik ayırıcı özelliği açısından özel anayasal önem taşıdığına görülmesi sebebiyle kabul edilebilir. Başvuranın, usule ilişkin şekli şartlara ilâveten, başvurusunun anayasal önemini de gerekçelendirmesi gerekir. Usul şartlarını karşılamak, bir başvuranın anayasal hakları ihlal edilmiş olsa bile başvurusunun Anayasa Mahkemesince incelenmesini sağlaması için yeterli olmayacaktır. Böylece, Kanun metninde başvuranın başvurusunu yaparken şikâyetinin anayasal önemini gerekçelendirmek zorunda olduğu belirtilerek ek bir şart getirilmiştir. Aksi takdirde, eğer gerekçelendirmezse, mahkeme, başvurunun hiçbir şekilde özel önem taşımadığını ifade ederek (başvurunun) kabul edilebilirliği hakkında ret kararı verebilir.

6 BVerfGE 90, 24-25 (8.2.1994)

7 Ece GÖZTEPE, *Anayasa Şikâyeti*, AUHF Yayınları no.530, Ankara, 1998, s.97

8 Ece GÖZTEPE, *a.g.e.*, s. 112-113

2007 reformu, amparo başvurusunun işlevine ilişkin olarak tam bir değişim getirdi. 2007 reformuna kadar, bu şikâyet temel haklara yönelik bir ihlale karşı bir hukuk yolu olarak görülmekteydi. Mahkemenin, böylece, kanunda belirlenmiş şekil şartlarına uyan ve temel hakların ihlaline işaret eden davaları kabul edip karara bağlaması gerekirdi. Fakat 2007 reformundan sonra, amparo başvurusuna yaklaşım tamamen değişti. Yeni yaklaşım objektif yaklaşım olarak tanımlanabilir.

Yeni yaklaşımın ardındaki felsefe, temel hakların korunmasının genel mahkemelerce yerine getirilecek bir görev olmasıdır. 12 kişilik bir mahkeme için 45 milyon İspanyol vatandaşın temel haklarının gerçek bir teminatı olmak imkânsız bir görevdir. Eğer bu haklar güvence altına alınacaksa, bu, genel mahkemeler aracılığıyla olmalıdır. Genel mahkemelerin başvuranlarla doğrudan, anında ve daha geniş bir teması vardır ve böylelikle önemli olan, bu temel haklara yönelik genel koruma sağlamaktır.

Sonuç olarak, yeni yaklaşıma göre, Anayasa Mahkemesinin rolü, özel anayasal önem arz eden davalara ilişkin karar vermek olacaktır ki bu davalarda verilen mahkeme kararına, temel hakların uygulanması ve yorumlanması konusunda diğer mahkemelere ve aynı zamanda hükümete ve hatta yasama organına bir kılavuz, bir yönerge olarak gerek duyulmaktadır. Böylece, mahkemenin rolü, Anayasayı yorumlamak, kılavuzluk etmek, koordine etmek, birleştirmektir, ancak bu tür davalara ilişkin karar vermek özel önem arz eder.

Bu anlamda İspanyol sisteminin özelliği, özel anayasal önemin mutlak bir gereklilik olduğu ve başvuranın uğradığı zararın büyüklüğünün başvurunun Mahkemece kabul edilmesini etkilemeyeceğidir. Başvuran temel haklarının ihlali sonucunda büyük zarar görmüş olsa bile, başvuru, anayasal önemi gerekçelendirilmedikçe, kabul edilmeyecektir. Böylece, İspanyol amparosunun (anayasa şikâyetinin) tamamen Anayasa'ya uygun hale getirildiği söylenebilir.

İspanyol Anayasa Mahkemesi, 2009 yılında bir emsal karar ile yeni kabul edilebilirlik kriterine açıklık getirdi⁹. Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre, bu davalarda özel anayasal önem aşağıda belirtilen unsurlardan oluşur;

9 25.6.2009 tarihli 155/2009 sayılı kararın İngilizce çevirine bakınız www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/JCCI1552009en.aspx

a) Anayasa Mahkemesinin herhangi bir içtihadının bulunmadığı, korumaya tabi temel bir hakkın bir yönünü ya da bu hakka ilişkin bir sorunu ortaya koyan bir başvuru,

b) veya söz konusu davada olduğu gibi, iç yansıma sürecinin bir sonucu olarak veya ortaya çıkan yeni sosyal gerçekler, ya da temel hakkın içeriğinin düzenlenmesi ile ilgili düzenleyici değişiklikler, ya da İspanya Anayasası'nın madde 10.2'sinde belirtilen uluslararası anlaşmaların ve sözleşmelerin yorumlanması ile görevlendirilmiş kurumların kuramı ve öğretisindeki bir değişiklik nedeniyle, Anayasa Mahkemesinin öğretisini değiştirmesini ya da açıklığa kavuşturmasını gerektiren bir durum;

c) veya temel hakların ihlal edildiği iddiası, bir kanundan ya da genel mahiyetteki başka bir hükümden kaynaklanıyorsa;

d) veya eğer temel hakka yönelik bir ihlal, kanunun yinelenen yorumundan kaynaklanıyorsa ki Anayasa Mahkemesi bu yorumun temel hakka halel getirdiğini addeder ve Anayasa'ya uygun başka bir yorum açıklamanın gerekli olduğuna inanır;

e) veya başvuruda ileri sürülen temel hakka ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadına olağan yargı mercileri tarafından genel ve mükerrer olarak uyulmadığında, veya ya anayasa öğretisini farklı bir biçimde yorumlama ya da anayasa öğretisini bazı davalarda uygulayıp diğerlerinde kabul etmeme şeklinde temel hakka ilişkin çelişkili kararlar olduğunda;

f) veya bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi içtihadına itibar etme yönündeki yükümlülüğünü açıkça reddetmesi halinde (OLJ (Yargıya ilişkin Temel Kanun) madde 5);

g) veya kısacası, ileri sürülen konu, genel, sosyal ya da ekonomik yansımaları olan ya da, yalnızca değil ama bilhassa, hakların belirli biçimde seçim ya da parlamento yoluyla korunmasına yol açabilecek genel siyasi sonuçları ve etkileri bulunan hukuki bir meselenin ortaya konmasına sebep olduğu için söz konusu davanın ötesine geçtiği zaman.

Türk Anayasa Mahkemesi Kanunu (2011) bu örnekleri izledi ve madde 48 (2)'de önemli bir kabul edilebilirlik kriterine yer verdi. Bu hükme göre, Mahkeme Anayasanın uygulanması ve yorumlanması açısından ya da temel hakların kapsamı ve sınırlarının tespiti için önem taşımayan ve de başvuranın uğradığı önemli bir zararı içermeyen başvuruları reddedebilir.

Bu hüküm Alman mevzuatına daha yakın olup, bu hükümle bireysel başvurunun objektif ve sübjektif işlevleri arasında bir orta yol bulmaya çalışılır. Dolayısıyla, Anayasanın yorumlanması açısından herhangi bir önemli mesele ortaya koymayan başvurular, başvuran önemli bir zarara uğrayıncaya kadar, reddedilecektir.

Türk Anayasa Mahkemesi şimdiye dek hiçbir başvuruyu anayasal önem arz etmemesi nedeniyle reddetmiş değildir. Bu, oldukça normal görülmelidir çünkü bireysel başvuru sistemi çok kısa bir süre önce getirildi ve Mahkeme henüz hiçbir alanda içtihadını net olarak oluşturmadı. Fakat bazı alanlarda Mahkeme içtihadı oluşturulunca gelecekte bu kriter bazında bazı kabul edilemezlik kararları görürsek şaşırmamalıyız.

Sonuç itibarıyla, dünyada hiçbir yerde Anayasa Mahkemelerinin vatandaşların temel haklarını koruyamadıklarını söyleyebilirim. Temel hakların korunması, genel mahkemelerin görevi olmalıdır. Anayasa Mahkemelerinin rolünün, Anayasaları yorumlamakla ve genel mahkemelere yol göstermekle sınırlı olması gerekir. Anayasal önem arz eden davalarda temel hakların objektif savunucuları ve yorumlayıcıları olarak Anayasa Mahkemeleri, daha alt ya da genel mahkemeler için Anayasanın kesin yorumunu sağlamalıdır.

Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

Constitutional Court: Interpreter of Constitution or Protector of Individual Rights?

Ali Rıza Çoban
*Associate Professor, Chief Rapporteur of Sections,
The Constitutional Court of Turkey*

Honourable Presidents, Distinguished Judges, Ladies and Gentlemen,

It is great privilege and honour for me to be here. I would like to thank organisers for this opportunity.

I would like to start my presentation with a question: what is the role of constitutional courts? Is it to interpret the constitution or to protect individual rights? Most of you may find such a question unnecessary because the answer is quite simple: both! The role of constitutional courts is protection of individual rights through interpretation of constitution.

Nevertheless, I think this question is extremely important for the courts which have jurisdiction to decide individual applications or constitutional complaints, especially for those which have full individual application system. I mean by full individual application the systems where individual application against court judgments is possible.

It is true that the aim of introduction of full individual application is to protect individual rights and constitutional courts may protect those rights through interpretation of the constitution. So we can say that there are two aspects of the role constitutional courts playing in individual applications. Firstly, the aim of individual application is to provide individual justice through redressing violation on the applicant's rights. This is the subjective function of the individual application. Second function of individual application is to provide constitutional justice through creating an opportunity for constitutional court to interpret constitutional provisions relating to fundamental rights. This aspect of the judgment of the constitutional court transcends the concrete application and creates an authority which must be

followed by other public authorities including ordinary courts. This is the objective function of individual application. It is not possible to separate these two functions and both functions are realized simultaneously. But one of these functions can be put into the center when organising the institution of individual application.

The role of constitutional courts in protection of individual rights is subsidiary. The primary responsibility in protecting individual rights belongs to the legislative, executive and judicial organs. Therefore, an individual who thinks that his/her individual rights have been violated, firstly should apply to the competent administrative and judicial organs. That is, the applicant must have exhausted all the remedies provided by law by means of the ordinary courts before filing an individual application. The ordinary courts must have the opportunity to remedy the violation; if they don't do that, then the Constitutional Court has a subsidiary role. In other words, the individual application is a subsidiary remedy. It is not an alternative remedy; the affected person cannot choose between going to ordinary courts and going to the Constitutional Court. The affected person must go to the ordinary courts and if he doesn't get remedy, then he must go to the Constitutional Court. So, the individual application will be employed only when all other judicial remedies have been proven useless. According to this principle of subsidiarity, also, the applicant must have invoked the alleged violation at the ordinary courts. It has to be demonstrated to tell the ordinary courts that this fundamental right has been violated. Then, after invoking this violation, if the applicant does not have a remedy, he can go before the Constitutional Court¹.

This subsidiary role of constitutional courts in protection of fundamental rights requires individual application system to be constitutional-justice -focused. If the system is organised as individual-justice-focused then constitutional courts can face enormous workload. The constitutional court as the highest court of the country can not deal with all fundamental rights complaints of millions of citizens. As soon as the constitutional court interpreted the constitution and found violation of a constitution right, the opinion of the constitutional court should be followed by legislative, executive and judicial organs and unconstitutional regulations and practices

1 Luis Lopez-Guerra, ECtHR and Turkey-II: Constitutional Complaint and ECtHR, TAA (2010) s.63

should be eradicated. But if ordinary courts refuse to follow the precedence of the constitutional court, then similar applications will inevitably continue to come and whatever precautions are taken, the constitutional court will declare bankruptcy in a very short time.

Therefore, in order to guarantee the success of individual application, a mutual understanding and cooperation should be developed between the constitutional court and other high courts in terms of following the precedence of the constitutional court. In this regard, on the one hand, the constitutional court should refrain from interfering with the interpretation of law by competent high courts; on the other hand, other high courts should obey the precedence of constitutional court established by interpretation of constitution by the constitutional court. Although it is not easy to draw a bold line between interpretation of a law and interpretation of constitution, self-conscienceness of both constitutional court and other high courts of limits of their competences will prevent a possible conflict of competences.

Even if the constitutional court and other high courts refrain from conflict of competence and other high courts strictly follow the precedence of the constitutional court, still constitutional court may be squeezed under heavy workload if it dares to redress every human rights violation.

This is exactly what happened in Germany, Spain, Slovenia and the ECtHR. In those countries, growing number of applications hampered the capacity of the courts to deal with the really relevant cases and provoked growing delays. Just writing an inadmissibility decision for thousands of cases took most of the time and resources of the courts. As a result, seeing the unsustainability of the system, all the above mentioned countries reformed their systems in last two decades and changed considerably the very concept, the very meaning of individual application.

This trend can be defined as the constitutionalisation of individual application. In other words, the prime role of individual application changed from protection of rights to interpretation of constitutions. This change was most radical in Spain, more moderate in Germany and most moderate at the ECtHR. In all of those systems several structural reforms were made to increase the effectiveness of the system and to increase the number of decisions delivered by the Courts. Admissibility criteria were also made much stricter in those reforms. But since those measures were not enough to guarantee the

effectiveness of the system, new substantive admissibility criteria which made individual application more constitutional justice focused were introduced. One of those substantive admissibility criteria is “*fundamental constitutional significance*” (in Germany) or “*special constitutional relevance*” (in Spain) of the application. According to this criterion only the applications which have fundamental constitutional significance can be admitted. A similar criterion is the maxim of *de minimis non curat praetor* which requires a minimum level of severity of disadvantage suffered by the applicant for admission of the application.

To start with European Human Rights Protection System, following the substantive structural changes by Protocol No. 11 in 1998, Protocol No. 14 made some extra procedural and substantive changes in the system. One of the main innovations of Protocol No. 14 is the introduction of a new admissibility criterion. According to new provision added in Article 35(3) (b) of the Convention:

“The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:...

(b) the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal.”²

This admissibility criterion was introduced to give the Court more flexibility in the admission of applications in order to enable a more rapid disposal of unmeritorious cases in the long term and to give the Court the possibility to concentrate its resources on cases which are significant for the interpretation of the Convention³.

This provision is one of the most important steps towards constitutionalisation of ECtHR protection system. But it can't be said that Strasbourg protection system has been constitutionalised by this change.

2 See for a report on this issue, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D4E1DEBF-BC2B-4BB8-93FD-2A4956731E0F/0/RAPPORT_RECHERCHE_New_admissibility_criterion_EN.pdf

3 Xavier-Babstiste Ruedin, “*De minimis non curat the European Court of Human Rights: The Introduction of a New Admissibility Criterion (Article 12 of Protocol No.14)*” (2008) E.H.R.L.R. Issue 1, p.81.

Rather a compromise was established between constitutionalisation and protection of fundamental rights. According to this provision the Court will examine only applications which the applicant suffered a significant disadvantage. But if respect for human rights requires examination of the merits of the application, inadmissibility decision cannot be given on the basis of this criterion.

Since the entry into the force of Protocol No.14 in June 2010, new admissibility criterion could not created the expected effect, but gradually the Court is applying it more and more.

But there is an area which is fully constitutiolised in the Strasbourg system. ECtHR is applying constitutional significance test in admission of cases referred to the Grand Chamber. According to Article 43 of the ECHR, the request of any party to a case that the case be referred to the Grand Chamber shall be accepted only if the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the ECHR of the protocols thereto, or a serious issue of general importance. So it can be argued that the sysyem of the ECHR considers that some cases are not important enough to be considered by the Grand Chamber⁴.

We can argue that Strasbourg protection mechanism is getting gradually constitutionilised and we can expect it will be more constitutional justice focused in the future. There are even some people who defend the power of Certiorari to be given to the ECtHR like US Supreme Court⁵.

Similar constitutionalisation tendency can also be observed in national constitutional jurisdictions. In order to tackle with workload problem national constitutional court laws have been amended to make admission of individual complaints more difficult.

In 1990s a new admissibility criterion was added to the the Federal Constitutional Court Act. According to Article 93a a constitutional complaint shall be accepted in so far as it has fundamental constitutional significance. This can also be the case if the complainant suffers especially grave disadvantage as a result of refusal to decide on the complaint. In other words, a complaint can

4 Xavier-Babtiste Ruedin, p.97.

5 See for explanation about Writ of Certiorari, <http://www.techlawjournal.com/glossary/legal/certiorari.htm>

be accepted only if it has fundamental constitutional significance or refusal may cause grave disadvantage.

The Federal Constitutional Court clarified this criterion. According to the Constitutional Court's established case-law a complaint has fundamental constitutional significance if it raises a constitutional question which cannot be automatically answered on the basis of Basic Law and has not been clarified by the case-law of the Federal Constitutional Court or with respect to which new need for clarification has arisen due to the change of circumstances. There must therefore be serious doubts as to the answer to the constitutional question. An indication that a constitutional question has fundamental constitutional significance may in particular be the fact that there has been a dispute about the question in the specialised literature or there has been different answers to it in the case-law of the nonconstitutional courts⁶. It can be said that a constitutional complaint has no fundamental constitutional significance if the issues that it addresses have already been dealt with in constitutional case-law.

It is for the applicant to prove that constitutional complaint has fundamental constitutional significance⁷. It is generally argued that constitutional complaint system has lost its subjective function and objective function of it has come to the fore by this change⁸.

The developments in Spanish system has also followed a similar pattern and change was more radical. After several reforms relating to the procedure before constitutional court relating to the amparo, a substantive change was made in the Spanish Constitutional Court Law in 2007. According to Article 50 (1)(b) a constitutional protection claim (amparo) can only be accepted if it justifies a decision about the content by the Constitutional Court because of its special constitutional significance (especial transcendencia constitucional), which shall be seen in terms of its relevance for the interpretation and application of the Constitution, or for the effectiveness thereof, and for determining the content or scope of fundamental rights. The applicant should also justify constitutional relevance of his application in addition to formal

6 BVerfGE 90, 24-25 (8.2.1994)

7 Ece GÖZTEPE, *Anayasa Şikayeti*, AUHF Yayınları no. 530, Ankara, 1998, s. 97

8 Ece GÖZTEPE, *a.g.e.*, s. 112-113

procedural requirements. Meeting procedural requirements will not be enough for an applicant to make his claim be examined by the Constitutional Court even if his constitutional rights were violated. So, the text of the Law established an additional requisite saying that the applicant, when presenting his application, must justify the constitutional relevance of his claim. Otherwise, if it is not justified, then the court might reject the admissibility saying that it has not any kind of special relevance in it.

The reform of 2007 introduced a complete change on the function of amparo complaint. Until the reform of 2007, this complaint was conceived as a remedy against any violation of fundamental rights. The court, therefore, should admit and decide on those cases which complied with the formal requirements of the law and presented signs of a violation of fundamental rights. But after the reform of 2007 the approach to amparo complaint has completely been modified. The new approach can be defined as objective approach.

The philosophy behind the new approach is that protection of fundamental rights is a task to be performed by the ordinary courts. It is an impossible task for a court of 12 persons to be a real guarantee of fundamental rights of 45 million Spanish citizens. If these rights are guaranteed, this must be via ordinary courts. They have a direct, immediate and wider contact with the applicants and therefore, what is important is to have a general protection of these fundamental rights.

Consequently, the role of the Constitutional Court, according to the new approach, would be to decide on those cases which present a special constitutional relevance, on which a decision of the court is needed as an orientation, as a guideline, as a directive to the other courts, as well as to the administration and even to the legislative power on the application and interpretation of fundamental rights. So, the role of the court would be to interpret the Constitution, to give guidelines, to coordinate, to unify, but deciding on those cases would present a special relevance.

The peculiarity of Spanish system in this regard is that special constitutional relevance is an absolute requirement and severity of disadvantage suffered by the applicant would not affect admission of the Court. Even if the applicant suffered grave disadvantage as a result of violation of his fundamental rights, the application will not be admitted

unless constitutional relevance of it is justified. So it can be said that Spanish amparo has completely been constitutionalised.

The Spanish Constitutional Court clarified new admissibility criterion by a leading case in 2009⁹. According to this judgment of the Constitutional Court in these cases would be special constitutional relevance;

a) that of an appeal which raises a problem or facet of a fundamental right subject to protection on which there is no case law of the Constitutional court,

b) or that the occasion requires that the Constitutional Court clarify or change its doctrine, as a consequence of a process of internal reflection, as occurs in the case in question, or due to the new social realities which have arisen, or regulatory changes relevant for the configuration of the content of the fundamental right, or a change in the doctrine and theory of the guarantee bodies entrusted with the interpretation of the international treaties and agreements referred to in art. 10.2 SC;

c) or when infringement of the fundamental rights claimed originates from the law or another provision of a general nature;

d) or if the violation of the fundamental right derives from reiterated case law interpretation of the law that the Constitutional court deems to be damaging to the fundamental right, and on which it believes it necessary to declare another interpretation pursuant to the Constitution;

e) or when the Constitutional Court case law on the fundamental right alleged in the appeal is not being complied with in a general and reiterated manner by ordinary Jurisdiction, or there are contradictory judgments on the fundamental right, either by interpreting the constitutional doctrine in a different manner, or by applying it in some cases and not recognising it in others;

f) or in the event that a court clearly declines its duty to respect the case law of the Constitutional Court (art. 5 OLJ);

g) or, in short when the matter raised, despite the fact that it is not included in any of the aforementioned cases, transcends the case in question because it raises a legal issue which has general and relevant, social or

9 See for English translation of the judgment dated 25.6.2009 No. 155/2009 <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/JCC1552009en.aspx>

economic repercussions, or has general political consequences, effects which above all could lead in particular, although not exclusively, to specific electoral or parliamentary protection of rights.

The Turkish Law of Constitutional Court (of 2011) has followed these examples and enshrined a substantive admissibility criterion in Article 48(2). According to this provision, the Court may dismiss applications which do not bear significance for the enforcement and interpretation of the Constitution or for the determination of the scope and limits of fundamental rights, and which do not involve significant damage sustained by the applicant.

This provision is more close to German regulation and tries make a compromise between objective and subjective functions of individual application. Accordingly the applications which does not raise any significant question in terms of interpretation of constitution will be rejected unless the applicant suffered a significant damage.

The Turkish Constitutional Court has not rejected any application up to now because the application does not have constitutional significance. This must be considered quite normal since individual application was introduced a very short time ago and the Court has not established case-law in any field clearly yet. But it must not be suprising if we see some inadmissibility decisions on the basis of this criterion in the future once the case-law of the Court is established in some areas.

As a result I can say that constitutional courts nowhere in the world are capable of protecting fundamental rights of citizens. Protection of fundamental rights must be the task of ordinary courts. The role of constitutional courts should be limited to interpreting constitutions and guiding ordinary courts. As an objective defender and interpreter of fundamental rights in cases which have constitutional significance, constitutional courts should provide decisive interpretation of the constitution to the inferior or ordinary courts. Thank you very much for your patience.

Bireysel Başvuru ve Anayasal Denetimde Anayasal Yorum: Anayasa Yargısı Sistemini İki Farklı Boyut Aracılığıyla Anlama

Doç. Dr. Serdar Güleener

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raportör Hakim

Giriş

Temel hakların ve özgürlüklerin korunmasında anayasa mahkemelerinin üstlendikleri rolün bu zamanda ikili bir yapısı vardır. Bir yandan, Anayasaların üstünlüğünü en üst düzeydeki norm olarak temin etme suretiyle siyasi güçlerin keyfi eylemlerinin önlenmesi, öte yandan, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak ortaya çıkan ihlallerin tespiti vardır. Mahkemeler, her iki işlevi de yerine getirmek için, anayasaları yorumlayarak açık olmayan ve muğlak olan normları anlaşılır kılma görevini üstlenirler. Bu noktada ortaya çıkan esas sorunlar, norm denetimi ve bireysel başvurulara ilişkin olarak yapılan yorumlardaki farklılıktır. Anılan farklılığın ortaya çıkışı, bu incelemede referans noktası olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine değinerek anlatılacaktır. İlk olarak, Anayasa yargısınca üstlenilen ikili rolden bahsedilecek ve daha sonra Mahkemenin kısa bir süre önce “kadının evlenmeden önceki soyadını” kullanmalarına ilişkin vermiş olduğu bireysel başvuru kararı ile ilgili bir değerlendirme yapılacaktır.

Bireysel Başvuru Sarkacında Anayasal Yorum-Anayasal Denetim

Devlet, hiyerarşik normlar sistemine dayanan merkezi bir hukuk düzenidir. İş bölümü temeli üzerine kurulu olan Devlet organları, bu normları oluşturur ve uygularlar. En alt düzeyde mahkemelerin, yani kanun uygulayıcı kurumların normları yer alırken, kanunlar yasa koyucularca çıkarılan genel normlardır. Örf ve adet kuralları ikinci konumdadırlar. Ne var ki, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan norm anayasadır.¹ Anayasayı temel norm

1 Bakınız, H.Kelsen, *Pure Theory of Law*, Max Knight, Çeviri, İkinci Alman Baskı, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey-2005

yapan hukukun etkililiği ilkesidir ve tüm normların geçerliliğini sağlayan yine bu ilkedir.² Böylece, anayasanın en üst düzeyde olduğu bir normlar hiyerarşisi mevcuttur. Diğer normların en üstün norm olan anayasaya uygunluğu gerekliliği temelinde yatan bu hiyerarşi, anayasa yargısının ortaya çıkmasına da neden olmuştur. Bu çerçevede, anayasal denetim yasama organınca yapılan yasal düzenlemeleri en üstün norm olan anayasa açısından değerlendirmek ve anayasaya aykırı düzenlemeleri iptal etmek olarak tanımlanabilir.³ Söz konusu denetimin ön koşulu, “*yorum*” yoluyla uygulanacak anayasa normunun anlamını ortaya koyarak oluşturulur. Açık olmayan ve muğlak olan bir anayasa normunun anlamı açık hale getirilir.

Modern anayasacılığın bir ürünü olan anayasal denetim, kapsamı yukarıda açıklanan denetimin yürütüldüğü başlıca mekanizma olarak anayasal düzendeki yerini almıştır. Başlangıçta ABD’de ortaya çıkan ve 20. yüzyıl itibarı ile hızla Avrupa geneline yayılan anayasal denetim, günümüzde norm hiyerarşisinin en üst düzeyine yerleştirilen anayasanın üstünlüğünü temin etmek suretiyle iktidar partisinin keyfi eylemlerini önlemeye yönelik olarak anayasacılığın bir aracı olarak pek çok ülke tarafından istifade edilmektedir.

Anayasal denetimin bu özelliği, bu denetimin temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olma işlevini üstlenmesini de sağlamıştır. Anayasal denetim, siyasi güç üzerinde bir denge sağlamayı hedefleyen bu işlevi başarılı şekilde yerine getirdiği ölçüde demokratik meşruiyetini sağlar ya da sağlamlaştırır. Anayasa yargısı sisteminin kurulması şeklinde tanımlanabilecek olan bu durumun norm denetimi ve bireysel başvuru yoluyla temin edilme potansiyeli bulunmaktadır. Böylece, hem temel hak ve özgürlüklerin korunması hem de anayasal denetimin demokratik meşruiyeti güvence altına alınmış olur.⁴

İnsan haklarının uluslar üstü anlamda korunması, İkinci Dünya Savaşı sonrası bilhassa Avrupa’nın yeniden yapılanmasının temel unsurlarından birini teşkil etmiştir. Bu kapsamda, atılan en önemli adımlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) kabul edilmesi ve bu Sözleşme yoluyla

2 Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara-1999, s.343.

3 Alec Stone Sweet, “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy”, *West European Politics*, Cilt. 25, No.1, 2002, s.77.

4 Bu konuyla ilgili olarak bakınız Serdar Gülener, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul-2012.

bölgesel düzeyde çalışacak bir insan hakları mahkemesinin (AİHM) kurulması olmuştur. Avrupa modelinin öne çıkmasını sağlayan başlıca özelliği, temel hak ve özgürlüklerinin ulusal düzeyde ihlal edilmiş olduğunu ileri süren bireylere AİHM'e doğrudan başvuru hakkını vermesidir. Bireysel başvuru olarak adlandırılan bu mekanizma, zaman içinde pek çok ülke tarafından kabul edilmiş ve bu ülkelerin vatandaşlarına bireysel başvuru hakkı tanınmıştır.

Kapsamı açısından bir fark varmış gibi görünmesine rağmen, bireysel başvuru yolu özü itibarıyla, mahkemelerin önlerindeki somut davalarla ilgili yorumlarını temel hak ve özgürlüklerin anlamını ortaya koyacak biçimde yapmalarına imkân verir ki böylece anayasanın bağlayıcı niteliğinin yargı sisteminin tüm unsurlarınca kabul edilmesini sağlamış olur.⁵ Bireysel başvurunun sübjektif işlevi olarak adlandırılabilir olan bu durumda, hem bireyin hak ve özgürlükleri korunur hem de anayasa yargısına ilişkin içtihat geliştirilir.⁶

Belirli bir dereceye kadar bir ideal üzerine ele alınmış olan *Anayasal denetim ve bireysel başvuru arasındaki ilişki*, anayasal yoruma ilişkin olarak gerçek anlamda bir görüş birliğine vararak değerlendirilebilir mi? Bu soruya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ulusal hukuktaki konumuna atıfta bulunarak cevap vermenin faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Sweet'in ifade ettiği üzere, Devletler Sözleşme'yi anayasaya uygun hale getirirler, Sözleşmeyi bir "*gölge anayasaya*" dönüştürerek anayasal sistemlerine dâhil ederler⁷. Sweet bu konudaki örnekleri şöyle açıklar:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin etkisi ülkeden ülkeye değişmektedir. Bazı ülkelerde (Belçika, Fransa, Birleşik Krallık, Hollanda, İsviçre gibi) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukta atılan her adımda bir etki bırakırken, diğer bazı ülkelerde ise (Almanya, İtalya, İrlanda, İspanya gibi) ulusal düzenlemelerin gelişmesine yardım etmektedir. Ayrıca, bazı

5 Musa Sağlam, *Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması: Norm Denetimi ve Bireysel Başvuruyu İnceleyecek Kurullar*, s.2.

6 Bu işleve ilişkin olarak bakınız Bahadır Kılınç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 25, 2008, s.26-28.

7 Alec Stone Sweet'i görünüz, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, 2009, www.works.bepress.com/alec_stone_sweet/33.

lkeler (Norveç ve İsveç gibi) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini kendi ulusal yapıları için örnek almaktadırlar.

Türk Anayasa Mahkemesinin “Evli Kadının Soyadı” Kararı

Türk hukuk sisteminde, Anayasa normlar hiyerarşisinde en üst düzeydedir. Kanunlar Anayasa’nın altında yer alırlar. Türk Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim bazında kanunların Anayasa’ya uygun olup olmadıklarını incelemesi gereklidir. Ne var ki, Anayasa’nın 90. maddesi yukarıdaki duruma bir istisna getirir:

Madde 90: ...

“Usulüne göre yürürlüğü konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 Md.)Usulüne göre yürürlüğü konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”

7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, usulüne göre yürürlüğü konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun gücünde oldukları belirtilerek, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ulusal kanunlar ve uluslararası anlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi oluşturulmuş ve aralarındaki bir uyuşmazlık durumunda, anlaşmalara öncelik verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası anlaşma ve kanun hükmü arasındaki bir uyuşmazlık durumunda, uluslararası anlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu da Sweet’in yukarıda belirttiği gibi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi artık ulusal hakların bir tamamlayıcısı şeklinde işlev görmektedir” durumuna uygun düşmektedir.

“Başvurucu, evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 187. maddesine istinaden yapılan uygulama neticesinde, cinsel olarak ayrımcılığa maruz tutularak özel hayatına ve aile hayatına sayėı gösterilmemesi nedeniyle Anayasanın 2., 10., 12., 17., 20., 41. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek, ihlalin tespiti yoluyla, uğradığı manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etti. İlgili ilk derece mahkemesince yapılan başvuru, ihlal iddiasının konusunu teşkil eden 4721 sayılı

Kanunun 187. maddesinin Anayasanın 17. maddesine aykırı bulunmadığının ifade edildiği 10/3/2011 tarihli, 2011/49 sayılı, 2009/85 esas sayılı Anayasa Mahkemesi kararı yoluyla reddedildi. Ne var ki, başvuruda incelenen konu, kanun hükmünün Anayasaya uygun olup olmadığıdır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına hükmetti. Diğer yandan bireysel başvuru incelemesinin konusu, bireyin haklarının mevcut kanun hükmü nedeniyle ihlal edilip edilmediğidir. Bu çerçevede, temel bir hakka yönelik bir müdahalenin tespiti halinde, bu müdahalenin Anayasada belirtilen kanunilik ilkesine uygunluğu zaruridir. Yukarıda anılan tespitler sonucunda, somut başvurudaki hukuki sorunun ilgili Kanundaki düzenlemenin Anayasaya uygun olup olmadığından değil ancak Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca dikkate alınması gereken Sözleşme hükümlerine bakılmaksızın yerine getirilen hükümden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbirine aykırı düşen temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası anlaşma hükmü ile bir kanun hükmünün önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası anlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.⁸

"Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan ve Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanabilir. Sözleşmenin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken, 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. AİHM'in, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varıldı (bkz. Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16/11/2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, B. No: 7971/07, 28/5/2013; Tuncer Güneş/Türkiye, B. No: 26268/08, 3/10/2013; Tanbay Tüten/Türkiye, B. No: 38249/09, 10/12/2013).⁹

"Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine

8 Paragraf 41.

9 Paragraf 42.

aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerine aykırı düşen kanun hükümlerinin uygulanabilme durumunu ortadan kaldırmaktadır.¹⁰

"Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanunun 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümlerine aykırı düştüğü görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları anlaşmalarına aykırı düşen 4721 sayılı Kanunun 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasanın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır.¹¹"

"Somut başvuru açısından, başvurunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası anlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşmenin ve AİHM içtihadının uyumsuzluğun karara bağlanmasında nazara alınması noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır.¹²"

"Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşme hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvuranın manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik ilkesini sağlamadığı anlaşılmaktadır.¹³"

"Yapılan bu tespit çerçevesinde, söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.¹⁴"

10 Paragraf 44.

11 Paragraf 45.

12 Paragraf 46.

13 Paragraf 47.

14 Paragraf 48.

Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde¹⁵ güvence altına alınan manevî varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.¹⁶

Sonuç

Türk Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların ve Türk Anayasa Mahkemesince verilen kararların farklı yorumlara açık olma olasılığı vardır. Yukarıdaki duruma yönelik söz konusu davalardan biri kadının “evlenmeden önceki soyadına” ilişkin karardır. Bu karar, aynı konuda mahkemenin vermiş olduğu önceki bir karara tamamen aykırı düşmektedir.

Sonraki kararda, anlaşma bireysel başvurunun mahiyetine uygun bir norm olarak dikkate alınmaktadır. Bu tür bir anlayıştan kaynaklanan yorum yoluyla, başvuranın iddiaları doğru bulundu ve bu hakkın ihlal edildiği sonuç olarak ifade edildi. Bu karar, mahkemelerin Sözleşme'yi uygulamalarına yol açtı. Ne var ki, başvuru konusu norm *tamamlayıcı norm* olarak dikkate alındı. Yine, burada yalnızca anayasal denetim neticesi varlığını sürdürmekte ve norm Anayasa'ya aykırı görülmemektedir.

Son olarak, anayasal denetimin mahiyeti ve bireysel başvurunun mahiyeti arasındaki fark itibarıyla farklı yorumlara ilişkin olarak farklı bir sonuç alınabilir. Bireysel hak ve özgürlüklerin her halükarda korunmaları çok önemlidir.

15 Anayasanın 17. maddesinin “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlığı altındaki 1. fıkrası şu şekildedir:

“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

Sözleşmenin “Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı” başlığı altındaki 8. maddesi ise şu şekildedir:

“1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

16 Paragraf 49.

The Constitutional Interpretation in the Constitutional Review and Individual Application Reading Constitutional Jurisdiction System Through Two Different Dimensions

Serdar Güleener

Associate Professor, Rapporteur-Judge, Turkish Constitutional Court

Introduction

The role assumed by constitutional courts in the protection of fundamental rights and freedoms has a dual structure in this day and age. On one side, there is the prevention of arbitrary acts of political powers by ensuring the supremacy of constitutions as the highest norm, whereas on the other side, there exists the determination of violations emerging as regards fundamental rights and freedoms of individuals. Courts assume the function of making unclear and obscure norms intelligible by interpreting constitutions in order to fulfill both functions. The main problems emerging at this point are norm review and the difference in interpretations made concerning individual applications. The emergence of the above-mentioned difference shall be explained in this study by touching upon the Constitutional Court of the Republic of Turkey as the reference point. Initially, the dual role assumed by Constitutional jurisdiction shall be mentioned and then an assessment shall be made concerning the individual application judgement recently rendered by the Court concerning the usage of “maiden name by women”.

Constitutional Review-Constitutional Interpretation in the Pendulum of Individual Application

The state is a centralised order of law based on a system of hierarchical norms. The state organs, founded on the basis of labour division, create and implement these norms. While there are the norms of courts, that is to say, law enforcement bodies, at the lowest level, the laws are the general norms issued

by the legislators. Customary rules take the second position. However, the norm located at the top of the hierarchy of norms is the constitution.¹ It is the principle of the efficiency of law which makes the constitution the basic norm and it is this principle again which ensures the validity of all the norms.² Therefore, there exists a hierarchy of norms in which the constitution is at the highest level. This hierarchy, which lies behind the requirement of the conformity of other norms with the constitution as the highest norm, has also given rise to the emergence of constitutional jurisdiction. Within this framework, the constitutionality review can be defined as assessing the legal regulations made by the legislative organ in terms of the constitution, which is the highest norm and annulling the regulations which conflict with the constitution.³ The pre-condition of the review in question is constituted by putting forward the meaning of the norm of the constitution which is to be enforced through "interpretation". The meaning of an unclear and obscure norm of the constitution is made explicit.

Constitutional review, which is a product of modern era constitutionalism, has taken its place in constitutional orders as the primary organ conducting the review whose framework is noted above. Constitutional review, which initially emerged in the USA and rapidly spread throughout Europe as of the 20th century, is nowadays utilized by many countries as an instrument of constitutionalism aiming to prevent the arbitrary acts of ruling power by ensuring the supremacy of the constitution, which is located at the highest level of the hierarchy of norms.

This feature of constitutional review has also enabled it to assume the function of being the protector of fundamental rights and freedoms. It ensures or consolidates its democratic legitimacy to the extent that it successfully fulfills this function, which targets to maintain a balance over the political power. This situation, which can be defined as the establishment of constitutional justice, has the potential of being ensured by norm review and individual application. Thus, both the protection of fundamental rights and freedoms and democratic legitimacy of constitutional review shall be guaranteed.⁴

1 See, H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Translation from the Second German Edition by Max Knight, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey-2005

2 Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara-1999, s. 343.

3 Alec Stone Sweet, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", *West European Politics*, Vol. 25, No. 1, 2002, p. 77.

4 Regarding this matter see Serdar Gülener, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul-2012.

The supranational protection of human rights has constituted one of the basic components of notably Europe's reconstruction in the aftermath of the Second World War. Within this scope, the most prominent steps taken are the adoption of the European Convention on Human Rights (ECHR) and through this Convention, the establishment of a human rights court (ECtHR) to function at regional level. The primary feature of the European model bringing it to the forefront is that it grants the right to direct application to ECtHR to individuals alleging that their fundamental rights and freedoms have been violated at national level. This mechanism, which is called individual application, has been adopted by many countries over time and their citizens have been granted with the right to individual application.

Although it seems as though there exists a difference in terms of its scope, in its essence, individual application shall enable the Courts to make their interpretations concerning the concrete cases before them in a way that will determine the meaning of fundamental rights and freedoms, thereby ensuring the adoption of the binding nature of the constitution by all the elements of the judicial system.⁵ In this case, which can be named as the subjective function of individual application, both rights and freedoms of the individual are protected and the caselaw of constitutional jurisdiction is improved.⁶

Can the relationship between constitutional review and individual application, which has been dealt upon an ideal insofar, be utilised in consensus in the real sense concerning constitutional interpretation? We are of the opinion that it shall be beneficial to respond to this question by referring to the position of the ECHR in national law.

As Sweet puts it, States constitutionalize the Convention, include it in their constitutional systems by transforming it into a "*shadow constitution*". Sweet explains the examples in respect thereof as:

Effect of ECHR at national level changes from country to country. In some countries (such as Belgium, France, UK, the Netherlands, Switzerland)

5 Musa Sağlam, *Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması: Norm Denetimi ve Bireysel Başvuruyu İnceleyecek Kurullar*, s. 2.

6 Regarding this function see Bahadır Kılınç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 25, 2008, pp. 26-28.

7 See, Alec Stone Sweet, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, 2009, http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/33.

ECHR has an effect in every step of law while in some other countries (such as Germany, Italy, Ireland, Spain) it promotes national regulations. Moreover, some countries (such as Norway and Sweden) take ECHR as a sample for their own national structures

Turkish Constitutional Court's Judgement: "Surname of Married Women"

In Turkish law system, constitution is at the highest level in hierarchy of norms. Acts take place below the constitution. It is essential of Turkish Constitutional Court (TCC) in basis of constitutional review, to examine whether acts are in confirmity with constitution. However, Article 90 in constitution brings an exception for the above situation:

Article 90: ...

International agreements duly put into effect have the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. (Sentence added on May 7, 2004; Act No. 5170) In the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.

Stating that the regulations included in intrernational agreements regarding fundamental rights and freedoms duly put into effect bear the force of law, with the last sentence added to the paragraph with the amendment made on 7/5/2004, a type of hierarchy has been formed between the domestic laws and international agreements concerning fundamental rights and freedoms, and in case of a conflict between them, it has been ensured that it shall be given priority to agreements. In accordance with this regulation, in case of a conflict between a provision of law and an international agreement concerning fundamental rights and freedoms, the provision of the international agreement should be primarily implemented. Bu da Sweet'in yukarıda belirttiği gibi protection" durumuna uygun düşmektedir. As Sweet mentions above, it is also proper to ""ECHR now functions as a supplement to national rights " Condition.

Turkish Constitutional Court's (TCC) *Surname of Married Women (Judgement of maiden name)* is one of the made in relation with the mentioned situation.

The applicant has asserted that her rights defined in Articles 2, 10, 12, 17, 20, 41 and 90 of the Constitution have been infringed due to the fact she is exposed to gender discrimination and that her private life and family life are not respected, in consequence of the implementation made based on Article 187 of the Turkish Civil Code numbered 4721 which prevents a married woman from using her pre-marital surname alone, and she has requested for award of compensation of the spiritual damage she suffered, by way of determination of the infringement. The application for appeal made by the related court of first instance was rejected through the judgement of the Constitutional Court dated 10/3/2011 and numbered 2011/49 with principal number 2009/85, in which Article 187 of the Law numbered 4721 constituting the grounds for the act which is the subject of the allegation of violation was not found contrary to Article 17 of the Constitution. However, the matter reviewed in appeal is whether the provision of law was in conformity with the Constitution. Within this context, the Constitutional Court held that the provision in question was not unconstitutional. The subject of individual application review, on the other hand, is whether the rights of the individual were violated due to the concrete act. Within this framework, in case of determination of an intervention against a fundamental right, the conformity of this intervention with the condition of lawfulness provided in the Constitution is obligatory. As a result of the findings mentioned above, it is understood that the legal question in the concrete application does not stem from whether the regulation in the related Law is constitutional, but from the act performed without considering the Convention provisions to be taken into account in accordance with paragraph five of Article 90 of the Constitution instead of the noted law provision.

In this case, the implementers, being the judicial authorities first, who are supposed to apply a provision of law and a provision of an international agreement concerning fundamental rights and freedoms, which conflict with one another, to the event before themselves, have the obligation to implement the international agreement, ignoring the law.⁸

In accordance with the stated regulation, the Convention, which is one of the fundamental documents of international human rights and which Turkey has approved duly and has become a party to, has the capacity to be directly enforced in domestic law. While Article 8 of the Convention implies respect for private life and family life, Article 14 prohibits discrimination based on gender. With regard to many decisions of

8 Para. 41.

ECtHR in which it evaluates the surname of a person within the scope of private life and regards the obligation of a married woman to use her husband's surname as an intervention in private life, the applications related to the use of surname have been reviewed within the context of "protection of private life and family life" included in Article 8 of the Convention, and it has been concluded that a woman's not being given permission by the national authorities to use only her pre-marital surname after marriage is contrary to Article 14 where discrimination is prohibited, in connection with Article 8 of the Convention where privacy is provided for (See Ünal Tekeli/Turkey, Appl.No:29865/96, 16/11/2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Turkey, Appl. No:7971/07, 28/5/2013; Tuncer Güneş/Turkey, Appl.No:26268/08, 3/10/2013; Tanbay Tüten/Turkey, Appl.No:38249/09, 10/12/2013).⁹

In accordance with the fifth paragraph of Article 90 of the Constitution, conventions are part of our legal system and they have the feature to be enforced like the laws. Likewise, according to the same paragraph, in case of a conflict in practice between a provision of law and provisions of the Convention concerning fundamental rights and freedoms, it is imperative that the provisions of the Convention prevail. This rule, being an implicit rule of annulment, removes the capacity of provisions of law conflicting with provisions of the Convention concerning fundamental rights and freedoms to be enforced.¹⁰

It is understood that the decision rendered within the context of the trial constituting the subject matter of the application has been made based on Article 187 of the Law numbered 4721. However, in the light of declarations stated above, it is seen that the relevant provision of law conflicts with the mentioned provisions of the Convention. In this case, it is concluded that, in respect of the conflict constituting the subject matter of the application, the Courts settling the conflict should take into consideration the provisions of the international agreement to be enforced in accordance with Article 90 of the Constitution, not predicating in their decisions on Article 187 of the Law numbered 4721 conflicting with ECHR and the other international human rights agreements.¹¹

With regard to the concrete application, it is understood that the objections of the applicant, concerning the fact that international agreements on fundamental

9 Para. 42.

10 Para. 44.

11 Para. 45.

*rights and freedoms shall be primarily enforced as compared to provisions of law and that in this context the Convention and the case-law of ECtHR shall be taken into account in settlement of the conflict, have not been taken into consideration and discussed by the judicial authorities.*¹²

*Due to the fact that international agreements prescribing a married man and woman's having equal rights in terms of their surnames after marriage, and arrangements of domestic law perscribing the obligation of a married woman to use her husband's surname involve different provisions on the same matter, it is undersood that the intervention in the right to use name guaranteed within the scope of spiritual entity of the applicant does not meet the condition of legality, by deducing that provisions of the relevant convention are the legal rules to be predicated on with regard to the concrete conflict.*¹³

*Within the frame of the determination made, it has not been considered necessary to evaluate further whether or not the other criteria of guarantee are observed, with regard to the mentioned intervention.*¹⁴

*For the stated reasons, it should be decided that the right to protect and develop the spiritual entity guaranteed in Artşcle 17¹⁵ of the Constitution has been infringed.*¹⁶

Conclusion

It is of probability that individual applications to TCC and judgements made by TCC are open to different interpretations. One of the cases given for above situation is judegment on "maiden name". This judgement is totally in opposition with a previous judgement made by the court on the same topic.

12 Para. 46.

13 Para. 47.

14 Para. 48.

15 The first paragraph of Article 17 of the Constitution, sideheaded as "Personal Inviolability, Material and Spiritual Entity of the Individual" is as follows: "Everyone has the right to life and the right to protect and develop his material and spiritual entity."

Article 8 of the Convention, sideheaded as "The right of respect for private and family life" is as follows:

"(1) Everyone has the right of respect for his/ her private and family life, dwelling house and correspondence.

(2) Intervention of a public authority in the exercise of this right can only be in question only in case the intervention is a necessary measure for protection of health or morality or others' rights and freedoms, prevention of committing crime, protection of the order, economic welfare of the country, public security, national security in a democratic society provided by law."

16 Para. 49.

In later judgement, the agreement is taken into consideration as a norm in conformity with nature of an individual application. By interpretation originates from this kind of understanding, claims of the applicant have been found right and violation against this right has been stated as a conclusion. The decision has paved courts way for implimentation of the Agreement. However, norm as subject of the application has taken into account as *supplement norm*. Again, here takes place only constitutional review and norm is not found in coflict with the constitution.

Finally, difference between nature of constitutional review and nature of individual application may have different result with regards to different interpretations. It is of great importance that individual rights and freedoms should be protected in any case. It can be achieved only with increasing support between Constitutional justice and individual justice.

Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri

Tun Arifin bin Zakaria
Malezya Federal Yüksek Mahkemesi Başkanı

1.0 Giriş

Anayasa yargısı kavramı, bir anayasa mahkemesi ya da yüksek mahkemenin anayasanın muhafaza edilmesini ve temel hak ve özgürlüklerin¹ korunmasını temin etmeye yönelik yerine getirdiği tüm görevleri tanımlamak için kullanılan genel bir kavram olarak görülebilir. Bir anayasa ülkenin temel kanunudur.² Bir anayasa, tanımlanmış yetkilerin ve görevlerin verildiği temel organlarla ülkenin nasıl yönetilmesi ya da düzenlenmesi gerektiğine ve adaletin nasıl yönetildiğine ilişkin siyasi yapıyı ortaya koyar. İdeolojik düzeyde, anayasa ait olduğu toplumun dayandığı felsefi ve temel değerleri sağlar.³ Anayasa, demokratik ya da totaliter, kapitalist ya da sosyalist, teokratik ya da laik olsun, ülkenin ideolojisini yansıtır.

Şimdiye dek, anayasal yoruma ilişkin herhangi bir birleştirilmiş yöntem mevcut olmadı. Yaklaşımındaki farklılık, kararın nihai geçerliliğine ilişkin kaygılara, yani anayasanın anayasa yargısını içerip içermediği gibi kaygılara yol açar. Bu sunumda yukarıdaki mesele ele alınacak ve anayasanın yorumlanması konusunda Malezya yargısınca kabul edilen çeşitli yöntemler değerlendirilecektir.

2.0 Malezya Anayasasına Kısa Bir Bakış

Malay Anayasası'nın taslağı, Malay Yöneticiler Konferansı uyarınca İngilizler tarafından atanmış olan Reid Komisyonunca hazırlandı.⁴

1 Giuseppe Franco Ferrari, Introduction to Italian Public Law, Giuffre Editore, sf. 184

2 Shad Saleem Faruqi, "Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia", (2008), MALAYSIA Star Yayınları (Malezya) Berhad, sf. 20.

3 Ibid.

4 Koloni Ofisi, Malay Anayasa Komisyonu Federasyonu Raporu 1957, Majesteleri Bürosu, Londra, sf.4

Komisyon üyeleri, diğer yargı mercilerinden gelen hukuk uzmanlarından oluştu. Böylece, temel yapısının Westminster modelinden olduğu kadar Hint Anayasası'ndan alınmış olmasına rağmen, Anayasa'nın nihai hali yalnızca Hint ve İngiliz modellerinden değil, gerek yerel gerek yabancı olmak üzere geleneklerin ve ilkelerin bir karışımından elde edilmiştir. Taslak, Malezya'nın 1963 yılında kurulmasıyla Malezya Anayasası'na dönüştü.

Malezya Anayasasının temel yapısı aşağıdaki özelliklerden oluşur:

- (a) Anayasanın üstünlüğü;
- (b) Demokratik yönetim biçimi;
- (c) Yasama, yürütme ve yargı arasındaki kuvvetler ayrılığı;
- (d) Eyaletler ve Federasyon arasında kuvvetler ayrılığına yer verilen Anayasa'nın federal niteliği; ve
- (e) Anayasanın II. bölümünde Temel Hürriyetlerin Korunması.

3.0 Anayasanın Üstünlüğü

Malezya'da, Federal Anayasa üstündür.⁵ Bu, Anayasanın madde 4(1)'inde şöyle öngörülür ki:

"4 (1) Bu Anayasa Federasyonun en üst düzeydeki kanunudur ve Bağımsızlık Günü'nden sonra bu Anayasa'ya aykırı olarak çıkarılan herhangi bir kanun, aykırılık ölçüsünde, geçersizdir."

Bu hüküm, anayasa öğretisi olarak bilinen Amerikan anayasa kavramından alınmıştır. Bu öğreti ve hüküm, **B Surinder Singh Kanda v The Government of The Federation of Malaya**⁶ davasında Lord Denning tarafından kabul edildi ki bu davada Hâkim aşağıdaki sözleri ifade etti:

"Malay Federasyonu, 31 Ağustos 1957 olan Bağımsızlık Günü'nde kuruldu. O zamandan beri Anayasa, Federasyonun en üst düzeydeki kanunudur (madde 4)"

5 Tun Mohamed Suffian, An Introduction to The Constitution of Malaysia, editörler Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacob Hussain Merican, Üçüncü Baskı, 2007, sf. 17.

6 [1962] MLJ 169 sf. 170

Loh Kooi Choon v Government of Malaysia⁷ davasında, Prens Hazretleri Raja Azlan Shah FJ (o zaman Prens Hazretleri idi) anayasal üstünlük kavramlarını aşağıdaki sözlerle ifade etti:

“Anayasa sadece göstermelik klişelerin bir derlemesi değildir. Üç temel kavramı içeren, ülkenin en üst düzeydeki kanunudur: Bu kavramlardan biri, bireyin devlet gücünün bile el uzatamayacağı belirli temel haklarının olduğudur. İkincisi, egemen gücün Eyaletler ve Federasyon arasındaki dağılımıdır, yani egemenlik yetkisini yerel meselelerde 13 Eyaletin, ülke geneline etkileyen meselelerde ise milletin kullanmasıdır. Üçüncüsü, hiçbir şahıs ya da kurumun tam olarak egemenlik yetkisini kullanmaması, fakat bunun yürütme, yasama ve yargı erkleri arasında dağıtılmasıdır ki bu da kısaca insanların değil kanunların hükümeti olduğumuz şekilde modern bir anlamda ifade edilir.”

Hâkim ayrıca aşağıda yer alan sözleri ifade etti-

“Bana göre bu gerekçe (muhakeme), en üst düzeyde yer alan, olağan yollarla değiştirilemez olan Anayasanın sıradan bir kanundan farklı olduğu ve böyle olunca da kendi ile tutarsız olamayacağı temeline dayanmaktadır. Anayasa en üst düzeyde yer alan kanundur çünkü kurumsal davranış normlarını ve iyi yönetim ilkesini belirlemektedir. İşte bu nedenle, Malaya Federasyonu ve sonra Malezya, Anayasa’yı dokuz Malay Eyaletinin ve eski Penang ve Melaka Yerleşimlerinin onayı ile kabul etmeye başladı ve Federasyona 1963 yılında giren Sabah ve Sarawak Eyaletlerinin de Anayasa’yı “Federasyonun en üst kanunu” olarak kabul etmesiyle...”(4. madde fıkra 1). Dolayısıyla Anayasa, oluşturduğumuz ve sahip olduğumuz en önemli çalışma belgesidir...”⁸

Sivarasa Rasiah v Badan Peguam Malezya & Anor⁹ davasında Federal Mahkeme, Federal Anayasa’nın madde 4(1)’inde yer verilen anayasanın üstünlüğü ilkesini de destekledi. Mahkeme şunu ileri sürdüğü:

“Ayrıca, Federal Anayasa’nın oluşturulma biçiminden şu açıktır ki bu Anayasa’nın temel dokusunu oluşturan belirli özellikleri vardır. Temel yapıya aykırı herhangi bir kanun (Anayasa’ya değişiklik getiren bir kanun dâhil), Anayasa izin vermediği sürece, Anayasa’ya aykırı olduğundan hükümsüz kılınabilir. Belirli bir özelliğin temel yapının bir parçası olup olmadığına, dava

7 [1977] 2 MLJ 187 sf. 188

8 Ibid., sf.190.

9 [2010] 3 CJI, sf. 517

bazında karar verilmelidir. Yalnız şu kadarını söyleyeyim ki mahkemelerde yasal olarak geçerli olan II. bölüm ile güvence altına alınan haklar, Federal Anayasa'nın temel yapısının bir kısmını oluşturur. Bakınız Keshavanada Bharati Kerala Eyaleti AIR [1973] SC 1461".

Kısacası, gerek Federal gerek Eyalet kanunu olsun, Anayasa'nın Parlamento ya da Eyalet Yasama Meclislerince çıkarılan herhangi bir kanunun üzerinde üstünlüğü vardır.

Malezya Anayasası en üst düzeydedir ve Parlamento dâhil Devletin tüm organları Anayasa'yla bağlıdır. Parlamentomuz yetkisini, yasama gücünü Federasyon ve Eyaletler arasında paylaştıran Anayasa'dan almaktadır. Anayasa'da, Parlamantonun kanun çıkarabildiği konular ve de Eyalet Yasama Meclislerinin kanun çıkarabildikleri konular belirtilir.

Böylece, Parlamento veya Eyalet Yasama Organınca çıkarılan herhangi bir yasa, eğer Anayasa'ya aykırı ise, aykırılık ölçüsünde mahkeme tarafından hükümsüz kılınabilir.¹⁰

4.0 Anayasanın Yorumlayıcısı Olarak Federal Mahkeme

Federal Mahkeme ülkenin en yüksek mahkemesidir ve Anayasa Mahkememiz olmadığından, etkin şekilde ülkenin Anayasa Mahkemesidir. Federal Mahkemeye Anayasa'nın yorumuna ilişkin özel bir yetki verilmiştir.

Bu, Anayasanın 128. maddesinde açıklanmaktadır. Federal Mahkemenin şu hususlarda özel bir yetkisi vardır:

(a) Parlamento ya da bir Eyaletin Yasama Organınca çıkarılan bir kanunda bu organların kanun yapma yetkisinin bulunmadığı bir konuda bir maddenin öngörüldüğü gerekçeyle kanunun hükümsüz olup olmadığı meselesi; ve

(b) Eyaletler arasında veya Federasyon ve Eyaletler arasında çıkan herhangi bir başka soruna ilişkin ihtilaflar.

Federal Mahkemenin kendisine bir diğer mahkemenin havale etmiş olduğu bir Anayasa hükmünün etkisine ilişkin bir meseleyi karara bağlama ve de aynı meseleyi bu karar uyarınca ele alınmak üzere diğer mahkemeye iade etme yetkisi de bulunmaktadır.¹¹

10 JC Fong, "Constitutional Federalism in Malaysia", 2008, Thomson Sweet & Maxwell, sf. 152.

11 Federal Anayasa madde 128(2).

Federal Mahkemeye Anayasa'nın 130. maddesi kapsamında tavsiye kararı verme yetkisi de verilmiştir ki bu anlamda Kral, Anayasa'nın bir hükmünün geçerliliğine ilişkin ortaya çıkmış ya da ortaya çıkması kendisine muhtemel görünen bir meseleyi Federal Mahkeme'ye havale edebilir. Şimdiye dek, Kral sadece bir kez, **Government of Malaysia v Government of the State of Kelantan** davasında bunu yaptı.¹² Bu davada, Kelantan Hükümetinin bir şirketle para alışverişi olan belli ticari sözleşmeler imzaladığı görüldü. Federal Hükümet bunun Anayasa'ya aykırı olarak ödünç almaktan farksız olduğunu ileri sürdü. Federal Mahkeme ise Federal Hükümetin ileri sürdüğü görüşü reddetti ve para alınmasının ödünç alma anlamına gelmediğine hükmetti. Kararın ardından, "ödünç almak" kelimesinin tanımı 1971 tarihli 2 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 8. bölümü ile değiştirildi.¹³

Böylece, Malezya'da, hem Anayasa'nın yorumlayıcısı hem de en yüksek temyiz mahkemesi olarak çift yönlü bir rol oynayan Federal Mahkeme ülkenin en yüksek mahkemesi konumundadır.

5.0 Yargı Yetkisi

Malezya'da, 1988 yılında Anayasa'nın madde 121(1)'ine getirilen değişiklikten sonra, yargı yetkisi artık federal kanunca veya federal kanun kapsamında sınırlı olarak bazı kurumlara verilmektedir. Mevcut 121. madde hükmü aşağıdaki gibidir.

"121(1) Eşit şekilde yargı yetkisine ve konuma sahip iki Yüksek Mahkeme vardır şöyle ki-

(a) Bir tanesi Malaya Eyaletlerinde Malaya'da Yüksek Mahkeme olarak bilinir ve idari organı (sekreteryaya veya yazı işleri) Kuala Lumpur'da bulunur ve

(b) Bir tanesi ise Sabah ve Sarawak Eyaletlerinde Sabah ve Sarawak'ta Yüksek Mahkeme olarak bilinir ve idari organı (sekreteryaya veya yazı işleri) Sabah ve Sarawak'ta Kralın tayin edebileceği bir yerde bulunur; ve de federal kanunca öngörüleebilecek alt mahkemeler; ve Yüksek Mahkemelerin ve alt mahkemelerin federal kanunca veya federal kanun kapsamında verilebilecek yetkileri bulunur."

121. maddede yapılan değişiklik, yargı yetkisinin artık yargıya

¹² [1968] 1 MLJ 129.

¹³ Tun Mohamed Sufian, "An Introduction to The Constitution of Malaysia", editörler Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacon Hussan Merican, 2007, sf. 130.

verilmediği ileri sürüldü ve böylelikle kuvvetler ayrılığı ilkesine bir son verildi. Bu konu **Public Prosecutor v Kok Wah Kuan**¹⁴ davasında Federal Mahkeme önüne incelenmek üzere geldi.

Bu davada Federal Mahkeme, kuvvetler ayrılığı ilkesinin “*kesin ve mutlak olmadığına*” hükmetti. Bu çığır açan kararın, 121. maddenin yargı yetkisini mahkemelerden almak üzere değiştirildiği yıl olan 1988’de ifade edilen korkuları ve bunun Yürütme yetkisine ilişkin denetim ve denge sistemine yönelik arz ettiği tehlikeleri doğrulamış olduğu söylenmektedir. Anayasal hükümet sistemi altında mahkemelerin her zaman Anayasa’nın koruyucuları olarak görüldükleri ve demokrasiyi diktatörlükten ayıran kuvvetler ayrılığı ilkesi dâhil olmak üzere demokratik değerlerin temel dokusunu Anayasa’ya işleyecekleri bazı çevrelerce ileri sürülmektedir.

Mevcut 121. madde kapsamında, yargı yetkisinin artık Yargıya verilmediği görünür çünkü mahkemelerin yetkileri federal kanunca veya federal kanun kapsamında sınırlı olarak bazı kurumlara verilmektedir. Durum böyle olunca, kuvvetler ayrılığı ilkesi artık mevcut olmaz. Öte yandan, anayasal düzeni veya Anayasa’nın temel yapısını ya da çerçevesini muhafaza etmek için değişikliğe sınırlı bir yorumun getirilmesinin gerektiği yönünde kuvvetli görüşler vardır.

PP v Kok Wah Kuan davasında, suçun işlendiği zaman 12 yıl dokuz aylık olan sanık, Yüksek Mahkemede Ceza Kanunu’nun 302. bölümü kapsamında ceza gerektiren bir suç olan cinayetle suçlandı. 2001 tarihli Çocuk Kanunu bölüm 97(2) uyarınca Kralın talebine göre gözaltına alınması emredilen sanık, mahkûm edildi. Sanığın başvurusu üzerine, Temyiz Mahkemesi suçlamayı onayladı fakat kendisine verilen cezayı iptal etti ve de Çocuk Kanunu’nun bölüm 97(2)’sinin Anayasa’ya aykırı olduğu yönündeki tek gerekçeyle sanığın tutukluluk halini kaldırdı.

Temyiz Mahkemesi, Çocuk Kanunu’nun bölüm 97(2)’sinde sanığın çekeceği cezanın ölçüsünü tayin edecek yargı yetkisinin yürütmeye verildiğinin belirtilmesi itibarıyla bu bölümün kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı düştüğüne hükmetti. Anayasa’nın 39. maddesi gereğince, Federasyonun yürütme yetkisi, Anayasa’nın 40. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulunca verilen tavsiyeye uygun olarak hareket etmek zorunda olan Kral’da bulunmaktadır.

14 [2008] 1 MLJ 1

Başvuru üzerine Federal Mahkeme hâkimlerinin çoğu, 121. maddeye getirilen değişiklikten sonra Federasyonun yargı yetkisinin iki Yüksek Mahkemede bulunduğu yönünde artık Anayasa’da herhangi bir açıklama olmadığına hükmederek, bu değişikliğin geçersiz olduğu tespitini reddettiler. “Yargı yetkisi” kavramını yorumlamak bundan böyle gerekli değildir ve tüm gereken iki Yüksek Mahkemenin yetkilerini bilmek için federal kanuna bakmaktır. Bu temel dayanakla, bölüm 97(2)’nin Anayasa’nın herhangi bir hükmüne aykırı olmadığına hükmedildi.

Daha sonra Malezya’nın Baş Hâkimi olan Abdul Hamid Mohamad, Temyiz Mahkemesinin bölüm 97(2)’de kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edildiği yönündeki tespitini kastederek, mutlak olmayan sadece siyasi bir doktrin şeklindeki bu ilkeyi (öğretiye) reddetti. Bu ilkenin (öğretinin) Anayasa’yı oluşturanları etkilemiş olduğunu kabul etmekle beraber, Hâkim bunun Malezya Anayasası’nın bir hükmü olmadığı ve hiçbir kanun hükmünün sırf bu ilkeye (öğretiye) aykırı düştüğü için Anayasa’ya aykırı olduğu sebebiyle hükümsüz kılınamayacağı yönünde ısrarcı oldu.

Richard Malanjum, başvurunun sonucu hakkında çoğunlukla mutabık olmakla beraber, 121. madde değişikliği ile Malezya’daki mahkemenin ancak kendisine federal kanunlarca verilmiş yetkiler uyarınca çalışabileceği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadı. Malanjum, Federal Anayasa’nın madde 121(1)’inde “yargı yetkisi” kelimelerinin olmamasının “*mahkemelerin Parlamento Federal Kanununun köle gibi çalışan temsilcileri/görevlileri olmalarına ve yalnızca kanunun emrettiği veya buyurduğu herhangi bir işi mekanik olarak yerine getirmelerine yol açmadığı*” şeklinde bir karara vardı. Malanjum’un görüş ayrılığının esas gerekçesi, mahkeme yetkisinin federal kanunlarca verilmiş olduğu ölçüde sınırlanmasında yatmaktadır ki Malanjum bunun, mahkemelerin Devletin üçüncü erk oldukları demokratik devlet sistemine aykırı olduğunu ileri sürdü. Baş Hâkim (Başkan), bu değişikliğin Anayasa’nın temel özellikleri olan yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini kaldırma yönünde etkisinin olduğu şeklindeki görüşü kesinlikle reddetti.

Bu dava, başvuruya ilişkin ret kararlarının oybirliğiyle alınmış olmasına rağmen, anayasal yorum konusunda çoğunluk ve azınlık arasında yaklaşımda bir fark olduğunu göstermektedir. Çoğunluk, lafzi (kelimesi kelimesine) yorum yaklaşımını kabul ederken, karşı görüştekiler amaca yönelik yaklaşımı kabul ettiler. Böylece, mesele çözümden uzaktır.

6.0 Kavramsal Konular: Malezya Anayasasını Yorumlama Yöntemleri

Devletin kollarından biri olan yargıya Anayasa'nın yorumlanması görevi verilmiştir. Anayasamızın yorumlanmasının benzersiz yöntemleri **Loh Kooi Choon v Government of Malaysia**¹⁵ davasında Raja Azlan Shah FJ'nin (o zamanki Prens Hazretleri) kararında ortaya çıkmıştı ki burada Hâkim şuna hükmetti:

“Diğer Anayasalara ilişkin olarak ne söylenirse söylensin, nihayetinde bize az miktarda fayda sağlarlar çünkü Anayasamız artık başlı başına bir duruş sergilemektedir ve sonunda yorumlanması ve uygulanması gereken Anayasamızın lafzıdır ve de Anayasamızın lafzı “diğer Anayasaların yabancı/harici ilkeleri ile asla hükümsüz kılınmaz”- bakınız Adegbenro karşı Atkintola & Anor [1953]3 All ER 544 541. Her ülke kendi Anayasasını kendi düşünce yapısına göre ve kendi halkının iyiliği için oluşturur. Başka bir Anayasaya o ülke insanların tecrübelerinden bilgi edinmek için ve onların gelişimi ve refahının temel kanunları ile nasıl temin edildiğini görmek istediğimiz için bakarız.”¹⁶

Uyarı mahiyetinde şunu da eklemem gerekir ki mahkemenin Anayasayı “olağan bir Kanuna göre daha fazla cömertlikle” yorumlayabilmesine rağmen, bu yorum, kullanılan dilden anlaşılabilir olan anayasal hedefleri geliştirme ihtiyacı veya tabîi adalet kurallarına uyma gibi belirli temel prensiplerin dışına çıkmamalıdır.

Ayrıca, Anayasanın üstünlüğü kavramına dayanan bir ülke için, kayda geçmiş herhangi bir kanun Anayasa'ya aykırı olduğundan geçersiz ilan edilebilir. Mahkeme **Muhammad Hilman bin Idham & Ors. v Kerajaan Malaysia & Ors.**¹⁷ davasında bu ilke üzerinde durmuştu.

Bu davada, Kebangsaan Malaysia Üniversitesi siyaset bilimi lisans öğrencileri olan başvuranlar, 24 Nisan 2010 Parlamento ara seçimine yönelik kampanya sürecinde Hulu Selangor seçim bölgesinde bulunmaktaydılar. Başvuranların ara seçimde yarışan bir siyasi parti sempatzarını ya da karşıtı olduklarını gösterecek şekilde teçhizat sahibi oldukları saptanmıştı. Bir ay sonra başvuranlar, 1971 Üniversiteler ve Üniversite Yüksekokulları Kanununun bölüm 15(5)(a) kapsamında iddia edilen ihlallere ve suçlara

¹⁵ [1977] 2 MLJ 187

¹⁶ [1977] 2 MLJ 187, sf. 188-189.

¹⁷ [2011] 6 MLJ 507

cevap vermek üzere bir disiplin kurulu huzuruna çıkmalarının gerektiğinin bildirildiği tebliğleri Üniversitelerden aldılar. Başvuranlar, iddiaları yalanladılar ve aynı zamanda Üniversiteler ve Üniversite Yüksekokulları Kanunu'nun bölüm 15(5)(a)'sının Anayasa'nın madde 10(1)'ine aykırı düştüğünün ve böylelikle geçersiz olduğunun ve netice itibarıyla disiplin işlemlerinin de geçersiz olduğunun tespiti için başvuru yaptılar.

Yüksek Mahkeme hâkimi Üniversiteler ve Üniversite Yüksekokulları Kanunu'nun bölüm 15(5)(a)'sının Anayasa'ya uygun ve geçerli olduğunu ve de bu bölümdeki hükümlerin makul ve Anayasa'nın madde 10(1)(a) ve Madde 10(2)(a) çerçevesinde olduğunu tespit etti.

Başvuru üzerine, saptanacak konu Üniversiteler ve Üniversite Yüksekokulları Kanunu'nun bölüm 15(5)(a) kapsamındaki sınırlamanın makul olup olmadığı ve bu sınırlamanın Anayasanın madde 10(2)(a)'sı ile öngörülen müsaade edilebilir istisnalar kapsamına girip girmediğidir. Temyiz Mahkemesi 2-1 karar çoğunluğuyla, Kanun'un bölüm 15(5)(a)'sının makul olmadığına ve Anayasa ile güvence altına alınan konuşma/ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetti. Temyiz Mahkemesi uygunluk (makul olma) kelimesine gerçekçi bir boyut katıp, **Sivarasa Rasiah v Badan Peguam Malaysia & Anor**¹⁸ davasında en üst mahkemenin muhafazakâr tutumu ile taban tabana zıt bir yorum getirdi. Federal Mahkeme şunu ileri sürdü ki:

“Son üç kararda bu mahkeme, Anayasa hükümlerinin, bilhassa II. bölüm kapsamında güvence altına alınan temel hürriyetlerin, cömertçe yorumlanmak ve prizmatik bir yorum yaklaşımının kabul edilmek zorunda olduğuna hükmetti. Bunlar Badan Peguam Malaysia karşı Kerajaan Malaysia [2008] 2 MLJ 285; [2008] 1 CLJ 521; Lee Kwan Woh karşı Cumhuriyet Savcısı [2009] 5 MLJ 301; [2009] 1 LNS 778 ve Shamim Reza bin Abdul Samad karşı Cumhuriyet Savcısı [2009] 2 MLJ 506; [2009] 6 CLJ 93 davalarıdır¹⁹.”

Federal Mahkeme aşağıdaki şekilde bir açıklama getirdi:

“Güvence altına alınmış bir hakkı sınırlayan ya da ihlal eden kısıtlamalar ya da şartlar sınırlayıcı bir biçimde yorumlanmalıdır...²⁰”

18 [2010]2MLJ333

19 Ibid., sf.340

20 [2010]2MLJ333, sf.341

Federal Mahkeme şunu ileri sürdü ki:

“Şimdi maddede “kısıtlamalar” kelimesi yer almakla beraber, “makul” kelimesinin hükmü daraltacak şekilde yorumlanması gerekir.”²¹

Şu da belirtilmelidir ki Hükümetin Federal Mahkemeye yaptığı başvuru, Federal Mahkemenin başvurulara başvuru hakkı tanınmasından üç ay sonra Bölüm 15(5)(a) kaldırılmış olduğundan meselenin akademik olduğu gerekçesiyle 22 Kasım 2012 tarihinde reddedildi.

İzin verin ele alınan konuya, yani Anayasa’nın yorumlanmasında Malezya Yargısınca kullanılan yöntemlere geçeyim.

7.0. Malezya Mahkemelerince Kullanılan Yorum Yöntemleri

(a) Kanuni Yorumun Olağan Kuralları Geçerli Değildir

Bir Anayasanın “daha az katılıkla ve daha fazla cömertlikle” yorumlanması gerekir (görünüz **Attorney-General of St Christopher, News & Anguilla v Reynold** davası.²² Bu ilke Raja Azlan Shah Ag LP tarafından **Dato’ Menteri Othman bin Baginda & Anor v Dato Ombi Syed Alwi bin Syed Idrus**²³ davasında uygulanmıştır. Başkan aşağıda belirtilen unsurları ileri sürdü:

*“Bir Anayasanın yorumlanmasında iki unsur unutulmamalıdır: Birincisi, emsal karar olağan kanuni yoruma ilişkin meselelerde olağan şekilde bir rol oynarken Anayasanın yorumlanmasında daha az bir rol oynar. İkincisi, bir Anayasa mevzuatın yaşayan bir parçası olduğundan, hükümleri aşırı detaycı bir şekilde değil ama geniş bir şekilde yorumlanmalıdır- “diğer Kanunlardan daha az katılıkla ve daha fazla cömertlikle” (bakınız **Minister of Home Affairs v Fisher** davası [1979] 3 All ER 21. Bir Anayasa kendine özgüdür (sui generis), niteliğine uygun olan kendi yorum ilkelerinin olmasını gerektirirken, kanuni yoruma ilişkin karineleri ve olağan kuralları kabul etmesi gerekli değildir.”²⁴*

Bir başka dava olan **Merdeka University Bhd v Government of Malaysia**²⁵ davasında, Abdoolcader J bir Anayasa’yı “herhangi bir dar ya da

21 Ibid., sf.341

22 [1979] 3 All ER 129

23 [1981] 1 MLJ 29

24 Ibid, sf.33; Ayrıca görünüz JC Fong, “Constitutional Federalism in Malaysia”, 2008, Thomson Sweet & Maxwell, sf.162.

25 [1981] 2 MLJ 356

aşırı detaycı şekilde” yorumlamama ilkesinin mahkemenin herhangi bir yasa ya da anayasa teorisi yararına veya eksiklikleri giderme veya sözde hataları düzeltme amacıyla bile Anayasa’nın dilini esnetme ya da çarpıtma konusunda serbest olduğu anlamına gelmediğine dikkat çekti.

(b) Diğer Mahkeme Kararları Yalnızca İkna Edici Niteliktedir

Yabancı mahkemelerin, özellikle de Milletler Topluluğu ülkelerindeki mahkemelerin kararları, oldukça ikna edici niteliktedir. İngiliz hâkimlerinin, bilhassa Danışma Meclisindekilerin kararları Malezya Anayasası’nın yorumlanmasında Malezya yargısını etkilemişken, mahkemeler anayasal hükümlerimizin yorumunda yardımcı olacak Hint mercilerine güvenmekte isteksiz olmuşlardır. Bu isteksizliğin sebepleri **Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [Minister of Home Affairs], Malaysia**²⁶ davasında Federal Mahkeme kararında yer almaktadır. Bu dava, habeas corpus (hâkim önüne çıkarma emri) başvurusuna ilişkin olarak duruşma hâkiminin verdiği karara karşı yapılan bir başvuru ile ilgiliydi. Ong Hock Thye CJ (Malay) şunu ifade etti ki:

“Hem İngiliz hem de Hint mercilerini incelemek sanıldığı kadar önemsiz bir iş değildir, fakat özetlemek gerekirse, naçizane görüşüme göre, İngiliz mahkemeleri olaylara daha gerçekçi bir açıdan bakıyorlarken, en fazla saygı duyduğum Hintli hâkimler ise ne zaman yürütme yetkisinin oluşturduğu istismar dolayısıyla vicdan azabı duyulursa uzlaşmaz olanı uzlaştırmak için üstün gayret gösteren yorulmaz idealistler olarak beni etkilemektedirler.”²⁷

Suffian F.J. bu davada şöyle bir görüş belirtti ki:

“Hint Yüksek Mahkemesi kararları, özellikle de Anayasaya ilişkin kararlar, burada son derece ikna edici niteliktedirler çünkü Hint Anayasası bizim Anayasamız için büyük ölçüde model olmuştur. Fakat bu meseleyi kaygıyla ele alırken, şu görüşe vardım ki saygım sonsuz ancak bu konuda Hint Yüksek Mahkemesinin izlenmemesi gerekir....

The King v Secretary of State for Home Affairs, Ex parte Lees [1941] 1 KB 72 davasında İngiliz Temyiz Mahkemesinin gerekçesini saygıyla takip etmeyi tercih ederim...”

26 [1969] 2 MLJ 129

27 Ibid., sf.141

Hint Anayasası'nda bildirilen temel hakların bizimkilere benzer olmadıklarını belirtmek yerindedir. Hindistan laiklik kavramını geliştirir ve bu kavram, Hint halkının Hindistan'ı Egemen Sosyalist Laik Demokratik bir Cumhuriyet şeklinde kurmaya resmi olarak karar verdiğinin açıkça beyan edildiği Anayasa'nın önsözünde dolaylı olarak ifade edilir. "*Sosyalist Laik*" ifadesi, Hindistan Anayasası'nın 1976'da yürürlüğe konulan 42. Değişikliği ile önsöze eklendi. Bu ifadeyi eklemekteki amaç, sosyalizm ve laiklik gibi parlak fikirleri ve Milletin bütünlüğünü açıkça ifade etmektir.²⁸ Bu değişiklik, sadece Anayasa'da önceden öngörüleni belirginleştirmek için yapıldı. Bu değişiklikle, "*laik*" kelimesi kazandırıldı ve böylelikle şimdiye kadar üstü kapalı olan açıklığa kavuşturulmuş oldu.²⁹ "*Laik*" kelimesinin önsöze eklenmesinden bile önce, Hindistan Yüksek Mahkemesi laikliğin Anayasa'nın temel bir özelliği olduğunu ileri sürmekteydi. (**Sardar Syedna Taher Saifuddin Saheb v The State of Bombay (AIR) (1962) SC 853, 871**) davası.

(c) Anayasal Teamüller

Mahkemeler teamüllerden ne ölçüde yararlanabilirler? Reid Komisyonu'nun Raporunda şöyle bir durumun altı çizilmişti ki 1948 Federasyon Anlaşması imzalandıktan ve Malay Anayasası'nın taslağı hazırlandıktan sonra Reid Komisyonu'nca işaret edilen teamüller yersiz bulundu. Böylece, halen faydası olabilecek teamüller İngiltere'de görülen, Anayasamızın ve hükümet sistemimizin model aldığı teamüllerdir. Bu nedenle, teamül Anayasa'nın yorumlanmasında bir rol oynar mı? Bazı hâkimler, ancak eğer mahkemeler dış yardımın gerekli olduğunu görürlerse bunun ele alınmasının icap edeceği görüşündedirler.³⁰

Datuk (Datu) Amir Kahar Bin Tun Haji Mustapha v Tun Mohd Said Bin Keruak & Ors³¹ davasında, Abdul Kadir Sulaiman J gayri resmi olarak şöyle bir fikir beyan etti ki teamüllere Anayasa hükümlerinin oluşturulması ve yorumlanması açısından yardım almak anlamında başvurulabilir. Ne var

28 Jeyasingh Peter, 1999, Secularism and Freedom of Religion, [www.courses.cs.vt.edu/cs3604/lib/freedom of Speech/International](http://www.courses.cs.vt.edu/cs3604/lib/freedom%20of%20speech/International)

29 MP Jain, Indian Constitutional Law, Altıncı Baskı 2010 (Lexis Nexis Butterworths Wadhwa), sf. 1316

30 Yeni Anayasa Değişikliğine ilişkin bir Kanada davasına atıfta bulunan Tan Chiaw Thong J'nin Görüşleri (1982) 125 DLR; JC Fong sf.170.

31 [1994] 3 MLJ 737

ki, bu tür teamüller Anayasa'nın açık hükümlerini çiğneyemezler (federal veya eyalet olsun). Ayrıca şu ileri sürüldü ki yoruma yardımcı olması için bir teamüle başvurulmadan önce, ilk olarak gerçek anayasa hükümlerine bakılmalıdır.

(d) Yerleşik Anayasa Hükümlerini ve Teamül Hukuklarını Korumaya Yönelik Yapılan Yorum

Malezya mahkeme kararları ile, yerleşik hükümlerin destekleneceği ve hiçbir mevzuatın bu hükümler üzerinde ters etkisi olmayacağını temin edileceği gösterilmiştir. Bu, **Pihak Berkuasa Negeri Sabah v Sugumar Balakrishnan**³² davasında Federal Mahkeme kararında açıklandı. Bu davada incelenen mesele 1959/63 sayılı Göç Kanunu'nun bölüm 65(1)'ine getirilen değişikliğin 1963 yılındaki Malezya ile ilgili Anlaşmanın, özellikle de III. bölümün, ruhu ve amacına aykırı düşüp düşmediğidir. Federal Mahkeme kararını verirken Mohamed Dzaidin FCJ, Göç Kanunu'nun bölüm 65(1) (c)'sine getirilen değişikliğin amacının sadece Göç İdaresi Genel Müdürünün bir kamu makamının talimatlarına göre hareket etme yetkisini elinden almak olduğunu ve *"hiçbir surette Devletin göç meselelerine ilişkin hak ve yetkilerini etkilemediğini"* ileri sürdü. Hâkim şunu ekledi ki *"1963 yılındaki Malezya ile ilgili Anlaşmanın ve Hükümetler arası Komite Raporunun ruh ve amacının hiçbir şekilde ihlal edilmediği görüşündeyiz."*³³

Yerel bölge haklarına ilişkin davalarda, Malezya mahkemeleri uluslararası insan hakları normlarına başvurdular. Önemli bir dava olan **Adong bin Kuwau & Ors v Kerajaan Negeri Johor & Anor**³⁴ davasında, Yüksek Mahkeme Jakun kabilesinin yerlileri olan davacıların yaşadıkları toprak üzerinde ortak hakları bulunduğuna hükmetti. Bu hüküm, ülkedeki yerli halkın teamül hukuku ve geleneklerden kaynaklanan mevcut arazi haklarının tanınmasına ilişkin bir miktar içtihadın geliştirilmesine yol açtı.

Benzer şekilde, **Sagong bin Tasi & Ors v Kerajaan Negeri Selangor & Ors**³⁵ davasında, mahkeme yerlilerin geleneksek arazileri üzerinde mülkiyet haklarının bulunduğu yönündeki ilkeyi teyit etti. Kısacası, davacılar 1995

32 [2002] 3 MLJ 72; [2002] 3 AMR 2817

33 JC Fong, "Constitutional Federalism in Malaysia", 2008, Thomson Sweet & Maxwell, sf. 175.

34 [1997] 1 MLJ 418

35 [2002] 2 MLJ 591

yılında bir anayolun inşaatı için kendilerinden 38 İngiliz dönüm (akre) arazi alınan, Dengkil, Selangor'da Bukit Tampoi'den gelen 23 aile reisi arasındaydılar. Davalılar (sanıklar), tahrip edilen ürünler ve konutlar için nominal bir miktar dışında, herhangi bir arazi tazminatı ödemesi yapmadılar. Yetkililer yerli halkın devlet arazisi üzerinde sadece kiracı olduğunu ve böyle olunca da 1960 Arazi İstimlak Kanunu kapsamında tazminat hakkı bulunmadığını savundular.

Shah Alam Yüksek Mahkemesi, davacıların teamül hukukunda arazileri üzerinde hakları bulunduğuna hükmetti. Hâkim dört davalının/sanığın (Selangor eyaleti hükümeti, Malezya Mühendisler Birliği, Malezya Karayolları Amirliği ve Federal Hükümet) yerli toprak sahiplerine tazminat ödemesi yönünde karar verdi ve Malezya Mühendisler Birliğine ve Malezya Karayolları Amirliğine başkasının arazisine izinsiz girdikleri için tazminat ödemeleri yönünde ayrıca karar verdi. Yüksek Mahkemenin kararı Temyiz Mahkemesi'nce onaylandı.

(e) Yorumu Yardım Olarak Tarihi Geçmiş

Anayasanın Westminster modelini izlemesine rağmen, kendine has özellikleri vardır. Anayasa, yalnızca temel bildirgeyi içermekle kalmayıp, aynı zamanda anayasal üstünlüğü, federalizmi, anayasal bir Haklar Bildirgesini de kapsar ve ırk ve dine göre ayrılan yeni bir politikaya yönelik algılanan ihtiyaçlara göre değiştirilmiş geleneksel unsurlarla donatılmıştır.³⁶ Anayasa metnine katkıda bulunan pek çok kaynak vardır: bunlar tarihi belgelerdir, örneğin, Reid Komisyonu Raporu, *Rukun Negara*, Anayasa, Federasyonun çeşitli eyaletlerinin Anayasası, federal kanunlar, eyalet kanunları, ikinci derecedeki federal ve eyalet mevzuatı, yüksek mahkemelerin kararları, anayasal teamüller, Müslümanlar için Anayasa'da öngörülen şeriat kanunları, Malay kanunu (*adat*), Sabah ve Sarawak yerlilerinin gelenekleri ve geçerliliği kabul edilmiş ve edilmemiş uluslararası anlaşmalardır.³⁷

Uluslararası anlaşmaların Anayasa'ya uygunluğu meselesi, İngiliz Hükümeti Singapur, Kuzey Borneo ve Sarawak'ı bırakmak istediği zaman bir davada ortaya çıktı. İmzalanacak bir anlaşma yoluyla bunların

36 Andrew Harding, "The Constitution of Malaysia, A Contextual Analysis, 2012, sf. 2.

37 Shad Saleem Faruqi, "Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia", (2008), MALAYSIA Star Yayınları (Malezya) Berhad, sf. 24.

federasyona katılmaları amacıyla bu üç bölge temsilcileri ve Malezya Hükümeti ile müzakerelerde bulunuldu. Endonezya ve Filipinler Hükümetleri karşı çıktılar. Yerel bir hükümet olan Kelantan Eyaleti Hükümeti de karşı çıktı.³⁸

Bilinen şuydu ki Malezya'nın ortaya çıkmasının planlandığı tarihten altı gün önce, Kuala Lumpur'daki Yüksek Mahkemeden **The Government of the State of Kelantan v The Government of the Federation of Malaya and Tunku Abdul Rahman Putra Al-Haj**³⁹ davasında Malezya Anlaşmasını ve Malezya'nın kuruluşuna ilişkin Kanunu hükümsüz ya da bunun yerine Kelantan eyaleti üzerinde bağlayıcı olmadığını ilan etmesi istendi. 9 Temmuz 1963 tarihinde, Malaya Federasyonu Hükümeti, Birleşik Krallık, Kuzey Borneo, Sarawak ve Singapur, Malezya Anlaşmasını imzaladılar ki bu sayede, Singapur, Sarawak ve Kuzey Borneo Malaya Federasyonu'nun mevcut eyaletleri ile (Kelantan dâhil olmak üzere) federasyon halinde birleşti ve daha sonra Federasyon Malezya adını aldı. Federal Parlamento, *diğerlerine ilâveten*, üç yeni eyaletin kabulünü ve federasyonun Malezya olarak yeniden adlandırılmasını sağlamak için 1957 Anayasası'nın madde 1(1) ve (2)'sini değiştirmek üzere o zamanlar Malezya Kanununu (Malezya Anlaşmasına eklenmiş kanun tasarısı şeklinde) çıkarmış bulunmaktaydı. Malezya Kanunu, Kraliyet Onayını 26 Ağustos'ta alıp, 16 Eylül 1963 tarihinden itibaren yürürlüğe girdi.

Kelantan Eyaleti Hükümeti, Malezya Kanunu ile "*Malaya Federasyonunun*" kaldırılacağını, dolayısıyla 1957 Malaya Federasyonu Anlaşmasının ihlal edileceğini; önerilen değişikliklerin Kelantan dâhil her Malaya eyaletinin onayını gerektirdiğini ve de bu onayın alınmamış olduğunu, Kelantan Sultanının (Yöneticisinin) Malezya Anlaşmasına taraf olmuş olmasının gerektiğini; anayasal teamülün Anayasa'ya getirilecek önemli değişikliklerin her eyalet Yöneticisine danışarak yapılmasını icap ettirdiğini; ve de Kelantan eyaletinin kendi yasama organının olması itibarıyla Federal Parlamentonun bu eyalet için yasa yapma yetkisinin olmadığını ileri sürdü.

38 Tun Mohamed Suffian, An Introduction to The Constitution of Malaysia, editörler Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacob Hussain Merican, Üçüncü Baskı, Pacifica Yayınları, sf. 13.

39 [1963] MLJ 355

11 Eylül 1963 tarihinde, Kelantan Eyaleti Hükümeti, mahkemenin davalıların/sanıkların, Malaya Federasyonu Hükümetinin ve Başbakanın, Malezya Kanununun herhangi bir hükmünü yürürlüğe koymalarını engellemesi gerektiğini önerdi. Bizzat Başkan (Baş Hâkim) başvuruyu inceledi ve 14 Eylül 1963 tarihinde reddetti. Esasa ilişkin olarak, Lord Hazretleri Thomson CJ aşağıda belirtildiği üzere hüküm verdi:

“160. madde itibarıyla Anayasa kayda geçmiş bir kanundur ve 159. madde itibarıyla Parlamento, Anayasa hükümlerini değiştiren kanunlar çıkarabilir. Bu yetki, ancak Anayasayı değiştirmeye yönelik Kanun Tasarısının her Parlamento Kamarasının toplam üye sayısının üçte ikisini oluşturan bir çoğunlukla çıkarılması gerektiği şeklindeki sınırlamaya tabidir ve madde 159(5) sebebiyle, Yöneticilerin konumlarının ele alındığı 38., 70., ya da 71(1). maddeleri değiştiren veya Malayların özel konumu ile ilgili 153. maddeyi değiştiren bir kanun, Yöneticiler Konferansının onayı olmadan çıkarılmaz. Şu, yine de, belirtilmelidir ki 159. madde dolayısıyla üçte iki çoğunluk şartı, bir Eyaletin kabulü için veya kabulü ile bağlantılı olarak yapılan herhangi bir Anayasa değişikliği için geçerli değildir;

...

Malezya Anlaşması, Başbakan, Başbakan Yardımcısı ve Bakanlar Kurulunun diğer dört üyesi tarafından “Malaya Federasyonu namına” imzalanmıştır. Anayasada bir Eyalet Hükümeti ya da bir Eyalet Yöneticisi ile istişare gerektiren herhangi bir durum bulunmamaktadır...”

Şunun altını çizmek gerekir ki yukarıda anılan dava, Anayasa’nın bir bütün olarak, içindeki belirli hükümlerin lafzı ile sınırlı olmayacak şekilde yorumlanması hususunda Federal Mahkemenin üstlendiği önemli rolü göstermektedir.

(f) Takdir Yetkisi Veren Hükümleri Yorumlama; Yargı Denetimi

Tüm yetkiler sınırlamaya tabidir. İdarenin takdir yetkisi üzerinde denetim olmalıdır ki böylece takdir yetkisi keyfiyete dönüşmez.

Devletin her memurunun ve her kurumunun kendi yetkisi dâhilinde kalmasını temin etmek mahkemelerin görevidir. Bu temelde, Malezya mahkemeleri **Stephen Kalong Ningkan v Government of Malaysia**⁴⁰

40 [1968] 2 MLJ 238 (Danışma Meclisi); [1968] 1 MLJ 119 (FC)

davasında olduğu gibi olağanüstü hal ilanı sorununu ele aldılar. Bir dizi dava olan **Tan Tek Seng v Suruhanjaya Perkhidmatan Pendidikan & Anor⁴¹ ve Sugumar Balakrishnan** davalarında, uygunluk (kabul edilebilirlik) ve doğal adalete ilişkin idare hukuku ilkeleri Anayasa'ya ile ilişkilendirildi. Bu takdire şayan idare hukuku ilkeleri, artık uygun yargı süreci ve eşit muameleye ilişkin anayasal teminatların dolaylı olarak anlaşılan hususları olarak görülmektedir. Tüm yukarıdaki davalarda Malezya mahkemeleri, keyfi yetkilerin ve sert cezaların kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal ettiği görüşünü desteklediler.

Malezya perspektifinden, yargı denetimi anayasal üstünlük bağlamında ele alınabilir. Hâkimlerin serbest konuşma özgürlüğü gibi özgürlüklere sınırlama getiren veya temel hakları düzenleyen bir idari eylemin ya da parlamento mevzuatının Anayasa'ya uygunluğunu inceleyip inceleyemeyeceği meselesi, birtakım davalarda karar bağlanmak üzere mahkemelerin önüne gelmiştir.

Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [Minister Of Home Affairs], Malaysia⁴² davasında Hâkim Ong CJ (Malaya) şunu belirtti ki,

"... Şunu vurgularım ki buradaki karar öncelikle bu davaya özgü olgular ışığında incelenmelidir... Ulusal güvenlik yararına, davalarda kişisel rahatsızlığın arka planda tutulması zorunluluğu, Anayasayı oluşturanlarca XI. bölümde, 149-151. maddelerde açıkça kabul edilmiştir. Lord Wright'ın Eliezer Zabrovsky v General Officer Commanding Palestine (1947) AC 246 davasında ifade ettiği gibi..."

"Sıkıntılı savaş zamanlarında ve kaotik savaş sonrası koşullarda kişisel özgürlüğe yasal ve serbest müdahale kapsamı genişletilmiş ve normal zamanlarda meşru olarak kabul edilmeyecek kısıtlamalar yasama organınca yasal hale getirilmiştir."

On iki yıl süren Olağanüstü hal 1960 yılında sona erdi fakat bölünme (yıkım) ve kargaşa riskleri bitmedi. Böylece, Olağanüstü Hal Düzenlemesinin 17. maddesi kapsamındaki ihtiyati tutuklama, Düzenlemenin kaldırılmasıyla, 1960 İç Güvenlik Kanununda düzenlenmeye başlandı. 149. madde uyarınca Kanun, Federasyonun iç güvenliğini, ihtiyati tutuklamayı, bölünmenin (yıkımın) önlenmesini, kişilere ve mülke yönelik organize şiddetin önlenmesini ve ayrıca daha önemsiz meselelerin önlenmesini de sağlamak amacıyla çıkarıldı.⁴³"

41 [1996] 1 MLJ 261

42 [1969] 2 MLJ 129

43 Ibid., sf.141

Bu davada Suffian F.J., **Atma Ram**⁴⁴ davasındaki karar gerekçesine katıldı ki bu gerekçeye göre:

“tutukluluğu haklı çıkarmak için gerekçelerin yeterliliğinin soruşturulmasını engellemek amacıyla, tutuklama kararı verme yetkisi tutuklayan makamın mevcut ruh haline bağlı kılındığında -ki bu tamamen sübjektif bir durumdur- tutuklu kişinin beyanda bulunmasını sağlamak için aynı gerekçelerin yeterliliğini inceleme yolunun mahkeme için açık olduğunu ileri sürmek bütünüyle tutarsızlık olur.”⁴⁵

Hâkim ayrıca şöyle bir açıklama getirdi ki:

“Bizim hukukumuz Hindistan’ın hukukundan oldukça farklıdır. İlk olarak, önceden belirtildiği üzere, tutukluluk yetkisi burada Parlamento’daki sorumlu Bakanın tavsiyesine göre hareket eden ülkedeki en yüksek merciye verilmiştir. İkinci olarak, yine önceden belirtildiği üzere, burada tutukluluk, meşru olması için, kanuna uygun olmalıdır; oysaki Hindistan’da kanunca belirlenen usul uyarınca olmalıdır.”⁴⁶

Minister for Home Affairs, Malaysia & Anor v Karpal Singh⁴⁷ davasında, davalı/sanık, ISA’nın 8. maddesi kapsamında Bakan tarafından verilen bir tutukluluk emri uyarınca tutuklandı. Tutukluluk gerekçeleri ve iddialarla birlikte tutukluluk emri, davalıya/sanığa bildirildi. Davalı/sanık iddialardan birinin hatalı olduğunu ileri sürdü çünkü kendisi iddia edilen tarih, saat ve yerde yüksek memur olmayan müdür ve kıdemli yardımcılarının ulusal tarzdaki Çin ilkokullarına atanması konusu hakkında konuşmamıştı ve de davalı/sanık kanuna aykırı olarak tutuklanmış olduğunu iddia etti.

Yüksek Mahkeme diğerlerine ilâveten şunları ileri sürdü:

(a) “Bizim görüşümüze göre meselenin özü, hâkimin mevcut davada önüne konan soruna yönelik doğru yaklaşımı benimseyip benimsemediği ve bu yaklaşımın bu ülkedeki mahkemelerce defalarca izlenip izlenmediğidir (bakınız Liversidge v Anderson [1942] AC 206; Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [1969] 2 MLJ 129 and Inspector General of Police v Tan Sri Raja Khalid bin Raja Harun [1988] 1 MLJ 182 davaları). Başka bir ifadeyle, makul neden, yalnızca İçişleri Bakanı’nın

⁴⁴ AIR 1951 SC 157

⁴⁵ [1969] 2 MLJ 129 sf. 151

⁴⁶ Ibid., sf. 151

⁴⁷ [1998] 3 MLJ 29

zihninde var olan ve kendisinin tek başına karar verebileceği bir şeydir ve bu makul neden, İçişleri Bakanı'nın açıkladığı görüşü taşımadığı gösterilemedikçe, itiraza ya da yargı denetimine tabi değildir.”⁴⁸

(b) “İçişleri Bakanı yeminli beyanda bulunmuş ve iddia olunana bakmayıp, davalının/sanığın tutumu ile ilgili bilgi ve raporları dikkate alarak tutukluluk emrini yine de vereceğini söyledi. Bize göre, bu davada hâkim, yeminli ifadedeki iddiaları kabul etmeye zorunlu oldu ve tutukluluğun sebebi hakkında tahkikat yapamadı.”⁴⁹

(c) “hatalı olan altıncı iddia, özellikle İçişleri Bakanı'nın daha önce başvurulmuş yeminli ifadesi göz önüne alındığında, sadece gereksiz bir iddia olarak görülebilecek önemsiz bir hata oldu. İçişleri Bakanı'nın sübjektif kanaati yargı denetimine tabi değildir.”⁵⁰

(Ayrıca bakınız **Kerajaan Malaysia & Ors v Nasharuddin Nasir⁵¹, Arumugam a/l Kalimuthu v Mneteri Keselamatan Dalam Negeri & Ors⁵² davaları**)

Ne var ki, bazı diğer davalarda, mahkeme sübjektif bir değerlendirmeden objektif bir değerlendirmeye doğru ilerledi. Bu, **Pengarah Tanah Dan Galian Wilayah Persekutuan v Sri Lempah Enterprise Sdn.Bhd** davasında görülebilir ki Raja Azlan Shah, CJ (Malaya) şunu ileri sürmüştü:

“Her yasal yetkinin yasal sınırları olmalıdır, aksi takdirde diktatörlük olur. Bu, özellikle, takdir yetkisinin uygun bir amaç için kullanılması gerektiği ve makul olamayacak şekilde kullanılmaması gerektiği yönünde katı bir gerekliliktir. Başka deyişle, her takdir yetkisi yasal kısıtlamadan muaf olamaz; bu yetki yanlış şekilde kullanıldığında, müdahale etmek mahkemelerin görevi haline gelir. Sadece mahkemeler, kişinin kurumsal saldırıya karşı özgürlüğünün savunucularıdır.”⁵³

Rama Chandran v The Industrial Court Of Malaysia & Anor⁵⁴ davasında, Edgar Joseph Jr FCJ, **Council of Civil Service Unions & Ors v**

48 Ibid., sf.33

49 Ibid., sf.33

50 Ibid., sf. 33

51 [2004] 1 CLJ 81

52 [2003] 5 MLJ 174

53 Ibid., sf.149

54 [1997] 1 MLJ 145

Minister fort he Civil Service⁵⁵ davasında Yargı Denetimine açık bir karara karşı çıkma konusunda Lord Diplock'un gerekçelerini öne sürdü. Hâkim, üç inceleme gerekçesi sıraladı, yani bunlar, (i) hukuka aykırılık, (ii) irrasyonallite ve (iii) usul uygunsuzluğudur⁵⁶. Hâkim ayrıca şunu açıkladı ki:

*“... pratikte bu, Mahkemenin bu tür kararları sadece usul açısından değil, esas açısından da incelemesine izin vermektedir...”*⁵⁷ (vurgu eklenmiştir)

Ayrıca **Ranjit Kaur S Gopal Singh v Hotel Excelsior (M) Sdn Bhd**⁵⁸ davasını bakınız.

Ayrıca şunu belirtmek ilginçtir ki mahkemenin hem objektif hem de subjektif değerlendirmeleri eş zamanlı olarak yaptığı durumlar vardır. **Mohamad Ezam bin Mohd Noor v Ketua Polis Negara & Other Appeals**⁵⁹ davasında, “reform” eylemcileri olan başvuranlar, 1960 Uluslararası Güvenlik Kanunu’nun 73. bölümü kapsamında gözaltına alınıp tutuklandılar. Yeminli beyanda belirtildiği üzere tutukluluk gerekçesi, başvuranların 14 Nisan 2001 tarihinde Kuala Lumpur’da 50,000 insanı içeren bir sokak gösterisi planlamalarıydı. Federal Mahkeme, başvuranların başvurusuna izin verirken ISA’nın 73. Bölümüne yönelik olarak objektif değerlendirme yaptı ve aynı zamanda tutukluluk emrine ilişkin 8. bölüme yönelik olarak subjektif değerlendirme yapmayı tercih etti.

(g) Anayasacılık

Bir Anayasanın bazı amaçları korumaya ve devlet ve millet için bazı idealleri ve değerleri geliştirmeye çalıştığı inkâr edilemez.⁶⁰ Bu temelde, “sınırlı hükümet”, “kuvvetler ayrılığı” ve “hukukun üstünlüğü” kavramlarıyla örtüşen bir “anayasacılık” ideali vardır.⁶¹ En temelde, anayasacılık Anayasa’nın lafzına vatandaşların ve Devlet memurlarının sadakatine işaret eder. Vatandaşlar özgürlüklerine ilişkin sınırları kabul

55 [1985] AC 374

56 [1997] 1 MLJ 145 sf. 187

57 Ibid., sf.187

58 [2010] 8 CLJ 629

59 [2002] 4 MLJ 449

60 Ibid., sf. 20

61 Ibid., sf. 24-25.

etmeliler ve riayet edilecek kuralları öylece seçip alamazlar.⁶² Bir yazar, anayasacılığın özünün siyasi eylemi ve devletin karar alma sürecini oluşturan ve şekillendiren yasal ya da yarı yasal mahiyetteki ilkelere, kurallara ve uygulamalara ilişkin bir sistem olduğunu söylemiştir.⁶³ Malezya’da, Hükümet ve vatandaşlar arasındaki ilişkiye kanun yön verir. Herhangi bir ihlale yönelik olarak mahkemelere itiraz etmek olasıdır. Devlet görevlileri, haksız muamele ve sözleşme hukuku kapsamında mahkemelere verilmekten (dava edilmekten) muaf değillerdir. Kral ve Yöneticiler (kendi adlarına) bile ülkenin kanununa tabidirler.

Malezya, Anayasa’nın ruhuna olduğu kadar lafzına olan sadakate de işaret eden anayasacılığı kabul eder. Bu anayasacılık, temel kanunun ortaya çıkmasına neden olan değer ve ideallere bağlılığı ve bu değer ve ideallerin “içselleştirilmesini” gerekli kılar.⁶⁴ Ülkenin yönetimine ve Malezyalıların günlük faaliyetlerine entegre edilmiş değerler, çıkarılan kurallara uymayı ve aynı zamanda Anayasa’ya zamanla eklenen ve Ivor Jennings’in ölümsüz sözlerine göre “*kanunun kuru kemiklerini örtmek için beden temin eden*” yazılı olmayan gayrı resmi uygulamalara ve anlayışlara saygı gösterilmesini gerektirir.⁶⁵

Anayasa, bölünmeye (yıkıma), organize şiddete ve de devlet ve olağanüstü hal yetkilerine zarar veren eylem ve suçlara karşı belirli hükümler de öngörür.⁶⁶ 149. madde, bölünme (yıkım) ve kamu düzenine zararlı bir eyleme karşı mevzuat ile ilgilidir. 150. madde, olağanüstü hal ilanına ilişkindir. 151. madde, ihtiyati tutuklama hususundaki sınırlamalar hakkındadır. Hükümet bu özel yetkileri üstlendiğinde, ne kadar büyük/esaslı olursa olsun, yaptığı her ne ise, bu yetkiler kapsamında olmak kaydıyla Anayasa’ya uygundur çünkü Anayasa ile yetkilendirilmiştir, fakat elbette herhangi bir kişi, böyle bir eylem ya da ihmalin (eksikliğin) Anayasa’ya aykırı olduğu yönünde bir iddia ile mahkemelere başvurabilir.

62 Ibid., sf. 24-25.

63 Andrew Harding, “The Constitution of Malaysia. A Contextual Analysis”, (2012), Hart Yayıncılığı, Oxford ve Portland, Oregon, sf. 3.

64 Prof. Dr. Shad Saleem Faruqi, “Document of Destiny. The Cosntitution of the Federation of Malaysia” (2008), MALEZYA Star Yayınları (Malezya) Berhad, sf. 25.

65 Ibid sf. 25.

66 Federal Anayasa, bölüm XI, madde 149, madde 150 ve madde 151.

Stephen Kalong Ningkan v Government of Malaysia⁶⁷ davasında, Danışma Meclisi, madde 150(1)'deki “olağanüstü hal” ifadesinin anlamını ele alırken, bu ifadenin geniş anlamına vurgu yaptı. Danışma Meclisi şunu ileri sürdü:

“...Madde 150(1)'de kullanıldığı üzere “olağanüstü hal” ifadesi, herhangi bir şekilde ortaya konarken gücün kanuna aykırı kullanımı ya da tehdidi ile sınırlı olamaz. Federal Anayasanın 149. maddesi bu mahiyette bir bölünmeyi (yıkımı) önlemeye ya da durdurmaya yönelik iken, 150. Madde içerisinde yer alan bir “olağanüstü halin” yalnızca ciddi olmakla kalmayıp, Federasyonun ya da herhangi bir kısmının güvenliğini veya ekonomik yaşamını etkileyecek boyutta olmasına rağmen, bu ifadenin doğal anlamı, savaş, kıtlık, deprem, sel, salgın hastalık ve sivil hükümetin çöküşü gibi çeşitli hadiseler dâhil olmak üzere çok sayıda durum ve olayı içerebilir.”⁶⁸

Stephen Kalong Ningkan davasından önce, Federal Mahkemenin **Eng Keock Cheng v Public Prosecutor**⁶⁹ davasında Anayasa'nın 150. maddesinin etkisini ele alma fırsatı oldu. Anılan maddenin gerçek etkisinin, burada belirlenmiş belirli istisnalara tabi olan Parlamentonun, olağan üstü bir hal esnasında, herhangi bir konuda kanun yapma yetkisinin olduğu ve de bu kanun yapma yetkisini başka bir merciye havale etme yetkisinin mutlaka olduğu ileri sürüldü.

(h) Diğer Yorum Yöntemleri

Anayasa'nın yorumlanmasında mahkemelerin kabul ettiği yaklaşım, karışık bir mahiyettedir. Temel haklarla ilgili meselelerde, yargı Anayasa'nın 11. bölümündeki Temel Hürriyetlere ilişkin hükümleri güçlü bir biçimde uygulama eğilimindedir. Bu yaklaşımlardan bazıları aşağıda ele alınmaktadır:-

(i) Lafzi Yorum Yöntemi

Bu, “katı yorumcu” bir yaklaşımdır ki buna göre, Anayasa'nın Anayasa'yı oluşturanların asıl amaçları doğrultusunda yorumlanması gerekir. Hükümlerin “yalın dilinin” ve lafzi ve olağan anlamının anlaşılması gerekir. Kanunun kabulünün tarihsel gelişim sürecine saygı gösterilmelidir.⁷⁰

⁶⁷ [1968] 2 MLJ 238

⁶⁸ Ibid sf. 243

⁶⁹ [1996] 1 MLJ 18

⁷⁰ Prof. Dr. Shad Saleem Faruqi, “Document of Destiny. The Constitution of Malaysia” 2008, sf. 632.

Bu ruhla, **Public Prosecutor v Datuk Harun bin Haji Idris & Ors**⁷¹ davasında mahkemenin herhangi bir yasa ya da anayasa teorisi yararına veya eksiklikleri giderme veya sözde hataları düzeltme amacıyla bile Anayasanın dilini esnetme ya da çarpıtma konusunda serbest olmadığı ileri sürüldü. Benzer şekilde, **Jabar v PP**⁷² davasında, Singapur mahkemesi bir kanunun geçerli şekilde çıkarıldığı sürece geçerli ve bağlayıcı olduğunu öne sürdü: “Mahkeme adil, doğru ve makul olup olmadığı ile ilgili değildir.....”

Bu dar lafzi yorum yöntemi, ihtiyati tutuklama emirleri, kanun önünde eşitliğe ilişkin anayasal güvence, “kişisel özgürlük” kavramının yorumu ve sınırlı yerleşim emirlerini kapsayacak şekilde yargı denetimine ilişkin pek çok davada kabul edilmiştir. Ancak çok nadir durumlarda en üst düzeydeki mahkeme Anayasa’nın yorumlanmasında liberal bir yaklaşım uygulamıştır.

Böylece, **Public Prosecutor v Sihabduin bin Haji Salleh & Anor**⁷³ davasında, Suffian LP, beş hâkimin bulunduğu Federal Mahkeme çoğunluk kararını verirken şunu ileri sürdü:

“Üçüncü olarak, eğer kanun koyucu kanunu bu şekilde değiştirirse ve *Duport Steels Ltd v Sirs* [1980] 1 All ER 529 davasında 541. sayfada Lord Diplock’un sözlerini başka sözcüklerle açıklamak gerekirse, yargının rolü kanun koyucunun kabul etmiş olduğu sözlerden amacının ne olduğunu ortaya çıkarmakla ve bu amacı anlamakla sınırlıdır. Kelimelerin anlamı yalın ve açık olunca, yalın anlama anlam yükleyememenin gerekçesi (mazereti) olarak anlam kargaşası düşünüp yaratmak hâkimlere düşmez çünkü bizzat kendileri böyle yapmanın sonuçlarının yersiz, ya da hatta haksız veya ahlaka aykırı olacağını düşünmektedirler; veya aynı davada Lord Scarman’ın sözlerini başka sözcüklerle açıklamak gerekirse, yazılı hukuk (mevzuat) alanında hâkim kanun koyucunun kanunlarda ifade edilen iradesine uymalıdır, farklı yorumlar mümkün olduğunda hâkimin seçme yetkisi vardır, fakat hâkim kararında kanunun çıkarılma amacını en çok karşılayan yorumu seçmelidir. Sonuç haksız fakat kaçınılmaz olsa bile, hâkim kanunu reddetmemelidir; hoş olmayan mevzuat sırf hoş değil diye hiçe sayılamaz ya da reddedilemez; hâkimin görevi bunu yorumlamak ve uygulamaktır.”⁷⁴

71 [1976] 2 MLJ 116

72 [1995] 1 SLR 617

73 [1980] 2 MLJ 273

74 Ibid sf. 276

Aynı davada karşı oy verilen kararda, Wan Suleiman FJ'nin bu konuda Suffian LP'ye katıldığını eklemem gerekir.

(ii) Liberal Yöntem

“Hukuki gerçekçilik” akımının temsilcileri öte yandan yorumlama görevinin kaçınılmaz olarak yaratıcı olduğunu ileri sürerler çünkü hukuk kelimelerinin açık/belli anlamları yoktur. “Kişisel hürriyet”, “yaşam”, “hukuk”, “mülk”, “yeterli tazminat”, “dil” ve “olağanüstü hal” gibi ifadeler parçalara ayrılıp bırakılmazlar. Anayasal meselelere ilişkin olarak mahkeme, önceki emsal kararların harfiyen izlenmek zorunda olunmadığını ifade etti. Bu kararlar duruma ilişkin olarak atfedilen anlama bağlı olmalıdırlar.⁷⁵

Böylece, **Teh Cheng Poh v Public Prosecutor**⁷⁶ davasında, anayasa hukukunu uygulama konusunda, mahkemenin görünenin (nitelendirilenin) arkasındaki esasa bakmak zorunda olduğu ileri sürüldü. Hükümetin bir kanunu ikinci derecede mevzuatın bir parçası olarak nitelendirmesi ya da tanımlaması, Parlamento oturum yaptıktan çok sonra bunun Kral tarafından yürürlüğe konan gizli bir Kararname olduğu ve böylelikle Anayasa'ya aykırı olduğu gerçeğini saklayamaz. Bu, mahkemenin bir olağanüstü hal kanununun geçersiz olduğunu beyan ettiği bir davadır. Danışma Meclisi kararında, Parlamento 20 Şubat 1971 tarihinde oturum yapınca, Kralın kanun hükmünde Kararname çıkarma yönünde hiçbir yetkisinin bulunmadığını ileri sürdü. 1975 Düzenlemeleri (Güvenlik Davaları) (Değişiklik), Anayasa'nın gücünü aşarlar (*ultra vires*) ve bu nedenle hükümsüzdürler. Ne var ki, aynı kararla yürürlükten kaldırılmış olan 15 Mayıs 1969 tarihli Olağanüstü Hal İlanının halen yürürlükte olduğu ileri sürüldü. Parlamente demokrasinin ve kuvvetler ayrılığının işleme şekli budur.⁷⁷

(iii) Amaca Yönelik Yaklaşım

Bu yaklaşım, mahkemenin Anayasa'nın taslağını hazırlarken kurucularının akıllarında olan amacı tespit etmesini gerektirir.

⁷⁵ Prof. Dr. Shad Saleem Faruqi, “Constitutional Interpretation in a Globalised World”, 17/11/2005, sf. 2, www.malaysianbar.org.my

⁷⁶ [1979] 1 MLJ 50.

⁷⁷ Tun Abdul Hamid Mohamad, “Legal And Judicial Transformation in Malaysia”, Razak Okulu, Hükümet Liderliği Forumu, 5/4/2013, sf. 2.

Amaca yönelik yaklaşımın kabul edildiği önemli bir dava, Yüksek Mahkemenin karar verdiği **Teoh Eng Huat v Kadhi Pasir Mas & Anor**⁷⁸ davasıdır ki burada reşit olmayan bir kişinin (Çinli bir kız) İslam dinini kabul etme hakkı mahkeme önündeki esas meseledir. Yüksek Mahkemenin, Anayasanın 11. ve 12. maddelerine ilişkin olarak, Üst Mahkeme hâkimince kabul edilen lafzi yorum yönteminin doğru olup olmadığını tespit etmesi istendi.

Üst Mahkemede, duruşma hâkimi 12. maddenin 3. fıkrasında yer alan “*ister/gerektirir*” kelimesinin bir çeşit zorlayıcı unsur anlamına geldiğini ve de bir kişi yasak eylemleri gönüllü olarak yaptığında 3. fıkranın uygulanabilir olmadığını ileri sürdü. Hâkim, 3. fıkra dolayısıyla 4. fıkradaki kelimenin genel olarak değil yalnızca bu belirli fıkra için geçerli olabileceğini ayrıca ifade etti. Özet şeklinde, bu, 18 yaş altında Müslüman olmayan herhangi bir çocuğun vasisinin ya da ebeveynin isteklerine karşın kendi dinine karar verebileceği anlamına gelir.

Duruşma hâkiminin kararını bozmaya ilişkin olarak, Abdul Hamid LP şunu ileri sürdü ki;

“Doğruyu söylemek gerekirse, ilgili anayasal hükümler, 1961 Çocukların Velayeti Kanununun hükümleri ve Anayasamızın ilanının ardındaki koşullar üzerinde epeyce düşündük. Normalde olağan yargı uygulaması uyarınca yorumlama görevimizi yalnızca kanun sözlerine bağlı kılmamıza rağmen, görülmekte olan davada Anayasamızın taslağı hazırlanırken kurucularının akıllarındaki amacı, Lord Denning’in de bunu yapmış olduğu söylendiği üzere, kendimiz için tespit etme cesaretini gösterdik. Malezya Anayasası bir gecelik düşüncenin ürünü değil, Reid Komisyonu şeklinde yaygın olarak bilinen Birleşik Krallık, Avustralya, Hindistan ve Batı Pakistan’dan gelen anayasa ve yönetim uzmanlarının parlak fikridir. Komisyonun tespitinden önce, çeşitli ırk ve din gruplarını temsil eden İttifak partisi, Malay Yöneticileri ve İngiliz Hükümeti arasında müzakereler, tartışmalar ve mutabakat olmuştu.”⁷⁹

Hâkim ayrıca şöyle bir açıklamada bulundu ki:

“Her koşulda, milletin daha büyük menfaati için hiçbir çocuğun ebeveyninin ya da vasisinin izni olmaksızın kendi dininden başka bir din ile ilgili eğitim alma yönünde otomatik bir hakkı olmaz”⁸⁰

78 [1990] 2 MLJ 300

79 Ibid., sf. 302

80 Ibid., sf. 302

Davanın yukarıdaki ve ayrıca yapılan yorumuna dayanarak, aşağıdaki ilkeler düzenlenebilir:⁸¹

(a) 11. ve 12. maddelerin yorumu “yanlış öncüller üzerine yer etmiş” olamaz ve ilgili mevzuatın ardındaki “ruha ve amaca” aykırı olmamalıdır.

(b) Kelimenin olağan ve harfi harfine anlamından (lafzi yorum yöntemi) bir sapma, Başkan 11. ve 12. maddelerin gerçek anlamının ancak duruşma hâkimince sunulan tüm “teknik ayrıntıları ya da sadece akademik görüşleri” “kaldırarak” tespit edilebileceğini söylediğinde ortaya çıkar;

(c) Kanuni yorumda eşit derecede önemli/temel bir düşünce “milletin daha büyük menfaatleridir”;

Bu nedenlerle, mahkeme “hiçbir çocuğun eğitim alma yönünde otomatik bir hakkı olmayacağını” ileri sürdü.

Şu belirtildi ki yukarıdaki (a) ve (b) fıkraları kanuni yoruma ilişkin “amaca yönelik yaklaşımın” bir parçasını oluşturmak olarak kabul edilebilirler, (c) fıkrası ise kabul edilen tüm diğer yorum yöntemlerinden tam anlamıyla yeni ve radikal bir sapmadır.⁸²

8.0 Sonuç

Malezya’daki mahkemeler, Anayasa’nın yorumuna ilişkin bazı belirli ilkeler koymuşlardır. Genel olarak mahkemeler, olağan bir kanuna kıyasla Anayasayı “daha az katılıkla ve daha fazla cömertlikle” yorumlayacaklar, fakat böyle yaparken 1957 ve 1963 yıllarında Anayasa’yı meydana getiren tarihi olayları ve gelişmeleri dikkate alacaklar, anayasal hedeflerin geliştirilmesi amacıyla Malay Yöneticileri kurumunu ya da Sabah ve Sarawak Eyaletlerinin özel menfaatlerini ve ayrıca insanların temel haklarını koruma yönünde Anayasa’da yer alan hükümleri savunacak veya yürürlüğe koyacaklardır.

Önceden var olan kanunlar, yani Merdeka veya Malezya Günü öncesinde çıkarılmış ve yürütme kararları ile değiştirilmemiş olan kanunlar hususunda şunu belirtmek gerekir ki mahkemeler, bu kanunların

81 Salleh Buang, Statutory Interpretation, 1996, Central Law Book Corporation Sdn Yayınevi, sf. 125

82 Ibid., sf. 126

hükümlerinin Anayasa'ya uygun olmaları için, madde 162(6) uyarınca bu önceden mevcut kanunları gerekli değişikliklerle uygulayacaklardır.

Anayasa'nın verdiği takdir yetkilerinin kullanılması alanında, mahkemenin ağır basan rolünün bu tür yetki verilenlerin bunları anayasal yetki sınırları dâhilinde kullanmalarını ve bu sınırları aşmamalarını temin etmektir. Yukarıda, Anayasa kapsamında herhangi bir kanunun yasallığını veya anayasallığını tespit etmek için siyasi kuram ve herhangi bir öğreti ya da inanç gibi diğer faktörlere değil ama Anayasa hükmüne atıfta bulunulması gerektiği ileri sürülmektedir. Ne var ki, kuvvetler ayrılığı ilkesinin Anayasa'nın 12. maddesinde yapılan değişiklikten sonra Anayasal çerçvemizin bir parçası olup olmadığı tartışılır durumdadır.

Hâkimlerin görevi böylece yalnızca kanunu yorumlamak değildir. Hâkimlerden hem "*filozof*" hem de "*kral*" olmaları bile beklenebilir.⁸³ Hâkimler, yeminlerine sadık kalarak, görevlerini kamuoyunun hukukun üstünlüğüne olan güvenini ve saygısını uyandıracak bir şekilde yerine getirmelidirler. Bu, hâkimlerin davaları görürken içinde bulundukları tarafsızlık ve adalet ile sağlanabilir ve verdikleri kararlar düşüncelerindeki istikrar ve bütünlüğün göstergesi olmalıdırlar.⁸⁴ Hâkimler, kuvvetler ayrılığı ilkesine riayet ederek ve bununla beraber hukukun üstünlüğünü savunma yönündeki zorunlu görevlerini unutmayarak, aynı zamanda iki hassas işi birden yapmalıdırlar.

83 Dato' Mohd Hishamudin Yunus, "Judicial Activism-The Way To Go?" [2012], 6 MLJ xvii, internet üzerinde, www.lexisnexis.com/my/legal.

84 JC Fong, "Constitutional Federalism in Malaysia", 2008, Thomson Sweet & Maxwell Yayınevi, sf. 189.

Methods of Interpretation in Constitutional Justice

The Rt. Hon. Tun Arifin bin Zakaria
Chief Justice of Malaysia

1.0 Introduction

The term constitutional justice can be considered as a general term used to define all the functions that are carried out by a Constitutional or Supreme Court (but also by lower courts depending on the model that is adopted) in ensuring preservation of the Constitution and protection of fundamental and basic rights¹. A Constitution is the fundamental and basic law of the land.² A Constitution provides the political architecture as to how the country should be organised or governed with the basic organs vested with defined powers and functions, and how justice is administered. At the ideological level, the Constitution provides the philosophical, fundamental or core values on which the respective society is founded.³ The Constitution reflects the country's ideology, either democratic or totalitarian, capitalist or socialist, theocratic or secular.

To date, there is no unified method of constitutional interpretation. The difference in approach, leads to concerns regarding the ultimate validity of the decision: i.e. whether the Constitution provides for constitutional justice? This paper will address the above issue, and consider the various methods adopted by the Malaysian Judiciary in interpreting the Constitution.

2.0 A Brief Background On The Malaysian Constitution

The Malayan Constitution was drafted by the Reid Commission which was appointed by the British in agreement with the Conference of Malay

1 Giuseppe Franco Ferrari, Introduction to Italian Public Law, Giuffrè Editore, pg. 184

2 Shad Saleem Faruqi, 'Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia', (2008), MALAYSIA Star Publications (Malaysia) Berhad, at page 20.

3 Ibid.

Rulers⁴. The members of the Commission consisted of legal experts from other jurisdictions. Therefore, even though the basic structure of the Constitution was adopted from the Indian Constitution as well as the Westminster model, the ultimate result of the Constitution was derived not solely from the Indian and British models but a mixture of traditions and principles both local and foreign. The Malayan Constitution had since evolved into the Malaysian Constitution with the formation of Malaysia in 1963.

The basic structure of the Malaysian Constitution consists of the following features:

- (a) Supremacy of the Constitution;
- (b) Democratic form of Government;
- (c) Separation of Powers between the Legislature, the Executive and the Judiciary;
- (d) Federal Character of the Constitution with Separation of Powers between the States and the Federation; and
- (e) Protection of Fundamental Liberties in Part II of the Constitution.

3.0 Supremacy Of The Constitution

In Malaysia, the Federal Constitution is supreme.⁵ This is provided in Article 4(1) of the Constitution which reads:

“4 (1) This Constitution is the supreme law of the Federation and any law passed after Merdeka Day which is inconsistent with this Constitution shall, to the extent of the inconsistency, be void.”

This provision is adopted from the American constitutional concept known as constitutional doctrine. The doctrine and the provision was acknowledged by Lord Denning in the case of **B Surinder Singh Kanda v The Government of The Federation of Malaya**⁶ where his Lordship made the following remarks:

4 Colonial Office, Report Of The federation Of Malaya Constitutional Commission 1957, Her Majesty's Stationery Office, London, pg. 4

5 Tun Mohamed Suffian's An Introduction to The Constitution of Malaysia edited by Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacob Hussain Merican, Third Edition, 2007, at page 17.

6 [1962] MLJ 169 at.p170

“The Federation of Malaya came into being on Merdeka Day that is 31st August 1957. Thence forward the Constitution was the Supreme law of the Federation (Article 4)”

In **Loh Kooi Choon v Government of Malaysia**⁷, HRH Raja Azlan Shah FJ (as His Royal Highness then was) articulated the concepts of Constitutional Supremacy in the following words:

“The Constitution is not a mere collection of pious platitudes. It is the supreme law of the land embodying three basic concepts: One of them is that the individual has certain fundamental rights upon which not even the power of the state may encroach. The second is the distribution of sovereign power between the States and the Federation, that the 13 States shall exercise sovereign power in local matters and the nation in matters affecting the country at large. The third is that no single man or body shall exercise complete sovereign power, but that it shall be distributed among the Executive, Legislative and Judicial branches of government, compendiously expressed in modern terms that we are a government of laws, not of men.

His Lordship further stated as follows-

“This reasoning, in my view, is based on the premise that the Constitution as the supreme law, unchangeable by ordinary means, is distinct from ordinary law and as such cannot be inconsistent with itself. It is the supreme law because it settles the norms of corporate behaviour and the principle of good governance. This is so because the Federation of Malaya, and later, Malaysia, began with the acceptance of the Constitution by the nine Malay States and the former Settlements of Penang and Melaka, by the acceptance of it by Sabah and Sarawak that entered the Federation in 1963, as the “supreme law of the Federation ...” (clause 1 of Article 4). It is thus the most vital working document which we created and possess...”⁸

The Federal Court in **Sivarasa Rasiah v Badan Peguam Malaysia & Anor**⁹ also upheld the doctrine of constitutional supremacy which is embodied in article 4(1) of the Federal Constitution. The Court observed:

“Further, it is clear from the way in which the Federal Constitution is constructed there are certain features that constitute its basic fabric. Unless sanctioned

7 [1977] 2 MLJ 187 at p.188

8 Ibid., p.190

9 [2010] 3 CLJ at p. 517

by the Constitution itself, any statute (including one amending the Constitution) that offends the basic structure may be struck down as unconstitutional. Whether a particular feature is part of the basic structure must be worked out on a case by case basis. Suffice to say that the rights guaranteed by Part II which are enforceable in the courts form part of the basic structure of the Federal Constitution. See Keshavanada Bharati v State of Kerala AIR [1973] SC 1461".

In short the Constitution has primacy over any enactment whether Federal or State, enacted by Parliament or the State Legislative Assemblies.

The Malaysian Constitution is supreme and all organs of Government including Parliament are subject to the Constitution. Our Parliament derives its power from the Constitution which divides legislative power between the Federation and the states. The Constitution enumerates matters in which Parliament may make laws, and matters in which the state Legislative Assemblies may make laws.

Therefore, any legislation enacted by Parliament or the State Legislature may be declared void by the court, if it is inconsistent with the Constitution, to the extent of the inconsistency.¹⁰

4.0 The Federal Court As The Interpreter Of The Constitution

The Federal Court is the highest court of the land and since we do not have a Constitutional Court, it is effectively the Constitutional Court of the country. The Federal Court is vested with the exclusive jurisdiction over the interpretation of the Constitution.

This is spelt out in Article 128 of the Constitution. The Federal Court has exclusive jurisdiction in regard to:

(a) any question whether a law made by Parliament or by the Legislature of a State is invalid on the ground that it makes provision with respect to a matter with respect to which Parliament or, as the case may be, the Legislature of the State has no power to make laws; and

(b) disputes on any other question between States or between the Federation and any States.

¹⁰ JC Fong, 'Constitutional Federalism in Malaysia', 2008, Thomson Sweet & Maxwell, at p. 152.

The Federal Court also has jurisdiction to determine any question as to the effect of any provision of the Constitution referred to it by another court and to remit the same to the other court to be disposed of in accordance with the determination.¹¹

The Federal Court is also conferred advisory jurisdiction under Article 130 of the Constitution under which the Yang Di-Pertuan Agong (the King) may refer to the Federal Court any question as to the effect of any provision of the Constitution which has arisen or appears to him likely to arise. So far, His Majesty has done so only once, that is in the case of **Government of Malaysia v Government of the State of Kelantan**¹². In that case, the Kelantan Government had entered into certain commercial arrangements with a company under which it received a deposit. The Federal Government contended that this tantamount to borrowing contrary to the Constitution. The Federal Court rejected the Federal Government's contention and held that the receipt of the deposit did not amount to borrowing. Following the decision, the definition of the word "borrow" was amended by section 8 of the Constitution (Amendment) No. 2 Act of 1971.¹³

Thus, in Malaysia, the Federal Court being the highest Court in the land which plays a dual role; as the interpreter of the Constitution and also as the highest appellate court.

5.0 Judicial Power

In Malaysia, after the amendment of Article 121(1) of the Constitution in 1988, the courts' jurisdiction is now limited to those conferred by or under the federal law. The current provision of Article 121 reads as follows–

"121(1) There shall be two High Courts of co-ordinate jurisdiction and status namely –

(a) one in the States of Malaya, which shall have been known as the High Court in Malaya and shall have its principal registry in Kuala Lumpur; and

11 Article 128(2) of the Federal Constitution.

12 [1968]1 MLJ 129.

13 Tun Mohamed Suffian's, *An Introduction To The Constitution of Malaysia*, Edited by Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacon Hussain Merican, 2007, at p. 130.

(b) one in the States of Sabah and Sarawak, which shall be known as the High Court in Sabah and Sarawak and shall have its principal registry at such place in the States of Sabah and Sarawak as the Yang Di-Pertuan Agong may determine;

and such inferior courts as may be provided by federal law; and the High Courts and inferior courts shall have such jurisdiction and powers as may be conferred by or under federal law."

With the amendment of Article 121, it is contended that the judicial power is no longer vested in the judiciary and hence put an end to the doctrine of separation of powers. This issue came for consideration before the Federal Court in the case of **Public Prosecutor v Kok Wah Kuan**¹⁴.

The Federal Court in that case held, inter alia, that the doctrine of separation of powers "*is not definite and absolute*". This landmark decision is said to have confirmed the fears expressed in 1988 when Article 121 was amended to remove the judicial power from the courts and the dangers it posed to the system of checks and balances on Executive power. It is contended by some quarters that under the system of constitutional government, the courts are always regarded as the protector of the Constitution and will imply into the Constitution the basic fabric of democratic values, including the doctrine of separation of powers which distinguishes a democracy from a dictatorship.

Under the current Article 121 it would appear that judicial power is no longer vested in the Judiciary as the jurisdiction and powers of the courts are limited to those conferred by or under the federal law. If this is so, then the doctrine of separation of powers no longer exist. On the other hand, there are strong arguments that the amendment should be given a restricted interpretation in order to preserve the constitutional order or the basic structure or framework of the Constitution.

In **PP v Kok Wah Kuan**, the accused who was 12 years and 9 months old at the time of the commission of the offence was charged in the High Court for the offence of murder punishable under section 302 of the Penal Code. He was convicted and ordered to be detained during the pleasure of the Yang Di-Pertuan Agong pursuant to section 97(2) of the Child Act 2001. Upon his appeal, the Court of Appeal upheld the conviction but set aside the

14 [2008] 1 MLJ 1

sentence imposed on him and released him from custody on the sole ground that section 97(2) of the Child Act was unconstitutional.

The Court of Appeal applying what it considered settled principles held that section 97(2) of the Child Act had contravened the doctrine of separation of powers by conferring on the Executive the judicial power to determine the measure of sentence to be served by the accused. By virtue of Article 39 of the Constitution, the executive power of the Federation vests in the Yang Di-Pertuan Agong who, in accordance with Article 40 of the Constitution, must act in accordance with the advice given by the Cabinet.

On appeal the majority of the Federal Court Judges rejected the finding that the amendment to Article 121 was of no effect, ruling that after the amendment, there is no longer any declaration in the Constitution that the judicial power of the Federation vests in the two High Courts. It was therefore no longer necessary to interpret the term “judicial power” and all that is needed is to look at the federal law to know the jurisdiction and powers of the two High Courts. On that premise, section 97(2) was held not inconsistent with any provision of the Constitution.

Alluding to the Court of Appeal’s finding that section 97(2) had violated the doctrine of separation of powers, Abdul Hamid Mohamad, PCA (who later became the Chief Justice of Malaysia) dismissed the doctrine as a mere political doctrine that is not absolute. Although admitting that the doctrine had influenced the framers of the Constitution, the learned Judge was emphatic that it was not a provision of the Malaysian Constitution and no provision of law can be struck down as being unconstitutional merely because it offended that doctrine.

It is noteworthy that, Richard Malanjum, CJ (Sabah and Sarawak) although agreeing with the majority as to the outcome of the appeal disagreed with the view of the majority that with the amendment of Article 121 the court in Malaysia can only function in accordance with what has been conferred on them by the federal laws. He concluded that the absence of the words “judicial power” in Article 121(1) of the Federal Constitution “did not cause the courts to become servile agents of the Federal Act of Parliament and to only perform mechanically any command or bidding of a federal law”. The main ground of his dissent was in restricting the power of the court to what have been conferred on them by federal laws, which he maintained is

inconsistent with the democratic system of government wherein the courts form the third branch of the Government. The learned Chief Judge firmly rejected the view that the amendment had the effect of removing the doctrines of the separation of powers and the independence of the Judiciary as basic features of the Constitution.

This case shows a divergence in approach between the majority and the minority with regard to constitutional interpretation even though their decision to dismiss the appeal was unanimous. The majority adopted what may be referred to as the literal approach to interpretation while the dissenting view adopted the purposive approach. Thus the issue is far from settle.

6.0 Conceptual Issues: Methods Of Interpretation Of The Malaysian Constitution

The judiciary as one of the arms of the Government is tasked with the interpretation of the Constitution. The unique methods of interpretation of our Constitution was borne out in the decision of Raja Azlan Shah FJ (as His Royal Highness then was) in the case of **Loh Kooi Choon v Government of Malaysia**¹⁵ where his Lordship held that:

*“Whatever may be said of other Constitutions, they are ultimately of little assistance to us because our Constitution now stands in its own right and it is in the end the wording of our Constitution itself that is to be interpreted and applied, and this wording “can never be overridden by the extraneous principles of other Constitutions” – see Adegbenro v Atkintola & Anor [1953]3 All ER 544 541. Each country frames its constitution according to its genius and for the good of its own society. We look at other Constitution to learn from their experiences, and from a desire to see how their progress and well-being is ensured by their fundamental law.”*¹⁶

By way of caution, I should add that though the court may interpret a Constitution with “more generosity than any ordinary Act” such interpretation must not go against certain fundamental principles, such as the observance of the rules of natural justice or the need to promote the objects of the Constitution as may be ascertained from the language used in the document

¹⁵ [1977] 2 MLJ 187

¹⁶ [1977] 2 MLJ 187 at p. 188-189.

In addition, for a country which is based on the concept of supremacy of the Constitution, any written law may be declared void as being inconsistent with the Constitution. The court had deliberated on this principle in **Muhammad Hilman bin Idham & Ors. v Kerajaan Malaysia & Ors.**¹⁷

In that case, the appellants, who were political science undergraduate students of the Universiti Kebangsaan Malaysia (UKM), were present in the constituency of Hulu Selangor during the campaign period for the Parliamentary by-election of 24 April 2010. They were found to have in their possession, paraphernalia supportive of, sympathetic with or opposed to a contesting political party in the by-election. A month later, the appellants received notices from the University requiring them to appear before a disciplinary tribunal to answer charges of alleged breaches and offences under section 15(5)(a) of the Universities and University Colleges Act 1971 (UUCA). They denied the allegations and at the same time applied by way of an originating summons for a declaration that section 15 (5) (a) of the UUCA contravened Article 10 (1)(a) of the Constitution and was therefore invalid and that consequently, the disciplinary proceedings were also invalid.

The High Court judge found that section 15 (5) (a) of the UUCA was constitutional and valid and that the provisions of section 15 (5) (a) of the UUCA were reasonable and within the ambit of Article 10(1)(a) of the Constitution read with Article 10(2)(a).

On appeal, the issue for determination was whether the restriction under section 15(5)(a) UUCA is reasonable and the restriction falls within the permissible exceptions as provided by Article 10(2)(a) of the Constitution? The Court of Appeal in a majority 2-1 decision, ruled that section 15 (5)(a) of the Act was unreasonable and violated freedom of speech guaranteed by the Constitution. The Court of Appeal had given a realistic dimension to the word reasonableness and an interpretation that is poles apart from the conservative position of the apex court in the case of *Sivarasa Rasiah v Badan Peguam Malaysia & Anor*¹⁸. The Federal Court observed that:

"In three recent decisions this court has held that the provisions of the Constitution, in particular the fundamental liberties guaranteed under Part II, must be generously

17 [2011] 6 MLJ 507

18 [2010] 2 MLJ 333

interpreted and that a prismatic approach to interpretation must be adopted. These are Badan Peguam Malaysia v Kerajaan Malaysia [2008] 2 MLJ 285; [2008] 1 CLJ 521, Lee Kwan Woh v Public Prosecutor [2009] 5 MLJ 301; [2009] 1 LNS 778 and Shamim Reza bin Abdul Samad v Public Prosecutor [2009] 2 MLJ 506; [2009] 6 CLJ 93."¹⁹

The Federal Court explained as follows:

"Provisos or restrictions that limit or derogate from a guaranteed right must be read restrictively..."²⁰

The Federal Court held that:

"Now although the article says 'restrictions', the word 'reasonable' should be read into the provision to qualify the width of the proviso."²¹

It is to be noted that, the Government's appeal to the Federal Court was dismissed on 22 November 2012 on grounds that the matter was academic as Section 15(5)(a) had been repealed three months after the Federal Court granted leave to appeal to the appellants.

Permit me to move on to the issue at hand, i.e the methods used by the Malaysian Judiciary in interpreting the Constitution.

7.0 Methods Of Interpretations Used By Malaysian Courts

(a) Ordinary Rules of Statutory Interpretation Do Not Apply

A Constitution should be interpreted "with less rigidity and more generosity" (see **Attorney-General of St Christopher, News & Anguilla v Reynold**²². This principle was applied by Raja Azlan Shah Ag LP in **Dato' Menteri Othman bin Baginda & Anor v Dato Ombi Syed Alwi bin Syed Idrus**²³. The Lord President observed as follows:

"In interpreting a constitution two points must be borne in mind: First, judicial precedent plays a lesser part than is normal in matters of ordinary statutory interpretation. Secondly, a constitution, being a living piece of legislation, its provisions must be construed broadly and not in a pedantic way — "with less rigidity

¹⁹ Ibid., p.340

²⁰ [2010]2MLJ333 p.341

²¹ Ibid., p.341

²² [1979] 3 All ER 129

²³ [1981] 1 MLJ 29

and more generosity than other Acts” (see Minister of Home Affairs v Fisher [1979] 3 All ER 21. A constitution is sui generis, calling for its own principles of interpretation, suitable to its character, but without necessarily accepting the ordinary rules and presumptions of statutory interpretation.”²⁴

In another case, **Merdeka University Bhd v Government of Malaysia**²⁵, Abdoolcader J cautioned that the principle of not construing a Constitution in “any narrow or pedantic sense” does not mean the court is at liberty to stretch or pervert the language of the Constitution in the interest of any legal or constitutional theory or even for the purposes of supplying omissions or correcting supposed errors.

(b) Decisions of other Courts are of Persuasive Value Only

The decisions of foreign courts, especially courts of the Commonwealth countries are of high persuasive value. Whilst the decisions of English judges, especially in the Privy Council had influenced the Malaysian judiciary in the interpretation of the Malaysian Constitution, the courts have been reluctant to rely on Indian authorities as an aid in the interpretation of our constitutional provisions. The reasons for this reluctance is found in the Federal Court decision in **Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [Minister Of Home Affairs], Malaysia**²⁶. It was an appeal against the decision of the trial judge on an Application for a writ of *habeas corpus*. Ong Hock Thye CJ (Malaya) stated :

“Perusing both English and Indian authorities has been no small task, but at the end of it all I would sum up by saying that, in my humble opinion, English courts take a more realistic view of things, while Indian judges, for whom I have the highest respect, impress me as indefatigable idealists seeking valiantly to reconcile the irreconcilable whenever good conscience is pricked by an abuse of executive powers.”²⁷

Suffian F.J. in that case opined that

“Judgments of the Indian Supreme Court are of great persuasive value here, particularly on the Constitution because to a great extent the Indian Constitution was the model for our own Constitution. But having given this matter anxious

24 Ibid, p. 33; See also JC Fong, ‘Constitutional Federalism in Malaysia’, 2008, Thomson Sweet & Maxwell, at p. 162.

25 [1981] 2 MLJ 356

26 [1969] 2 MLJ 129

27 Ibid., p.141

consideration I have come to the view that with deep respect the Indian Supreme Court should not in this matter be followed

I would prefer to follow with respect the reasoning of the English Court of Appeal in the King v Secretary of State for Home Affairs, Ex parte Lees [1941] 1 KB 72..."

It is pertinent to state that the fundamental rights as promulgated in the Indian Constitution is not similar to ours. India promotes the concept of secularism and is implicit in the Preamble of the Constitution where it clearly proclaims that the people of India have solemnly resolved to constitute India into a Sovereign Socialist Secular Democratic Republic. The expression "Socialist Secular" was inserted in the preamble by the Constitution (42nd Amendment) Act 1976. The object of inserting this expression was to spell out expressly the high ideas of socialism and secularism and the integrity of the Nation.²⁸ This amendment was only to make explicit what was already provided in the Constitution. By this amendment, the word 'secular' was introduced and thus, what was hitherto implicit was made explicit.²⁹ Even before the word 'secular' was inserted in the preamble, the Supreme Court of India had already observed that secularism was a basic feature of the Constitution. (**Sardar Syedna Taher Saifuddin Saheb v The State of Bombay**(AIR) (1962) SC 853,871).

(c) Constitutional Conventions

To what extent may conventions be used by the courts? The Reid Commission's Report highlighted a situation where after the Federation Agreement 1948 was signed, and the Malayan Constitution was drafted, the conventions pointed by Reid Commission seemed to have been incorporated into the Constitution and rendered superfluous. Therefore the only conventions that may still be of utility are those observed in Britain upon which our constitution and system of Government are modelled. Therefore would convention assume a role in the interpretation of the Constitution? Some judges are of the view that it is only if the courts

28 Jeyasingh Peter, 1999, Secularism and Freedom of Religion, [http://courses.cs.vt.edu/cs3604/lib/freedom of Speech/International](http://courses.cs.vt.edu/cs3604/lib/freedom%20of%20Speech/International)

29 MP Jain, Indian Constitutional Law, Sixth Edition 2010(Lexis Nexis Butterworths Wadhwa), p. 1316

consider that external aid is necessary for such purpose that it will become necessary to consider.³⁰

In Datuk (Datu) Amir Kahar Bin Tun Haji Mustapha v Tun Mohd Said Bin Keruak & Ors³¹, Abdul Kadir Sulaiman J said in *obiter* that conventions can be referred to as aid to the construction and interpretation of the provisions of the Constitution. However such conventions cannot override the express provisions of the Constitution (whether federal or state). It was further held that before a convention is invoked as an aid to interpretation, the actual constitutional provisions must first be looked at.

(d) Interpretation to Safeguard Entrenched Constitutional Provisions and Customary Laws

Malaysian courts decisions have demonstrated that they would uphold the entrenched provisions and ensure that no legislation would adversely affect those provisions. This is illustrated in the Federal Court judgment in **Pihak Berkuasa Negeri Sabah v Sugumar Balakrishnan**³². In this case the issue raised was whether the amendment to section 65(1) of the Immigration Act 1959/63 (which is in Part VII and hence, deemed, by virtue of Article 161E(4), to be part of the Constitution), contravenes the spirit and intention of the Agreement relating to Malaysia 1963, in particular Chapter III. Mohamed Dzaiddin FCJ (as he then was) delivering the judgment of the Federal Court held that the amendment to s 65 (1)(c) of the Immigration was merely to take away the discretion of the Director of Immigration in complying with the directions of a State Authority and “*does not in any way affect the rights and powers of the State as regards immigration matters*” which is one of the safeguards to protect the interests of Sabah and Sarawak, a pre-condition for them joining Malaysia. The learned judge added “*we are of the view that the spirit and intention of the Agreement Relating to Malaysia 1963 and the Report of the Inter-Governmental Committee had not in any way been contravened*”³³.

In cases concerning indigenous land rights the Malaysian courts have invoked international human rights norms. In a landmark case, **Adong bin**

30 Views of Tan Chiaw Thong J referring to one Canadian case of Reference Re Amendment of the Constitution of Canada (1982) 125 DLR; JC Fong at p. 170.

31 [1994] 3 MLJ 737

32 [2002] 3 MLJ 72; [2002] 3 AMR 2817

33 JC Fong, ‘Constitutional Federalism in Malaysia’, 2008, Thomson Sweet & Maxwell, at p. 175.

Kuwau & Ors v Kerajaan Negeri Johor & Anor³⁴, the High Court held that the plaintiffs, aborigines of the Jakun tribe, have common law rights over the land where they live. This ruling had led to the development of a body of judicial precedent on the recognition of existing rights to land of indigenous peoples in the country arising out of traditional laws and customs.

Similarly in **Sagong bin Tasi & Ors v Kerajaan Negeri Selangor & Ors**³⁵, the court affirmed the principle that natives have proprietary rights over their customary land. In brief, the plaintiffs were among 23 family heads from Bukit Tampoi in Dengkil, Selangor who had 38 acres of their land taken from them for the construction of a highway in 1995. No compensation for the land was made by the defendants, except a nominal amount for crops and dwellings which were destroyed. The authorities maintained that the indigenous peoples were mere tenants on state land and as such were not entitled to compensation under the Land Acquisition Act 1960.

The Shah Alam High Court ruled that the plaintiffs have rights under common law over their lands. The judge also ordered the four defendants (the Selangor state government, United Engineers Malaysia (UEM), Malaysian Highway Authority (LLM), and the Federal Government to pay compensation to the native landowners, and further ordered that UEM and LLM pay damages for trespassing. The decision of the High Court was affirmed by the Court of Appeal.

(e) Historical Background as an Aid to Interpretation

Although the Constitution follows the Westminster model, it has its own peculiarities. The Constitution does not contain just the basic charter alone but also embrace constitutional supremacy, federalism, a constitutional Bill of Rights, and infused with traditional elements modified according to the perceived needs of a new polity divided by race and religion.³⁶ There are many sources that contribute to the constitutional text: the historical documents for instance, the Reid Commission Report, the *Rukun Negara*, the Constitution, the constitution of the various states of the Federation, federal laws, state laws, federal and state subsidiary legislations, decisions of the superior courts, constitutional conventions, *Syariah* laws for Muslims

34 [1997] 1 MLJ 418

35 [2002] 2 MLJ 591

36 Andrew Harding, 'The Constitution of Malaysia, A Contextual Analysis, 2012, at p. 2.

as prescribed in Schedule 9, List 2 of the Constitution, the Malay *adat*, the customs of the natives of Sabah and Sarawak, and ratified and non-ratified international treaties.³⁷

In relation to the constitutionality of international treaties, this issue arose in one case when the British Government intended to give up Singapore, North Borneo and Sarawak. Negotiations were held with the Malayan Government and representatives of the three territories with a view to their joining the federation through an agreement to be entered. There was opposition from the Indonesian and Philippines Governments. There was also opposition from an internal government, the state Government of Kelantan.³⁸

What transpired was, six days before Malaysia was scheduled to be born, the High Court in Kuala Lumpur was asked in **The Government of the State of Kelantan v The Government of the Federation of Malaya and Tunku Abdul Rahman Putra Al-Haj**³⁹ to declare that the Malaysia Agreement and the Malaysia Act to establish Malaysia were null and void or alternatively were not binding on the state of Kelantan. On 9th of July 1963, the Government of the Federation of Malaya, United Kingdom, North Borneo, Sarawak and Singapore had signed the Malaysia Agreement whereby Singapore, Sarawak and North Borneo would federate with the existing states of the Federation of Malaya (including Kelantan) and thereafter the Federation would be called Malaysia. The Federal Parliament had then passed the Malaysia Act (the bill form which had been annexed to the Malaysia Agreement) to amend article 1 (1) and (2) of the 1957 constitution to provide, *inter alia*, for the admission of the three new states and for the renaming of the federation as Malaysia. The Malaysia Act had received the Royal Assent on 26th August and was to be effective on 16th September 1963.

The Kelantan State Government argued that the Malaysia Act would abolish the "*Federation of Malaya*" thereby violating the Federation of Malaya Agreement, 1957; that the proposed changes needed the consent of each of the

37 Shad Saleem Faruqi, 'Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia', (2008), MALAYSIA Star Publications (Malaysia) Berhad, at p.24.

38 Tun Mohamed Suffian's 'An Introduction To The Constitution Of Malaysia', Edited by Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacob Hussain Merican, Third Edition, Pacifica Publications, at p. 13.

39 [1963] MLJ 355

states of Malaya, including Kelantan, and this had not been obtained, that the Ruler of Kelantan should have been a party to the Malaysia Agreement; that constitutional convention called for consultation with Rulers of individual states as to the substantial changes to be made to the constitution; and that the federal Parliament had no power to legislate for Kelantan in respect of any matter regarding which that state had its own legislature.

On 11 September 1963, the Kelantan State Government moved that, pending the ultimate disposal of their dispute, the court should restrain the defendants, the Government of the Federation of Malaya and the Prime Minister, from carrying into effect any of the provisions of the Malaysia Act. The Chief Justice himself heard the application and dismissed it on 14 September 1963. On the merits, His Lordship Thomson CJ held as follows:

“By Article 160 the Constitution itself is a written law and by Article 159 Parliament may make laws amending its provisions. This power is subject only to the restriction that a Bill to amend the Constitution requires to be passed by a majority of each House of Parliament consisting of two-thirds of the total number of members and by reason of Article 159(5) a law amending Articles 38, 70 or 71(1), which deal with the position of Their Highnesses the Rulers, or amending Article 153, which relates to the special position of the Malays, shall not be enacted without the consent of the Conference of Rulers. It is, however, to be noted that by reason of Article 159 the requirement of a two-thirds majority does not apply to any amendment of the Constitution made for or in connection with the admission of any State.;

...

The Malaysia Agreement is signed “for the Federation of Malaya” by the Prime Minister, the Deputy Prime Minister and four other members of the Cabinet. There is nothing whatsoever in the Constitution requiring consultation with any State Government or the Ruler of any State...”

It is to be highlighted that the above mentioned case demonstrates the important role assumed by the Federal Court in interpreting the Constitution as a whole and not limited to the letters of the specific provisions, in the Constitution.

(f) Interpreting Provisions Conferring Discretionary Powers: Judicial Review

All powers must be subject to limitation. There must be controls on executive discretion so that discretionary authority does not degenerate into arbitrariness

It's a duty of the courts to ensure that every institution and every functionary of the state must stay within the limits of its or his competence. It is on this background that the Malaysian courts have dealt with the challenge to a declaration of emergency as in the case of *Stephen Kalong Ningkan v Government of Malaysia*⁴⁰. In the series of cases: *Tan Tek Seng v Suruhanjaya Perkhidmatan Pendidikan & Anor*⁴¹ and *Sugumar Balakrishnan* - administrative law principles of natural justice and reasonableness have been linked with the Constitution. These laudable administrative law principles are now regarded as implicit aspects of the constitutional guarantees to due process and equal treatment. The Malaysian courts in all the above cases have upheld the view that arbitrary powers and harsh penalties are in breach of the principle of equality before the law.

In the Malaysian perspective, judicial review may be considered in the context of constitutional supremacy. Whether judges can examine the constitutionality of parliamentary legislation or executive action which imposes restriction for instance on free speech, or to regulate fundamental rights, had come for determination by the courts in a number cases.

In *Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [Minister Of Home Affairs], Malaysia* ⁴²Justice Ong CJ (Malaya) stated that,

".... I would emphasise that the decision herein must, in the first place, be viewed in the light of the facts peculiar to this case and not construed as authority for any proposition wider than is intended.

That, in the interests of national safety, personal inconvenience in individual cases must give way is explicitly recognised by the framers of the Constitution in Part XI, articles 149 – 151. As Lord Wright said in the case Eliezer Zabrovsky v General Officer Commanding Palestine (1947) AC 246....

40 [1968] 2 MLJ 238(Privy Council); [1968] 1 MLJ 119 (FC)

41 [1996] 1 MLJ 261

42 [1969] 2 MLJ 129

"In the troublous times of war and in the chaotic post-war conditions the scope of legal and permissive interference with personal liberty has been extended and restraints have been legalized by the legislature which would not have been accepted as legitimate in normal times."

The twelve-year Emergency ended in 1960 but not the risks of subversion and turmoil. Hence preventive detention under regulation 17 of the Emergency Regulations, 1948, came to be embodied in the Internal Security Act, 1960, with the repeal of the Regulations. Pursuant to article 149 the Act was passed to provide for the internal security of the Federation, preventive detention, the prevention of subversion, the prevention of organised violence against persons and property and for matters incidental thereto.⁴³

Suffian F.J. in that case agreed with the reasoning of the minority judgment by Sastri J. in **Atma Ram**⁴⁴ which stated that:

*"when the power to issue a detention order has been made to depend on the existence of a state of mind in the detaining authority, which is purely a subjective condition, so as to exclude a judicial inquiry into the sufficiency of the grounds to justify the detention, it would be wholly inconsistent to hold that it is open to the court to examine the sufficiency of the same grounds to enable the person detained to make a representation."*⁴⁵

His Lordship further explained that:

*"Our law is quite different from that of India. First, as already stated, the power of detention is here given to the highest authority in the land, acting on the advice of Minister responsible to and accountable in Parliament, not to mere officials. Secondly, as already stated, here detention, in order to be lawful, must be in accordance with law, not as in India where it must be in accordance with procedure established by law."*⁴⁶

In **Minister for Home Affairs, Malaysia & Anor v Karpal Singh**⁴⁷, the respondent was placed under detention pursuant to a detention order issued by the Minister under section 8 of the ISA. Order of detention together with the grounds of detention and allegations of fact were served on the respondent.

43 Ibid., p. 141

44 AIR 1951 SC 157

45 [1969] 2 MLJ 129 p. 151

46 Ibid., p. 151

47 [1988] 3 MLJ 29

The respondent submitted that one of the allegations was made in error as the respondent had not at the date, time and place alleged spoken on the issue of appointing non-Mandarin qualified headmasters and senior assistants in the national-type Chinese primary schools and the respondent claimed that he had been unlawfully detained.

The Supreme Court held *inter alia*:

(a) *“In our view the crux of the matter here is whether the learned judge in the present case took the correct approach to the question posed before him and has been time and again followed by the courts in this country (see Liversidge v Anderson [1942] AC 206 followed in Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [1969] 2 MLJ 129 and Inspector General of Police v Tan Sri Raja Khalid bin Raja Harun [1988] 1 MLJ 182). In other words, reasonable cause is something which exists solely in the mind of the Minister of Home Affairs and that he alone can decide and it is not subject to challenge or judicial review unless it can be shown that he does not hold the opinion which he professes to hold”*⁴⁸.

(b) *“The Minister of Home Affairs had gone on affidavit to say that omitting the allegation of fact he would still have made the detention order having regard to the reports and the information relating to the conduct of the respondent upon which, no doubt, the rest of the allegations of fact were based. In our view the learned judge in this case was bound to accept these averments in the affidavit and could not inquire into the cause of the detention”*⁴⁹.

(c) *“the flawed sixth allegation of fact was an error of no consequence which can be regarded as a mere surplusage especially in view of the affidavit of the Minister of Home Affairs referred to earlier. The subjective satisfaction of the Minister of Home Affairs is not subject to judicial review.”*⁵⁰

(See also **Kerajaan Malaysia & Ors v Nasharuddin Nasir**⁵¹, **Arumugam a/l Kalimuthu v Menteri Keselamatan Dalam Negeri & Ors**⁵²)

However, in in some other cases the court has moved away from subjective test to an objective test. This can be seen in the case of Pengarah

48 Ibid., p. 33

49 Ibid., p. 33

50 Ibid., p. 33

51 [2004] 1 CLJ 81

52 [2013] 5 MLJ 174

Tanah Dan Galian Wilayah Persekutuan v. Sri Lempah Enterprise Sdn. Bhd where Raja Azlan Shah, CJ(Malaya) (as he then was) observed that:

*“Every legal power must have legal limits, otherwise there is dictatorship. In particular, it is a stringent requirement that a discretion should be exercised for a proper purpose, and that it should not be exercised unreasonably. In other words, every discretion cannot be free from legal restraint; where it is wrongly exercised, it becomes the duty of the courts to intervene. The courts are the only defence of the liberty of the subject against departmental aggression.”*⁵³

In **Rama Chandran v The Industrial Court of Malaysia & Anor**⁵⁴ Edgar Joseph Jr FCJ observed Lord Diplock’s grounds in impugning a decision susceptible to Judicial Review in **Council of Civil Service Unions & Ors v Minister for the Civil Service**⁵⁵. His Lordship listed three grounds of review namely, (i) illegality, (ii) irrationality, and (iii) procedural impropriety⁵⁶. His Lordship further explained that:

*“... in practice, this permits the Court to scrutinize such decisions not only for process but also for substance...”*⁵⁷(emphasis added)

See also **Ranjit Kaur S Gopal Singh v Hotel Excelsior (M) Sdn Bhd**⁵⁸.

It is also interesting to note that, there are circumstances where the court has applied both the objective and subjective tests simultaneously. In **Mohamad Ezam bin Mohd Noor v Ketua Polis Negara & Other Appeals**⁵⁹ the appellants, who were ‘reformasi’ activists, were arrested and detained under section 73 of the Internal Security Act 1960 (“ISA”). The reason for the detention as stated in the affidavit was that the appellants were planning a street demonstration in Kuala Lumpur on 14th April 2001 involving some 50,000 people. The Federal Court in allowing the appellants’ appeal had applied the objective test to section 73 of the ISA and at the same time retained the subjective test for section 8 of the detention order.

53 Ibid., p.149

54 [1997] 1 MLJ 145

55 [1985] AC 374

56 [1997] 1 MLJ 145 p. 187

57 Ibid., p. 187

58 [2010] 8 CLJ 629

59 [2002] 4 MLJ 449

(g) Constitutionalism

It cannot be gain said that a constitution seeks to secure some purposes and to promote some ideals and values for the state and the nation.⁶⁰ On that premise, there is this ideal of “constitutionalism” that overlaps with the notions of “limited government”, “separation of powers” and “rule of law”.⁶¹ At the very basic, constitutionalism implies loyalty to the letter of the Constitution by citizens and officials of the State. Citizens must accept the limits on their freedom and they cannot simply pick and choose which laws to obey.⁶² One learned author viewed that the essence of constitutionalism is a system of principles, rules and practices of a legal or quasi-legal nature that frames and shapes the political action and public decision-making.⁶³ In Malaysia, the relationship between the Government and the citizens is guided by law. Any violations are liable to be challenged in the courts. Officers in the Government are not immune from being sued in the courts under the law of contract and tort. Even the King and the Rulers (in their private capacity) are subject to the law of the land.

Malaysia embraces constitutionalism which implies loyalty to the letter as well as to the spirit of the Constitution. It requires a commitment to and an “internalisation” of the values and ideals that inspired the basic law.⁶⁴ The values that have been integrated into the administration of the country and the day to day activities of Malaysians, demands the observance of enacted rules as well as respect for the unwritten and informal practices and understandings with which the Constitution has become inlaid over the course of time and which, in the immortal words of Sir Ivor Jennings, “*provide the flesh to clothe the dry bones of the law*”.⁶⁵

The Constitution also provides special provisions against subversion, organized violence, and acts and crimes prejudicial to the public and

60 Ibid., p. 20.

61 Ibid., p. 20.

62 Ibid., p. 24-25.

63 Andrew Harding, ‘The Constitution of Malaysia. A Contextual Analysis’, (2012), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, p. 3.

64 Prof. Dr. Shad Saleem Faruqi, ‘Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia’ (2008), MALAYSIA Star Publications (Malaysia) Berhad, at p. 25.

65 Ibid p. 25.

emergency powers.⁶⁶ Article 149 pertains to legislation against subversion and action prejudicial to public order. Article 150 is regarding the proclamation of emergency. Article 151 is about restrictions on preventive detention. When the Government assumes these special powers, anything it does, no matter how drastic, provided that it is within these powers, is constitutional, since it is authorised by the Constitution itself, but of course any person may challenge the constitutionality of such act or omission in the courts.

In the case of **Stephen Kalong Ningkan v Government of Malaysia**⁶⁷, the Privy Council while considering the meaning of the word “emergency” in Article 150(1), stressed the wide meaning of the word. The Privy Council observed:

*“...the word “emergency” as used in article 150(1) cannot be confined to the unlawful use or threat of force in any of its manifestations. While article 149 of the Federal Constitution is aimed at stopping or preventing subversion of that character, the terms of article 150 are much less restricted. Although an “emergency” to be within that article must be not only grave but such as to threaten the security or economic life of the Federation or any part of it, the natural meaning of the word itself is capable of covering a very wide range of situations and occurrences, including such diverse events as wars, famines, earthquakes, floods, epidemics and the collapse of civil government.”*⁶⁸

Prior to **Stephen Kalong Ningkan’s** case, the Federal Court in **Eng Keock Cheng v PublicProsecutor**⁶⁹ had the opportunity to deal with the effect of Article 150 of the Constitution. It was held that the true effect of the said Article was, that subject to certain exceptions set out therein, Parliament has, during an emergency, power to legislate on any subject and to any effect, even if is inconsistent with the provisions of the Constitution (including the provisions on fundamental liberties) and that necessarily includes the authority to delegate the power to legislate to some other authority.

(h) Other Methods of Interpretation

The approach adopted by the courts in the interpretation of Constitution has been of a mixed nature. In matters pertaining to fundamental rights, the judiciary

66 Part XI, Article 149, Article 150 and Article 151 Federal Constitution.

67 [1968] 2 MLJ 238

68 Ibid p.243

69 [1996] 1 MLJ 18

is inclined to vigorously enforce the provisions on Fundamental Liberties in Part 11 of the Constitution. Some of these approaches are discussed below:-

(i) The Literal Rule

This is the “*strict constructionist*”, approach which holds that the Constitution should be interpreted in accordance with the original intention of its framers. The “plain language” of the provisions and its grammatical and ordinary sense should be given effect. Deference should be paid to the enactment’s history.⁷⁰ In this spirit it was observed in the case of **Public Prosecutor v Datuk Harun bin Haji Idris & Ors** ⁷¹that the court is not “*at liberty to stretch or pervert the language of the Constitution in the interests of any legal or constitutional theory, or even, for the purpose of supplying omissions or of correcting supposed errors.*” Similarly, in **Jabar v PP**⁷², the Singapore court held that any law is valid and binding so long as it is validly passed: “*The court is not concerned with whether it is also fair, just and reasonable.....*”

This narrow literal approach has been adopted in many cases of judicial review, involving preventive detention orders, constitutional guarantee of equality before the law, interpretation of the term “personal liberty” and restricted residence orders. It is only on very rare occasions, that the apex court had applied a liberal approach in interpreting the Constitution.

Thus, in the case of **Public Prosecutor v Sihabduin bin Haji Salleh & Anor**⁷³, Suffian LP when delivering the majority judgment of a five Bench Federal Court observed:

“Thirdly, if the law-maker so amends the law, to paraphrase the words of Lord Diplock at page 541 in Duport Steels Ltd v Sirs [1980] 1 All ER 529, the role of the judiciary is confined to ascertaining from the words that the law-maker has approved as expressing its intention what that intention was, and to giving effect to it. Where the meaning of the words is plain and unambiguous it is not for judges to invent fancied ambiguities as an excuse for failing to give effect to its plain meaning because they themselves consider that the consequences of doing so would be inexpedient, or

70 Prof Dr. Shad Saleem Faruqi, ‘Document of Destiny. The Constitution of Malaysia’ 2008, at p. 632.

71 [1976] 2 MLJ 116

72 [1995] 1 SLR 617

73 [1980] 2 MLJ 273

even unjust or immoral; or to paraphrase the words of Lord Scarman at page 551 in the same case, in the field of statute law the judge must be obedient to the will of the law-maker as expressed in its enactments, the judge has power of choice where differing constructions are possible, but he must choose the construction which in his judgment best meets the legislative purpose of the enactment. Even if the result be unjust but inevitable, he must not deny the statute; unpalatable statute law may not be disregarded or rejected, simply because it is unpalatable; the judge's duty is to interpret and apply it."⁷⁴

I should add that in the same case, in the dissenting judgement, Wan Suleiman FJ agreed with Suffian LP on the issue.

(ii) The Liberal Rule

The "legal realists" on the other hand argue that the interpretive task is unavoidably creative, because legal words do not have a self-evident meaning. Expressions such as 'personal liberty', 'life', 'law', 'property', 'adequate compensation', 'religion' and 'emergency' are not nicely cut up and dried. The court expressed that on constitutional issues, previous precedents need not be strictly followed. They must be subjected to a situation-sense.⁷⁵

Thus, in **Teh Cheng Poh v Public Prosecutor** ⁷⁶ it was observed that in applying constitutional law the court must look behind the label to the substance. The Government's labelling or description of a law as a piece of subsidiary legislation could not camouflage the fact that it was an Ordinance in disguise that was promulgated by the Yang di-Pertuan Agong long after Parliament had come back to session and, therefore, unconstitutional. It is a case where the court declared that an emergency law is void. In its judgement the Privy Council held that once Parliament had sat on 20 February 1971, the Yang di-Pertuan Agong did not have any power to make Essential Regulations having the force of law. The Essential (Security Cases) (Amendment) Regulations 1975 are *ultra vires* the Constitution and for that reason, void. However, the same judgment held that the Proclamation of Emergency of May 15, 1969 which had not been revoked was still in force. This is how

⁷⁴ Ibid p. 276

⁷⁵ Prof Dr. Shad Saleem Faruqi, 'Constitutional Interpretation in a Globalised World', 17/11/2005, at p. 2, www.malaysianbar.org.my

⁷⁶ [1979] 1 MLJ 50.

Parliamentary democracy and separation of powers work.⁷⁷

(iii) The Purposive Approach

This approach requires the court to ascertain for themselves the purpose the founding fathers of the Constitution had in mind when they drafted the Constitution.

One landmark case adopting the purposive approach is the Supreme Court's decision in **Teoh Eng Huat v Kadhi Pasir Mas & Anor**⁷⁸ in which the right of a minor (a Chinese girl) to embrace Islam becomes the principal issue before the court. The Supreme Court was required to determine whether the literal approach adopted by the learned High Court judge with respect of Article 11 and 12 of the Constitution was correct.

At the High Court, the trial judge held that the word 'requires' in clause (3) of Article 12 means some form of coercive element and that clause (3) is not applicable when one does the prohibited acts voluntarily. The learned judge further observed that the word in clause (4) for the purpose of clause (3) can only apply to that specific clause alone and not generally. Summarily, it means that any non-Muslim infant under the age of 18 can decide his own religion, notwithstanding the wishes of the guardian or parent.

In reversing the decision of the trial judge, Abdul Hamid LP held that;

"In fairness to the trial judge, we have given considerable thought to the relevant constitutional provisions, the provisions of the Guardianship of Infants Act 1961 and the circumstances behind the promulgation of our Constitution. Although normally, in accordance with usual judicial practice, we base our interpretative function on the printed letters of the legislation alone, in the instant case, we took liberty, as Lord Denning is reported to have done, to ascertain for ourselves what purpose the founding fathers of our Constitution had in mind when our constitutional laws were drafted. The Malaysian Constitution was not the product of overnight thought but the brainchild of constitutional and administrative experts from UK, Australia, India and West Pakistan, known commonly as the Reid Commission following the name of the Rt Hon Lord Reid, LLD, FRSE, a Lord of Appeal in the Ordinary. Prior to the finding of the Commission, there

77 Tun Abdul Hamid Mohamad, 'Legal And Judicial Transformation In Malaysia' for Razak School of Government Leadership Forum, 5/4/2013 at p. 2.

78 [1990] 2 MLJ 300

were negotiations, discussions and consensus between the British government, the Malay Rulers and the Alliance party representing various racial and religious groups⁷⁹."

His Lordship further explained:

"In all the circumstances, we are of the view that in the wider interests of the nation, no infant shall have the automatic right to receive instruction relating to any religion than his own without the permission of the parent or guardian⁸⁰."

Based on the above and further reading of the case, the following principles may be drawn:⁸¹

(a) The interpretation of Articles 11 and 12 cannot be *"rooted on wrong premises"* and must not be contrary *"to the spirit and intention"* behind the respective legislation.

(b) A departure from the ordinary and literal meaning of the word(the literal approach) is evident when the learned Lord President said that the true meaning of Articles 11 and 12 can only be ascertained by *"stripping away"* all those *"technical hair splitting or purely academic arguments"* which have been entertained by the learned trial judge;

(c) An equally fundamental consideration in statutory interpretation, is *"the wider interests of the nation"*;

For those reasons, the court held that 'no infant shall have the automatic right to receive instruction'.

It was suggested that whilst paragraphs (a) and (b) above can be accepted as forming part of the 'purposive approach' of statutory interpretation, paragraph (c) above is a completely novel and is a radical departure from all other recognised rules of interpretations⁸².

8.0 Conclusion

The courts in Malaysia have laid down some precise principles on the interpretation of the Constitution. Generally, the courts will interpret the Constitution *"with less rigidity and more generosity"* than in the case

79 Ibid., p. 302

80 Ibid., p. 302

81 Salleh Buang, Statutory Interpretation, 1996, Central Law Book Corporation Sdn Bhd, p. 125

82 Ibid., p. 126

of an ordinary statute, but in so doing, the courts will take into account the historical events and developments which gave birth to the Constitution in 1957 and in 1963, uphold or give effect to provisions entrenched therein to safeguard either the institution of the Malay Rulers or the special interests of Sabah and Sarawak, and also the fundamental rights of the people so as to promote the objects of the Constitution.

In regard to the pre-existing laws, that is those passed before Merdeka or Malaysia Day and not modified by executive orders, the courts will, in accordance with Article 162(6), apply them with the necessary modifications so that those provisions of the pre-existing laws are consistent with the Constitution.

In the realm of the exercise of discretionary powers conferred by the Constitution, the court's predominant role is to ensure that those vested with such powers exercise them within the limits of their constitutional authority and not to exceed them. From the above, it is observed that in order to determine the legality or constitutionality of any statute under the constitution, reference should be made to the provision of the Constitution itself and not to other factors like political theory and any doctrine or belief. It is however, debatable whether the doctrine of separation of powers is part of our Constitutional framework after the amendment to Article 121 of the Constitution.

The judges' function is thus not merely to interpret the law. Judges may even be expected to be both 'philosopher and king'.⁸³ Judges, true to their oaths, must carry out their tasks in a manner that inspires respect and public confidence in the Rule of Law. This could be achieved by the impartiality and fairness by which judges conduct cases and the judgments which they deliver must be a manifestation of their intellectual soundness and integrity.⁸⁴ The judges must also perform the delicate balancing act, respecting the doctrine of separation of powers and not forgetting at the same time their bounden duty to uphold the rule of law.

83 Dato' Mohd Hishamudin Yunus, 'Judicial Activism – The Way to Go?' [2012], 6 MLJ xvii, at page 10 of 13 of online copy, www.lexisnexis.com/my/legal.

84 JC Fong, 'Constitutional Federalism in Malaysia', 2008, Thomson Sweet & Maxwell, at page 189.

ÜÇÜNCÜ OTURUM: Soru-Cevap

Prof. Dr. Zühtü Arslan (Oturum Başkanı): Tüm konuşmacılara değerli katkıları için ve tüm katılımcılara da gösterdikleri sabır için teşekkür etmek isterim. Anayasa yargısında yorumun rolünü, yorum meselesini detaylı olarak tartışmak için yeterince vaktimiz yok. Fakat sanırım soru ve cevaplar ya da herhangi bir yorum için on veya on beş dakika ayırabiliriz.

Eğer soruya gerek yoksa anayasa yargısında yorumun rolüne ilişkin olarak birkaç söz söylemek isterim ve daha sonra oturuma son vereceğim. Hepinizin bildiği üzere, ABD Yüksek Mahkemesinin önde gelen hâkimlerinden biri bir keresinde demişti ki “Biz bir Anayasa altındayız; fakat Anayasa Anayasa Mahkemesi hakimleri onun ne olduğunu söylüyorsa odur.” Bu, hepinizin bildiği gibi pratikte oldukça doğrudur ve yorum gerek anayasal kuralların gerekse diğer hukuk kurallarının içeriğini ve anlamını ortaya çıkarmak için hâkimlerin esas aracıdır. Özgün olsun veya teleolojik olsun hangi yorum yöntemlerini seçersek seçelim, amaç aynı olmalıdır: yani yorumun amacı, özellikle de anayasal yorumun amacı, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek olmalıdır. Değerli katkıları için tüm konuşmacılara ve tüm katılımcılara tekrar teşekkür ederek oturuma son vermek isterim. Çok Teşekkürler

3rd SESSION: Questions & Answers

Prof. Dr. Zühtü Arslan (Chairman of the Session): I would like to thank all the speakers for their valuable contributions and I would like to thank all participants for their patience. We do not have enough time to discuss in details the issue of interpretation, the role of interpretation, in constitutional justice. But I think we can reserve ten or fifteen minutes for questions and answers or any comments. Okay, any questions? No questions? That means everything is very clear.

If there is no need for any question, then I would like to say a few words about the role of interpretation in constitutional justice and then I will conclude this session. As you all know, one of the leading justices of the US Supreme Court once said that “We are under a constitution but the constitution is what the constitutional judges say it is”. This is quite true in practice as you all know and the interpretation is the main instrument of judges to reveal the meaning and the content of constitutional rules as well as other legal rules. Whatever the methods of interpretation we choose, whether it is originalist or teleological, the aim must be the same: that is to say that the aim of interpretation, especially the constitutional interpretation, must be to protect and to enhance the basic rights and liberties. I would like to conclude again by thanking all the participants and all the speakers for their valuable contribution. Thank you very much!

Dördüncü Oturum

“Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa ve Yüksek Mahkemelerin Rolü”

Oturum Başkanı:

Dr. Alparslan Altan

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

Konuşmacılar

Lali Papiashvili

Gürcistan Anayasa Mahkemesi Üyesi

Mogoeng Mogoeng

Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı

Fared Al Jallad

Filistin Yüksek Mahkemesi Başkanı

OTURUM BAŞKANI: Dr. Alparslan Altan

Sayın Başkanlar, Saygıdeğer Hukukçular, Baylar Bayanlar! Tünaydın.

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi adına, bu vesileyle mutluluğumuzu paylaşmak için dünyanın farklı bölgelerinden Türkiye'ye gelen tüm konuklara ve Birlik üyelerine hoş geldiniz deyip yürekten teşekkürlerimi sunmak isterim. Kongremizin bilimsel oturumunun son bölümünü gerçekleştiriyoruz. Bu oturumda, Gürcistan Anayasa Mahkemesi Üyesi Bn. Lali Papusahvili, Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkan Vekili ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı By. Mogoeng Mogoeng, Filistin Yüksek Mahkemesi Başkanı By. Fared Al Jallad "Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü" konusunda bizimle görüşlerini paylaşacaklardır. Oturumumuzun başlığını oluşturan konu, Anayasa Mahkemelerinin ve Muadili Kurumların varlık sebeplerinden birisidir. Aşağıdaki meseleleri "Anayasal düzen kavramı ne demektir?" başlığı altında tartışmamız gerekir. Her koşulda anayasal düzeni korumak iyi bir şey midir? Anayasal düzeni korurken, temel hak ve özgürlüklerine olduğu kadar insan onuruna zarar verebilecek olan daha fazla endişe konusu bazı durumlar olacak mıdır? Anayasa yargısı hâkiminin anayasal düzen ve temel hak ve özgürlükler arasındaki bir ikilem durumunda nasıl hareket etmesi gerekir? İnanıyorum ki değerli konuşmacılar bu konularda bizimle değerli görüş ve fikirlerini paylaşacaklardır. Dilerim bu oturum önceki oturumlar gibi başarılı ve faydalı olur. Sözü Gürcistan Anayasa Mahkemesi Hâkimi Bn. Lali Papuashvili'ye bırakıyorum.

CHAIRMAN OF THE SESSION: Dr. Alparslan Altan

**Honourable Presidents, Respected Jurists, Ladies and Gentlemen!
Good afternoon.**

On behalf of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions and of the Constitutional Court of the Republic of Turkey, I would like to welcome and extend my heartfelt thanks to the members of the Associations and all other guests who came Turkey from different corners of the world to share our happiness on this occasion. We are holding the final part of the scientific session of our Congress. In this session, Justice of the Constitutional Court of Georgia Ms. Lali Papuashvili, Deputy President of the Conference of African Constitutional Jurisdiction and the President of the South African Constitutional Court Mr. Mogoeng Mogoeng, President of the High Court of Palestine Mr. Fared Al Jallad will share their views with us on the topic of “The Role of Constitutional Courts and Supreme Courts in the Protection of Constitutional Order”.

The topic which constitutes the title of our session is one of the reasons of existence of the constitutional courts and equivalent institutions. We need to discuss the following issues under this heading; what does the concept of constitutional order mean? Is it a good thing to protect the constitutional order under every condition? While protecting the constitutional order, will there be some cases which may impair the human dignity as well as fundamental rights and freedoms, which are matters of greater concern? How should a judge of constitutional jurisdiction act in case of a dilemma between constitutional order and fundamental rights and freedoms? I believe that the esteemed speakers will share their valuable views and opinions on these topics with us. I wish that this session will be successful and beneficial as the previous sessions. I give the floor to the Justice of the Constitutional Court of Georgia Ms. Lali Papuashvili.

Gürcistan'ın Anayasal Düzeninin Temel Taşı olarak Adalet Erişim

George Papuashvili¹
Gürcistan Anayasa Mahkemesi Başkanı

Baylar Bayanlar, Sayın Meslektaşlarım,

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği'nin 2. Kongresine katılmaktan ötürü büyük onur duymaktayım. Gürcistan Anayasa Mahkemesi, bir gözlemci olarak bu forumun bir parçası olmanın ayrıcalığına sahiptir ve ben de Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine bu güzel şehir İstanbul'da bu etkinliği düzenlemeleri ve bu etkinliğe ev sahipliği yapmaları dolayısıyla içten minnetimi ifade etmek isterim.

Bugün, bu vesileyle temel bir hukuk meselesi olan anayasa yargısına erişim hakkında konuşacağım. Bu bağlamda, Gürcistan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmasındaki usulü düzenleyen kuralları kısaca anlatacağım ve sonra, bu konu ile ilgili önemli içtihatlardan bahsedeceğim. Son olarak, Gürcistan anayasa yargısının birkaç önemli özelliğine dikkat çekeceğim.

Gürcistan yasaları, gerçek ve tüzel kişi olarak her insana, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi veya bu hak ve özgürlüklerin muhtemelen ihlal edileceği riski olması halinde, Anayasa Mahkemesine başvuru yapma hakkı vermektedirler. Bireylerin, ancak doğrudan etkileniyorlarsa, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerinin ihlaline ilişkin davayı getirmelerine izin verilmektedir. Gürcistan anayasa yargısı, bireylerin şahsen maruz kaldıkları ihlallere ilişkin olarak değil de ortak menfaate yönelik ihlallere ilişkin olarak mahkemenin karar vermesini talep edebilecekleri *actio popularis* (toplumun yararı gözetilerek üçüncü şahıs tarafından açılmış

1 Gürcistan Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın George Papuashvili tarafından hazırlanan tebliğ Gürcistan Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Lali Papiashvili tarafından sunulmuştur.

dava) ilkesini kabul etmemektedir. Anayasa koyucularının ileri sürdüğü şudur ki bu kuralın eklenmesi, Mahkemeye anlamsızca aşırı yük getirir ve de Mahkemeyi adaletin yönetimini yürüten bir kurum olmaktan ziyade politika oluşturan bir kurum haline getirir. Ancak, böyle bir yasal ayrıcalık, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin toplu olarak korunmasını temin etmek için *actio popularis* şikâyeti yoluyla Mahkemeye başvurabilen Gürcistan Kamu Avukatına tanınmıştır.

Buna karşın, bireysel başvurunun Gürcistan'da insan haklarının korunmasına yönelik son derece etkili bir mekanizma olduğu ortaya çıkmıştır çünkü başvuruların (anayasa şikâyetlerinin) hemen hemen 90%'ı bireylerce yapılmıştır.

İzin verin birkaç uygulamalı örnek vereyim. Gürcistan Anayasa Mahkemesi, hem kabul edilebilirlik hem de esas aşamalarında, bireylerin mahkemeye erişim hakkı ile ilgili meselelere ilişkin olarak karar vermek zorunda kalmıştır.

Bir davada,² mahkeme, davanın kabul edilebilirliğine ilişkin karar vermek için kanunun birey üzerindeki etkilerini değerlendirme meselesi ile karşılaştı. Özellikle, başvuran, telefon konuşmalarının kolluk kuvvetince gizli olarak dinlenmesini düzenleyen kanunun özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini ileri sürdü. Başvuranın telefon konuşmalarının gerçekten kaydedildiğini kanıtlayacak delili sunamaması bakımından dava hususi bir davaydı. Ancak, davanın kabul edilebilir olduğu kabul edildi. Mahkeme, gizli telefon dinlemesine ilişkin bilginin gizli tutulması sebebiyle, başvuranın herhangi bir mevcut ya da gelecekte olması muhtemel ihlale ilişkin olarak inandırıcı kanıt sunmasının imkânsız olduğunu belirtti. Aynı zamanda, başvuranın bu düzenlemeden kolaylıkla etkilenmesi büyük bir olasılıktı.

Bir başka davada ise³ mahkeme, yabancıların Anayasa ile güvence altına alınmış olan mahkemeye başvuru yapma haklarının olup olmadığına karar vermek zorunda kaldı. Bu örnekte, anayasa yargısı usulünü düzenleyen mevzuat, sadece Gürcistan vatandaşlarının davayı mahkemeye getirmesine izin vermekteydi. Anayasa Mahkemesi, Mahkemeye erişim hakkına ilişkin Anayasa hükmünün uyruk ya da vatandaşlıklarına bakılmaksızın her insanı kapsadığını

2 Gürcistan Genç Hukukçular Birliği ve Ekaterine Lomtatişve karşı Gürcistan Parlamentosu

3 Gürcistan Kamu Avukatı karşı Gürcistan Parlamentosu

belirterek, bu hükmü bozdu. Ayrıca, unutulmaması gereken bir başka önemli husus, bu hakkın aynı zamanda asliye mahkemeleri ile ilgili olduğudur.

Bu çığır açan kararlar, Anayasa Mahkemesi, anayasal koruma kapsamını yabancı vatandaşlara ve vatansız kimselere yönelik olarak fazlasıyla genişletmiştir. Mahkeme, adil yargılanma hakkının bireyin mahkemeye erişimini temin etmek için gerekli olduğunu açıkça ifade etmiştir.

Son olarak, dikkatinizi birkaç meseleye çekmek isterim. İlk olarak, mahkemeye başvuran kişiler aşırı düşük bir ücret tutarı ödemek zorundadırlar ki bu da tüm sosyal altyapılardan gelen vatandaşların mahkemeye başvurmalarını ve haklarını korumalarını önemli ölçüde teşvik eder.

Dahası, Gürcistan Anayasa Mahkemesinde görülen davalarda yetkili bir avukat olmasına gerek yoktur. Bilinmektedir ki avukatlık hizmeti pek çok insan için bir lükstür ve bu kaide mahkemenin erişilebilirliğini büyük ölçüde artırmaktadır. Ancak, öte yandan, başvuranların sunduğu yasal gerekçeler önemli ölçüde eksik kaldığından, yetkili bir avukatın bulunmayışının bazen davalar üzerinde olumsuz bir etkisi olur. İstatistiki bilgi vermek gerekirse, anayasa şikâyetlerinin hemen hemen yarısı kabul edilebilirlik ölçütlerini karşılayamamıştır çünkü uygun şekilde yazılmamış ve gerekçelendirilmemişlerdir. Bu anlamda, mahkeme başvuru sahiplerinin gerektiği gibi şikâyetinde bulunmalarına yardımcı olmak için özel başvuru formları temin etmektedir. Bu, bireysel erişilebilirliğe katkıda bulunan etkili bir tedbirdir.

İlâveten, Gürcistan anayasa yargısı sistemi *amicus curiae* (üçüncü taraf müdahilliği) uygulamasını getirmiştir. Bu kural, mahkemenin faaliyetlerine toplumun daha geniş şekilde katılımını sağlama amacına hizmet eder. Bu kurala göre, her gerçek ve tüzel kişi, Anayasa Mahkemesine görülen davaya ilişkin yazılı bir görüş sunabilir ve bu davada karar verme yöntemleri önerebilir. Genel olarak, *amicus curiae* (üçüncü taraf müdahilliği) prensibi, Mahkemenin meşruiyetinin artırılmasına ve toplumun diğer menfaat grupları ile daha yakın işbirliği kurulmasına yardım eder.

Özetlemek gerekirse, kanımca, Mahkeme içtihadı beraberinde Gürcistan mevzuatı, bireylerin adalete erişimine ilişkin güvencelerin kapsamını önemli ölçüde genişletmiş ve ayrıca toplumun daha büyük çapta katılımına zemin hazırlamış ve de anayasa yargısı sürecine ilişkin farkındalığı artırmıştır.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim! Sorularınıza yanıt vermekten mutluluk duyacağım.

Access to Justice as a Cornerstone of Georgian Constitutional Order

George Papuashvili¹

President of Constitutional Court of Georgia

Ladies and Gentlemen, Dear Colleagues,

I feel deeply honoured to participate in the 2nd Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions. Constitutional Court of Georgia is privileged to be part of this forum as an observer, and I would like to express my sincere gratitude to the Constitutional Court of the Republic of Turkey in organising and hosting this event in the beautiful city of Istanbul.

Today, I will take this opportunity and speak to you on the foundational legal issue – access to constitutional justice. In this context, I will briefly outline the rules regulating the procedure of individual application to the Constitutional Court of Georgia and then, refer to the important case law on this matter. Finally, I will remark few important characteristics of the Georgian constitutional adjudication.

Georgian legislation grants every person, natural and legal, the right to petition to the Constitutional Court in case there is a violation of their constitutional rights and freedoms, or there is an imminent risk that they will be potentially violated. Individuals are allowed to bring the case on the violation of their constitutional rights and freedoms only if they are directly affected. Georgian constitutional justice does not adopt *actio popularis* principle, whereby individuals can ask the court to rule not on the infringements they personally incurred, but on the violations of collective interest. It has been argued by the framers of the Constitution that incorporation of this rule

1 The presentation was prepared by Mr. George Papuashvili, President of the Constitutional Court of Georgia, and presented by Ms. Lali Papiashvili, Member of the Constitutional Court of Georgia.

would unreasonably overload the Court and turn it to the policy-making institution rather than administrator of justice. Yet such legal privilege was given to the Public Defender of Georgia who can approach the Court by means of *actio popularis* complaint in order to ensure the collective protection of constitutional rights and freedoms.

Nonetheless, the individual application rule has proven to be extremely effective mechanism of human rights protection in Georgia, as almost 90% of constitutional complaints have been lodged by individuals.

Let me give you some practical examples. Constitutional Court of Georgia had to rule on the issues regarding individuals' right to access to the court, both on the stages of admissibility and the merits.

In one case² the court has faced the issue of assessing the effects of the law on the individual in order to decide on the admissibility of the case. In particular, the applicant argued that legal act regulating secret interception of telephone conversations by the law-enforcement agencies violated their right to privacy. The case was peculiar in regard that the applicant was not able to present the evidence which would substantiate the fact that their phone conversations were taped in fact. Yet, the case was held admissible. The court indicated that, because the information on secret phone-tapping was kept confidential, it was impossible for the applicant to present credible evidence on any existing or possible future violations. At the same time, there was a high probability that the applicant would easily become affected by that regulation.

In another case³, the court had to decide whether foreigners were entitled the constitutionally guaranteed right to apply to the court. In this instance, the legislation regulating the procedure of the constitutional adjudication only allowed Georgian citizens to bring the case before the court. This provision was quashed by the Constitutional Court, saying that constitutional provision on the right to access the court comprised every person, regardless of their nationality or citizenship. Also, an important point to bear in mind is that this right attaches to the courts of general jurisdiction, at the same time.

2 Georgian Young Lawyers Association and Ekaterine Lomtatzke v Parliament of Georgia

3 Public defender of Georgia v Parliament of Georgia

With this landmark decision, the Constitutional Court has greatly extended the scope of constitutional protection to the foreign citizens and stateless persons. The Court clearly stated that the constitutional right to fair trial is essential to guarantee the individual's access to the court and not the law itself.

Finally, I would like to draw your attention to several practical issues. First, persons applying to the court do have to pay extremely low amount of fee, which significantly encourages citizens of all social backgrounds to petition the court and protect their rights.

Moreover, there is no need of a licensed lawyer in the Georgian constitutional proceedings. Knowingly, service of a lawyer is a luxury for many people and this rule largely increases the accessibility to the court. Yet, on the other hand, absence of a licensed lawyer sometimes has a negative impact on the proceedings, as the presentation of legal argumentation of applicants suffers considerably. To give you statistical information, almost half of the constitutional complaints could not meet the admissibility criteria, because they are not properly written and reasoned. In this sense, the court provides special application forms in order to assist the claimants in filing complaints correctly. This is an effective measure contributing to the individual accessibility.

In addition, Georgian constitutional adjudication system introduces the *amicus curiae* rule. It serves the purpose of ensuring greater public participation in the court's activities. According to this rule, every natural or legal person may submit the constitutional court with a written opinion on the pending case and suggest ways of deciding it. Overall, *amicus curia* principle helps to increase the legitimacy of the Court and establish closer cooperation with other interest groups of the society.

To sum up, I think, it is quite clear that Georgian legislation along with the court's case law have significantly broadened guarantees of individual accessibility to justice. It had also paved the way for the greater public involvement and increased the awareness of the constitutional adjudication process.

Thank you for your attention! I will be happy to answer your questions.

Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü

Mogoeng Mogoeng

*Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili
ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı*

Giriş

Türk Anayasa Mahkemesi ve Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği (AAMB) Başkanı Sayın Haşim Kılıç, Anayasa Mahkemelerinin ve Muadil Kurumların Muteber Başkanları, seçkin konuklar, baylar bayanlar, hepinizi selamlıyorum.

Tüzüğünün 4. maddesinde belirtilen yüce amaçlarının anayasa yargısı ile ilgili bilgi ve tecrübe alışverişi yoluyla insan haklarının korunmasını, demokrasinin gelişmesini, hukukun üstünlüğünün hayata geçirilmesini, Anayasa Mahkemelerinin ve Muadil Kurumların bağımsızlığını ileri bir seviyeye taşımak olduğu bu saygıdeğer kurumun İkinci Kongresine katılmaya yönelik olarak AAMB'nin Afrika Anayasa Yargısı Konferansına yapmış olduğu davetten ötürü derinden onur duydum. Benim sunumum "*Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü*" başlığı altındaki 4. konuya dayanmaktadır.

Anayasal Düzeni Koruyabilmek için Gerekli Ön Koşullar

Şuna inanmaktayım ki küçük istisnalar haricinde, gerçekten her insanoğlunun en önde gelen arzusu, başkalarından üstün olmak, başkalarına egemen olmak, başkalarından iyi olmak ve başkalarına hükmetmek ve de muhalif bir sesi küçük görmektir. Bu sebeple, siyasetçiler hâkimleri bilhassa ülkedeki en yüksek mahkemeye atadıklarında ve muhalefetteki siyasi partilerin mensupları ve çeşitli lobi grupları belirli atamaları desteklediklerinde ya da itibarsızlaştırmaya çalıştıklarında, bu bazen en iyi neyin milletin

menfaatine olacağı ile pek değil ama en iyi neyin temsil ettikleri kesimin veya destekleyici ya da karşıt görüş açısına sahip olanların menfaatlerine olacağı ile gerekçelendirilir.

Anayasa mahkemelerinin ve yüksek mahkemelerin anayasal düzeni iyi şekilde koruyabilmesi, büyük ölçüde bu mahkemelere atanacak hâkimlerin seçimine bağlıdır. Eğer atanan hâkimler atanmalarını herhangi bir siyasi gruba, ya da büyük bir şirkete veya bir başka baskı ya da lobi grubuna veya gizli bir örgüte ya da hatta kazanılmış ekonomik hakları bulunan bir dünya süper devletine borçlu iseler, o zaman adalet bozulur çünkü (adaleti) dağıtan kurumlar, iktidarı belirleyenlerce ya da kukla ustalarınca uzaktan kontrol edilen oyuncaklar haline gelirler.

Bizim hâkimler olarak mahkemeleri başka türlü meşru ve haklı eleştirilerden korumak için objektif olarak inanılır ve yeterince şeffaf bir seçim ve atama sürecinin gerekli bileşenlerini tespit etmesi ve önermesi gerekmektedir. Şunu söylemek için acele etmeliyim ki mineral ve doğal kaynakları bakımından zengin olan pek çok daha genç ve daha küçük demokrasiler, saldırı altındakilere kıyasla atama süreçleri savunulmaz olan daha eski demokrasilerce desteklenen kuruluşlar veya birimler tarafından sıklıkla sert şekilde eleştirilirler. Bu ikiye bölünmüşlük, eleştirinin meşruluğunun değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Anayasal bir demokrasiyi koruyabilen ve geliştirebilen bir anayasa mahkemesinin ya da yüksek mahkemenin bazı esasları aşağıda yer almaktadır.

Yargıçlık makamında bulunanların yetkinliği müzakere edilemez. Mesleki hayatında ortaya konulan tarafsızlığı, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne bağlılık, kararlılık, tevazu ve kişisel bağımsızlık ülkedeki en yüksek mahkemede görev yapmaya uygun bir kişiliğin önemli özelliklerinden bazılarıdır.

Kurumsal düzenlemeler; tek bir hâkimin herhangi bir davaya ilişkin olarak bir başka hâkim, siyasetçi (iktidardaki partinin ya da muhalefet partisinin), büyük bir işletme veya iyi örgütlenmiş ve epeyce etkili lobi gruplarından gereğinden fazla etkilenmeden karar vermesi için bağımsızlığını sağlayacak şekilde olmalıdır. Bir hâkimin kararlarını korku, iltimas ya da önyargı olmaksızın alması için gereken teminat, sürekli yargı eğitimi, yöntemler ve destek sistemleri önemlidir.

Bir hâkimin hediyeler yoluyla ödün vererek anlaşma noktasına çekilmeye, bu dünyanın saygın kulüplerinin ya da toplantılarının yolunu açacak seçkin bir çevreye girişe, bu çevredekilerin ne kadar küçük de olsa söylediklerinin ya da yaptıklarının en üst düzeye çıkarılmasına ve olumlu şekilde haber yapılmasına, karar verme zamanı gelince belirli çevreleri hayal kırıklığına uğratmasını zorlaştıracıcağı sürekli övgülere (bu çevrelerden gelen övgülere) karşı önlem alması gerekir. Kişinin doğruluğu, tarafsızlığı ve bağımsız şekilde karar vermesinden ödün vermesine yol açabilecek herhangi bir şey ya da herhangi bir kimse ile araya önemli ölçüde mesafe koymak gereklidir. Bir hâkimin, gereksiz şekilde şüpheli olmadan, kendisinin görev yaptığı kurumun kontrolü için yarışan dışarıdaki güçlere daima dikkat etmesi gerekir. Bunlar, ne zaman kendilerini etkileyen meseleler mahkemenizin önündeyse, oyunuzu veya desteğinizi elde etmek isteyen güçlerdir.

Herhangi bir milletin meşru amaçlarına yönelik en kötü ihanetlerden biri, kararlarını doğru olduğuna inandığı için değil de bir dostu, “seçmenleri” veya bir lobi ya da baskı grubunu memnun etmek için veren bir hâkimin ettiği ihanettir. Bu en kötü türden bir yolsuzluktur. Anayasa mahkemelerinde ve yüksek mahkemelerde görevliler olarak, kardeşlerimizin koruyucuları olmalıyız. Bu mahkemelere zarar verdiği görünen meslektaşlarımız hakkındaki endişeleri dile getirmeye izin veren, anayasal demokrasilerimizin korunması ve geliştirilmesi için önemli olan bazı gayri resmi ya da resmi ama bir o kadar da düzeyli ve etkili bir meslektaş denetimi mekanizması kurmalıyız.

Bizzat hâkimler kendilerinin ve görev yaptıkları kurumun en iyi koruyucularıdır. Bu, hepimizin gücün yozlaştığını ve mutlak gücün muhakkak yozlaştığını daima hatırlamasına yardım edecektir. Hâkimler insandır ve bireysel olarak ve toplu olarak büyük yetki kullanırlar. Bu yetkinin ve sistemi bozmak isteyenlerin getirdiği yolsuzluk potansiyeli, daima büyük önem taşır.

İzin verin Güney Afrika Anayasa Mahkemesine verilen yetkilere dayanarak bu tehlikenin büyüklüğünü biraz bağlam içinde anlatayım. Güney Afrika Anayasası, Cumhuriyetin en üst düzeydeki kanunudur. Buna aykırı herhangi bir kanun ya da uygulama, aykırılık ölçüsünde geçersizdir ve payına Anayasa Mahkemesince iptal edilmek düşer. Anayasa Mahkemesi, tüm meselelerde en üst noktada bulunan mahkemedir ve de Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu Üyeleri ya da Başbakanlarca, vs. alınan kararların

ve Parlamento ve Yasama Organlarınca çıkarılan kanunların anayasal geçerliliğinin nihai hakemi konumundadır. Özetle, Anayasa Mahkemesi hemen hemen tüm meselelerde söz sahibidir çünkü Anayasa Mahkemesinin ülkemizde biraz önemi olan neredeyse her şeyle ilgisi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi anayasal düzenimizin teminatçısıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesine tabi olmakla beraber, bu, Anayasa Mahkemesinin kendi ifadesine göre yetkisinin tartışılır şekilde sınırsız olduğu anlamına gelir. Ve bu, tevazu, gerekli hassasiyet ve itina ile ele alınmazsa çok tehlikeli olabilir.

Hâkimlerin tutumu, demeçleri, kararları, karar alırken gösterdikleri eğilim ile ilgili hiçbir şeyin, herhangi bir gruba, toplumun herhangi bir kesimine, herhangi bir siyasi oluşuma ya da herhangi bir sınıfa, belirli dünya görüşlerine sahip olan gruplara ya da birliklere daima lehte bir sonucun taahhüt edildiğine inanmaları yönünde geçerli bir gerekçe oluşturmaması gerekir. Çünkü bu durum, anayasal düzen açısından bir tehlike olabilir ve gerçek ya da algılanan adaletsizliğin olumsuz sonuçlarına maruz kalan tarafta olanın kim olduğuna bağlı olarak zamanla diktatörlüğe, anarşiye bir davetiye olabilir.

Ülkedeki en yüksek mahkeme, halkın bir kısmına bir şeyin anayasal görev tanımına göre doğru olmadığına, ancak bunun bazı güçlü ya da etkili şahsiyetlerin ya da kurumların kontrolünde olduğuna inanmaları yönünde meşru bir gerekçe gösterdiğinde, kamuoyunun bu mahkemeye güveni, saygısı ve mahkemenin ahlaki üstünlüğü zedelenmiş olur. Mahkeme milletin gerçek vicdanı olmayı bıraktığında ya da milletin gerçek vicdanı olmadığı, ancak bazılarının emrinde bir araç olduğu izlenimi uyandırmaya başladığında, o zaman kararlarını hiçe saymak ve geçerli gerekçelerle ve bazen ikna edici şekilde açıkça bunları tanımamak kolaylaşır.

Destekledikleri kişilerce kullanılan gücün saldırısından (zehirli ısırgından) korktuklarından, bazı gayrı meşru menfaatlere sıcak baktıklarına inanmaları için menfaat sahipleri lehine karar veren mahkemeler, hiçbir şekilde herhangi bir anayasal düzeni koruyacak konumda değildirler. Bu tür mahkemeler Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin merhum Hâkimi Sayın Black'in aşağıdaki sözlerle ifade ettiği üzere görevlerini yerine getirme yeterliliğinden yoksundurlar:

“Anayasal sistemimizde mahkemeler, (mahkemelerin) olmadıkları takdirde, çaresiz, zavıf, sayıca azalmış olmaları sebebiyle veya önyargının ve galeyanın topluma

uymayan kurbanları olmaları sebebiyle acı çekebilecek olanlar için sığılacak bir liman olarak esen her rüzgârın karşısında dururlar.”¹

Tarih boyunca, Yürütme her zaman yönetimin en güçlü organı olmuştur. Yürütmenin yargının yetkisinin önemini azaltma eğilimi, büyük kaygı ile çağlar boyunca evrensel olarak görülmüştür. Bu durum, 1789 ila 1795 yılları arasında beş yıl Başkan olarak görev yapmış olan Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Başkanı Sayın John Jay’i bu görevin saygınlığının olmaması nedeniyle, New York Valisi olmak üzere Başkanlık görevinden istifa etmeye sevk etmiştir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi ve Anayasal Düzenin Korunması

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, anayasal düzenimizi korumak ve geliştirmek için çok şey yapmıştır. Halka anlamlı şekilde kanun yapma sürecine katılma fırsatı tanımadan çıkarılan kanunlar iptal edilmiştir. Parlamentonun pek çok kanunu, Anayasa’ya aykırılıkları gerekçesiyle Anayasa gereği yürürlükten kaldırılmıştır. Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu Üyelerinin birkaç kararı, anayasal geçersizliklerinden ötürü aynı kaderi paylaşmıştır.

Eğitim, konut, istihdam ve sosyal refah fırsatları ya da ilgili meseleler, millete anayasal demokrasilerinin gerçekten bağımsız bir Anayasa Mahkemesinin elinde güvende olduğu hissini vermek amacıyla Anayasa Mahkemesince ele alınmıştır.²

Anayasa, Güney Afrika’nın yargı yetkisini mahkemelere verir.³ Yine Anayasa, mahkemelerin bağımsız olduklarını ve yalnızca tarafsızca uygulamak zorunda oldukları kanuna ve Anayasa’ya tabi olduklarını ifade eder. Ve bu, Güney Afrika Yargısının faydasına bir serbestliktir.

1 *Chambers v Florida*, 309 U.S. 227, 241 (1941). Ayrıca bakınız *The Supreme Court: Reflections on the Constitutional Protection of Human Dignity*, Eral L Neal

2 Örneğin bakınız, *Christian Education South Africa v Minister of Education* 2000 (4) SA 757 (CC); *MEC for Education v KwaZulu-Natal and Others v Pillay* 2008 (1) SA 474 (CC); *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 (1) (SA) 46 (CC); *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* 2010 (4) SA 1 (CC); *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others* (Centre on Housing Rights and Evictions and Another, Amicus Curiae) 2010 (3) SA 454 (CC); *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others; Mahlaule and Others v Minister of Social Development and Others* 2004 (6) SA 505 (CC); *Bhe and Others v Magistrate,, Khayelitsha and Others* (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae), *Shibi v Sithole and Others*; *South African Human Rights Commission and Another v President of the Republic of South Africa and Another* 2005 (1) SA 580.

3 *Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası* Bölüm 165, 1996.

Anayasanın 38. bölümü, herhangi bir şahsa anayasal haklarını koruması için Anayasa Mahkemesi dâhil olmak üzere yetkili bir mahkemeye başvurusu yönünde hak ve yetki verir. Mahkemeye başvuran, mağdur kişinin bizzat kendisi olmak zorunda değildir. Herhangi bir şahıs, kendi adına hareket edemeyen bir başkası adına hareket edip Mahkemeye başvurabilir. İlâveten, kamu menfaatine hareket eden herhangi biri, aynı nedenle Anayasa Mahkemesine başvurabilir.⁴

Tüm bu başarılar ve çok daha fazlası, herhangi bir kesimden bir müdahale olmaksızın davaları karara bağlayacak olan Anayasa Mahkemesi dâhil mahkemelerimizin bağımsızlığı sayesinde kolay hale gelmiştir.

Sonuç

Yargı görevi, pek çok insan tarafından bireylerin savunmasında son kale olarak görülmektedir.⁵ Yargı, Devletin üçüncü erkidir. Gerçek bir anayasal demokraside bağımsız bir yargı olmadan, basitçe söylemek gerekirse, devlet olamaz.⁶

Herhangi bir anayasal demokrasiye ilişkin olarak en üst noktada bulunan mahkemeye atanma özel bir onur ve gerçekten nadir görülen bir ayrıcalıktır. Milletlerimizin, savunmasız kişilerin, söz hakkı olmayanların ve de unutulmuş fakir insanların yararına omuzlarımıza yüklenmiş aşırı sorumluluklara ilişkin ebedi bilincin bize aşılmasına değer verilmeli ve müsaade edilmelidir. Biz, mahkememize başvuru yapan milyonlarca insanın amaçlarını ve meşru umutlarını taşıyoruz; ve neyin doğru neyin yanlış olduğunun, neyin anayasa gereği geçerli ya da geçersiz olduğunun nihai hakemleri olduğumuza inanarak, önümüzdeki meselelerde herhangi bir parti veya yanlı bir lobi ya da baskı grubunca yönetilen güç, etki, ün ve servetin bizi yönlendirmesini reddedeceğiz. “Anayasa ve kanun uyarınca, korku, iltimas ya da önyargı olmaksızın herkes için eşit şekilde adaleti yerine getireceğiz.”⁷

4 The Minister of Health and Others v the Treatment Action Campaign case (2002 (5) SA 721 (CC)), sivil toplumun anneden çocuğa HIV geçişini engellemek için yazılan ilaca erişimin hükümetçe engellendiği HIV pozitif anneleri ve çocukları adına hareket ederek mahkemelere başvurduğu davalardan yalnızca biridir.

5 Hâkim B Ngoepe, Afrika Mahkemesi Başkan Vekili: *Judicial Dialogue between the African Court and National Judiciaries*, Arusha, Tanzanya, 18-20 Kasım 2013.

6 *The Rule of Law in South Africa; Measuring Judicial Performance and Meeting Standards*. Sayın Mogoeng Mogoeng, Güney Afrika Baş Hâkimi: Başkan Suella Fernandes, Mütevelli Heyeti Başkanı, Afrika Adalet Vakfı, 25 Haziran 2013.

7 Güney Afrika Anayasası 2. bölüm

Yargının asla yozlaşmış, gayrı meşru ya da sektörel gündemlerin gelişmesi dâhil herhangi bir sebeple “sömürgeleşmemesi”, “bozulmaması” veya yozlaşmaması gerekir. Onurumuzu, güvenilirliğimizi, ahlaki üstünlüğümüzü ve herhangi bir anayasal düzenin teminatçısı olarak ve kendi uluslarımızın bilinci olarak konumumuzu, bağımsızlığımızı ve hukuki ve felsefi bakış açımızı bozmaya yönelik tüm gayrı meşru girişimleri hoş görmemeye borçluyuz.

Teşekkür ederim.

The Role of the Constitutional and Supreme Courts In the Protection of Constitutional Order

Chief Justice Mogoeng Mogoeng

*Vice-President of Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa
and Chief Justice of Constitutional Court of South Africa)*

Introduction

Your Excellency, President Hasim Kılıç, the President of the Turkish Constitutional Court and the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACCEI), your Excellencies Presidents Chief Justices of Constitutional Courts and Equivalent Institutions, distinguished guests, ladies and gentlemen, I greet you.

I am deeply honoured and humbled by the invitation extended by the AACCEI to the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa (CCJA) to participate in the Second Congress of this august body whose noble objectives set out in Article 4 of the Statute are to promote: the protection of human rights, development of democracy, implementation of the rule of law, the independence of the Constitutional Courts and Equivalent Institutions, through the exchange of information and experiences related to constitutional justice. My presentation is based on theme 4 entitled *"The Role of the Constitutional and Supreme Courts in the Protection of Constitutional Order"*.

Prerequisites for the Capacity to Protect the Constitutional Order

I am persuaded that truly the pre-eminent desire of every human being, barring negligible exceptions, is to be above all others, to dominate, to outclass and to rule over them and a disdain for any dissenting voice. For this reason, when politicians appoint Judges particularly to the highest court in the land, and when members of opposition political parties and a diversity of lobby groups support or seek to discredit certain appointments, it is at times motivated not so much by what is in the best interests of the nation,

but by what is in the best interests of the holders of a supportive or opposing viewpoint or the sector they represent.

The ability of the Constitutional and Supreme Courts to protect the constitutional order well, depends to no small measure on the selection of the Judges who are to be appointed to these courts. If Judges so appointed are beholden to any political outfit, or big business or some or other pressure or lobby group or secret organization or even world superpower with vested economic interests, then justice will be adulterated because the justice-dispensing institutions would be toys remote-controlled by the kingmakers or puppet-masters.

We as Judges need to identify and propose the essential ingredients of a selection and appointment process that is objectively credible and sufficiently transparent to protect the courts from otherwise legitimate and justifiable criticism. I must hasten to state that many younger and smaller democracies that are rich in mineral and natural resources are often criticised severely, by agencies or units sponsored by older democracies whose appointment processes are indefensible in comparison to those under attack. This hypocrisy must be taken into account in the assessment of the legitimacy of the criticism. Some of the essentialia of a Constitutional or Supreme Court capable of protecting and promoting a constitutional democracy follow below.

The competence of Judicial Officers is not negotiable. A demonstrable track-record of fair-mindedness, commitment to human rights, and the rule of law, decisiveness, humility and personal independence are some of the key traits of a personality fit to serve in the highest court in the land.

The institutional arrangements must be such as to facilitate the independence of an individual Judge to decide any case without being unduly influenced by another Judge, a politician (of a ruling party or opposition party), big business or well organised and highly resourced lobby groups. Security of tenure, continuous judicial education, tools of trade, and support systems necessary for a Judge to take his or her own decisions without fear, favour or prejudice, are important.

A Judge should guard against being lured to the point of being compromised by gifts, introduction to exclusive networks that would usher him or her to prestigious clubs or gatherings of the who's who of this world,

positive coverage and the maximization of whatever they say or do however miniscule it may be, the ever-flowing praise from certain quarters that may make it difficult for him or her to disappoint them come decision-making time. It is necessary to keep a critical distance from anything or anybody that may compromise one's integrity, impartiality and independent decision-making. A Judge should always be mindful, without being unduly suspicious, of the existence of forces out there vying for the control of the institution in which he or she serves. These are forces that want to secure your vote or support whenever matters affecting them are before your court.

One of the worst betrayals of the legitimate aspirations of any nation is by a Judge, who makes decisions, not because he or she believes they are correct, but in order to please a friend, "constituency" or a lobby or pressure group. That is corruption of the worst kind. As functionaries in the Constitutional and Supreme Courts, we must be our Brothers and our Sisters' Keepers. We must establish some informal or formal and yet courteous and effective peer-review mechanism that would allow us to raise concerns with colleagues who appear to be doing a disservice to these courts, that are central to the protection and promotion of our constitutional democracies.

Judges are themselves their best protectors and best guardians of the institutions in which they serve. It will help us all to remember always that power corrupts, and absolute power corrupts absolutely. Judges are human and they individually and collectively wield enormous power. The potential to be corrupted by this power and by those seeking to corrupt the system always looms large.

Let me give some context to the magnitude of this danger based on the powers vested in the South African Constitutional Court. The Constitution of South Africa is the supreme law of the Republic. Any law or conduct inconsistent with it is invalid to the extent of the inconsistency and falls to be set aside by the Constitutional Court. The Constitutional Court is the apex court in all matters and the final arbiter of the constitutional validity of decisions taken by the President, Cabinet Members or Premiers etc and laws made by Parliament and Legislatures. In sum, the Constitutional Court has a say in virtually all matters because the Constitution has a bearing on almost every matter of some importance in our country. The Constitutional Court is the guarantor of our constitutional order. Subject to the separation

of powers doctrine, which means what the Court says it means, the power of our Constitutional Court is arguably immeasurable. And this could be very dangerous if not handled with humility, due sensitivity and care.

Nothing about the conduct of Judges, their public statements, decisions, the trend in decision-making and the potency or otherwise of the reasoning, should give any grouping, any sector of society, any political formation or any class of people, a sound reason to believe that groups or associations which hold certain world-outlooks are always guaranteed a favourable outcome. For that would be a danger to a constitutional order and a recipe for a dictatorship or anarchy, anarchy with time depending on who is on the receiving end of the real or perceived injustice.

When the highest court in the land gives a portion of the population a legitimate reason to believe, that it is not true to its constitutional mandate, but is in the pocket of some powerful or influential personalities or institutions, then public confidence in them, respect for them and their moral high ground would be undermined. When it ceases to be or begins to look like it is not the genuine conscience of the nation, but a tool, at the beck and call of some, then it becomes easy to disregard its orders and to openly renounce it on solid grounds and at times persuasively.

Courts that have given stakeholders reason to believe that they are favourably disposed to some illegitimate interests, because they fear the venomous bite of the power wielded by those they favour, are in no position to protect any constitutional order. Such courts lack the capacity to fulfil their role described by the late Justice Black of the United States Supreme Court, in the following terms:

*"Under our constitutional system, courts stand, against any winds that blow, as a haven of refuge for those who might otherwise suffer because they are helpless, weak, outnumbered, or because they are nonconforming victims of prejudice and public excitement."*¹

Historically, the Executive has been the most powerful institution of governance. The tendency by the Executive to downplay the authority of

¹ *Chambers v Florida*, 309 U.S 227, 241 (1941). Also see *The Supreme Court: Reflections on the Constitutional Protection of Human Dignity*, Earl L Neal

the Judiciary has been universally observed throughout the ages, with great concern. This is what drove Chief Justice John Jay of the United States Supreme Court who served as Chief Justice for five years from 1789 to 1795, to resign from the position of Chief Justice, because he believed that the position lacked prestige, to become the Governor of New York.

The South African Constitutional Court and the Protection of Constitutional Order

The South African Constitutional Court has done a lot to protect and promote our constitutional order. Laws that were passed without affording the affected public the opportunity to participate meaningfully in the law-making process, were set aside. Many Acts of Parliament were declared constitutionally invalid by reason of their inconsistency with the Constitution. Several decisions of the President and Members of Cabinet suffered the same fate owing to their constitutional invalidity.

Educational, housing, employment and social welfare opportunities or related matters were addressed by our Constitutional Court to give the nation a sense that their constitutional democracy is safe in the hands of a truly independent Constitutional Court.²

The Constitution vests judicial authority of South Africa in the courts.³ It further provides that these courts are independent and subject only to the Constitution and the law, which they must apply impartially. And this is the freedom that the South African Judiciary has been left to enjoy.

Section 38 of the Constitution entitles any person to approach a competent court, including the Constitutional Court, to vindicate his or her constitutional rights. It does not have to be the aggrieved person herself who

2 See for example, *Christian Education South Africa v Minister of Education* 2000 (4) SA 757 (CC); *MEC for Education v KwaZulu-Natal and Others v Pillay* 2008 (1) SA 474 (CC); *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 (1) (SA) 46 (CC); *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* 2010 (4) SA 1 (CC); *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others* (Centre on Housing Rights and Evictions and Another, Amicus Curiae) 2010 (3) SA 454 (CC); *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others; Mahlaule and Others v Minister of Social Development and Others* 2004 (6) SA 505 (CC); *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha and Others* (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae), *Shibi v Sithole and Others*; *South African Human Rights Commission and Another v President of the Republic of South Africa and Another* 2005 (1) SA 580.

3 Section 165 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

approaches the Court. Anyone may act on behalf of another who cannot act on his or her own approach the Court. Additionally, anyone acting in the public interest may approach the Constitutional Court for the same reason.⁴

As part of its efforts to enhance access to justice, the South African Constitutional Court, has over the years assisted indigent and unrepresented litigants, whose papers are incoherent by approaching bodies like the Legal Aid South Africa, public interest litigation institutions, the General Council of the Bar and the Law Society of South Africa to assist in prosecuting their matters for free.

All of these achievements and much more were facilitated by the independence enjoyed by our courts, including the Constitutional Court, to decide cases without any interference whatsoever from any quarter.

Conclusion

The judicial function is seen by many as the last bastion in the defence of individuals.⁵ The Judiciary is the third branch of Government, the third arm of the State. There simply can be no State or government without an independent Judiciary in a genuine constitutional democracy.⁶

Appointment to the apex court of any constitutional democracy is a special honour and rare privilege indeed. It must be treasured and allowed to infuse in us an ever-abiding consciousness of the awesome responsibilities that rest on our shoulders for the benefit of our nations, the vulnerable, the voiceless and the forgotten poor. We are the bearers of the legitimate hopes and aspirations of the millions that approach our courts daily, trusting that as final arbiters of what is right or wrong, what is constitutionally valid or invalid, we will refuse to be moved by the power, influence, fame and wealth commanded by any of the parties or sympathetic lobby or pressure groups in

4 *The Minister of Health and Others v the Treatment Action Campaign case (2002 (5) SA 721 (CC)) is but one of the cases where civil society approached the courts acting on behalf of HIV positive mothers and children who were denied by the government access to medication prescribed to curb mother to child transmission of HIV.*

5 Justice B Ngoepe, Vice President of the African Court: *Judicial Dialogue between the African Court and National Judiciaries*, Arusha, Tanzania, 18-20 November 2013.

6 *The Rule of Law in South Africa; Measuring Judicial Performance and Meeting Standards. The Hon. Mogoeng Mogoeng, Chief Justice of South Africa: Chair Suella Fernandes, Chair of Trustees, Africa Justice Foundation*, 25 June 2013

matters before us. We will “administer justice to all persons alike without fear, favour or prejudice, in accordance with the Constitution and the law.”⁷

The Judiciary should never be “imperialised”, “adulterated” or corrupted for any reason including the advancement of corrupt, illegitimate or sectoral agendas. We owe our honour, our credibility, our moral high ground and status as guarantors of any constitutional order and as the conscience of our respective nations, to always frowning at all illicit attempts to corrupt our independence as well as our jurisprudential and philosophical outlook.

I Thank You.

7 *Schedule 2 of the South African Constitution*

Anayasal Sistemi Korumada Anayasa Mahkemesinin Rolü / Filistin Modeli

Fared Al Jallad
Filistin Yüksek Mahkemesi Başkanı

Sayın Haşim Kılıç, Türk Anayasa Mahkemesi Başkanı,

Sayın Hâkimler,

**Baylar Bayanlar, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar
Birliği Üyeleri,**

İzin verin Filistin Yüksek Mahkemesi Başkanı ve Yüksek Yargı Konseyi Başkanı sıfatımla, Anayasa Mahkemesinin ve Yüksek Mahkemenin anayasal sistemimizi korumadaki rolüne ilişkin tecrübemizi sunmak üzere bugün burada Sizinle birlikte olmaktan dolayı duyduğum mutluluğu ifade edeyim.

2003 yılında çıkarılan Filistin Temel Kanununun halen gelişmekte olan Filistin Devleti'nin Anayasası işlevini görmesi gibi temel bir nedenle, Filistin'in anayasa yargısı alanındaki deneyimi bu birliğin Sayın üyelerinin deneyimleriyle kıyaslandığında oldukça yenidir. Temel Kanun, Yüksek Mahkemenin geçici olarak (geçiş döneminde) Anayasa Mahkemesi işlevini göreceğini belirlerken, bir Anayasa Mahkemesi kurulmasını öngörmüş ve bu Mahkemenin temel görev ve yetkisine açıklık getirmiştir. Daha sonra 2006 yılında, Filistin Yasama Meclisi, Anayasa Mahkemesinin kurulması için bir kanun çıkarttı. Ne var ki, mahkeme henüz kurulmuş değildir, böylece Yüksek Mahkeme, Anayasa Mahkemesi sıfatıyla toplanmaya devam etmektedir.

Anayasa Mahkemesi Kanununu çıkarmak suretiyle, Filistin yasa koyucusu yargı denetiminin anayasal sistemin temel güvencesi olduğunu teyit etmiştir. Hukukun üstünlüğünün ve kuvvetler ayrılığının, tüm yetki ve kurumların kanuna tabi olduğu modern, demokratik ve parlamenter Filistin Devlet çatısının ana direkleri olduğunu da doğrulamıştır.

Yüksek Mahkemenin anayasal sistemi korumadaki rolü:

Filistin Yüksek Mahkemesi, idari başvurularda ihtisaslaşmış Yüksek Mahkeme ve Yargıtaydan oluşur.

Yüksek Mahkeme, Filistin genelinde anayasal sistemi korumada büyük bir rol oynar. Bunu, Yargıtayın daha alt derece mahkemelerinin yargılama usullerinin ve hukuki yorumlarının geçerliliğine ilişkin başvurulara bakma şeklindeki görevi yoluyla gerçekleştirir. Ayrıca, Yüksek Mahkeme, tüm mahkemeler için bağlayıcı olan kararları aracılığıyla hukuk prensiplerini belirler. Daha alt derece mahkemelerinin gerek hukuk gerekse ceza davalarında anayasal prensiplere uymalarını, kamu mercilerinin, kuruluşlarının ve bunların idari düzenlemelerinin vatandaşlara Anayasa tarafından verilen hak ve özgürlüklere bağlı kalmalarını da sağlar ve kanuna aykırı düşen düzenlemeleri iptal eder.

Bu görev dolayısıyla, Yüksek Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesini sağlamlaştırarak ve davacılar için adil yargılama güvencesini sunarak, Filistin’de sosyal, ekonomik ve siyasi gelişimi temin etmiştir. Bu, nihayetinde vatandaşların yargı sistemine ve uyuşmazlıkları çözecek uygun kurumlar olarak mahkemelere olan güvenin artmasına yol açmıştır. Ayrıca, idari uyuşmazlıklara ilişkin olarak Yüksek Mahkemenin adalet, nesnellik ve tarafsızlıkla karar verebilmesi ve hiçbir merciden etkilenmeksizin emsal teşkil edebilmesi, Filistin’de iyi vatandaşlığın, yatırımların ve demokratik ve iyi yönetim uygulamalarının gelişmesine yardım etmiştir.

Anayasa mahkemesinin yasama mercii üzerindeki denetimi

Filistin’de, Temel Kanun, yürürlükteki en temel, en üst düzenlemedir ve bu itibarla, bir başka ek kanun bu kanuna aykırı düşemez. Bu, hiçbir kanunun insanlara Temel Kanun tarafından verilen hak ve ilkelerden ayıramayacağı anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun (Sayı 3, 2006) 24. maddesinde, bir kararın, kararnamenin ya da kanunun Temel Kanun’a uygunluk derecesini saptama konusunda Anayasa Mahkemesinin ihtisas mahkemesi olduğu belirtilmektedir. Anılan maddeye göre, yasaların Anayasa’ya uygunluğuna ilişkin mahkeme denetimi aşağıda belirtilen unsurlar yoluyla sağlanmaktadır:

1. Mevzuattan etkilenen bir vatandaşın mahkemeye getirdiği davalar.

2. Bir başka alt derece mahkemesinden havale yapılması. Bu, bir hâkim ya da hâkimler kurulunun, bir kanun veya tüzüğün maddelerinin Temel Kanun'a aykırı olduğuna karar verdiğinde ve böylece davayı Anayasa Mahkemesine havale ettiğinde olur.

3. Bir tarafın yürürlükteki kanunun Anayasa'ya aykırılığına dayanarak davada usul işlemlerini reddetmesi. Bu durumda, mahkeme şikâyetçinin davayı Anayasa Mahkemesine getirmesine izin vererek 90 gün oturuma ara verir.

Filistin'de Anayasa Mahkemesinin işleyişi, Filistin bağlamına özgü belirli görevleri içermektedir. Bu, esas olarak şu nedenledir ki Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisi, Filistin Ulusal Yönetimi'nin kurulmasından önce yürürlükte olan ve halen Filistin Kurtuluş Örgütü ve Filistin Ulusal Yönetimi'nin bazı bölgelerinde uygulanmakta olan kanunlara yönelik olarak genişletilmektedir.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, siyasi kargaşa ve nihayetinde Yasama Meclisinin felce uğraması ile sonuçlanan 2006 Parlamento seçimlerinin ardından ek sorumluluklar üstlendi. Sonuç olarak, Başkan, Başkanlık Kararnamesi ile kanun çıkarmak zorunda kaldı ki bu, olağanüstü/acil durumlarda ve Yasama Meclisi toplanamadığı zaman Başkana Filistin Temel Kanunu'nca tanınan bir yetkidir. Anayasa Mahkemesi, bu Başkanlık Kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetler.

Anayasa Mahkemesinin yargının bağımsızlığını korumadaki rolü:

Filistin Temel Kanunu ile Filistin'deki yargı merciinin temel ilkeleri belirlenmiş ve yargı bağımsızlığı anayasal bir prensip olarak belirlenmiştir.

Temel Kanun'da, yargı merciinin sorumluluğunu üstlenen, bağımsızlığını koruyan ve kamu davası dâhil yargının işleyişini düzenleyen herhangi bir yasa tasarısı ile ilgili hukuki görüşünü sunan bir Yüksek Yargı Konseyinin kurulması ihtiyacı da belirtilmiştir.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Filistin Yüksek Mahkemesi, değişikliğe uğramış Yargı İdaresi Kanununun (Sayı 15, 2005) Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir çünkü Yasama Meclisi değişikliği onaylamadan önce Yüksek Yargı Konseyine danışmamıştır. Aslında, Temel Kanun'un 100. maddesinde, yargıya ilişkin meseleleri düzenleyen bir yasa tasarısında Yüksek Yargı Konseyine danışılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Filistin Yüksek Mahkemesinin Yürütme Mercii tarafından çıkarılan tüzükleri denetleme ve üç kuvvet arasındaki uyumsuzluklara ilişkin olarak karar verme yetkisi:

Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Filistin Yüksek Mahkemesi, Filistin Yönetimince çıkarılan tüzüklerin Temel Kanun'da ve ek kanunlarda belirlenen anayasal prensiplere uygunluğunu tespit etmektedir.

Aynı zamanda, Filistin Yüksek Mahkemesinin, üç kuvvetin görevleri, yetkileri ve hakları ile ilgili bir ihtilaf olması halinde, Temel Kanun'un ve diğer yürürlükteki kanunların yorumlanması hususunda yetkisi bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, yargı ve yargı görevleri üstlenen diğer idari kurumlar arasındaki uyumsuzluklara ilişkin olarak da karar vermektedir.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Filistin Yüksek Mahkemesinin yaptığı denetim, Yürütmenin alanına giren en üst düzeydeki görev ile ilgilidir. Filistin Temel Kanunu'nun 37. maddesine göre, Ulusal Yönetim Başkanının kanun tarafından verilen yetkileri kullanmasının uygun olup olmadığına karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir. Mahkemenin verdiği karar, ne var ki, Yasama Meclisi üyelerinin üçte ikisinin onayını gerektirmektedir.

Filistin'de Anayasa Yargısını uygulamadaki sorunlar

Filistin'de Anayasa Yargısı başta aşağıda belirtilen hususlar olmak üzere pek çok sorunla karşılaşmaktadır:

- Batı Şeria'da Filistin Topraklarının 62%'sini kontrolü altında tutan ve devam etmekte olan İsrail işgali, Doğu Kudüs'ün tam olarak işgali ve ilhaki. Bu, buralarda yaşayan Filistinlilerin yetkisizlik nedeniyle anayasal haklarının Filistin Yönetimince korunamadığı anlamına gelmektedir.
- 2007 yılından bu yana Filistin Yasama Meclisinin felce uğramış olması.
- Son olarak, bir Anayasa Mahkemesi kurulmasındaki yüksek maliyetler.

Bütün bunlar, bağımsız bir Anayasa Mahkemesinin kurulmasında gecikmeye ve Yüksek Mahkemeden geçici Anayasa Mahkemesi olarak yararlanma süresinin uzamasına yol açan faktörlerdir.

Filistin Devleti, bu sorunların üstesinden gelmek için bu konferanstan faydalanmayı, Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Yüksek Mahkemenin işleyişini geliştirmeyi, anayasa yargısındaki tecrübesini artırmayı ve bağımsız bir Anayasa Mahkemesi kurmayı beklemektedir.

Son olarak, bizi bu değerli konferansa davet ettikleri ve bize benzersiz şekilde misafirperverlik gösterdikleri ve de son birkaç yıldır Filistin Anayasa Yargısını destekledikleri için Türk Anayasa Mahkemesine teşekkür ederiz. Ayrıca, Devletimizi iyi yönetim sergileyen ve hukukun üstünlüğünü vurgulayan modern kurumları olacak şekilde kurma yönündeki nihai hedefimize ulaşmak için bu birliğin üyeleri ile bilgi alışverişinde bulunmayı ve yine bu üyelere destek görmeyi umarız.

The Role of the Constitutional Court in protecting the Constitutional System \ the Palestinian Model

Judge Fared Al Jallad
Chief Justice \ Head of the High Court

Mr. Haşim Kılıç, Head of the Turkish Constitutional Court,

Honorable judges,

Ladies and gentlemen, members of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions,

Allow me to express my happiness for being with you today in my capacity as Chairman of the High Judicial Council and the Head of the Palestinian High Court to present to you our experience on the Role of the High Court, and Constitutional Court in in protecting our Constitutional System.

The experience in Palestinian in the area of Constitutional Justice is fairly recent when compared to that of the honorable members of this association, mainly because the Palestinian Basic Law, which was issued in the year 2003, still serves as the constitution of the emerging State of Palestine. The Basic Law provided for the establishment of a Constitutional Court and clarified its main mandate, while stating that in the interim the High Court would serve as the Constitutional Court. Later, in 2006, the Palestinian Legislative Council passed a law for the establishment of the Constitutional Court. However, the court has not yet been established, therefore the High Court continues to convene in its capacity as a Constitutional Court.

By issuing the Constitutional Court Law, the Palestinian legislator confirmed that judicial oversight is the main guaranty to the constitutional system. It also confirmed that the rule of law and the separation of powers are pillars of the modern, democratic and parliamentary State of Palestine, where all authority and institutions are subject to the law.

High Court role in protecting the constitutional system:

The Palestinian High Court consists of the Court of Cassation and the High Court of Justice which specialize in Administrative Appeals.

The High Court plays a vital role in the protecting the constitutional system at large in Palestine. It does so through the role of the Court of Cassation in seeing to appeals on soundness of the procedures and the legal interpretations of the lesser degrees courts. In addition, it establishes legal principles through its judgments that are binding for all courts. It also ensures that the lesser degrees courts adhere to the constitutional principles in their proceedings, both in civil and criminal cases, that the public authorities, and institutions and their administrative regulations adhere to the rights and freedoms granted to the citizens by the Constitution and it annuls the regulations that are in conflict with the law.

Based on this role, the High Court guaranteed the social, economic, and political development in Palestine through the consolidation of the principles of Rule of Law and providing the litigants with fair trial guarantees. This eventually led to an increase in the citizens' confidence in the judicial system and in the courts as the appropriate body for settling their dispute. Moreover, the High Court capacity to decide with fairness, objectivity and impartiality on administrative disputes and in setting precedent without being influenced by any authority helped improving good citizenship, investments and the democratic and good governance practices in Palestine.

The oversight of the Constitutional Court on the Legislative Authority:

In Palestine, the Basic law is the fundamental governing law and as such it cannot be contradicted by any other subsequent laws. This means that no law can depart from the principles and the rights granted to the people by the Basic Law. Article 24 of the Constitutional Court Law (No. 3) of 2006 stipulated that the Constitutional Court is the specialized body in determining the degree to which any ruling, decree, or law is in harmony with the Basic Law. According to the aforementioned article, the court oversight on the constitutionality of legislations is ensured through:

1. Cases lodged in the court by any citizen affected by the legislation.
2. Referral from another court of lower degree. This happens when a

judge or a panel of judges concludes that articles of a law or bylaw are in conflict with the Basic Law, and hence refers the case to the Constitutional Court.

3. One party's rejection of the proceedings of a case on the bases of unconstitutionality of the applicable law. In this case, the court adjourns for 90 days to allow the complainant to lodge the case at the Constitutional Court.

The work of the Constitutional Court in Palestine has particular tasks that are unique to the Palestinian context. This is mainly because its jurisdiction extends to laws that were applicable before the establishment of the Palestinian National Authority, such as the Penal Code and Revolution Procedural Law of 1979, which are still applied to the Palestine Liberation Organization and to some areas of the Palestinian National Authority.

Furthermore, the Constitutional Court took additional responsibilities following the 2006 parliamentary elections, which resulted in political unrest and eventually the paralysis of the Legislative Council. As a result, the President has had to enact laws by Presidential Decree, a power granted to the president by the Palestinian Basic Law in cases of urgency and where the Legislative Council is unable to convene. The Constitutional Court oversees the constitutionality of these Presidential Decrees.

The role of the Constitutional Court in safeguarding the independence of the judiciary:

The Palestinian Basic Law regulated the fundamentals of the Judicial Authority in Palestine and stipulated the independence of the judiciary as a constitutional principle.

The Basic Law also stated the need for the establishment of a Higher Judicial Council that takes charge of the Judicial Authority, protects its independence, and provides its legal opinion regarding any draft laws that regulate the work of the judiciary, including the public prosecution.

For example, the Palestinian High Court, in its capacity as a Constitutional Court, ruled that the amended Judicial Authority Law No.15 of 2005 was unconstitutional because the High Judicial Council had not been consulted by the Legislative Council before passing the amendment. Indeed, Article 100 of the Basic Law states that the Higher

Judicial Council must be consulted in any draft law regulating the affairs of the judiciary.

The jurisdiction of the Palestinian High Court in its capacity as a Constitutional Court in overseeing the by laws issued by the Executive Authority and in deciding on disputes between the three branches of authority:

The Palestinian High Court, in its capacity as a Constitutional Court, determines the harmony of the bylaws issued by the Palestinian Authority with the constitutional principles stipulated in the Basic Law and subsequent laws.

Also, the Palestinian High Court has jurisdiction over the interpretation of the Basic Law and other applicable laws in the event of a conflict regarding the mandate, functions and rights of the three branches of authority. The High Court also decides on disputes between the judiciary and other administrative bodies that undertake judicial functions.

Finally, the oversight of the Palestinian High Court in its capacity as a Constitutional Court relates to the highest position within the Executive Authority. According to Article 37 of the Palestinian Basic Law, the Constitutional Court has the authority to decide whether the President of the National Authority is fit to exercise the powers granted by the law. The decision of the Court, however, requires the approval of two thirds of the members of the Legislative Council.

Challenges in applying Constitutional Justice in Palestine:

The Constitutional Justice in Palestine faces many challenges, most notably:

- The continued Israeli occupation, which controls 62 per cent of the Palestinian Territories in the West Bank, and the complete occupation and annexation of East Jerusalem. This means that the constitutional rights of Palestinians living in those areas cannot be protected by the Palestinian Authority due to a lack of jurisdiction.
- The paralysis of the Palestinian Legislative Council since 2007.
- Finally the high costs involved in establishing a Constitutional Court.

All these are factors that led to the delay in forming an independent Constitutional Court and the prolonging of the use of the High Court as the interim Constitutional Court.

The State of Palestine looks forward to benefiting from its participation in this conference to overcome these challenges, enhancing the work of the High Court in its constitutional capacity, improving its experience in Constitutional Justice and establishing the independent Constitutional Court.

Finally, We Thank the Turkish Constitutional Court for extending the invitation to us to attend this esteemed conference, for their unprecedented hospitality, and for their support to the Palestinian Constitutional Justice in the past few years. We also look forward to the support and exchange of expertise with the members of this association to achieve our ultimate goal in establishing our State with modern institutions that exercise good governance and emphasize the rule of law.

Yargının Temel Hakların Korunmasındaki Rolü¹

Mohan Peiris

Sri Lanka Yüksek Mahkemesi Başkanı

Her gün zihnimizi meşgul etmekte olan en güncel konulardan biri olan Temel Hakların Korunmasında Yargının Rolü ve bunun sınırlarının nasıl korunması ve genişletilmesi gerektiği konusunda sizinle konuşma fırsatını bulduğum için onur duyuyorum.

Biz hâkimlerin sorunların ve çözümlerin başka bir yerde olanlardan farklılık gösterebileceği kendi hukuk sistemimize özgü anayasal standartları uyguluyor olduğumuz izahtan varestedir. Fakat doğru soruyu sorma ve yanıtlama konusunda, yabancı mahkemelerin benzer meseleleri ele alma biçimlerini değerlendirmenin bize, yani yargıya faydası olur.

Bugün keyifle yaptığımız, karşılaştırmalı deneyim kazanma girişimidir. **Lord Goff (Cheievely)’un** karşılaştırmalı hukuk araştırmasına girerek pasaport kontrolünden geçmenin önemine dair sözlerini hatırlatırım- şöyle bir alıntı yapmak isterim ki

“Karşılaştırmalı hukuk çalışmasını kesinlikle memnuniyetle karşılarım. Kendi çalışmamda, bunu mümkün olan her şekilde geliştirmek için sınırlı olarak elimden gelenin en iyisini yaptım ve yapmaya devam ediyorum... Üniversitelerimizde ve bağımsız Enstitülerimizde başka hukuk sistemlerine ilişkin çalışma yapılmasını teşvik ederiz; farklı Avrupa ülkelerindeki üniversiteler arasında profesör ve öğrenci alışverişini destekleriz; kıdemli hâkimler arasında toplantılar düzenleriz... Kararlarımızda diğer hukuk sistemlerinde yer alan ilkelerden yararlanmaya bile çalışırız, oysaki hiç kimsenin bu tür bir teşebbüse dönük güçlükleri hafife almaması gerektiğini deneyimle öğrenmiş bulunmaktayım.”

1 Sri Lanka Yüksek Mahkemesi, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği
2. Kongresine davet edilmiş, ancak bahse konu Mahkeme temsilcileri kendilerinden kaynaklanan birtakım sebeplerle Kongreye katılamamıştır. Fakat daha sonra Kongre bildirilerinin yayınlanacağı eserde kendi metinlerinin de olmasını talep etmişler ve bu talep üzerine bu yazı Kongre bildirileri arasına eklenmiştir.

Yabancı içtihadada erişim konusunda Lord Goff'un atıfta bulunduğu güçlükler günümüzde sanal gerçeklikle giderilmektedir.

Sayın Başkan,

Hâkim Scalia'nın unutulmaz karşı görüşünde karşı çıktığı **yabancılara ait ruh halleri, geçici hevesler ya da modalar** aklıma geldi. Lord Goff'un denizaşırı ülkelerdeki yargı sistemlerinden ortaya çıkan serbest hukuk yaklaşımının aksine, böyle bir hukukun en iyi ihtimalle yersiz ve en kötü ihtimalle tehlikeli olduğu yönünde bir görüşün varlığını başlangıçta kabul etmemiz gerekir. Bu, insan hakları bağlamında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinde **Hâkim Scalia'nın** etkili bir şekilde ifade etmiş olduğu görüştür ki burada Scalia yabancı yetki alanlarına ilişkin çoğunluğun taptığı değerlendirmeyi anlamsız mütalaa olarak gördüğü için reddetti ve Mahkemenin **yabancılara ait ruh hallerini, geçici hevesleri ya da modaları** empoze etmemesi gerektiğine hükmetti. Bu yorumu *Lawrence et al v Texas* 539 US 558 (2005) içinde göreceksiniz.

Bu yabancı düşmanlığına ilişkin şüphecilik konusunda köprünün altından çok sular aktı ve bugün bizden bireysel hukuk sistemlerimizi "*kendi bütünlüğünde bir ada*" olarak gören ya da görmek isteyenler iki sorunla karşılaşır. Birincisi, her ne kadar hukukumuzun ulusal zekâmızın saf, yerli ürünü olduğunu düşünsek de, gerçek bunun tersidir. Hukukumuz, kökenimizin saflığı hususunda kaybettiğini enerji ve zekâyâ dayalı olarak kazanan bir ürün karmasıdır. Ticaret yapan milletler olarak, yıllar boyunca yabancı etkilere karşı kendimizi korumuş değiliz fakat az miktarda alınan unsurun hukukumuzu geliştireceği ortaya çıktığında bu etkilere karşılık verdik. İngiltere'nin önemli hâkimi Tom Bingham, *The Business of Judging* adlı harika kitabında birbirinden almanın verimleri üzerinde fevkalade bir şekilde durur.

Bu bağlam ve temelde, Sri Lanka'nın temel hakların korunması ve geliştirilmesindeki yargısal rolünden söz ederek konuya odaklanacağım. Bunu yapamadan önce, sunumumu bir bağlama yerleştirmek üzere bazı ön değerlendirmelerde bulunmama izin veriniz.

1948 yılında ilan edilen bağımsızlıktan bu yana Sri Lanka'nın üç Anayasası oldu. Bağımsızlık sonrasındaki 1948 Anayasası, İngilizlerin Westminster'da kabul ettikten sonra bize verdikleri bir belgeydi. Dicey'den

oldukça etkilenen İngilizlerin o dönemdeki düşüncesinin Haklar Bildirgesi üzerine ayrı bir bölümden ziyade teamül hukukunun temel hakların daha iyi bir şekilde ele alınmasında etkili olacağı yönünde olduğunu bileceğiniz üzere, bu Anayasa'da Haklar Bildirgesi yer almamaktaydı. Biz 1972'de bir Cumhuriyet haline geldik ve halkın temsilcileri ilk Cumhuriyet Anayasası'nın taslağını hazırlamak için 1972'de bir kurucu meclis olarak toplandılar. Bu Anayasa, düzenlenirken 1948 Anayasası'na hiçbir şekilde atıfta bulunulmaması anlamında bir hukuk devrimiydi. Bunu hukuk devrimi olarak adlandırıyorum çünkü bağımsızlık üzerine oluşturulan Anayasa'nın kendi feshine yönelik bir usul öngörmüş olmasına rağmen, halkın temsilcileri 1972'de ilk Cumhuriyet Anayasası'nı kabul ederken bu usulü izlememe yolunu seçtiler. Bu Anayasa'nın ayrı bir Haklar Bildirgesi vardı fakat temel haklar yargılanamazdı. Bu, sadece kâğıt üzerinde bir Haklar Bildirgesiydi.

Ancak 1978'de, ikinci Cumhuriyet Anayasası kabul edildiğinde Haklar Bildirgesine ilişkin bir bölüme yer verdik. Bugün ülkede süregelen Anayasa bu Anayasa'dır ve benim başkanı olduğum Yüksek Mahkemeye, temel hak ihlallerini incelemesi ve Anayasada "*adil ve hakkaniyete uygun*" olarak nitelendirilen hukuk yollarını sağlaması yönünde tek ve yegâne yetki verilmiştir. 1978'den bu yana, Sri Lanka yargısı Haklar Bildirgesini cömert ve amaca yönelik bir şekilde yorumlamış ve Anayasa'nın III. bölümünü serbest bir şekilde yorumlayan Yüksek Mahkeme, devlet ve teşkilatlarında kanunca verilen geniş takdir yetkisini kullanarak haksızlıklara karşı siper olmak için çok uğraşmıştır.

Anayasa'da egemenliğin insanlarda bulunduğu ve vazgeçilemez olduğunun bildirildiği temel bir madde (madde 3) vardır. Bu beyan ile parlamento egemenliğinden uzaklaştık ve egemenliği halka verdik. Parlamento, halkın egemenliğinin kullanıldığı organlardan biri haline geldi. Anayasa'nın 4. maddesi ile başka önemli unsurlar bildirilmektedir- şöyle ki **egemenlik temel hakları kapsar**.

Ayrıca aynı madde ile şu belirtilmektedir ki **Anayasa ile tanınan ve beyan edilen temel haklar tüm devlet organlarıncı gözetilir, korunur ve geliştirilir**. Başka bir ifadeyle, devletin önemli bir organı olan yargı temel hakları gözetmek, korumak ve geliştirmek zorundadır. Böylece, Yüksek Mahkemeye temel hakların vicdan bekçisi olması yönünde anayasal bir görev verilmiştir. Bu görev yıllar boyunca nasıl yerine getirilmiştir?

Bu görevin bazı belirgin yönlerini ele almadan önce, Anayasanın III. bölümünde belirtilen temel haklardan birkaçını sıralamama izin veriniz.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü.

İşkenceye ya da zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmama.

Kanun önünde eşitlik hakkı ve kanun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanması.

İrk, din, dil, sınıf, cinsiyet, siyasi görüş ya da doğum yeri nedeniyle ayrımcılık görmeme hakkı.

Kanunca belirlenen usule aykırı şekilde tutuklanmama ve tutuklanma nedenini öğrenme hakkı.

Kanunca öngörülen süreden daha uzun bir süre mahkeme kararı olmaksızın gözaltına tabi tutulmama hakkı.

Yetkili bir mahkeme kararı ile hariç olmak üzere ölüm ya da hapisle cezalandırılmama hakkı.

Suçluluğu ispat edilene kadar herkesin masum olduğu ilkesi.

Yayın dâhil konuşma ve ifade özgürlüğü.

Örgütlenme özgürlüğü.

Sendika özgürlüğü.

Riayet etme, yerine getirme ve eğitim verme yoluyla kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü.

Sri Lanka içerisinde kişinin ikametgâh seçme ve dolaşım özgürlüğü.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Elbette ki bu hakların kaynağı, kabul edersiniz ki İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir çünkü modern Anayasalardaki Haklar Bildirgesi kökenini 1948 tarihli bu önemli belgeye borçludur ve insan onuru ve eşitlik gibi ıslah edici hakları bu belgeden alma hususunda Sri Lanka bir istisna değildir.

İzin verin bu aşamada konu dışına çıkayım ve eşitliği biz Anayasamızda göklere çıkardıktan çok önce bir insan hakkı olarak tanıyan, İnsan Hakları

Evrensel Bildirgesi öncesinde ki zamana ait muhteşem bir beyana atıfta bulunayım.

Hazreti Muhammed'in (Aleyhisselam) Arafat Dağında yaptığı veda hutbesini hatırlatırım. Hacılar sırf bu önemli hutbeyi gözlerinin önüne getirmek için Arafat Dağına akın ederler. Bu hutbenin harika sunumunda bize evrensellik ve eşitlik kavramı vurgulanarak gösterilir. İzin verin Veda Hutbesinden alıntı yapayım.

"Ey İnsanlar! Sözümü iyi dinleyiniz! Bilmiyorum, belki bu seneden sonra sizinle burada bir daha buluşamayacağım.

Ashabım! Dikkat ediniz, cahiliyeden kalma bütün adetler kaldırılmıştır, ayağımın altındadır. Hepiniz Âdemin çocuklarısınız. Âdem ise topraktandır. Arabın Arap olmayana, Arap olmayanın da Arap üzerine üstünlüğü olmadığı gibi; kırmızı tenlinin siyah üzerine, siyahın da kırmızı tenli üzerinde bir üstünlüğü yoktur."

Görüyorsunuz ki eşitlik ve kardeşlik Hazreti Muhammed'in (Aleyhisselam) bu derin sözlerinin altında yatan konular olarak işlenmektedir. Eşitliğe ve evrenselliğe dünyadaki çağdaş anayasalarda yer verilmeden çok önce, Peygamber (Aleyhisselam) bunları veda hutbesinde açıklamıştı.

Her ne olursa olsun, izin verin Sri Lanka Yüksek Mahkemesinin Haklar Bildirgesinin uygulanmasına ilişkin yargısal aktivizmini görebileceğiniz bazı alanları seçip sizlere sunayım.

Yaşam Hakkı

Son derece tartışmalı bir konu, bir Mahkemenin Haklar Bildirgesini yorumlarken Anayasada açıkça belirtilmemiş temel haklarla ilgili bir çıkarım yapıp yapamayacağıdır.

Sri Lanka yargısı, **ifade edilmemiş belirli hakların sıralanmış güvencelerde dolaylı olarak anlaşıldığı** esasına dayanarak, Temel Haklara ilişkin bölümde belirgin biçimde söz edilmeyen temel hakları ortaya çıkarmıştır. Örneğin, 1978 Anayasası belirgin olarak yaşam hakkına atıfta bulunmaz. Fakat 2003 yılında **Sriyani Silva v Iddamalgodha and others** (2005) 2 Sri. LR 63 davasında, tutuklu iken öldürmek amacıyla saldırılmış bir kişinin dul eşine (bayan) ve çocuğuna maddi tazminat verilmesine Yüksek Mahkemece karar verildi. Yüksek Mahkeme, yaşam hakkının temel haklar ile

ilgili bölümün belirli hükümleri kapsamında, özellikle hiç kimsenin yetkili bir mahkeme kararı haricinde ölüm ya da hapisle cezalandırılmayacağını belirtildiği madde 13 (4) kapsamında dolaylı olarak güvence altına alındığı yönündeki görüşü ifade etti.

Bu yapıcı yorum, daha sonra Phosphate davasında ileri götürüldü. Mahkeme, büyük çapta çevre kirliliğiyle karşı karşıya kalan başvuranlar lehine karar vermek üzere kamu güveni doktrinine başvurdu.

Kamu Güveni Doktrini-Bir Diğer Genişleme Cephesi

Yüksek Mahkeme bu doktrine yürütmeyi frenlemek için başvurmuştur. Bu doktrin, takdir yetkisinin kullanımını sınırlayan bir doktrindir. Günümüzde çevre hukukunda birkaç kavram değişikliğinin olduğu görülmektedir ve bu kavramlar arasında insan hakları ve çevresel adalet yer almaktadır. Bunların çevre hukukunda gelişmesinden çok önce, söylemeliyim ki Yüksek Mahkeme insan hakları ve çevresel adalet arasındaki bağlantı noktasının farkındaydı.

Yüksek Mahkeme, kamu güveni doktrininden **Eppawela davası** olarak bilinen **Bulankulama v Secretary, Ministry of Industrial Development (2000) 3 Sri. LR 243** adlı meşhur bir davada yararlandı.

Eppawela Davası-Olaylar

Başvuranlar, Anuradhapura Bölgesinde Eppawela sakinleriydi. Bu sakinler toprak sahibiydiler ve bölgede tarım yapıyorlardı. Başvuranlardan biri, bölgede bir ibadethanenin başrahibiydi. Başvuranlar, bir Amerikan şirketine bölgede fosfat ve başka mineraller arama yönünde tek ve yegâne hak tanıyan, Hükümetçe imzalanmış bir anlaşma dolayısıyla temel haklarının ihlal edildiği şeklinde bir şikâyetle bulundular. Teknik raporlar, anlaşmanın sadece bir çevre felaketiyle değil aynı zamanda bir mali krizle sonuçlanacağını ortaya koydu. Hâkim Amerasinghe kararında doğal kaynaklar üzerindeki vesayet kavramını kabul etti. Amerasinghe, Devletin vasi görevi olduğunu ve vatandaşlar için kaynakları kendi himayesinde tuttuğunu ifade etti. Anayasa'nın madde 12 (1)'i kapsamında yer alan kanun önünde eşitliğin Sri Lanka'daki her insanın tabiatı koruma ve zenginliklerini muhafaza etme yönündeki görevinden ayrılmaz olduğunu ileri sürdü. Buna dayanarak, başvuranların temel haklarının ihlal edildiği şeklindeki iddiası uygun bulundu.

Güvenli bir çevre hakkının temel bir hak olarak ifade edilmemiş olduğunu göreceksiniz. Fakat Mahkeme, Temel Haklara ilişkin Bölümde geniş çapta kirlilikle tehdit edilmeme hakkı anlamını çıkarmaya çalışarak açıkça ifade edilmiş olan “*kanun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanması*” hükmüne başvurdu.

Kamu güveni doktrininin Anayasa’yı serbest şekilde yorumlamak için de yararlandı. İdareciler, doğal kaynakları sömürmeye yönelik anlaşmalar imzalarken, insanlar için bu kaynakları kendi himayelerinde tutmaktadırlar.

Dava üçlemesinde Kamu Güveni Doktrini

Sri Lanka’da temel haklar alanındaki yargılamanın en göze çarpan özelliği, LMSL, SRI LANKA INSURANCE AND WATERS EDGE olarak bilinen dava üçlemesinde kamu güveni doktrininin gelişmesidir.

LMSL ve SRI LANKA INSURANCE davalarında, yatırım anlaşmaları kamu güveni doktrinini ihlal ettikleri için iptal edildiler. Bu iki davada, itiraz edilen işlemler önceki yönetimlerce imzalanmıştı. İki davanın en dikkat çeken yönü şudur ki Mahkeme yetki (duruşmaya katılma hakkı) genişletti ve duruşmaya katılma hakkı olduğu kabul edilen Başvuran (o dönemde Meclis Üyesi), kamu yararına başvuru yaptı. Bir aylık zamanaşımına dayanılarak yapılan itiraz reddedildi.

Kamu güveni doktrinine yönelik bir ihlal olur ve bu mütemadi bir ihlal olursa, her zaman adaletin kapısını çalmak üzere size bırakılan bir süre vardır ki Mahkeme bu esasa göre hareket eder.

Üçlemeyi tamamlamak amacıyla, **Waters Edge** davasına atıfta bulunmama izin veriniz (**Sugathapala Mendis and Others v Chandrika Bandaranaike and 20 others** (2008)). Davadaki 1. sanık/davalı ülkenin eski Devlet Başkanıydı.

Bu davada başvuranlar, diğerlerine ilâveten, dava konusu arazinin kamu yararına hizmet etmek üzere kullanılacağına dayanarak, temel haklarının bu arazinin edinilmesi nedeniyle ihlal edilmiş olduğunu ileri sürdüler.

Bu amacın aksine, idari nüfuz yoluyla, arazi, üyelik ücreti 25,000 Sri Lanka Rupisi tutarında olan müstesna ve özel bir golf tesisi olarak hizmet etmek üzere özel bir girişimciye bilerek, kasten ve hileli bir şekilde satıldı.

Mahkeme, arazinin, diğer varlıkların idaresi ve **ekonomik gelişme** gibi yönetimin bazı belirli görevlerine atıfta bulundu. **Husumetlerin sona ermesinden bu yana Sri Lanka'da ekonomik kalkınma düzeyi hızla yükselmektedir ve** Mahkemenin Waters Edge Davasında belirttiği hususu hatırlamaya değer.

"Amaçlarımıza yönelik olarak şunu belirtmek gerekir ki ülkenin tüm yönleri-arazisi, ekonomik fırsatları ya da diğer varlıkları kamu güveni doktrininin oluşturduğu vesayetin katı sınırlamaları kapsamında ele alınmalı ve yönetilmeli ve yineliyoruz ki ayrıcalıklı birkaç kişiye, onların ailelerine ve/veya arkadaşlarına büyük ölçüde lütufta bulunma şeklinde değil de her zaman ülkenin tüm vatandaşlarının yararına ve ekonomik büyüme için kullanılmalıdır..."

Böylece görebilirsiniz ki kamu güveni doktrini, sadece iyi yönetim yararına değil aynı zamanda *"bir milletin ve tüm insanların, özellikle de ekonomik açıdan yetersiz olanların, alt kesimlerin ve ötekileştirilmişlerin sürdürülebilir ekonomik gelişimi"* için uygulanmıştır.

Bu davada mahkeme, ülkenin eski Devlet Başkanı dâhil olmak üzere bazı sanıkların/davalıların kendilerine duyulan kamu güvenini istismar etmiş olmalarına dayanarak, bazı devlet kurumlarınca yapılan bazı işlemleri iptal etti. Mahkeme ayrıca, eğer işlemler kamu güveni doktriniyi ihlal edecek şekilde yapılmışsa, Bakanlar Kurulunun bu işlemlere yönelik verdiği onayın bunları geçerli hale getirmeyeceğine hükmetti.

Bu doktrinin uygulanmasını tam olarak anlamak için, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bir otoyola ilişkin alt yapı gelişmelerinin yer aldığı **Heather Munfy'e** atıfta bulunmak en iyisidir.

Heather Mundy-Olaylar

Seyahat alt yapımıza ilişkin bir dönüşümü fiilen yaşayan milletimiz, Güney Otoyolunda bir devrime tanık oldu. Fakat bu devrim, başlangıçta sorunlar ortaya çıkmadan gerçekleşmiş değildir.

Bu amaçla arazileri ele geçirilen başvuranlar, önerilen Güney Otoyolu güzergâhına itiraz ederek, buna ilişkin yargı denetimi yapılması için başvuruda bulundular. Dava nihayetinde, ekonomik gelişme karşısındaki kamu güveni doktriniyi açıkça ifade eden Yüksek Mahkemede görüldü. Merhum Hâkim Mark Fernando'nun ilgili sözlerini aktarmak isterim-

“Gelişim faaliyeti bir milletin sürdürülebilir kalkınması için gerekli ve kaçınılmaz olmakla beraber, maalesef bireylerin haklarını etkilemektedir, fakat bu, bir milletin ilerlemesi için yapılmak zorunda olan kaçınılmaz, üzücü bir fedakârlıktır... Bir bütün olarak topluma yönelik yükümlülük, Otoyolun inşasından ne yazık ki etkilenen bireylerden oluşan bir gruba yönelik yükümlülüğten üstün gelmelidir.”

Görebiliyorsunuz ki Yüksek Mahkeme söyleyeceğini söyledi- topluma yönelik yükümlülük bireylerden oluşan bir gruba yönelik yükümlülüğten üstündür.

Sürdürülebilir kalkınma, bireylerin mülkiyet haklarından üstün olabilir.

Sürdürülebilir kalkınma için topraklarını kaybeden bireylere bu kayıptan doğan zarar cömertçe tazmin edilir çünkü Sri Lanka’da temel haklara ilişkin yargı sistemi, adil ve hakkaniyete uygun geniş görev alanı (yargı yetkisi) kapsamında maddi tazminat kavramının geliştirilmesini sağlamıştır.

Bu davaya ilişkin bir başka hikâye anlatmalıyım. Bu davanın Temyiz Mahkemesinden Yüksek Mahkemeye gidişi o kadar uzun sürdü ki Sri Lanka, işe başlamak için varını yoğunu ortaya koyup tüm teçhizatını Sri Lanka’ya getirmiş olan Japon yükleniciye inşaat alanını teslim edemedi. Japon yüklenici, Heather Mundy davası en üst mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlanıncaya kadar beklemek zorunda kaldı.

Güney Otoyolunu tamamladıktan ve bize teslim ettikten sonra, Japon yüklenici bize karşı aylarca süren, masraflı bir şekilde yürüten, tahkim yoluyla görülecek bir dava açtı. Heather Mundy davasının uzun yolculuğu sayesinde, sonunda Sri Lanka, alanı yükleniciye teslim etmedeki gecikme için milyarlarca para ödemek zorunda kaldı.

Bu mahiyetteki davaların sorumluluğu altına girmemiz ve Sri Lanka’yı vergi mükelleflerinin milyarlarca parasının nihayetinde yüklenicilere ödenmek üzere verildiği böyle masraflı bir Uluslararası Ticaret Odası tahkimi meselesi ile karşı karşıya getirmemiz mi gerekir?

Eğer topluma yönelik yükümlülük bireylerden oluşan bir gruba yönelik yükümlülüğten üstün ise, temel haklara yönelik başvuru adı altında açılan bazı mesnetsiz davalarda bu memnuniyet verici içtihadı uygulamamız mı gerekir? Bunlar, günümüzde Sri Lanka’daki yaygın düşüncelerdir çünkü zaman zaman her müdahale ülkemizde temel haklara

yönelik bir ihlal haline gelmektedir ve bugün biz Heather Mundy davasına ilişkin içtihadı göz önünde bulundururken, akabindeki masraflı tahkim sürecinin istismarına varan mesnetsiz davaları başından engellememiz gerektiğini bize hatırlatmaktadır.

Dava üçlemesini ve Heather Mundy davasını ele almış bulunmaktayım. Tüm bu davalar bize ilerleyeceğimiz yolu göstermektedirler.

Yüksek Mahkeme, temel haklara ilişkin yargı sistemi ile ilgili olarak inisiyatif ele almıştır (pro-aktif durumdadır) ve bu eğilim sürmelidir.

İzin verin **mektuplaşarak yürütülen davaları** da unutmayayım ki bu davalar yoluyla şikâyetini takip etmesi için daha sonra adli yardım temin edilen parasız bir başvuranın bana veya Sri Lanka Yüksek Mahkemesine yazdığı bir mektup, temel haklara yönelik başvuru yolunu açabilir.

Kamu Yararı Bulunan Dava

Anayasa kapsamında egemenliğin halkta olmasına dayanarak kamu yararı bulunan dava kavramını da getirdik ve böylelikle, ülke varlıklarının kamu mercilerince ele alınmasında insanların meşru bir menfaati vardır. İnsanları temsil eden bir Parlamento üyesince getirilen bir davaya önceden atıfta bulunmuştum ki Sri Lanka Mahkemesi, bu şekilde temel haklara yönelik ihlallerin etkili şekilde giderilmesine öncülük etmişti.

Hâkimlerin sınırları genişletme konusunda yeterince zinde ve güçlü oldukları bir dizi dava ile devam edebilirim.

Tüm bunlar Sri Lanka'da mümkün olmuştur çünkü yargının rolü, Anayasa kapsamındaki haklarımızın koruyucusu olma şeklinde anlaşılmalıdır.

Şunu unutmamalıyız ki ne Anayasa ne de Haklar Bildirgesi doğrudan uygulanan bir kaynaktır. Hâkimlerin söylediği budur. Haklarımızın korunması, Anayasa'nın ve bilhassa Haklar Bildirgesinin yorumlanmasına bağlıdır.

En cömert Haklar Bildirgesi, dar ve duyarsız bir yargısal yorum yoluyla vaatlerden oluşan bir kâğıt parçasına indirgenebilir.

Şunu hatırlamak yerindedir ki Anayasa, birtakım hukuk kurallarını içeren, her geçen saate yönelik geçici bir yasal belge değildir. Geleceğe yönelik ilkeleri ortaya koyan Anayasa'nın gelecek yıllar boyunca sürmesi ve nihayetinde insan ilişkilerine dair çeşitli krizlere uyarlanması hedeflenir.

Böylece, tam anlamıyla serbest yorum yönteminden ziyade amaca yönelik yorum yönteminin kabul edilmesi gerekir. Bu yorum ilkesi, özellikle Haklar Bildirgesinin yorumlanma amacına uygundur. Haklar Bildirgesini devletten vatandaşlarına bir hediye olarak addetmek bir yanılgıdır.

Haklar Bildirgesi ile temel haklar verilmez. Bunların var olduğunu doğrular ve bunların korunmasını sağlar.

Ancak bu memnuniyet verici ilkeleri aklımızda tutarsak, Anayasa'nın bekçileri olarak biz insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasına yardımcı oluruz ki böylelikle yalnızca vatandaşların şikâyetlerini gidermekle kalmaz, aynı zamanda temel haklar disiplinine uymak zorunda olduğunu bilen Yönetim (Hükümet) üzerinde yararlı bir etkimiz olur.

En önemlisi, Haklar Bildirgesi, devlet erklerinin sınırsız olmadığını ve insan kişiliğinin paha biçilmez değer taşıdığını bize sürekli hatırlatır.

Teşekkür ederim.

The Role of the Judiciary in Protecting Fundamental Rights

Mohan Peiris¹

President of Supreme Court of Sri Lanka

I feel honored that I have this opportunity of speaking to you on one of the most topical of themes that engages all our attention day in day out – the Role of the Judiciary in the Protection of Fundamental Rights and how its frontiers must be promoted and expanded. How its canvas must expand further.

I would call it axiomatic that, we judges, apply the constitutional standards which are peculiar to our own jurisdictions, where the problems and solutions may differ from those elsewhere. But in asking and answering the right question, it helps us, the judiciary, to consider how foreign courts have addressed similar issues.

What we indulge in today is a foray into comparative experience. I recall what **Lord Goff of Cheievely** spoke of the importance of crossing beyond passport control in search of comparative jurisprudence -1 quote

“I welcome unreservedly the study of comparative Law. In my own work, I have done and continue to do my limited best to promote it in every possible way We encourage the study of other systems of law in our universities and independent Institutes; We promote exchanges of professors and students between universities in different European countries; we hold meetings between senior judges We even attempt to take advantage of principles from other systems of law in our judgments, though I have learned from experience that nobody should underestimate the difficulties facing such an enterprise”

1 The Supreme Court of Sri Lanka was invited to the 2nd Congress of the Association of Asian Constitutional Court and Equivalent Institutions but the representatives of the said Court expressed their regrets for not participating to the Congress. However, they requested their presentation be published in the collection of the presentations during the Congress. Accordingly, this article has been included among the collection.

The difficulties that Lord Goff refers to in accessing foreign jurisprudence is today redressed by cyberspace but one cannot just discount the dividends one can reap from colloquia of this owers.

Mr Chairman,

The foreign moods, fads or fashions that **Justice Scalia** was averse to in his memorable dissent come to my mind. As opposed to Lord Goffs open-minded approach to jurisprudence emerging from overseas jurisdictions, we should acknowledge at the outset the existence of a body of opinion which regards such law as at best irrelevant and at worst dangerous. Such was the view vividly expressed by *Justice Scalia* in the United States Supreme Court in a human rights context when he dismissed the majority's discussion of foreign authorities as meaningless dicta and ruled that the Court should not impose *foreign moods, fads or fashions on Americans*-You will see this comment in *Lawrence et al v Texas* 539 US 558 (2005).

Much water has flowed down under the bridges on this xenophobic skepticism and today those of us who see, and would wish to see, our individual legal systems as "an island, entire of itself" face two problems. The first is that, much as owers care to think of our law as a owe-bred, home-grown product of our national genius, the truth is otherwise. It is a mongrel, gaining in vigour and intelligence what it has lost in purity of pedigree. As trading nations, we have not over the years been immune to foreign influences, but have responded to them when it appeared that a little borrowing would improve our law. That great judge of England Tom Bingham, dwells so beautifully on the fruits of borrowing from each other in his beautiful book, *The Business of Judging*.

It is in the context and background that I would be focusing on this topic by making allusions to Sri Lankan judicial role in the protection and promotion of fundamental rights. Before I do that let me make some preliminary remarks to contextualize my presentation.

Since independence in 1948 Sri Lanka has had three Constitutions. The 1948 Constitution upon independence was an instrument that the British gave us after having enacted it in Westminster. This Constitution had no Bill of Rights as you probably know that the British thinking at that time which was quite influenced by Dicey, was that the common law would look after fundamental

rights better than a separate chapter on Bill of Rights. We became a republic in 1972 and the representatives of the people gathered as a constituent assembly in 1972 to draft a first Republican Constitution. This was a legal revolution in that its enactment had no reference to the 1948 Constitution. I call it a legal revolution because, even though the independence Constitution had specified a procedure for its repeal, the representatives of the people chose not to follow the procedure in enacting the first Republican Constitution in 1972. This Constitution had a separate Bill of Rights but the fundamental rights were nonjusticiable. It is only a Bill of Rights on paper.

It is only in 1978 that we included a chapter of justiciable Bill of Rights when we enacted the second Republican Constitution. It is this Constitution that obtains today in the country and the Supreme Court which I preside over is vested with the sole and exclusive jurisdiction to investigate infringement of fundamental rights and grant what the Constitution calls “just and equitable” remedies. Since 1978 the Sri Lankan judiciary has interpreted the Bill of Rights in a generous and purposive manner and in so construing chapter III of the Constitution in a liberal manner, the Supreme Court has striven hard to be a bulwark against injustices in the exercise of vast discretionary power vested by law in the state and its agencies.

There is a core article in the Constitution (Article 3) which declares that sovereignty is in the people and is inalienable. By this declaration we moved away from parliamentary sovereignty and vested it in the people. Parliament just became one of the organs through which popular sovereignty is exercised. Article 4 of the Constitution makes other important declarations- *sovereignty includes fundamental rights*.

Moreover the same Article states that *the fundamental rights declared and recognized by the Constitution shall be respected, secured and advanced by all the organs of government*. In other words the judiciary which is an important organ of government has to respect, secure and advance the fundamental rights. Thus there is a constitutional role placed on the Supreme Court to be the conscience owner of fundamental rights. How has that role been executed over the years?

Before I deal with some salient aspects of the role, let me catalogue but a few of the fundamental rights that are set out in Chapter III of the Constitution.

Freedom of thought, conscience and religion.

Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment.

Right to equality before the law and equal protection of the law

right to nondiscrimination on grounds of race, religion, language, caste, sex, political opinion or place of birth.

Right not to be arrested except according to procedure established by law, and to be informed of the reasons for arrest.

Right not to be kept in custody without a judicial order for longer than the period prescribed by law.

Right not to be punished with death or imprisonment except by order of a competent court.

Right to be presumed innocent until proven guilty

Freedom of speech and expression including publication

Freedom of Association

Freedom to form and join a trade union.

Freedom to manifest one's religion by observance, practice and teaching.

Freedom of movement and of choosing one's residence within Sri Lanka.

UDHR

Of course the provenance of these rights, you would recognize, is the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) as the Bill of Rights in modern Constitutions owe their parentage to this great instrument of 1948 and Sri Lanka was no exception in borrowing such edifying rights as dignity of mankind and equality from that instrument.

Let me at this stage digress and refer to a pre-UDHR declaration of pristine glory which recognized equality as a human right long before we enthroned it in our Constitution.

I recall the last sermon Prophet Mohammed (Peace Be Upon Him) delivered at Mount Arafat. Pilgrims flock to Mount Arafat just to visualize that great sermon. Its beautiful rendition highlights to us the values of universalism and equality. Let me quote the Farewell Sermon.

"Ye people! Listen unto my words, for I know not whether another year will be vouchsafed to me after this year to find myself amongst you in this place.

The aristocracy of yore is trampled under my feet. The Arab has no superiority over the non-Arab and the non-Arab has no superiority over the Arab. The fair skinned is not superior to the dark skinned nor the dark skinned to the fair skinned. Ours children of Adam and Adam was made of earth."

You would see that equality and fraternity ran as the underlying themes in these indelible words of Prophet Mohamed (Peace Be Upon Him). Long before equality and universalism were enshrined in the modern constitutions of the world, the Prophet (Peace be upon Him) encapsulated it in his last sermon.

Be that as it may, Let me pick out some areas where you would observe the judicial activism of the Sri Lankan Supreme Court in the enforcement of the Bill of Rights.

Right to Life

A highly controversial issue is whether a Court can in construing a Bill of Rights deduce fundamental rights which are not expressly set out in the Constitution. In the United States rights of privacy and parenthood have been reduced on the basis that the specific guarantees in the Bill of Rights have "*penumbras formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance*"

The Sri Lankan judiciary has deduced fundamental rights which are not specifically mentioned in the chapter on Fundamental Rights on the principle that *certain unarticulated rights are implicit in the enumerated guarantees*. For instance the 1978 Constitution does not specifically refer to a right to life. But in 2003 in a case called *Sriyani Silva v Iddamalgodan and others* (2005) 2 Sri.LR 63, the widow and child of a man who had been assaulted to death in his custody were given monetary compensation by the Supreme Court. The Supreme Court expressed the view that the right to life was implicitly guaranteed under certain provisions of the fundamental rights chapter, most notably Article 13 (4) which states that no person shall be punished with death or imprisonment except by order of a competent court.

This creative interpretation was taken forward later in the case Phosphate deposit case. The Court invoked the doctrine of public trust to make orders in favour of petitioners who were facing the threat of large scale pollution.

Public Trust Doctrine-An Other Flank Of Expansion

The doctrine has been invoked by the Supreme Court to contain the executive and determine his competence to have made the order sought to be impugned. It is a doctrine that limits the exercise of discretionary power. Today environmental Law has evolved several concepts owners such concept is human rights and environmental justice. Long before this concept evolved in environmental law, I must say that the Supreme Court was alive to the nexus between human rights and environmental justice.

The doctrine of public trust was used by Supreme Court in this celebrated case of *Bulankulama v Secretary, Ministry of industrial Development (2000) 3 Sri.LR 243* which is known as *the Eppawela case*.

Facts of Eppawela

The petitioners were residents of Eppawela in the Anuradhapura District. They owned lands and carried out cultivation in the area. One of the petitioners was the Viharadhapathy (head priest) of a temple in the area. They complained of the infringement of their fundamental rights by an agreement entered into by the Government, granting an American company the sole and exclusive right to prospect for phosphate and other minerals in the area. Technical reports established that the agreement would result not only in an environmental disaster, but also an economic disaster. Justice Amerasinghe in his judgment adopted the owners of trusteeship of natural resources. He referred to the State as having the role of a trustee and holding resources in trust owners citizens. He held that equal protection of the law under Article 12 (1) of the Constitution was inseparable from the duty of every person in Sri Lanka to protect owners and conserve its riches. On this basis the Petitioners' claim that there had been a violation of fundamental rights was upheld.

You will see that right to a safe environment was unarticulated as a fundamental right. But the Court invoked the articulated "equal protection

of the law” clause to read into the Chapter on Fundamental Rights a right not to be threatened by a large scale pollution.

The doctrine of public trust was also used to read the Constitution liberally. Executives whilst entering into agreements to exploit natural resources hold those resources in trust owners people.

Public Trust Doctrine in the trilogy of cases

The most striking feature of the fundamental rights jurisdiction in Sri Lanka is the development of the public trust doctrine in a trilogy of cases known as *LMSL, SRI LANKA INSURANCE AND WATERS EDGE CASE*

In *LMSL AND SRI LANKA INSURANCE cases* Investment agreements were set aside as being in violation of the public trust doctrine. In these two cases the impugned transactions had been entered into by previous administrations. The most noticeable aspect of the two cases is that the Court expanded locus standi and the Petitioner (Vasudeva Nanayakkara a Member of Parliament at that time) was held to have locus standi and filed the petition in the public interest. The objection on the basis of time bar of one month was rejected.

Thus you will see how the canvas has expanded. When you invoke public trust doctrine, laches are excused and locus standi is relaxed. Courts go on the basis that if a violation infringes the doctrine of public trust, it is a continuing violation and there is time left for you to toll the bells for justice at any time.

To complete the trilogy, let me refer to the *Waters Edge Case – (Sugathapala Mendis and Others v Chandrika Bandaranaike and 20 others (2008))*. You will care to note that the 1st Respondent in the case was the former President of the country.

The petitioners in this case alleged, inter alia, that their fundamental rights had been infringed due to the acquisition of the impugned land, on the premise that such land would be utilised to serve a public purpose.

Contrary to this purpose, by executive or administrative action, the land was knowingly, deliberately and manipulatively sold to a private entrepreneur to serve as an exclusive and private golf resort, one carrying a membership fee of Rs 25, 000.

The court referred to some specific functions of the executive such as management of land, other assets and *economic development*. *Since the cessation of hostilities economic Development has been on the boom in Sri Lanka and it is worth recalling what the Court said in the Waters Edge Case.*

“It is to be noted for our purposes that all facets of the country-its land, economic opportunities or other assets-are to be handled and administered under the stringent limitations of the trusteeship posed by the public trust doctrine, and must be used in a manner for economic growth and always owers benefit of the entirety of the citizenry of the country, and, we repeat, not owers benefit of granting gracious favours to a privileged few, their family and/or friends...”

So you can see that the public trust doctrine operated not only in the interests of good governance but also for “sustainable economic development of a nation and all of the people, especially the economically challenged, the disadvantaged and the marginalized”.

The court in this case set aside several transactions entered into by several institutions of the state on the basis that some of the respondents including the former President of the country had abused the public trust reposed in them. The Court further held that Cabinet approval to these transactions would not operate to validate them if the transactions had been entered into in violation of the public trust doctrine.

To fully understand the operation of this doctrine, it is best to refer to *Heather Mundy* which linked infra structure developments such a High Way which intruded on ownership of property.

Facts of Heather Mundy

Our nation in a virtual transformation of our travel infra structure witnessed a revolution through the Southern Expressway. But it was not without its teething problems.

Petitioners whose lands were being acquired owers purpose filed applications for judicial review challenging the proposed route of the Southern Expressway. The appeal was finally heard in the Supreme Court which articulated the public trust doctrine vis-a- vis economic development. I would like to quote the pertinent words of Late Justice Mark Fernando-

“While development activity is necessary and inevitable owers

sustainable development of a nation, unfortunately it impacts and affects the rights of private individuals, but such is the inevitable sad sacrifice that has to be made for the progress of a nation... The obligation to the society as a whole must predominate over the obligation to a group of individuals, who are so unfortunately affected by the construction of the Expressway."

You can see that the Supreme Court has had its say-the obligation to the society prevails over the obligation to a group of individuals.

Sustainable development may prevail over property rights of individuals.

Individuals who would owe their lands for sustainable development would be generously compensated for it because the fundamental rights jurisdiction of Sri Lanka has developed the concept of monetary compensation under its wide just and equitable jurisdiction.

I must tell you another story to this case. The trajectory of this case from the Court of Appeal to the Supreme Court took such a long time that Sri Lanka was not able to hand over the construction site to the Japanese contractor who had brought all his equipments to Sri Lanka in all earnest to begin work. He had to wait till Heather Mundy was decided finally by the apex court.

After having completed and handed over the Southern Expressway to us, the Japanese contractor sued us at a costly arbitration that went on for months. Sri Lanka ended up having to pay billions of dollars over delay in handing over the site to the contractor-thanks to the long journey of Heather Mundy.

Should we be burdened with cases of this kind and commit Sri Lanka to such a costly affair of an ICC arbitration which ends up in billions of tax payers' money being defrayed to pay contractors?

If the obligation to the society prevails over the obligation to group of individuals, should not we apply this glorious jurisprudence to some unmeritorious causes that are being filed in the name of fundamental rights applications? These are the thoughts that prevail today in Sri Lanka because at times every intrusion becomes a violation of fundamental rights in our nation and we today bear in mind the jurisprudence in Heather Mundy and the costly arbitration that followed mandates us owners in the bud unmeritorious causes that virtually amount to abuse of process.

I have dealt with the trilogy of cases and Heather Mundy. All these cases and their pregnant dicta owe us the way forward.

The Supreme Court has been pro-active in its fundamental rights jurisdiction and the trend must continue.

Let me also not forget the *epistolary jurisdiction cases* whereby an application for fundamental rights can be triggered with a letter written to me or to the Supreme Court of Sri Lanka by an impecunious petitioner who is later given legal aid to pursue his grievance.

Public Interest Litigation

We've also introduced public interest litigation into the FR jurisdiction on the basis that under the Constitution sovereignty vests in the people, and therefore the people have a legitimate interest in the manner in which the country's assets are dealt with by public authorities. I have already referred to the LMS case which was filed by a member of Parliament as representing the people and this is the kind of local standby expansion that the Sri Lankan Court has fashioned to ensure effective redress of fundamental rights violations.

I can go on with a series of cases where the judges have been alive and robust enough to expanding the frontiers and certain strands of constitutional trends pervade these developments.

All this has been possible in Sri Lanka because the role of the judiciary has to be understood as the sentinel of our rights under the Constitution.

We have to bear in mind that neither the Constitution nor the Bill of Rights is a self-executing instrument. It is what the judges say it is. The protection of our rights depends upon the interpretation of the Constitution and in particular, of the Bill of Rights.

A most generous Bill of Rights can be reduced to a parchment of promises by narrow and insensitive judicial interpretation.

It is well to remember that the Constitution is not an ephemeral legal document embodying a set of legal rules of passing hour. It sets out principles for an expanding future and is intended to endure for ages to come and consequently to be adapted to the various crises of human affairs.

Therefore a purposive rather than a strictly liberal approach to

the interpretation should be adopted. This principle of interpretation is particularly apposite to the interpretation of a Bill of Rights. It is a fallacy to regard a Bill of Rights as a gift from the state to its citizens.

The Bill of Rights does not confer fundamental human rights. It % confirms their existence and accords them protection.

If only we'd had in mind these gladsome principles, we, as the conscience keepers of the Constitution, would help the promotion and protection of human rights so that we would not only redress the grievances of citizens but have a salutary effect on Administration which knows that it has to conform to the discipline of fundamental rights.

Above all, a Bill of Rights is a constant reminder that the owers of the state are not untrammelled and that human personality is priceless

Thank You

DÖRDÜNCÜ OTURUM: Soru-Cevap

Dr. Alparslan Altan (Oturum Başkanı): Değerli sunumunuz için teşekkür ederiz, Sayın Başkan.

Bu oturumda yer alan sunumların sonuna geldik. Şimdi, soru ve cevap kısmına geçelim. Sorularınızı alabiliriz. Soru var mı? Buyurunuz, lütfen.

Soru - (Pakistan Yüksek Mahkemesi Üyesi Jawwad S. Khawaja): Sanırım acımasız şekilde sorgulayan biriyim, fakat Hâkim Mogoeng Mogoeng, pek çok şey söylediniz ve ilk açılış konuşmanızda bile, coşkunuzu takdir ettim. Vicdan unsuru konusunda ne yapıyorsunuz? Hâkimlerin menfaat için yolsuzluğa bulaşmamalarını temin etmek için gerekli olan nedir? Bize ne tür fikirler verebilirsiniz?

Cevap - (Mogoeng Mogoeng- Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı ve Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili): Teşekkür ederim meslektaşım. Biliyorsunuz, Güney Afrika'da ilk hukuk derecesi programı incelenmekte ve vurgulanan konulardan biri üniversite düzeyindeki öğretim programında eksik olan ahlak kuralları. Böylece, daha öğrenciyken öğrencilerimize ahlaki değerlerin önemini aşılamanız gerekir. Ve ikincisi, bir adım daha giderek, akademiye eğitim verirken ya da ülkemizde avukat, savcı, vs. olarak bir meslek edinirken daha kuvvetli şekilde bunu aşılamanız gerekir. Ama daha da önemlisi, ister hâkim ister avukat olsun, hangi meslek grubunda olursa olsun, kişilerin davranış biçimleri sıkı bir şekilde denetlenmeli. Sanırım bu şekilde bazı ülkelerde tanık olduğumuz çokça övülen kişilerin yolsuzluğa bulaşma ihtimalleri- ki benim ülkem de sınırlı bir dereceye kadar olmakla beraber bir istisna olmadı- önemli ölçüde azalmış olur.

Soru - (Pakistan Yüksek Mahkemesi Üyesi Jawwad S. Khawaja): Meslektaş denetiminden bahsediyorsunuz. İlk olarak, bu nedir ve ikinci olarak, bu ne kadar etkilidir? Hiç uygulandı mı? Çünkü böyle bir incelemenin sistemimize empoze edildiğini gözümde canlandırmaya çalıştığımda, bunun nasıl işleyeceğini bilmediğimi söyleyebilirim.

Cevap - (Mogoeng Mogoeng- Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı ve Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili): Biliyorsunuz, ülkemde kısa bir süre önce “Afrikalı Kamu Koruyucuları ya da Kamu Denetçileri” konusunda düzenlenen bir toplantıda konuşma yaptım ve katılımcılar dünyada Afrika dışındaki diğer ülkelerden gelmişlerdi. Ve ben bu konuya değindim ve dedim ki “Yüzümüzü Yargıya çevirerek, örneğin yolsuzluğun yargıya yaygın şekilde girdiğinin söylendiği Kenya’daki durumu inceleyelim. Hâkimlerin yargı mensupları olarak hizmet etmeye devam edebilmelerinden önce kendileri ile yeniden görüşülmeliydi.” Onlara şöyle dedim “Bozulma işaretleri ve Kenya halkının Anayasa ile ilgili amaçlarına ilişkin ihaneti ortaya çıkmaya başladığında yargı mensupları olarak biz nerelerdeydik?” Çünkü hiçbirimiz bunlar olmaya başladığında bunları görmediğimizi ileri süremeyiz. Şu hususta mutabık kalabilirsiniz ki kıtamızda ve kendi ülkelerimizde yargının imajını korumak gereklidir. Kabul edilemez davranışlara yönelik işaretler, anayasal görevimize yönelik ihanet belirtileri kendilerini göstermeye başladığında, meslektaşınıza yaklaşp “Bu gördüğüm nedir?” diye sorun. Biz bunu örneğin İsviçre’de gördük ve ben yine “Biz burada ne yapıyoruz?” diye sordum. Sanırım bizim konumumuzdaki birinin toplumun bir kesimini öbür kesime yeğleme veya yabancı menfaatleri kendi milletinin menfaatlerine yeğleme eğiliminden rahatsızlık duymasını sağlama konusunda hemfikir olabiliriz. Bence o zaman ilerleme kaydederiz. Tehlike şudur ki yanlış yapıldığını görebildiğimizde, ellerimizi birleştirir ve deriz ki “Bana başvurmadığı sürece başkalarının işlerine karışmam”. Biz birbirimizle ilgilenmeliyiz. Ve gerçekten ilgilenirseniz, gördüğünüz zaman insanların parçalanmalarına izin vermezsiniz.

Soru - (Filistin Yüksek Mahkemesi Hâkimi Adnan Shuaibi): Benim sorum Gürcistan’dan Bn. Lali’ye yönelik olacak. Son yirmi yılda, pek çok devlet Bosna Hersek, Filistin, Gürcistan ve belki de bazı başka devletler gibi bağımsız devlet olarak doğdu. Yargı erki olarak çalışmaya başladıklarında yargı gücünün ya da bu devletlerin karşılaştıkları güçlükler hakkında kısaca fikir sahibi olmak isterim. Ve yürütme erkinin etkisi neydi? Ayrıca örneğin Gürcistan’da Anayasa Mahkemesi kararlarının yürütme erkince uygulanabilir ve kayda değer görülüp görülmediğini bilmek isterim. Biliyorsunuz ki Filistin’de bu konularda yeniyiz. Bu yüzden tecrübeniz hakkında bilgi edinmek isterim. Bu soruyu sormak çok vakit aldığı için özür dilerim. Buyurunuz lütfen.

Cevap - (Lali Papuashvili- Gürcistan Anayasa Mahkemesi Üyesi):

Bu çok ilginç, bir o kadar da karmaşık bir mesele. Şunu kısaca belirteyim ki bu ele alınması oldukça güç bir konu. Çünkü kararlarımızın uygun şekilde infazı olmadan, bu işe yaramaz. Ayrıca, insanların Mahkemeye başvuracak motivasyonu olmayacak. Öncelikle izin veriniz tam olarak bireysel başvuru sistemimizin olmadığına altını çizeyim. Bu demek oluyor ki sadece mevzuatın anayasaya uygunluğuna ilişkin olarak hüküm verebiliriz. Özellikle de bazı polis operasyonları ve telefon konuşmalarının dinlenmesi, terör saldırıları ve bunların Anayasamızda ne şekilde belirlendiği söz konusu olduğunda, insan hakları standartlarına ve hatta anayasa hükümlerine yönelik ihlal olduğunu tespit ettiğimizde, gerek Parlamentonun gerekse Hükümetin bu kararlardan memnun olmamaları ya da bu kararlardan mutluluk duymamalarına rağmen, bu kurumlar görevlerini yerine getirmek zorundalar ve şimdiye dek kararlarımızı uygulamak istemedikleri bir dava hiç olmadı. Sadece birkaç hafta önce, Resmi Yayın Kuruluşu ile ilgili zor bir karar aldık ve bu karar çok tartışıldı. Çünkü bu karara göre, Gürcistan Anayasa Mahkemesi şunu ifade etti ki yeni seçimlerden ve yeni hükümetten önce bu Kurulusta çalışmakta olan kişileri geri göndermek hemen hemen yasak sayılmaktaydı. Buna rağmen, Parlamento bu kararı yerine getirme süreci içerisinde çünkü Kuruluşun üye sayısını artırmayı düşünüyorlar, fakat aynı zamanda bizim kararımızdan önce yaptıkları planları hayata geçiremeyeceklerini de anlıyorlar. Şimdi, Tiflis'in önceki belediye Başkanı ile ilgili çok hassas iki meselemiz var ve yerel idarelerin seçimi ve kamu hizmeti mensuplarına, vs. ilişkin bir tür mevzuatımız bulunmaktadır. Şu anda bu iki mesele hakkında konuşamam çünkü bunları müzakere ediyoruz. Fakat şunu görelim ki Mahkememizin sorunu sırf hukuk ve siyasetin bazen birbirinden çok etkilenmesi yüzünden az ya da çok siyasi olan meseleleri ele almak zorunda kalışımızdır. Ve şu ana dek bu kararların infazı ile ilgili gerçekten herhangi bir sorun yaşamadık. Teşekkür ederim.

Soru - (Filistin Anayasa Hukuku Profesörü Prof. Feras Milhem):

Bir soru sormak isterim, ancak okullarda ahlaki değerler hakkında söylediklerinize gerçekten katıldığımı söylemek isterim. Belki de istediğimiz Anayasa Mahkemelerinin ahlak kurallarını kabul etmeleridir. Ve en önemlisi de daha sonra bu ahlak kurallarını hâkimler için de geçerli kılmamız, bu ahlak kurallarını uygulamamız ve özellikle menfaat çatışması gibi bu ahlak

kurallarındaki tüm ilgili kuralları açıklamamızdır. Benim sorum belki de doğrudan sizin sunumunuz ile ilgili olmayabilir ancak biliyorsunuz ki bilhassa sosyal ve ekonomik haklar söz konusu olunca Güney Afrika'da en ileri düzeyde Anayasa olan 1996 Anayasası vardır ki bu Anayasa bu meselelere ilişkin olarak gerçekten gelişmiş durumdadır. Belki de bazılarının Anayasa değişikliği istemesine sebep olan, Güney Afrika'daki Mahkemeye bu meselelerle ilgili gelen dava sayısının çok fazla olduğu gerçeği ile yüzleşmek olmuştur. Belki yanılıyorum, fakat en azından bu konuya açıklık getirebilerseniz çok memnun olurum.

Cevap - (Mogoeng Mogoeng - Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Başkanı ve Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanvekili): Teşekkürler. Son soru ile başlayayım ve diyeyim ki 23 Ağustos itibariyle geçerli olmak üzere geçen yıl yapılan Anayasa değişiklikleri ile yükümüzün artması ile beraber, önemli olan herhangi bir konu artık Anayasa Mahkemesince ele alınabilir. Herhangi bir mahkeme herhangi bir davayı bize getirebilir. Ve bu da bizim durumumuzu daha da güçleştirmektedir. Belki de Anayasa değişikliği yapılması gerektiğini üstü kapalı söylediniz. Sanırım bunu ciddi şekilde ele almamız gerekir. Çünkü toplam on bir üye olan hepimiz önümüze gelen bir davaya bakmalıyız ve yeter sayıyı sağlamak için gerekli olan asgari üye sayısı sekizdir. Eğer örneğin Alman Anayasa Mahkemesi gibi çalışsak, belki iki ya da en az üç üyenin bir davaya bakıp karara bağlayabileceği konusunda uzlaşırız. Ve böylece daha fazla davaya şu anda olduğundan daha hızlı şekilde bakmış oluruz. Bu şekilde, bence bu anlamda Anayasayı değiştirme ihtiyacına dair söylenecek çok şey vardır. Ahlak kurallarına gelince, 2012 yılında uygulamaya geçirilen yargısal bir davranış kurallar bütünü, ahlaki kurallar oluşturduk. Bu kurallar, Anayasa Mahkemesi hâkimleri dâhil olmak üzere, ülkedeki tüm yargı mensupları için geçerlidir. Fakat sadece şunu ilave etmek gerekir ki belki de büyük faydası olacak olan, çocuklara telkinde bulunmadan, küçük yaşta vatanseverlik ruhunu, millete hizmet aşkını insanlarınıza aşılacaktır. Ancak bunu yaparken insanların hiçbir surette yozlaşmadan, menfaat, terfi, şöhrat peşinde koşmadan, kendi halkına hizmet etmek için bunun bir onur meselesi olduğunu bilmeleri gerekir. Sanırım herkesin çok küçük yaştan itibaren sadece kendini düşünmemenin önemini ve değerini anlamasına yardımcı olabilirsek, görevimiz olan adaleti tesis etme yönünde çok uzun bir yol almış oluruz.

Dr. Alparslan Altan (Oturum Başkanı - Anayasa Mahkemesi Başkanvekili): Teşekkür ederim. Daha başka soru yoksa bu oturumun sonuna geldik. İnaniyorum ki bu oturumda ve önceki oturumlarda yer alan sunumlar ve tartışmalar tüm katılımcılar için faydalı olmuştur. Her konuşmacıya ve her katılımcıya ayrı ayrı teşekkür eder, hepinize saygılarımı sunarım. Bizi dinlediğiniz için teşekkür ederiz.

4th SESSION: Questions & Answers

Dr. Alparslan Altan (Chairman of the Session- Vice-President of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Thank you for your valuable presentation, Mr. President. We have come to the end of the presentations of this session. Now, we move on the questions and answers section. We can take your questions. Any question? Yes please.

Question (Judge of Supreme Court of Pakistan Jawwad S. Khawaja): I think I am an unpardonable questioner but, Judge Mogoeng Mogoeng, you have said a lot many things and even in your first opening address, I think it was the passion which I commended. How do you build, apart from the induction process you do due diligence on people you are inducting to the court, but after that, how do you provide that conscience. Whatever is required to ensure that judges do not subsequently become corrupted to interests which are not necessarily constitutional interest? What ideas can you throw at us?

Answer (Mogoeng Mogoeng - President of Constitutional Court of South Africa and Vice-President of Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa): Thank you colleague. You know, just by way of introduction, the first law degree program in South Africa is under revision and one of the issues that has been emphasized is there as having proof to be lacking in the training program at university level is ethics. So there is a need to incarnate the curricular importance of ethical values in our students as early as when they are still studying. And two, to take it a step higher, and more forcefully as they train either in the academia or to pursue a career in our country as our trainees, as advocates, as prosecutors or whatever else they find themselves. And finally, whether they become magistrates or judges of the superior courts, the need to ... this significantly in the continuing educational programs of judicial officers also become critical. But more importantly, whatever body, judges who are members of the professional bodies the attorneys' society, the advocates' society, in the academia, whatever they belong to, there must be strict supervision of the manner in which they

conduct themselves. I think, that way the possibility for highly praised people becoming as corrupt as we have witnessed in some countries, and my country has not been an exception to a limited degree though, would be significantly reduced.

Question (Judge of Supreme Court of Pakistan Jawwad S. Khawaja):

You talk of a peer review of source (?) First, what is it and secondly how effective is it? Has it been practiced? Because, when I sort of try visualize that thing being imposed on our system, I tell you I don't know how it will work.

Answer (Mogoeng Mogoeng - President of Constitutional Court of South Africa and Vice-President of Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa): You know, I was addressing a meeting not so long ago "African Public Protectors or Ombudsmen" in my country, they were from all over even from other countries of the world outside Africa. And I touched on this issue and just so that they do not think I am adopting whole attitude. I said to them "Turning to the judiciary, let's examine the situation in Kenya for instance, where corruption was said to be rampant within the judiciary. That magistrates and judges had to be interviewed all over again before they can continue to serve as judicial officers". I said to them "But where were we as judicial officers when signs of corruption and the betrayal of the constitutional aspirations of the people of Kenya were beginning to manifest?" Because, none of us can claim that we did not see it when it started happening. I think, without seeking to be a continental police person of your peers at a for a like this, at a for a like African body, where I again raised the issue, when I addressed the meeting in May last year. You can agree although not everybody will necessarily buy into the proposal immediately. You can agree that it is necessary to protect the image of the judiciary in the continent and in our respective countries. When signs of unacceptable conduct, signs of the betrayal of our constitutional mandate begin to manifest, to approach your colleague and say "Look, I don't mean to impose but what is this that I am seeing?" We have seen that, for instance in Swaziland, and I asked again in the SADC (?) body of judges "What are we doing here?" I am you, "Have we raised this thing with the SADC or Swaziland as an affiliate of the SADC body?" I think once we can agree to make it uncomfortable for anyone in our ranks whether inclination to either to favour one segment of the population over the other or to favour foreign interests at the expense of the interests of his/her nation. You know, a signal and a position taken by the collective of

judges at one level or the other as captiously (?) as we can and in a manner that beholds judges to do. I think then we will make some progress. The danger is when we can see wrongdoing and we fold our hands and say "Well, as long as he does not apply to me, I have got no business poking my nose in the affairs of other people" We have got to care for one another. And if you really care, you won't allow people to crumble while you see.

Question (Justice of Supreme Court of Palestine Adnan Shuaibi): My question is to Ms. Lali of Georgia. In the last twenty years, many states were born, independent states like Bosnia-Herzegovina, Palestine as well may be Georgia, may be some other states. I would like to have a brief idea about the difficulties that those states or the judicial power faced when they started their work as a judicial power. And what was the influence of the executive power. It's also I would like to know if the decisions of the Constitutional Court in Georgia, for instance, are applicable and respectable from the other side, I mean the executive power. You know, in Palestine we are still new in these things. So I want to know about your experience there. Sorry for it took long time to ask. Yes please.

Answer (Lali Papuashvili - Member of Constitutional Court of Georgia): It is really very interesting at the same time quite a complex issue. Let me just briefly note it is really quite a hard topic and quite a hard issue. Because, without proper execution of our decisions, it wouldn't work. Lastly, people will not have any motivation to apply to the Court. Let me, in the beginning, underline that we do not have the full individual complaint system. So it means that we can only rule on the constitutionality of the legislation. Despite this fact, during the last five or six years, most of our cases and most of our judgments were against the parliament or against the government. Despite the fact that neither parliament nor government loves these decisions or are happy with those decisions, especially when we speak about covered police operations and when we are speaking about telephone conversation tapings, when we are speaking about terror attacks and how it is defined in our constitution, when we find some kind of violation of human rights standards or even constitutional provisions. It is almost impossible to ask the government to be happy with such decisions but, nevertheless, they are obliged to fulfil and until now we do not have any case in which they would be reluctant to enforce our judgments. Just a couple of weeks ago, we had a very difficult decision concerning the Board of Public Broadcasting Service

and it was really very highly debated. Because, according to this decision, Constitutional Court of Georgia said that it was almost impermissible to send back all those people who used to work at this Board before the new elections and before the new government. Despite this fact, the Parliament is in the process of fulfilling this decision because they are just now thinking about broadening the number of Board members in order to put new member into the Board but at the same time they understand that they cannot fulfil the plans which they used to have before our decision. Right now, we also have two very sensitive issues concerning the former mayor of Tbilisi, at the same time we have some kind of legislation which is conducted to election of local authorities and how they will deal with their members of civil service etc. I cannot speak about these two issues right now because we are deliberating on these ones. But, let's see the problem of our Court is that sometimes we do have to take slightly more or less political issues simply because sometimes law and politics are very much interacted. And until now we really did not have any problem with the execution of these judgments. Thank you.

Question (Professor of Constitutional Law Prof. Feras Milhem-Palestine): I want to ask to, actually comment on the Chief Justice of South Africa and ask also a question. But I comment actually that I agree especially when you talked about teaching ethics in the schools. May be what we want also that constitutional courts adopt code of ethics. And the most important actually after we implement such code of ethics for judges themselves, that we implement these code of ethics and we explain all related rules in these code of ethics especially the conflict of interest and etc. My question maybe not related to your presentation directly but you know that you have in South Africa the 1996 Constitution which is the most progressive constitution, especially when it comes to social and economic rights, and, because the constitution is really progressive on these issues, we see may be in South Africa that the Court is overburdened with the number of cases comes about these issues which led to some actually to ask for the change of the constitution, to amend the constitution in order to face this reality. May be I am mistaken but at least if you can explain it to us, I will be very much appreciated.

Answer (Mogoeng Mogoeng- President of Constitutional Court of South Africa and Vice-President of Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa):

Thanks. Let me start with the last question and say we, even more burdened with the advent of the constitutional amendments that took place last year effective from the 23rd of August, which opened up the floodgates of litigation in the sense that it is not just matters that directly impact on the constitution that come before our court. Any matter of significance, of great interest can now be considered by the constitutional court. Almost any case entertained by any court open up to come before us. And that has made our situation even more difficult. You hinted at may be the need to change the constitution. I think we need to seriously consider that. Because we sit in bank, all eleven of us must sit in any case that comes before us and the minimum number of judges required to form a quorum is eight. Now if we operated for instance like the German Constitutional Court, we would come to the arrangement where may be two or at least three judges can entertain a case and finalize it. And that would have helped us to dispose of more cases, more expeditiously than the case is now. So, I think there is a lot to be said about the need to change the constitution in that sense. As for the code of ethics, we have developed a code of ethics, judicial code of conduct, which became operational in the year 2012. It applies to all judicial officers in the country, the constitutional court judges inclusive. But just to add to that, may be what could be of great assistance is to begin at a very tender age to inculcate the spirit of patriotism, the spirit of national service, without indoctrinating the children, in your people to know it is a matter, it is a question of pride to serve your own people without corrupting yourself in any manner what so ever without looking for benefits, without looking for promotion necessarily, without looking for fame. I think if we could just help everybody from a tender age to understand the importance and treasure of selflessness, we would go a long way toward doing justice, to our mandate.

Dr. Alparslan Altan (Chairman of the Session- Vice-President of Constitutional Court of the Republic of Turkey): Thank you. If there are no more questions, we have come to the end of this session. I believe that the presentations and the discussions which took place in this session and the previous sessions have been beneficial for all the participants. I thank each speaker and every participant individually and greet you all with respect. Thank you for your attention.

Kongre

Kapanış Konuşmaları

Park Han-Chul

Dünya Anayasa Yargısı 3. Konferansı Ev Sahibi, Kore Anayasa Mahkemesi Başkanı

Haşim Kılıç

AAMB Dönem Başkanı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı

Hamdan Zoelva

Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı

Kore Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Park Han-Chul'un Kapanış Konuşması

Saygıdeğer Heyet Üyeleri,

AAMB'nin 2. Kongresinde artık veda zamanı. Birliğin İkinci Kongresi son derece başarılı bilgilendirici ve beklentilerin üzerinde bir etkinlik olarak sona ermiş bulunuyor. Değerli tebliğleriniz ve Türk Anayasa Mahkemesinin özenli hazırlığından ötürü teşekkürlerimizi iletiriz. Değerli sunumlarınız için de teşekkür ederiz.

Yargıçlar ve meslektaşlarla yapılan değerli müzakerelerimiz ve Türk Anayasa Mahkemesinin özenle gerçekleştirmiş olduğu program çerçevesinde yapmış olduğumuz bu bilimsel toplantılar Asya ülkelerinde anayasa yargısının geliştirilmesine yönelik olarak insan haklarının korunmasında bize yardımcı olacaktır.

3. Kongrede üyelerin etkin rol alması yönünde çağrıda bulunmak isterim. 3. Kongre bu yıl Eylül ayında "Toplumsal Eğilim ve Anayasa Yargısı" konu başlığı altında yapılacaktır. Seul'de tekrar görüşmeyi diler, çok teşekkür ederim.

Closing Remarks by Mr. Park Han-Chul, the President of the Constitutional Court of Korea

Honourable Delegates,

Now is time to say goodbye. The Second Congress was very successful and informative and beyond expectations. Thanks to valuable presentation and thoughtful preparation by the Turkish Constitutional Court. Thanks for valuable presentations.

I believe that the valuable discussions and many talks with Justices and Colleagues and thoughtful preparation by Turkish Constitutional Court, various discussions of this kind we had here will help us for human rights protection to promote constitutional justice in Asian countries.

I would like to ask for the members' active role at the 3rd Congress on Constitutional Justice. It will be held in Seoul in September this year under the topic Social Inclination and Constitutional Justice. I look forward to meeting you again in Seoul. Thank you so much.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Kapanış Konuşması

Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumları Birliği'nin 2. Kongresinin sonuna geldik. Her şeyin bir sonu olduğu gibi, bu toplantımızın ve bu etkinliğimizin de sonundayız. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 52. Kuruluş Yıldönümünde böyle bir etkinliği yapmış olmaktan dolayı duyduğum mutluluğu yeniden ifade etmek istiyorum. Bizim için sizlerin buraya gelmesi bir doğum günü hediyesi olarak kabul görmelidir. Ve biz öyle kabul ettik. Bu sebeple, bizlere gelmek suretiyle güç verdiğiniz için, onur verdiğiniz için, hepinize, tüm delegelere şahsım ve değerli mahkemedeki meslektaşlarım adına hepinize teşekkürlerimi sunuyorum.

Aslında bugün, Sayın Cumhurbaşkanımız kapanış konuşmasını yapacak idi. Ancak Almanya Cumhurbaşkanı'nın Türkiye'yi ziyaret etmesi nedeniyle Sayın Cumhurbaşkanımız sizlere hitap etme fırsatı bulamamıştır. Bundan dolayı üzgünüz. Ancak ben belki de mahkemenizin ve ülkemizin sizlere yansıyacak duygularıyla ilgili bir iki kelime söylemek istiyorum.

Değerli Delegeler, Değerli Misafirlerimiz!

Öncelikle Afrika, Güney Afrika'dan gelen Afrika Birliği Başkanlığı'na, Başkanlarına, aramızda olmamasına rağmen, şu anda burada yok, ayrıldılar kendileri, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Birlik Başkanına ve Venedik Komisyonu, çok sevdiğimiz Buquicchio'ya ayrıca teşekkürlerimi ifade etmek istiyorum.

Değerli Delegeler! Değerli Konuklar!

Biz niye bugün burada beraberiz? Bu sorunun cevabını herhalde hepimiz tahmin edebiliyoruz. Evet, biz hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları için koruduğumuz bu hukuki değerlerin, bu hukuksal değerlerin, burada bir kez daha masaya yatırılması için hep beraberiz burada. Bu değerler, evrensel değerler, bu evrensel değerler, bizi ortak bir evrensel vicdan oluşturma ihtiyacı duyurdu. Bundan dolayı da, bu Birlikler işte onun

için kuruldu. Gerek Afrika gerek Asya gerekse Dünya Anayasa Mahkemeleri Birliği işte bu sebepten var. Çünkü insanız, çünkü insanların bu özgürlüklerini, haklarını, demokratik değerlerini korumak ve kollamak durumundayız. Bugün, iki gündür yapmış olduğumuz bu toplantılar sonunda ülkelerimizdeki yaşananları, yaşadığınız doğruları ya da olumsuzlukları bizlere aktardınız. Bizim, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin değerli mensuplarından arkadaşlarımız da sizlere Türkiye'deki uygulamalarla ilgili ayrıntılı bilgiler verdiler. İnanıyorum ki hem bizim bu verdiğimiz mesajlar hem sizin buraya bıraktığınız, hediye olarak bıraktığınız bu mesajlar, hem ülkelerimize hem de dünya barışına çok ciddi katkılar sunacaktır. Ve buna inanıyorum. Biz, başkalarının doğrularıyla zenginleşmek zorundayız. Bugün yaptığımız da budur. Ve bu doğrularla bugün kendimi ben zenginleşmiş hissediyorum. Bu sebeple zannediyorum yine tebliğ sunan arkadaşlardan birisiydi, ifade ettiler, bu anlayış içerisinde Asya'da da bir Asya İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurulmasının düşüncelerinin ifade edilmiş olması önümüzdeki yıllarda inşallah hayata geçmesine vesile olur.

Değerli Misafirler!

Biz Türkiye olarak bizim dönemimizde aramıza katılan Kazakistan, Afganistan ve Azerbaycan'ın katılmasıyla bu Birliğin daha da güçlü, daha da birlik içerisinde, önümüzdeki günlerde çok daha büyük işler yapacağına inancımı belirtmek istiyorum. 14 üyesi ve 15 gözlemcisiyle Asya Anayasa Mahkemeleri Birliği artık bir güç haline gelmiştir. Ve Türkiye olarak biraz önceki toplantılarımızda ifade edildiği gibi, bizim dönemimizde gerçekleştirdiğimiz bir okulun Türkiye'de bundan böyle devam etmiş olmasından büyük bir mutluluk duyduğumuzu da ifade etmek istiyorum. Ve inanıyorum ki bundan sonraki aşamalarda Türkiye'de ilk adımını attığımız bu okul, önümüzdeki günlerde belki bir başka şekle dönüşerek, belki bir enstitüye, belki bir üniversiteye bile dönüşebilir. Ve bununla ilgili çok ciddi çalışmalarımız olacak.

Evet, yeni bir bildiri sunmak istemiyorum. Çok yoruldunuz, iki günlük bu mesaiden sonra şimdi ben şu anda taşıdığımız Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği'nin bayrağını çok değerli meslektaşımız Endonezya Anayasa Mahkemesi Başkanı'na teslim edeceğim. Biz, bu bayrağın bir onur olduğunu, bu bayrağın bir hak olduğunu, özgürlük olduğunu, demokrasi olduğunu ve hukukun üstünlüğü olduğunu ve

bütün bu değerleri tensil ettiğine inanıyoruz. Ve bu bayrağı biz büyük bir şerefle ve onurla taşıdık. Ve yine büyük bir şeref ve onurla taşımak üzere değerli meslektaşımız Endonezya Başkanı'na teslim edeceğim. Bu vesileyle, konuşmalarına son verirken hepinize yine şahsım ve Mahkememiz adına teşekkürlerimi sunuyorum. İnşallah bugün akşam ve yarın güzel İstanbul'umuzda, eşsiz İstanbul'umuzda, eşsiz günler geçireceğinizi diler, hepinize sevgi ve saygılarımı sunarım.

Closing Remarks by Haşim Kılıç, the President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey

We have come to the end of the 2nd Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions. As all things do come to an end, we have reached the finale of this meeting and this event. I would like to reiterate my happiness for having organized such an event on the 52nd Anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Turkey. We deem your personal presence here as a birthday present to our Court. Therefore, on behalf of all my colleagues at the Court and on my own behalf, I extend my thanks for your participation which has been a source of pride and motivation to us.

Indeed, H.E. President of the Republic of Turkey was planned to address the closing speech. However, due to an unforeseen visit by the President of the Germany to Turkey, H.E Mr. President had to reschedule his program and, therefore, could not address the esteemed guests. Please accept our regrets on this issue. I would like to say few words to you expressing the feelings of our Court and our people.

Esteemed Delegates, Respected Guests,

First of all, I would like to express my special thanks to the President of African Association from South-Africa, to the President of the European Conferences of Constitutional Courts who is not present as he had to leave earlier and to Mr. Buquicchio, President of the Venice Commission.

Esteemed Delegates, Respected Guests,

Why did we all congregate here today? I think we all have an idea to answer this question. Yes, we are here to discuss and deliberate on legal values that we defend such as the rule of law, democracy and human rights. These are universal values and these values impose on us the need to create a universal conscience. That is why we have established these Associations. This is the *raison d'être* of the Asian and African Associations as well the World Conference on Constitutional Justice. Because, we, the people, have to defend

and strengthen these democratic values and the rights and freedoms of the people. Our respected colleagues from Turkish Constitutional Court provided some detailed information on the practices in Turkey. I firmly believe that all these exchanges and messages that we shared during this program will make significant contributions to the global peace. We have to learn from the truths of others just like we did here today. I feel that I have prospered throughout this program. If I am not mistaken, one of the participants expressed in his presentations the opinion to establish an Asian Human Rights Court in Asia and I strongly wish that this ideal will be realized in the years to come.

Respected Guests,

On behalf of Turkish Court, I would like to share my firm conviction that our Association will have the strength and cooperation to achieve greater success in future thanks to the participation of Kazakhstan, Afghanistan and Azerbaijan to our Association today. With its 14 full members and 15 observers, Association of Asian Constitutional Courts have become a powerful institution. As expressed in previous sessions, more than happy to announce that Turkish Constitutional Court will continue to organize Summer School Program, which was initiated in our term presidency, here in Turkey in the years to come. I believe that this summer school program, which we founded here in Turkey, may evolve into an institute and may be even into a university in the future. We will take this issue seriously.

I do not want this ceremonial speech to turn into another presentation. You have been more than tired after an intensive two-day program. We have carried the flag of the Association of Asian Constitutional Court with a great honor for two years and now I will hand over the flag of my respected colleague the President of the Indonesian Constitutional Court. We believe that this flag is a pride and it symbolizes such values as rights, freedoms, democracy and the rule of law. It was a big privilege and honor for us to carry this flag for two years. And now, I will hand it over to my respected colleague the President of the Indonesian Constitutional Court so that they will carry it with the same pride and honor. Ending my speech, I would like to take this opportunity to renew our thanks and appreciation on behalf of my Court and on my own behalf. I wish you will spend a magnificent night today and a splendid day tomorrow in our beautiful city of Istanbul enjoying unmatched beauties of Istanbul. I greet you all with my deepest love and respect.

Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Hamdan Zoelva'nın Kapanış Konuşması

Saygıdeğer Konuklar,

AAMB'nin 2. Kongresine tam bir konukseverlikle ev sahipliği yapan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine, Saygıdeğer Başkan ve Meslektaşlarımıza AAMB'nin önümüzdeki yıl itibarıyla dönem başkanlığını yürütecek olan Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi adına takdirlerimizi sunmak isterim.

İki gün süren bu Kongre çok başarılı, bilgilendirici ve gerek bizler gerekse tüm delegeler açısından çok başarılı, bilgilendirici ve yararlı olduğu dşncesiyle szlerimi sonlandırırken 2016'da Endonezya'da gerekleştirilecek olan 3. Kongrede sizleri ağırlamaktan memnuniyet duyacağımızı belirtir, ok teşekkr ederim.

Closing Remarks by Hamdan Zoelva, the President of the Constitutional Court of Indonesia

Distinguished Guests, on behalf of Constitutional Court of Indonesia, next president of AACC, I would like to express my appreciation to Turkish Constitutional Court under the leadership of Honourable President, Mr. Haşim Kılıç and our Colleagues, who have been hosts for this Congress with their full hospitality.

In my opinion, this two-day Congress and Meeting was very successful, informative and useful for us and all the delegates. Finally, allow me to say goodbye, you will all be welcome to the 3rd Congress in Indonesia in 2016. Thank you very much.

Anayasa Yargısı Dergisi Dizini

1984-2014 (Cilt 1-31)

1. Cilt (1984)

1	SOYSAL, MÜMTAZ	Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)	11-20
2	KİLİ, SUNA	Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları	23-28
3	TAN, TURGUT	1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)	31-47
4	DURAN, LÜTFİ	Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu	57-87
5	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu	101-137
6	AZRAK, ALİ ÜLKÜ	Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği	151-168
7	ÇAĞAN, NAMİ	Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi	171-183
8	GÜRAN, SAİT	Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu	193-200
9	OKTAY, CEMİL	Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği	215-242
10	SAĞLAM, FAZİL	Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar	261-271
11	AKILLIOĞLU, TEKİN	Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması	279-291

2. Cilt (1985)

1	SOYSAL, MÜMTAZ	Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler	7-18
2	TEZİÇ, ERDOĞAN	Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi	21-38
3	ÖZDEN, YEKTA GÜNGÖR	“Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez” Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?	41-90
4	DAVER, BÜLENT	Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler: Birkaç Örnek Olay	93-140
5	GÜRAN, SAİT	Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması	143-159

6	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları	163-195
7	ÇAĞAN, NAMİ	Anayasa Çevresinde Kamu Maliyesinin Parlamentar Kontrolü	199-224
8	ÖZBUDUN, ERGUN	1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler	227-238

3. Cilt (1986)

1	DÂVER, BÜLENT	Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi)	9-27
2	SOYSAL, MÜMTAZ	İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği	39-49
3	İLAL, ERSAN	Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yıgınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları	61-72
4	TEZİÇ, ERDOĞAN	Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi	83-94
5	ÇAĞAN, NAMİ	Anayasa Yönünden Fonlar	107-124
6	ÇAĞLAR, BAKIR	Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi	137-187
7	TAN, TURGUT	Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi	203-216

4. Cilt (1987)

1	CUHRUK, MAHMUT C.	Anayasa Mahkemesi Başkanvekili	5-15
2	MACHACEK, RUDOLF	Avusturya Anayasa Mahkemesi Hakimi	17-25
3	ZEİDLER, WOLFGANG	Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	37-43
4	JOZEAU - MARİGNE, LEON	Fransız Anayasa Konseyi Üyesi	53-58
5	PATRY, ROBERT	İsviçre Federal Mahkemesi 2. Kamu Hukuku Dairesi Başkanı	65-70
6	İLKAY, ŞAKİR SİDKİ	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Başkanı	77-81
7	GUESDES, ARMANDO M. MARQUES	Portekiz Anayasa Mahkemesi Başkanı	83-98

5. Cilt (1988)

1	DAVER, BÜLENT	Anayasal Yargı ve Seçim Sistemleri	10-27
2	TEZİÇ, ERDOĞAN	Kanun ve T.B.M.M. Kararı	48-56
3	SAVAŞ,VURAL FUAT	İktisat Politikası Anayasası	77-101
4	TEZİÇ, ERDOĞAN	Parlamento Kararı ve Kanun	121-130
5	DAVER, BÜLENT	Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı	131-147

6. Cilt (1989)

1	KANETİ, SELİM	Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri	19-35
2	GÜRAN, SAİT	Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı	39-66
3	TÜRK, HİKMET SAMİ	Yerel Seçimlerle İlgili Yasa Değişikliğine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı	73-103
4	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi, İlk Devreler	117-158
5	SAVAŞ, VURAL FUAT	Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği	175-203
6	ÖZAY, İL HAN	Yargının Sorunlarına Yaklaşımında Bir Örnek Olarak Geçmişi ve Geleceğiyle 'İtalyan Anayasa Mahkemesi'	215-232

7. Cilt (1990)

1	GÜRİZ, ADNAN	Adalet Kavramı	13-20
2	TEZİÇ, ERDOĞAN	Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü	31-46
3	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi	53-127
4	KANETİ, SELİM	Avrupa Topluluğu Hukukun Üstünlüğü Karşısında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası	131-140
5	TAN, TURGUT	Anayasal Ekonomik Düzen	161-178

8. Cilt (1991)

1	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler	13-62
2	KANETİ, SELİM	T.C. Anayasasındaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması	77-93
3	ÖZAY, İL HAN	Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi	103-116
4	KUÇURADI, İOANNA	İnsan Haklarına Dayalı Anayasa veya Devlet Kavramı	131-140
5	GÜRİZ, ADNAN	Türkiye'de Hukuki Pozitivizm	145-172
6	GÜRAN, SAİT	Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları	189-199
7	ÇELİKEL, AYSEL	Devletler Özel Hukukunun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim	209-224
8	TAN, TURGUT	Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı	233-252

9	ÖKTEM, NİYAZİ	Anayasa Hukuk Felsefesi ve Yargısı	265-275
10	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)	291-322
11	SAVAŞ, VURAL FUAT	Mali Anayasanın Temel Konuları	333-370
12	TEZCAN, DURMUŞ	Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması	385-392
13	TURHAN, MEHMET	Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri	401-420
14	MEHTER, HAMDİ	Siyasi Partilerin Mali Denetimi	441-468

9. Cilt (1992)

1	GÜRAN, SAİT	Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu	23-41
2	MACHACEK, RUDOLF	Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı	47-61
3	ÖZAY, İL HAN	Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti	67-74
4	DE SOUSA E BRITO, JOSE	Anayasa Yargılaması ve Demokratik Prensip	83-84
5	CANSEL, EROL	Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar	87-104
6	FROWEIN, JOCHEN A.	İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu	111-115
7	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı	121-136
8	LAMER, ANTONIO	Kanada'nın Anayasa Hukuku Sisteminde Başvuru Yargısı	141-154
9	GÖREN, ZAFER	Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması	165-184
10	MAHRENHOLZ, ERNST	Günümüzde Anayasa Yorumu İle İlgili Sorunlar	193-199
11	ZULLAH, M. AFZAL	Pakistan Yüksek Mahkemesi ve İnsan Hakları Alanında Anayasa Yargısı	207-213
12	FAURE, MAURICE	Fransa ve Anayasa Konseyi'ne Kişisel Başvuru Sorunu	221-227
13	ÇAĞLAR, BAKIR	Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi	233-282
14	SOLYOM, LASZLO	Macaristan Anayasa Mahkemesinin Toplumsal Sistem Değişikliği İçerisindeki Rolü	287-301
15	SMITH, CARSTEN	Yüksek Mahkeme Uygulamalarında Anayasaya Uygunluk Denetimi Norveç Deneyimi Üzerine Düşünceler	307-314
16	WEBER, FRANS	İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	317-320
17	AZRAK, ALİ ÜLKÜ	İdari Yargı Kararlarında Anayasaya Uygunluk Sorunu	323-340

18	KİM, YANG-KYUN	Kore’de Anayasal Başvuru Sistemi	347-355
19	EGLİ, JEAN-FRANÇOİS	Anayasa Yargılamasına Şahsi Müracaat (İsviçre Hukuk Sistemi ve Tecrübeler)	357-365
20	DAYIOĞLU, SALİH S.	K.K.T.C. Anayasasında Yargının Yeri ve Anayasa Yargısı	375-383
21	ROYER, SJOERD	Hollanda’da Anayasaya Uygunluk Denetimi	389-391
22	LACZKOWSKI, WOJCIECH	Devlet Yapısının Tansformasyonu Döneminde Anayasa Mahkemeleri	399-408
23	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri	411-434

10. Cilt (1993)

1	RUMPF, CHRISTIAN	Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği	25-48
2	SOYASLAN, DOĞAN	Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması (T.C.K.’nın 146. maddesi)	57-90
3	ALTINTAŞ, MUSTAFA	Anayasal Demokrasi İçin Ekonomik Demokrasi	111-185
4	GÜRİZ, ADNAN	Kapitalizm ve Hukuk	191-222
5	ÇAĞLAR, BAKIR	“Hukuk”la Kavranan “Demokrasi” ya da “Anayasal Demokrasi”	233-276
6	GÖREN, ZAFER	Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı	283-322
7	ÜSKÜL, ZAFER	Yeni Bir Demokrasi Arayışı: Yerel Demokrasi	333-344
8	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açidan Adil Yargılanma Hakkı	359-372
9	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Kelsen Modeli “Sınırları”nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçıları	381-404
10	SAN, COŞKUN	Toplumda Demokratikleştirme Alanları	411-428

11. Cilt (1994)

1	BERKARDA, BÜLENT	İstanbul Üniversitesi Rektörü	17
2	BİLGİN, PERTEV	İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dekanı	18
3	ÇELİKEL, AYSEL	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı	19-20
4	SAN, COŞKUN	Sosyo-Politik Bir Süreç Olarak Anayasa Değişiklikleri	23-35
5	ÜNAL, ŞEREF	Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması	39-60
6	AKALIN, GÜNERİ	Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi	71-87

7	GÖREN, ZAFER	Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)	97-134
8	SOYASLAN, DOĞAN	Kanun Hükmünde Kararnameler	145-175
9	GÜRAN, SAİT	Anayasa'nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik	191-200
10	SAVAŞ, VURAL FUAT	Yeni Anayasa İçin Ekonomik Anayasa Önerileri	215-226
11	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu	237-252

12. Cilt (1995)

1	CRNIC, JADRANKO	Hırvatistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	3-4
2	SALYOM, LASZLO	Macaristan Anayasa Mahkemesi Başkanı	5-7
3	ELMORR, AWAD MOHAMED	Mısır Anayasa Mahkemesi Başkanı	9-10
4	GİONEA, VASİLE	Romanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	11-13
5	TUMANOV, VLADİMİR	Rusya Anayasa Mahkemesi Başkanı	15
6	GJATA, RUSTEM	Arnavutluk Anayasa Mahkemesi Başkanı	17-18
7	ÖZAY, İL HAN	Yeni Bir Düzendeki Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulleri	45-49
8	ÖZTÜRK, BAHRİ	Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan'	59-108
9	YENİSEY, FERİDUN	Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması	121-135
10	ODYAKMAZ, ZEHA	Yürürlüğü Durdurma	143-170
11	BİLGİN, PERTEV	Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması	171-191
12	GÜRAN, SAİT	Anayasa Mahkemesi'nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması	193-197
13	GÖREN, ZAFER	Türk ve Alman Anayasa Hukuku'nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları	199-243
14	PEKCANİTEZ, HAKAN	Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti	257-287
15	TUNÇ, HASAN	Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar: İşlevsel ve Kurumsal Açından Türk Anayasa Mahkemesi ile Macaristan ve Kore Anayasa Mahkemelerinin Karşılaştırılması	288-309
16	ÇAĞLAR, BAKIR	Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı	311-317

13. Cilt (1996)

1	İNAL, NABİ	Hatay Barosu Başkanı	13-15
2	KARABACAK, BEKİR	Antakya Belediye Başkanı	17
3	ACUN, UTKU	Hatay Valisi	19-22
4	ÖZAY, İL HAN	Yasama - Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi	31-39
5	SAĞLAM, FAZIL	Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi	43-76
6	GÖREN, ZAFER	Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi	81- 145
7	ÖZÜERMAN, TULAY	Türkiye'de Anayasa Yargısının Rolü ve Önemi	149-167
8	İNAL, TURGUT	1982 Anayasası'nın Getirdiği Sıkıntılar ile Anayasa Yargısına Genel Bakış	171-201
9	ERKENCİ, HÜSEYİN	Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu, Yapısı ve İşlevi Daha Çağdaş Bir Türkiye'ye Doğru	205-221
10	ODYAKMAZ, ZEHRA	Siyasi Partilerin Kapatılması ile İlgili Hükümlerde Uyumsuzluklar ve Uygulamadaki Güçlükler	231-245
11	KARAKOÇ, YUSUF	Türk Hukukunda Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi	249-373
12	CIRIL, HURİGÜL	Avrupa Topluluğuna Girerken Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Anayasa Sistemi	377-389

14. Cilt (1997)

1	SEIDL, OTTO	Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Başkanvekili	31-32
2	NAZARENO, JULIO SALVADOR	Arjantin Yüksek Mahkemesi Başkanı	33
3	PISKA, KARL	Avusturya Anayasa Mahkemesi Başkanvekili	35
4	DAUDBAVİCH, İSMET	Bosna-Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı	37
5	MANOV, KİRİL A.	Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Genel Sekreteri	39
6	CRNIC, JADRANKO	Hırvatistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	41
7	GUIZZI, FRANCESCO	İtalya Anayasa Mahkemesi Üyesi	43
8	TURSUNOVA, BAEKOVA ÇOLPON	Kırgızistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	45-46
9	DAYIOĞLU, SALİH	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkeme Başkanı	47

10	TERSZTYANSZKY, ÖDÖN	Macaristan Anayasa Mahkemesi Üyesi	49-51
11	BRAVO-SERRA, JOSE'MANUEL	Portekiz Anayasa Mahkemesi Üyesi	53
12	MURARU, JOAN	Romanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	55-56
13	BAGLAY, MARAT	Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Başkanı	57
14	SUNGURTEKİN, ALPAY	Samsun Barosu Başkanı	63-66
15	ÖNDER, MUZAFFER	Samsun Belediye Başkanı	67-68
16	ÇAVUŞOĞLU, YÜKSEL	Samsun Valisi	69-70
17	ALDIKAÇTI, ORHAN	Sosyal Devlet	79-85
18	GÖREN, ZAFER	Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi	93-153
19	SOYSAL, MÜMTAZ	Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı	171-187
20	SAVAŞ, VURAL FUAT	Uluslararası Ekonomik Anayasal Düzen	191-208
21	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi	225-246
22	YILDIZ, MUSTAFA	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşlevsel Konumu	255-332
23	ÖZAY, İL HAN	Günahıyla Sevabıyla Anayasa Mahkemesi	337-344
24	GÜNDAY, METİN	İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları	347-358
25	SAĞLAM, FAZIL	Anayasa Hukukumuz Açısından Siyasal Parti Kurumunun Güncel Sorunları	367-383
26	ONAR, ERDAL	1982 Anayasası'nda Milletvekilliğinin Düşmesi	387-465

15. Cilt (1998)

1	AKILLIOĞLU, TEKİN	Avrupa Sosyal Andlaşması ve Türkiye	14-37
2	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: "Yargıçlar Zamanı"	51-69
3	SAVAŞ, VURAL FUAT	Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)	79-98
4	GÖREN, ZAFER	Çocuğun Temel Hakları	113-176
5	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı	185-196
6	GÖZLER, KEMAL	Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı	207-242
7	ULER, YILDIRIM	Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti	252-256

16. Cilt (1999)

1	DİKMEN CANİKOĞLU, MELTEM	Seçim Sistemlerinin Siyasi İstikrarın Sağlanmasındaki Rolü	17-44
2	GÜRSEL, SEYFETTİN	Toplumsal Tercih Kuramı Çerçevesinde Anayasa'nın 67. Maddesinde Yer Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlendirilmesi	46-68
3	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları	71-92
4	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Siyasi Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri	95-115
5	TEZCAN, DURMUŞ	Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasi Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ortaya Koyduğu Eğilim	130-141
6	ÇAĞLAR, BAKIR ÇAVUŞOĞLU, NAZ	Parti Kapatma Davalarında Mermer - Mozaik İkilemi	143-187
7	SAĞLAM, FAZIL	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi	189-216
8	ARMAĞAN, SERVET	Memleketimizde Siyasi İstikrar (Siyasi Partiler ve Seçim Sistemlerinin Değerlendirilmesi)	219-252
9	KUZU, BURHAN	Bugünkü Seçim Sistemimiz ve Bazı Öneriler	254-293
10	DEMİR, FEVZİ	Türkiye'ye Özgü Yeni Bir Seçim Sistemi Önerisi	295-308
11	SAV, ATILA	Seçim Propagandası	330-341
12	ÜÇİŞİK, FEHİM	Parti İçi Demokrasi Açısından Yasa Değişikliği Gereği	355-376
13	GÖREN, ZAFER	Kota Düzenlemelerinin Anayasaya Uygunluğu	381-413

17. Cilt (2000)

1	WILDHABER, LUZİUS	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı	17-31
2	TÜRMEN, RIZA	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukumuza Etkileri	32-40
3	GÜRAN, SAİT	Egemenlik Ulusundur Üstünlük Anayasa'dadır	43-61
4	ÜNAL, ŞEREF	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri	63-85
5	BIÇAK, VAHİT	Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı	87-114

6	MEMİŞ, EMİN	İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri	130-172
7	TUNÇ, HASAN	Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi	174-192
8	DOĞRU, OSMAN	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi	194-225
9	SAĞLAM, FAZIL	Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler	233-254
10	UYGUN, OKTAY	Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	256-272
11	ARSLAN, ZÜHTÜ	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler	274-293
12	YILDIRIM, KADİR	Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği	295-325
13	ARMAĞAN, SERVET	1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi	340-361
14	FENDOĞLU, TAHSİN	Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "BAĞIMSIZ ÖLÇÜ NORM" veya "DESTEK ÖLÇÜ NORM" Sorunu	363-384
15	GÖÇER, MAHMUT	Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması	386-393
16	İÇEL, KAYIHAN	Kopenhag Kriterleri Bağlamında Türk Ceza Hukuku	402-408
17	ÜNVER, YENER	Uluslararası Normlar Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi ve Türkiye	410-436

18. Cilt (2001)

1	ERDEM, M. RUHAN	Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış	17-39
2	İNCEOĞLU, SİBEL	Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi	41-70
3	DEMİRBAŞ, TİMUR	Af Tartışmaları ve 4616 Sayılı <23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun>	78-97
4	ÖZGENÇ, İZZET	Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme	99-147

5	SANCAR, TÜRKAN YALÇIN	23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları	149-195
6	İÇEL, KAYIHAN	Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme ve Ertelenmeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri	209-217
7	SÖZÜER, ADEM	Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelenmeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasa'ya Uygunluğu Sorunu	219-252
8	KUZU, BURHAN	Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü	254-296
9	GÖZLER, KEMAL	Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi	298-329
10	ARMAÇAN, SERVET	Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirmesi	347-362
11	ODYAKMAZ, ZEHRİ	1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı	364-377
12	ALACAKAPTAN, UĞUR	23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış	379-400
13	SOYASLAN, DOĞAN	Af	412-436
14	YILDIRIM, TURAN	Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı	438-449
15	SABAN, NİHAL	Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak	451-475

19. Cilt (2002)

1	HOLZINGER, GERHARD	Avusturya Anayasa Mahkemesi Yargıcı	30-31
2	HACİYEV, KXANLAR	Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	32-35
3	HENNEUSE, ROGER	Belçika Anayasa Mahkemesi Yargıcı	36-39
4	VASILIEVICH, GRIGORIJ A.	Beyaz Rusya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	40-45
5	DANOV, HRISTO	Bulgaristan Anayasa Mahkemesi Başkanı	46-49
6	KHETSURIANI, JOHN	Gürcistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	50-53

7	BHARUCHA, SAM PIROJ	Hindistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	54-57
8	KHITRIN, YURIY	Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Kurulu Başkanı	58-59
9	ESENKANOV, KACHYKE E.	Kırgızistan Anayasa Mahkemesi Yargıcı	60-61
10	ERGİNEL, TANER	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yeksek Mahkeme Başkanı	62-64
11	ERDEL, ARPAT	Macaristan Anayasa Mahkemesi Üyesi	65-66
12	NAGUIB, MOHAMMED FATHY	Mısır Anayasa Mahkemesi Başkanı	67-69
13	POPA, NICOLAE	Romanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	70-71
14	BAGLAY, MARAT	Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Başkanı	72-75
15	SKOMOROKHA, VICTOR	Ukrayna Anayasa Mahkemesi Başkanı	76-79
16	TÜRMEN, RIZA	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı	80-83
17	GİRİTLİ, İSMET	2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması	88-103
18	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye	105-118
19	ATASOY, ÖMER ADİL	Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyuma Zorunluluğu	123-139
20	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut	141-176
21	FENDOĞLU, H. TAHSİN	2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md 13)	178-214
22	ARSLAN, ZÜHTÜ	Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler	216-231
23	SAĞLAM, MEHMET	Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu	233-266
24	ÖZAY, İL HAN	Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri	275-286
25	SAĞLAM, FAZIL	2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları	288-310
26	YETKİN, ÇETİN	Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri	312-324

27	GÖZLER, KEMAL	3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği	326-354
28	BOZKURT, ALİ RIZA	2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları "Siyasal, Sosyal ve Ekonomik Yönden"	376-501
29	CAN, OSMAN	Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü	503-532
30	GÖKÇE, BİRSEN	2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Sosyal Ekonomik ve Siyasal Yönden Değerlendirilmesi	534-548
31	HAKYEMEZ, YUSUF ŞEVKİ	2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri	550-571

20. Cilt (2003)

1	BELGE, MURAT	AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü ve Ulusal Egemenliğin Geleceği	37-44
2	DAVUTOĞLU, AHMET	Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği	46-58
3	ORAN, BASKIN	Ulusal Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Azınlıklar ve Türkiye	61-93
4	AKYOL, TAHA	AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenlik, Egemenliğin Çağdaş Kayıt ve Şartları	95-103
5	ÖKÇESİZ, HAYRETTİN	Hukuk Kültürünün Yapısını "Nomos - Physis" (Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi	119-131
6	TARHANLI, TURGUT	Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk	133-156
7	SANCAR, MİTHAT	Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen	158-169
8	SOYSAL, MÜMTAZ	Değişen Egemenlik ve Meşruluk	171-181
9	ÖZER, ATILLA	Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu	187-194
10	EROĞUL, CEM	Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri	196-213
11	TURHAN, MEHMET	Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi	215-248
12	UYGUN, OKTAY	Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi	250-284

21. Cilt (2004)

1	HASSEMER, WINFRIED	Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma Almanya Raporu	27-49
2	HALLER, HERBERT	Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri	50-68
3	PACZOLAY, PETER	Anayasa Mahkemesiyle İlgili Anayasa Değişiklikleri Önerisine İlişkin Taslak Görüş (Venedik Komisyonu Raporu)	70-79
4	KILIÇ, HAŞİM	Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri (Türkiye Raporu)	80-94
5	YÜZBAŞIOĞLU, NECMİ <i>et al.</i>	Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli (Panelistler: Onar Erdal, Aliefendioğlu Yılmaz, Arslan Zühtü, Kuzu Burhan, Türk, Hikmet Sami)	105-162
6	HASSEMER, WINFRIED	Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)	164-178
7	HALLER, HERBERT	Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Avusturya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)	179-193
8	PACZOLAY, PETER	Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Venedik'te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)	194-203
9	SABUNCU, YAVUZ ARNWINE, SELİN ESEN	Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu	229-246
10	TURHAN, MEHMET <i>et al.</i>	Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli (Panelistler: KUZU BURHAN, SAĞLAM FAZIL, GÖREN ZAFER, TÜRK HİKMET SAMİ)	248-295

22. Cilt (2005)

1	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Anayasal Uyum ve Ötesi	25-38
2	ALBI, ANNELI	Avrupa Anayasası: Ulusal Anayasalar Üzerindeki Etkileri Nelerdir?	40-62
3	AKÇAM, ZEKERİYA	Avrupa Anayasal Antlaşması'nda Milli Meclislerin Rolü ve İkincilik ve Oransallık İlkeleri	63-73
4	ARIKAN, AYŞE SAADET	"Avrupa İçin Anayasa Andlaşması" ve Türkiye: Avrupa Birliği Hukuku ve Ulusal Hukuk İlişkisi	74-123

5	GRUBER, ANNIE	Avrupa Birliği'nin İşleyiş Sürecinde Avrupa Yurttaşlığı	140-167
6	ODER, BERTİL EMRAH	Avrupa Birliği'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincilik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler	168-215
7	ŞEN, MURAT	Egemenliğin Kollektif Kullanımı: AB'nin Anayasal Yapısına Uyum Açısından Anayasamız	216-230
8	İNCEOĞLU, SİBEL	Türkiye: AB'nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı	231-251
9	ROUSSEAU, DOMINIQUE	Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları Sorunsalı	260-276
10	BRAHY, SYLVIE	Avrupa Anayasası ve Türk Anayasa Hukuku Bağlamında İnsan Hakları	277-291
11	KARAKAŞ, A. IŞIL	Ulusalüstü Anayasa'da Temel Haklar Problematiği: Teorik ve Pratik Sorunlar	292-305
12	ÇAVUŞOĞLU, NAZ	Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi	306-327
13	YÜZBAŞIOĞLU, NECMİ	Türk Anayasası'nın Avrupa Anayasası'na Uyum Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme	342-349
14	BOCKEL, ALAIN	Türk Anayasası'nın Avrupa Anayasası'na Uyum Sorunu Değerlendirme	350-362
15	ARSLAN, ZÜHTÜ	İki Anayasa İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasa'sı ve Türk Anayasa'sı Üzerine Notlar	363-372
16	TARHANLI, TURGUT	Anayasa ve Gelecek	373-376
17	UYGUN, OKTAY	Avrupa ve Türk Anayasa'sı: Temel İlkeler Yönünden Genel Bir Değerlendirme	377-387

23. Cilt (2006)

1	ABDULLAYEV, FERHAD	Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	13-14
2	JETPISOVICH, BALTABAYEV KUANİSH	Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Üyesi	15-18
3	MALAKHOVICH, ALİEV ZARİF	Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	19-23
4	ÖZKÖK, MUSTAFA	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkeme Üyesi	25-28
5	BAEKOVA, CHOLPON	Kırgızistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	29-33
6	BERONOV, NEDELCHO	Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	35-37
7	BUQUICCHIO, GIANNI	Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar	41-44

8	AKYALÇIN, AHMET	Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması	45-49
9	AYBAY, RONA	Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar	51-56
10	ÖZBUDUN, ERGUN	Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar	57-60
11	SAĞLAM, FAZIL	Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar	61-64
12	TÜRK, HİKMET SAMİ	Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih	75-113
13	KOÇAK, MUSTAFA	Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri	115-132
14	ALKAN, MEHMET Ö.	Türkiye’de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkileri	133-165
15	TUNCER, EROL	Türkiye’de Seçim Uygulamaları / Sorunları Işığında Temsilde Adalet - Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği	167-182
16	SABUNCU, YAVUZ	Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları	191-197
17	KÖKER, LEVENT	Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk	200-210
18	ATAR, YAVUZ	Seçim Hukukunun Güncel Sorunları	211-235
19	TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, SULTAN	Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri	237-278
20	KUZU, BURHAN	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Adalet ve Kalkınma Partisi’nin Görüşü	283--317
21	SARIBAŞ, SÜLEYMAN	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Anavatan Partisi’nin Görüşü	319-325
22	ERCAN, NEVZAT	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Doğruiyol Partisi’nin Görüşü	327-332
23	MİROĞLU, ORHAN	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Demokratik Toplum Partisi’nin Görüşü	333-343
24	AKGÜL, MEHMET ALİ	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Genç Parti’nin Görüşü	345-348

24. Cilt (2007)

1	COSTA, JEAN PAUL	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargı Yetkisi: Bir Barış ve Hoşgörü Faktörü mü?	17-36
2	BABAYEV, FİKRET	Azerbaycan Anayasa Mahkemesi Başkanı	39-49
3	HADZİOSMANOVIĆ, HATİDZA	Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı	51-57
4	BESSAİH, BOUALEM	Cezayir Anayasa Konseyi Başkanı	59-74
5	ZELİN, SU	Anayasa’nın Işığında İnsanları Isıtır	77-87
6	ASSHİDDİQİE, JİMLY	Endonezya Anayasa Mahkemesi Başkanı	93-100
7	LANGA, PIUS	Meydan Okuyan Medeniyetler	101-132

8	NURMAGAMBETOV, AMANZHOL MAGZUMOVICH	Kazakistan Anayasa Konseyi'nin Ulusal ve Uluslararası Hukukla İlişkilerinin Kurulması	133-143
9	BAKOVA, ÇOLPON TURSUNOVNA	Kırgızistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	149-167
10	LWAMBA, BENOÎT	Kongo Demokratik Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	169-183
11	KANG-KOOK, LEE	Kore Anayasa Mahkemesi Başkanı	185-191
12	KÜRİS, EGİDİJUS	Anayasal Değerlerin Evrenselleştirilmesi Üzerine (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinin Anayasal İçtihatları ve AHİM Kararları Bağlamında)	197-232
13	KOVACS, PETER	Anayasa Mahkemesi, Medeniyetler Arası Anlaşma ve İç Barış (Macar Anayasa Mahkemesi'nin Nefret Konferansı Konusundaki İçtihatı)	235-255
14	YUSUFİ, MAHMUT	Evrensel Barışta Anayasa Mahkemelerinin Rolü ve Uygarlıklararası Karşılaşma	257-261
15	SHERİF, ADEL OMAR	Mısır Anayasa Mahkemesi Başkanvekili	263-266
16	IANUCENCO, ALİNA	Moldova'nın Seçmiş Olduğu Hukuk Devleti Kurma Yolunun Gerçekleşmesinde Anayasa Mahkemesi'nin Rolü	273-292
17	ZORKİN, VALERİ	Çağdaş Küresel Dünyada Medeniyet Gelişiminin Anayasal Temeli	295-331
18	KHOJAEV, İZBİLLO	Tacikistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	333-343
19	BUQUICCHIO, GIANNI	Dünyanın Farklı Bölgelerinde Anayasa Mahkemeleri Arasındaki Etkileşimi Geliştirmede Venedik Komisyonu'nun Rolü	345-354
20	ÖZBUDUN, ERGUN	Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü	359-364
21	ORTAYLI, İLBER	Evrensel Barış Projeleri	367-371
22	BAĞCI, HÜSEYİN	Medeniyetler Çatışması ve Buluşması İkileminde Güvenlik Sorunları	373-379
23	LAÇİNER, SEDAT	Uluslararası İlişkilerdeki Gelişmelerin Anayasa Mahkemelerine Etkisi	381-403
24	DAVUTOĞLU, AHMET	Küreselleşme ve Medeniyetler Arası Etkileşim Bağlamında Ortak Değerler	405-414
25	YANKOV, RUMEN	Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	417-420
26	ÖRÜCÜ, ESİN	Ulusal Anayasa Mahkemelerinde Yargısal Karşılaştırmacılık ve Mahkemeler Arası Diyalog	433-487
27	KOÇAK, MUSTAFA	Medeniyetler Buluşması Bağlamında Anayasaların Ortak Dili Sorunu	489-500
28	BOZKURT, ENVER	Kant'ın Ebedi Barış Üzerine Denemesinin Günümüze Yansıması	501-523

29	HAKYEMEZ, YUSUF ŞEVKİ	Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması	525-568
30	VERGİN, NUR	Anayasacılık ve Dinsel Özgürlükler	571-575
31	ÖZEL, SOLİ	Küreselleşme Döneminde Vatandaşlık	577-583
32	ÖKTEM, NİYAZİ	Düşmanlık ya da Zenginlik Kaynağı Olarak Farklılıklarımız; Farklılıklara Tahammül Kültürünün Yasalarda ve İçtihatlarda Gelişmesi ve Korunması	585-607
33	ULUŞAHİN, NUR	Liberal Demokrasinin Çıkması: Çatışma Karşısında Barış İçin Azınlık-Çoğunluk İlişisini Yeniden Düzenleme Gereği	609-640

25. Cilt (2008)

1	KILINÇ, BAHADIR	Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği	19-59
2	KANADOĞLU, OSMAN KORKUT	Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi	61-89
3	ATAR, YAVUZ	Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması	93-115
4	YENİSEY, FERİDUN	Mukayeseli Hukukta Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi	135-154
5	ODYAKMAZ, ZEHRA	Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler	155-204
6	AZRAK, ALİ ÜLKÜ	Türkiye'de İdari Yargının Bağımsızlığı	213-225
7	ŞAHBAZ, İBRAHİM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı	229-289

26. Cilt (2009)

1	MELLİNGHOFF, RUDOLF	Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti	31-58
2	HOLZİNGER, GERHART	Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru	61-99
3	BAAMONDE, MARÍA CASAS	İspanya Örneğinde Anayasa Şikayeti	101-120
4	KİM, JONG-DAE	Anayasa Şikayeti Sistemi: Kore'nin Tecrübeleri	145-162

5	PİMENTEL, GENARO DAVİD GONGORA	Amparo Ne İçindir?	163-282
6	ZORKİN, VALERİ	Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin Uygulamasında Bireysel Başvuru	283-312
7	PACZOLAY, PETER	Anayasa Şikayeti: Karışık Bir İyilik	313-327

27. Cilt (2010)

1	SALMANOVA, SONA	Azerbaycan Cumhuriyetinde Anayasa'nın Üstünlüğü İlkesi	19-22
2	PALAVRİĆ, SEADA	Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Sorumluluğu	23-30
3	NENKOV, ROUMEN	Anayasa Mahkemesi'nin Bağımsızlığı-Hukuk Devletin Garantisi (Bulgar Deneyimi)	31-49
4	MAHFUD, MOH.	Endonezya Anayasa Mahkemesi'nde Tarafsızlık, Bağımsızlık ve Sorumluluğun Oluşturulması	51-73
5	HASANİ, ENVER	Kosova Anayasa Mahkemesi'nin Karşılaştığı Güçlükler ve Uygulamalar	75-85
6	IANUCENCO, ALİNA	Yargı Sisteminin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Sorumluluğu	87-106
7	WAZANİ, RATEB AL	Ürdün Yargı Sisteminde Bağımsızlık, Tarafsızlık ve Sorumluluk	107-114
8	GİEGERİCH, THOMAS	Yüksek Mahkeme Üyelerinin Seçilmesi ve Görevden Alınması	123-160
9	YANIK, MURAT	Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi	161-216
10	METİN, YÜKSEL	Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri	217-272

28. Cilt (2011)

1	TURHAN, MEHMET	Ronald Dworkin	17-26
2	DWORKİN, RONALD MİLES	Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri	27-52
3	TÜRKBAĞ, AHMET ULVİ	Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları	71-82
4	ÖKTEM, NİYAZİ	Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi	83-96

29. Cilt (2012)

1	BRATZA, NICOLAS	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı	9-19
2	DOSSOU, ROBERT	Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanı-Benin Anayasa Mahkemesi Başkanı	43-50

3	ABDULLAYEV, FERHAD	Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	51-52
4	HOSSAİN, MUZAMMEL	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü: Bangladeş Perspektifi	53-72
5	MIKLASHEVICH, PETR. P	Vatandaşların Anayasal Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasında Belarus Anayasa Mahkemesi'nin Rolü	73-94
6	BOSSUYT, MARC	Anayasa ve Uluslararası Antlaşmalar Arasındaki İlişki: Belçika'dan Bir Değerlendirme	95-106
7	PALAVRIĆ, SEADA	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Bosna-Hersek Anayasa Mahkemesi'nin Rolü	111-126
8	KİFLİ, DATO KİFRAWİ	ASEAN Sözleşmesi ve İnsan Hakları Kanunları İleri Adımlar: Brunei Perspektifi	127-133
9	TANCHEV, EVGENI	Ulus-Devlet Anayasalarında Siyasal Özgürlük ve Siyasal Hakların Organik Modeli	135-169
10	Xİ, XIAOMİNG	Anayasa'nın Rehberliğinde Yurttaşların Hak ve Özgürlüklerinin Korunması	171-177
11	ACHARGUİ, MOHAMED	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü	179-194
12	JALLAD, FARİD	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlükler ve Anayasa Mahkemesi'nin Rolü	199-206
13	YACOOB, ZAKERİA MOHAMMED	Türk Anayasa Mahkemesi'nin 50. Kuruluş Yıldönümü İçin Düzenlenen Uluslararası Sempozyum'da Güney Afrika Heyeti'nin Sunumu	207-214
14	TAVADZE, ZAZA	Gürcistan Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Anayasal Hak ve Özgürlükleri Yeniden Düşünmek	215-226
15	SANCHEZ, PASCUAL SALA	Temel Hakların Yargısal Korunmasında İspanyol Sistemi: İspanya Anayasa Mahkemesi'nin Kararları	227-245
16	KOLLY, GILBERT	Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun	247-254
17	SODİKİ, ACHMAD	Vatandaşların Anayasal Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesi'nin Rolü (Endonezya Anayasası'na Dayalı Bir Değerlendirme)	259-298
18	ROGOV, IGOR IVANOVICH	Hukuk Devletin Oluşumunda Kazakistan Anayasa Konseyi'nin Öncelikleri	299-310
19	HASANİ, ENVER	Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Önemli Kararlarından Bazıları Hakkında Düşünceler	311-361
20	DEHAN, KAMAL BESHİR	Libya'da Anayasa Yargısı	363-366
21	PACZOLAY, PÉTER	Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin Yetkilerinde Değişiklik	367-380
22	BUQUICCHIO, GIANNİ	Venedik Komisyonu Başkanı	381-388

23	LEE, KANG-KOOK	21. Yüzyılda Kore’de Siyasal ve Toplumsal Değişimler ve Kore Anayasa Mahkemesi’nin Önündeki Sorunlar	393-411
24	NAUMOSKI, BRANKO	İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasında Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin Rolü	413-429
25	ZAKARİA, TAN SRI ARİFİN	21. Yüzyılda İnsan Hak ve Özgürlükleri ve Yargının Rolü Konusunda Malezya Perspektifi	431-451
26	AMARSANAA, JUGNEE	Moğolistan Anayasa Mahkemesi’nin İnsan Haklarının Korunması Alanındaki Rolü	453-474
27	SAFALERU, ELENA	Anayasa Yargısı ve İnsan Haklarının Korunması: Moldova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin Deneyimi	475-490
28	RZEPLİŃSKI, ANDRZEJ	Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sivil Toplum	495-510
29	RAMOS, RUI MANUEL MOURA	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü	511-525
30	ZEGREAN, AUGUSTIN	Romanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	527-542
31	PETRIČ, ERNEST	Anayasa Mahkemelerinin İşlev ve Rolünün Yeniden Tanımlanması Üzerine Bazı Gözlemler: Slovenya Anayasa Mahkemesi Örneği	543-554
32	ILKAHANAF, AİDİD ABDALLAH	Somali Cumhuriyeti Geçici Federal Hükümeti Yüksek Mahkemesi Başkanı	559-566
33	PINO, GONZALO GARCIA	Şili Anayasa Mahkemesi Üyesi	567-577
34	MAHMUDOV, MAHKAM AZAMOVICH	Tacikistan’da Anayasa Yargısına İlişkin Gelişmeler	579-589
35	AKE-URU, CHALERPON	İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasında Anayasa Mahkemesi’nin Rolü: Tayland Örneği	591-675
36	HOLOVIN, ANATOLII	Ukrayna Anayasa Mahkemesi’nin Kararlarında İnsan ve Vatandaş Haklarının Korunması Ukrayna Anayasa Mahkemesi: Çağdaş Eğilimler	677-688
37	PROTO, DANIEL GUTIERREZ	Anayasal Denetim Sistemi	693-711
38	LÓPEZ, FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO MERCHÁN, CARMEN ZULETA DE	XXI. Yüzyılda İnsan Hakları ve Anayasa Mahkemelerinin Misyonu	713-757
39	MCCRATH, JOHN	Yeni Zelanda’da Temel Hakların Korunması	759-773
40	M’BARECK, SCHAIR OULD	Moritanya İslam Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Başkanı	775-782
41	QUARANTA, ALFONSO	İtalyan Anayasası’nda Temel Hakların Korunması	785-805

42	LOPIČIĆ, DESANKA	XXI. Yüzyılda Karadağ'da İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Gelişimi -Karadağ'da Anayasa Mahkemesi'nin Rolü-	807-833
43	URBAITIS, ROMUALDAS KEŠTUTIS	Litvanya'da Aile Kavramının Bazı Anayasal Boyutları	835-879

30. Cilt (2013)

1	PAULUS, ANDREAS L.	Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması	21-47
2	ODER, BERTİL EMRAH	Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık	49-59
3	HAJİYEYEV, M. KHANLAR	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi Yorum Teknikleri	61-71
4	İNCEOĞLU, SİBEL	Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime: İHAS'a Uyum Işığında Bir Değerlendirme	83-106
5	BORREGO, JAVIER BORREGO	Norm Denetiminde Anayasal Yorum	107-117
6	ANTELO, LUIS FERNÁNDEZ	Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Anayasal Önem Kriteri Ağırlıklı Bir İnceleme)	127-137
7	PAULUS, ANDREAS L.	Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası 93A Maddesinde Düzenlenen Kabul Usulü ve "Temel Anayasal Önem" Kavramı	139-149
8	EKİNCİ, HÜSEYİN	Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi	161-197

31. Cilt (2014)

1	QAZI, GULRAMAN	Sosyal Hakların Anayasa Mahkemeleri Tarafından Korunması Afganistan Örneği	75-87
2	ZOELVA, HAMDAN	Adat Law (Örf ve Adet Hukukunun Uygulandığı) Topluluklarının Sosyal Haklarının Korunmasında Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Rolü	89-108
3	LEE, JINSUNG	Sosyal Hakların Kore Anayasa Mahkemesince Korunması Sosyal Refah Haklarına Odaklanma	109-123
4	SHRESTHA, KALYAN	Sosyal Hakların Anayasa Mahkemelerince Korunması	125-139
5	INTACHAN, CHAROON	Tayland Anayasa Mahkemesince İnsan Haklarının Korunması	141-151
6	YILDIRIM, ENGİN	Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği (Yargılanabilirliği/ Yargılanamazlığı) ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı	153-159

7	ARSLAN, ZÜHTÜ	Türkiye’de Anayasa Şikâyeti: Fırsatlar ve Sorunlar	167-184
8	MILHEM, FERAS	Bireysel Başvuru Yoluyla İnsan Haklarının Korunması: Filistin’den Dersler	185-200
9	GALIĆ, VALERIJA	Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi ve Bosna Hersek Parlamenterler Meclisi Arasındaki İlişki	217-224
10	ROGOV, IGOR	Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyinin Anayasal Meşruiyeti Temin Etme Hususunda Devlet Erkleri ile Olan İşbirliği	225-233
11	AMARSANAA, JUGNEE	Anayasa Mahkemesi ve Parlamento Arasındaki İlişkiler: Mevcut Durum ve Çözüm Yaklaşımları	235-247
12	GADZHIEV, GADIS	Bir Halkın Kendisi Olma Hakkının Felsefi ve Hukuki Anlamları Konusunda	249-267
13	KIFLI, DATO SERI PADUKA HJ KIFRAWI BIN DATO PADUKA HJ	Anayasa’nın Yorumlanmasında Yüksek Mahkeme’nin Rolü	279-289
14	ÇOBAN, ALİ RIZA	Anayasa Mahkemesi: Anayasanın Yorumlayıcısı mı Yoksa Bireysel Hakların Koruyucusu mu?	291-309
15	GÜLENER, SERDAR	Bireysel Başvuru ve Anayasal Denetimde Anayasal Yorum: Anayasa Yargısı Sistemini İki Farklı Boyut Aracılığıyla Anlama	311-326
16	BIN ZAKARIA, TUN ARIFIN	Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri	327-381
17	PAPUASHVILI, GEORGE	Gürcistan’ın Anayasal Düzeninin Temel Taşı olarak Adalet Erişim	393-399
18	MOGOENG, MOGOENG	Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü	401-415
19	JALLAD, FARID	Anayasal Sistemi Korumada Anayasa Mahkemesinin Rolü / Filistin Modeli	417-427
20	PEIRIS, MOHAN	Yargının Temel Hakların Korunmasındaki Rolü	429-451