

# Hukukun Üstünlüğü

Politikacılar için kılavuz



**RAOUL  
WALLENBERG  
INSTITUTE**

OF HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW

Copyright ©

Raoul Wallenberg İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Enstitüsü ile Hague Hukuku Uluslararasılaştırma Enstitüsü  
2012

ISBN: 91-86910-99-X

İşbu yayın, yayıncılarının onayı olmadan ve kendi orijinal kapağı dışında başka hiçbir kapak veya ciltle ticari yoldan ya da başka yollarla ödünç verilemez, satışı yapılamaz, kiralanamaz veya dağıtımını yapılamaz. Bu şart, işbu yayının daha sonraki yayıncıları için de aynen geçerlidir.

Orjinal Eserin Yayıncıları:

Raoul Wallenberg İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Enstitüsü  
Stora Gråbrödersgatan 17 B P.O. Box 1155 SE-221 05 Lund / İsveç  
Tel: +46 46 222 12 00  
Faks: +46 46 222 12 22  
rolf.ring@rwi.lu.se  
www.rwi.lu.se

Hague Hukuku Uluslararasılaştırma Enstitüsü (Hiil)  
Anna van Saksenlaan 51 P.O. Box 93033 2509 AA The Hague / Hollanda  
Tel: +31 70 349 4405  
Faks: +31 70 349 4400  
info@hiil.org  
www.hiil.org

Kapak tasarımı: Publimarket B.V., Hollanda  
Türkçe Çevirinin Yayıncısı:  
Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 272

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ  
Politikacılar için kılavuz  
ISBN: 978-605-9050-26-5

Tasarım Mehmet TAMER  
[Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri]

© Türkiye Barolar Birliği Ocak 2015, Ankara

Türkiye Barolar Birliği Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8

06520 Balgat – ANKARA  
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)  
Faks: 312 286 55 65  
www.barobirlik.org.tr  
yayin@barobirlik.org.tr

Baskı Şen Matbaa  
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe-Ankara  
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

# HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Politikacılar için kılavuz

## İÇİNDEKİLER

<b>Önsöz</b>	<b>4</b>
<b>1. Giriş</b>	<b>5</b>
<b>2. Ulusal Düzeyde Hukukun Üstünlüğü</b>	<b>6</b>
<b>2.1 Hukukun üstünlüğünün ulusal düzeydeki anlamı</b>	<b>6</b>
2.1.1 Hukukun üstünlüğü nedir?	6
2.1.2 Hukukun üstünlüğü ve politikacıların sorumluluğu	8
2.1.3 Hukukun üstünlüğünün üç ana unsuru: yasallık, demokrasi ve insan hakları	9
<b>2.2 Hukukun üstünlüğünün ulusal düzeydeki gerekleri</b>	<b>11</b>
2.2.1 Anayasalcılık	11
2.2.2 Aleniyet, açıklık, geriye yürümezlik ilkesi ve istikrar	11
2.2.3 Parlamentoların özel sorumluluğu	13
2.2.4 Takdir yetkisi	14
2.2.5 Kuvvetler ayrılığı	15
2.2.6 Yargı	16
2.2.7 Alternatif uyuşmazlık çözümü	20
2.2.8 Diğer karar mercileri	20
2.2.9 Hukukun uygun icrası	21
2.2.10 Dikkat edilmesi gereken hususlar	22
<b>2.3 Hukukun üstünlüğü ulusal düzeyde neden elzemdir?</b>	<b>24</b>
2.3.1 Yetki kullanımının kısıtlanması	24
2.3.2 Hukuki kesinlik ve özgürlük	24
2.3.3 Eşit muamele	25
<b>3. Uluslararası Düzeyde Hukukun Üstünlüğü</b>	<b>26</b>
<b>3.1 Hukukun üstünlüğünün uluslararası düzeydeki anlamı</b>	<b>26</b>
<b>3.2 Hukukun üstünlüğünün uluslararası düzeydeki gerekleri</b>	<b>28</b>
3.2.1 Uluslararası hukuk aleni, erişilebilir, açık ve ileriye dönük olmalıdır	28
3.2.2 Bağımsız ve tarafsız yargı	30
3.2.3 Hukukun uygun icrası	32
<b>3.3 Hukukun üstünlüğü uluslararası düzeyde neden elzemdir?</b>	<b>33</b>
<b>4. Hukukun Üstünlüğünün Ulusal Ve Uluslararası Düzeylerde Karşılıklı Bağımlılığı</b>	<b>35</b>
<b>4.1 Ulusal ve uluslararası düzey arasındaki bağlantı</b>	<b>35</b>
<b>4.2 Ulusal düzeyde hukukun üstünlüğünün uluslararası hukuka bağlı olmasının nedenleri</b>	<b>37</b>
<b>4.3 Uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünün ulusal hukuka bağlı olmasının nedenleri</b>	<b>40</b>
<b>5. Daha Fazla Okuma İçin Başvurulabilecek Kaynaklar</b>	<b>43</b>

## ÖNSÖZ

İşbu kılavuzun amacı, hukukun üstünlüğü ilkesini oluşturan başlıca unsurlar hakkında politikacılara temel bilgiler sunmaktır.

Kılavuz, eski devlet ve hükümet başkanlarınca oluşturulan Eylem Birliği Konseyinde (InterAction Council) yürütülen tartışmalardan esinlenerek hazırlanmıştır. Materyal hazırlama süreci, İsveç Lund Üniversitesi bünyesinde bulunan Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law ile Hollanda merkezli Hague Institute for the Internationalisation of Law (HiiL) tarafından başlatılıp bu iki enstitünün gözetiminde gerçekleştirilmiştir.

Kılavuzun ilk taslağı, Hümaniter ve Sosyal Bilimler alanında araştırmalar yapan Hollanda İleri Araştırmalar Enstitüsünde Henry G. Schermers bilim kuruluna üyeliği sırasında HiiL bünyesinde yürütülen hukukun üstünlüğü programına başkanlık eden Dr Ronald Janse tarafından hazırlanmış olup çalışmaların devamı söz konusu iki enstitü bünyesinde sürdürülmüştür. Hazırlanan materyaller ardından Eylem Birliği Konseyinin üyeleri ile Parlamentolar Arası Birlik temsilcileri tarafından gözden geçirilmiştir. Ayrıca konunun uzmanı kimselerden değerli görüşler alınmıştır. Son inceleme, Birleşmiş Milletler eski Hukuk Müşaviri olan şimdilerde ise Raoul Wallenberg Enstitüsü Mütevelli Heyetinde başkanlık görevini yürüten Dr Hans Corell tarafından gerçekleştirilmiştir.

Bu kılavuzu hazırlarken ana yol gösterici hedefimiz, her zaman yoğun çalışan her düzeyden politikacının okumaya fırsat bulacak kadar kısa bir kılavuz hazırlamak oldu. Fakat aynı zamanda diğer karar mercileri, politika üreticileri, gazeteciler ve konu hakkında bilgi edinmek isteyen diğer kimseler için faydalı bir kaynak oluşturmalıydı. Bununla birlikte tercümesi de kolay olmalı ve böylelikle farklı dillerde yayınlanmasına olanak yaratılmalıydı. Bu nedenle bu kılavuzda grafiksel çizimlerde ve resimlere yer vermemeyi tercih ettik.

Kılavuzun orijinal dili İngilizce olmakla beraber, iki enstitünün onayını almak, önsözünü de tercümeyle dahil etmek ve tercümede metnin aslına sadık kalmak şartıyla başka dillere tercüme edilebilir. Orijinal metne iki enstitünün, tercümelerin de yayınlanacağı kendi web sayfalarını ziyaret ederek ulaşabilirsiniz.

Lund ve Lahey, Ağustos 2012

Raoul Wallenberg Institute for  
Human Rights and  
Humanitarian Law  
adına

Marie Tuma  
Direktör

Hague Institute for the  
Internationalisation of Law  
adına

Sam Muller  
Direktör

## 1. GİRİŞ

Hukukun üstünlüğü ilkesi günümüzde küresel bir ideal ve amaç haline gelmiştir. Dünya çapında halklar, hükümetler ve kuruluşlar tarafından destek görmektedir. Yaygın inanış, ulusal politik ve hukuk sistemlerinin mihenk taşı olduğu şeklinde olup giderek artan biçimde uluslararası ilişkilerin en temel unsurlarından bir tanesi olarak kabul görmeye başlamıştır.

2005 Dünya Zirvesi sonuç dokümanında dünya çapındaki Devlet ve Hükümet Başkanları, hukukun üstünlüğü ilkesine gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde evrensel olarak bağlılık gösterip uygulamak gerektiğini kabul etmişlerdir. Bundan bir yıl sonra Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ulusal ve uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğü konusunda karar almış olup o tarihten bu yana yıllık oturumların tamamında aynısını tekrarlamıştır.

2010'da Genel Kurul, 2012 yılında düzenlenecek altmış yedinci oturumun yüksek düzey segmanı sırasında Kurulun ulusal ve uluslararası düzeylerde hukukun üstünlüğü konusunda yüksek düzey toplantı yapmasına karar vermiştir.

İşbu Kılavuzun amacı, her iki düzeyde hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsurlarını açıklamaktır. Ayrıca ulusal ile uluslararası düzeylerde hukukun üstünlüğünün neden kısmen de olsa birbirine bağımlı olduğu açıklanmaya çalışılmıştır.

İşbu Kılavuzun ortaya çıkış noktası, eski devlet ve hükümet başkanlarınınca oluşturulan Eylem Birliği Konseyi üyeleri tarafından Haziran 2008'de yürütülen bir tartışma olmuştur. Konsey üyeleri, 25-27 Haziran 2008'de İsveç'in Stockholm kentinde düzenlenen 26. Yıllık Genel Oturum çerçevesinde hazırlamış oldukları Nihai Bildiride başka hususların yanı sıra "Uluslararası Hukukun Yeniden Tesisi" konusuna değinmişlerdi.

Kendi web sayfalarından da belirtildiği üzere Eylem Birliği Konseyi, ülkelerinin en yüksek makamında görev yapmış bir grup devlet adamının deneyimlerini, enerjisini ve uluslararası temaslarını seferber etmek üzere 1983 yılında kurulmuş bağımsız bir uluslararası kuruluştur. Konsey üyeleri bir araya gelerek insanlığın karşılaştığı politik, ekonomik ve sosyal sorunlara karşı tavsiyeler geliştirerek pratik çözümler sunmaktadır.

2008 Bildirisi hazırlanırken vurgulanmak istenen başlıca husus, politikacıların uluslararası hukukun temel öğeleri ve hukukun üstünlüğünün anlamı hakkında bilinçlendirilmesi gerektiği olmuştur.

Bu fikir daha sonra Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law ile Hague Institute for the Internationalisation of Law (HiIL) enstitüleri tarafından ilerletilerek Dünya Adalet Projesi kapsamında düzenlenen toplantılarda da masaya yatırıldı. Bu bağlamda işbu Kılavuzun okuyucuları, kılavuzun sonunda yer alan Hukukun Üstünlüğü

İndeksine başvurarak kendi ülkeleri hakkında ne gibi değerlendirmeler yapıldığını öğrenebilirler.

Sürece Parlamentolar Arası Birlik (IPU) 1889 yılında kurulan uluslararası parlamentolar teşkilatı da katılmıştı. IPU, halklar arasında yürütülen dünya çapındaki parlamenter diyaloglar ile barış çalışmalarının ve sağlam temeller üzerine temsili demokrasi tesis edilmesi çalışmalarının merkez noktasıdır. IPU'nun başlıca amaçlarından bir tanesi, temsili kurumların işleyişi hakkında daha iyi bilgi sahibi olunmasına ve bu kurumlara ait eylem araçlarının güçlendirilip geliştirilmesine katkı yapmaktır.

Önsözden anlaşılacağı üzere söz konusu kurumların temsilcisi işbu Kılavuzun hazırlık sürecinde aktif rol oynamıştır.

Burada ele alınan konu hakkında elbette ki çok kapsamlı literatür kaynakları mevcut. Fakat konuyu özetleyecek kısa bir kaynak oluşturarak hep çok meşgul olan politikacıların konu hakkında, özellikle de kendilerine düşen rol ve hukukun üstünlüğünü güçlendirmek için neler yapabilecekleri hakkında kısa sürede bilgi edinebilmelerini sağlamanın faydalı olacağını düşündük.

İki enstitü olarak, bazı kişilerde işbu Kılavuzda yazılanların dünyadaki hukuk sistemlerinin sadece bazılarını yansıttığını şeklinde bir düşünce uyanabileceğinin gayet farkındayız. Ancak işbu Kılavuzun yine de, konuyla ilgisi bulunan herkes için faydalı olabilmesini umuyoruz. Bu bağlamda okutucuların dikkatini, IPU tarafından hazırlanmış olan materyallere yapılan atıflara çekmek isteriz.

Bir diğer husus ise işbu Kılavuzun, çok merkezi konumdaki politikacılara daha fazla odaklanırken devlet teşkilatlarının yerel ve bölgesel düzeylerinde çalışan çok sayıdaki diğer politikacılara daha az değinildiği yönünde oluşabilecek intibadır. Bu kesinlikle kaçınılmaz olmakla birlikte iki enstitü olarak işbu Kılavuzun yerel ve bölgesel düzeylerde en az diğerleri kadar önemli işler yürüten kimseler için de faydalı olmasını umuyoruz.

## **2. ULUSAL DÜZEYDE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ**

### **2.1 *Hukukun üstünlüğünün ulusal düzeydeki anlamı***

#### *2.1.1 Hukukun üstünlüğü nedir?*

Hukukun üstünlüğü özünde, vatandaşların ve onları yönetenlerin hukuka uyması gerektiği anlamına gelir.

Bu basit tanım bazı soruların açıklığa kavuşturulmasını gerektiriyor. Hukukun üstünlüğü nelere uygulanır? Hukuk kelimesi ile kastedilen nedir?

Hukukun üstünlüğü, ulusal otoriteler (hükümet, yürütmenin farklı seviyelerdeki diğer kolları ve yargı) ile vatandaşlar, ülke sakinleri ve der-

nekler ya da şirketler gibi diğer özel aktörler arasındaki ilişkilerde uygulanan bir ilkedir. Örnek vermek gerekirse, kanunların nasıl çıkarılması gerektiğini, bir suçun şüphelilerine nasıl muamele etmek gerektiğini ve vergilerin nasıl tarh ve tahsil edileceğini düzenler.

Hukukun üstünlüğü aynı zamanda, toplumdaki özel aktörler arasında yaşananlara da uygulanır. İster cep telefonu olsun isterse araba, bir malın alım satımı, bir trafik kazası sonucu uğranan zararın tazminini talep etme hakkı ve evlilik, boşanma ya da miras gibi aile içi konuların da dahil olduğu meselelere uygulanır. Ayrıca, bir parça toprağı ekip biçme ya da arsa alıp satma hakkı gibi meseleleri de ilgilendirir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, hukukun üstünlüğü hem yönetilenler ile yönetenler arasındaki ilişkiler için geçerlidir, hem de ister gerçek kişi olsun isterse de dernek ya da şirket gibi tüzel kişi, tüm özel kişiler arasındaki ilişkiler için. Bunu vurgulamak önemlidir, çünkü kimi zaman bazı kimseler hukukun üstünlüğü ilkesinin sadece iktidarın icra edilmesine kısıtlama getirmekle ilgili olduğunu savunabilmektedir. Bu kesinlikle doğru değildir.

Bu noktada hukukun üstünlüğünün, bahsi geçen ilişkilerde hangi kapsamda uygulandığı konusunda büyük farklılıklar mevcuttur. Hukukun topluma ne ölçüde nüfuz etmesi gerektiği sorusu hakkında farklı görüşler hakim olup "refah devleti" olarak adlandırılan devletler sosyal ve ekonomik ilişkilerin hükümet tarafından daha kapsamlı biçimde düzenlenmesi gerektiğini savunma eğilimi gösterirken, ekonomik açıdan daha liberal olan devletler hükümete daha mütevazı bir rol biçmektedir.

Devletin "kanun ve düzeni" sağlamak dışında başka hiçbir amacı olmadığı tezi kimse tarafından kabul görmemektedir, ya da en azından görmemelidir. Hukukun üstünlüğü ile insan haklarının korunması arasındaki yakın ilişki, devletin bir takım toplumsal fonksiyonlar üstlenmesini gerektirmektedir. Bu, hukukun üstünlüğü ilkesi gereği devletlerin ekonomik alanda da dahil olmak üzere belli bazı toplumsal ilişkileri kanuna bağlayıp düzenlemek zorunda anlamına gelir. Fakat herkesin malumu olduğu üzere bu ilişkilerin devlet tarafından ne ölçüde düzenleneceği, kısmen halkın hükümete ne kadar güvendiğine bağlı olarak ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir.

Bazı ülkelerde toplumsal ilişkilerin pek çoğu çok kesin kurallarla düzenlenmişken, başka toplumlarda hukukun daha kısıtlı, hatta marjinal bir rol oynadığı görülmektedir. Bununla birlikte çok kesin kurallarla düzenlenen devletler bile, toplumdaki insanlar arasında yaşanan her şeyi hukukla düzenlemenin imkansız olduğunu ve hatta istenmeyen bir şey olduğunu kabul etmektedir. Diğer norm türleri çoğu zaman daha uygundur, örneğin dini normlar, komşuluk normları, iş hayatında geçerli olan normlar gibi. Özetlemek gerekirse hukukun üstünlüğü, vatandaşlar ve diğer özel aktörler arasındaki ilişkilerin tamamı için geçerli değildir.

Buna karşın iktidarın icrası konusunda hukukun üstünlüğü her zaman en önemli ölçüttür. Burada istisnalara izin verilmez.

İlk olarak, bir devlet memuru ne zaman bir yetki kullansa, söz konusu yetkiyi kullanmak için mutlaka yasal yetkisi olmak zorundadır. Örneğin bir evde arama yapmak isteyen memur, bunu yapmak için gerekli yasal yetkiye sahip olmak zorundadır. Yani hukuk, hangi yetkinin hangi şartlar altında *kim* tarafından icra edilebileceğini düzenler.

İkinci olarak, memurlar yetkilerini icra ederken mutlak surette kanuna uymak zorundadır. Örneğin tutuklama yapan bir memur, pek çok ülkenin kanunlarına göre tutuklama yaptığı sırada tutuklama emrini göstermek ve tutukladığı kişiye neden tutuklandığını açıklamak zorundadır. Sorğu memuru ise şüpheliye, söyleyeceği her şeyin mahkemede aleyhine kullanılabileceğini söylemek zorundadır.

Hukuk, yetkinin *nasıl* kullanılacağını belirler. Buna, örneğin bireylerin hakkını korumak ve suçlama olmadığı sürece hapse atılmalarını engellemek, suçlama veya tutuklama halinde ise insanların avukatlarına ulaşmasını sağlamak üzere tasarlanmış olan "kanuni prosedür" de denebilir. Özetlemek gerekirse: hukukun üstünlüğü yetki kullanımını kanuna tabi kılar ve aynı zamanda gerçek ve tüzel kişisel arasındaki ilişkileri düzenler.

### 2.1.2 Hukukun üstünlüğü ve politikacıların sorumluluğu

Siyasi iktidarın icrasının kanuna tabi olması, aşağıda kısaca açıklanacağı üzere sade vatandaş açısından son derece önemlidir. Bir hükümetin sanki bir diktatörlükmüş gibi canının istediği her şeyi yapması hiç şüphesiz ki iyi bir şey değildir. Kendi davranışları ile vatandaşlarının davranışlarının kanuna tabi olması önemlidir çünkü kanun, bireylerin kişisel güvenliğinden güvenli ticari işlemlerde bulunma özgürlüğüne kadar her şeye olanak sağlayan istikrarlı ve öngörülebilir bir ortam yaratılmasına yardımcı olur.

Bununla birlikte hukukun üstünlüğü, vatandaşların davranışlarının tamamının ya da en azından büyük kısmının kanunlara ve yasal düzenlemelere tabi olmasını gerektirmez. Hatta vatandaşlar çoğu zaman, kendi davranışlarının kanun ve düzenlemelere çok fazla tabi tutulmasına haklı olarak karşı çıkmaktadır. Daha fazla kanun, daha az hareket özgürlüğü anlamına gelebilir.

Öte yandan politikalar geliştiren politikacı buna çok farklı açıdan bakmak zorunda kalabilir. Zira bir konuyla ilgili olarak bir kanun bulunmadığında bunun, hukukun üstünlüğü açısından bir kusur, bir zayıflık, bir tehlike, istenmeyen bir durum olduğu haller vardır. Belli yetkileri icra eden kimseler, açık yasal kurallar doğrultusunda hareket etmedikleri sürece başkalarına ceza ya da başka yaptırımlar uygulayamamalıdır. Aynı şekilde, yasal yetkiye sahip olmadıkları ve yasal kurallar doğrult-



usunda hareket etmedikleri sürece başkalarına yardım dağıtmamalı ve imtiyaz tanıyamamalıdır.

Bir politikacı ayrıca daima tetikte kalarak diğer politika üreticileri ile devlet memurlarının yetkilerini canları istediği gibi kullanma özgürlüğüne sahip olmaması için çaba göstermelidir. Kısaca söylemek gerekirse, bir politika üreticisi olarak politikacılar kendi canı istediği gibi hareket edebilmeyi değil, tamamen hukuka bağlı kalıp ona göre hareket etmeyi savunmalıdır. Bir politikacı her zaman, yetkilerin hukuk çerçevesinde kullanıldığı bir sistem kurmak için gayret etmelidir.

Dolayısıyla politikacılar, sahip oldukları siyasi erkin icrası bakımından, politik sistemde hangi mevkie sahip olurlarsa olsunlar, bırakın kendilerinin devlet memurlarının dahi yasaların aslında kendilerine tanımadığı yetkileri kullanmaya ya da yasal yetkilerini kanuna aykırı biçimde kullanmaya kalkmasına asla izin vermemelidirler.

Bu özellikle hükümetin yürütme organında görev yapan politikacılar için geçerlidir. Politikacıların işleri esas ve usule ilişkin meşakkatli kısıtlamalara bağlı kalmadan daha çabuk halletmek adına yasal boşluklardan faydalanmaya çalışması yürütme organlarında çok sık karşılaşılan bir durumdur.

Yürütme organında çalışan politikacılar, yetki kullanımının yasalarca yeterli ölçüde kısıtlanmasına her zaman özen göstermelidir. Şayet kanunların olması gerekenden fazla takdir yetkisine izin verdiğini görürlerse kendilerini, mevcut mevzuatta gerekli düzenlemeleri yaparak bunu gidermek zorunda hissetmelidirler. Yakın zamanda terörle mücadele kanunlarının, aşırı geniş tanımlamalar yapma tehlikesinin yüksek olduğu ve temel hakların kolayca ihlal edildiği bir alan olduğu ortaya çıkmıştır. Mevkii ne olursa olsun, bir politikacının sorumluluğu iktidarın hukuka tabi tutulup kanuna göre icra edilmesini sağlamaktır.

### *2.1.3 Hukukun üstünlüğünün üç ana unsuru: yasallık, demokrasi ve insan hakları*

Hukukun üstünlüğünün tanımını yaparken sorulması gereken en önemli sorulardan bir tanesi şudur: hukukun üstünlüğü ifadesindeki hukuk kelimesi tam olarak ne anlama geliyor? Bu soru üç farklı boyutta ele alınabilir.

İlk olarak, hukukun üstünlüğü, kanunların bir dizi şekli karakteristiğe sahip kurallardan oluşmasını şart koşar. Bu karakteristiklere şekli denmektedir çünkü kanunların içeriği veya anlamı hakkında hiçbir şey söylemezler. Bir kanunun mevzuatın parçası olduğunu, ulusal bir gazete-de yayınlanmış olduğunu ve muhatapları tarafından kolay anlaşılacak şekilde düzenlenmiş olduğunu gösteren özelliklere sahip olması bu şekli karakteristiklere örnek gösterilebilir.

İkinci boyut, kanunların nasıl meydana getirildiği ile ilgilidir. Geniş anlamda ele alındığında iki seçenek mevcuttur. Kanunlar, ya halk tarafından seçilen ve halka karşı sorumlu olan insanlar tarafından çıkarılabilir ya da seçilmeden başa gelmiş kişiler tarafından. Ya demokratik yöntemlerle oluşturulurlar ya da demokratik olmayan bir sistem içerisinde meydana getirilirler. Hukukun üstünlüğü hiç şüphesiz ki sadece demokratik bir politik sistem içerisinde tam anlamıyla hayata geçirilebilir.

Bununla birlikte unutulmamalıdır ki bir ülkedeki kanunların hepsi parlamento veya seçimle başa gelmiş başka bir organ tarafından çıkarılmamaktadır. Zira yasama yetkisi başka organlara da verilebilmektedir, özellikle de bölgesel veya yerel idarelere. Hatta bazı demokratik sistemlerde parlamentoda seçimle göreve gelmeyen temsilciler bile bulunabilmektedir.

Bu noktada asıl önemli olan, yasama yetkisi verilen kişilerin hukuka tabi olması ve anayasal gözetim altında bulunmasıdır.

Bu, hukukun üstünlüğüne ait şekli karakteristiklerin demokratik olmayan sistemlerde de belli ölçüde gerçekleştirilemeyeceği anlamına gelmez. Bu gibi sistemlerde politikacılar güçlerini kanunlar üzerinden icra edebilirler, ama kendileri kanuna tabi değildirler. Bu sistemler, hukukun üstünlüğü ile değil, hukukun üstünlük sağlamak için araç olarak kullanılması ile karakterizedir.

Üçüncü boyut, hukukun içeriği ile ilgilidir. Buradaki en önemli unsur, hukukun üstünlüğü gereği insan haklarına saygı gösterme zorunluluğudur.

Bu özellikle medeni ve politik haklar söz konusu olduğunda doğrudur. Zira hukukun üstünlüğünün konuşma ve örgütlenme özgürlüğü olmadan nasıl var olabileceği hayal bile edilemez. Bununla işin içine giren başka insan hakları da vardır, örneğin ekonomik, sosyal ve kültürel haklar gibi. Bu Kılavuzun devam eden kısımlarında hukukun üstünlüğünün bu son iki boyutu ele alınacaktır–yani demokrasi ve insan hakları boyutu–çünkü her ikisi de başlı başına önem teşkil eden meselelerdir. Kılavuzun bundan sonraki odak noktası, hukukun üstünlüğünün ayırıcı özellikleri olacaktır.

Tabi bunu yaparken kanunların meşru olması gerektiği, yani yetkili yasa koyucunun vatandaşların güvenine sahip olması gerektiği unutulmamalıdır. Bu güven temel olarak demokratik süreçler uygulanarak tesis edilebilir, özellikle de millet meclisinin ya da parlamentonun gizli oy verme usulüyle seçilmesiyle.

## **2.2 Hukukun üstünlüğünün ulusal düzeydeki gerekleri**

### **2.2.1 Anayasalcılık**

Hukukun üstünlüğünün en temel gereklerinden bir tanesi anayasalcılık olarak adlandırılabilir. Özünde bu, bir hukuk

sisteminde devletin yürütme, yasama ve yargı yetkilerinin tanımlandığı temel kanunlar bulunması gerektiği anlamına gelir. Bu temel kanunlarda, devlet içerisinde hangi organların söz konusu yetkileri icra etmekle sorumlu olduğu ve gerek devlet organları arasında gerekse vatandaşlar ve diğer özel kişilikler karşısında bu yetkilerin nasıl kullanılacağı düzenlenmiş olmalıdır.

En önemlisi ise bu mevzuatta, çeşitli yetkilerin hangi sınırlar dahilinde icra edilebileceği konusunun genel ifadelerde tanımlanmış olmasıdır. Diğer bir deyişle, anayasa hukuk sisteminin temel yapısı ve kuralları hakkında düzenlemeler içermeli ve kimin hangi yetkileri nasıl kullanacağını söylemelidir. Bu gibi temel bir yasal çerçeve oluşturulmadığı sürece hükümetlerin hukukun üstünlüğü ilkesine ne ölçüde sadık kaldığını ölçmek mümkün olmayacaktır.

Bahsedilen temel kanunlar çoğu kez, "anayasa" olarak adlandırılan ve temel yasa ve kanunların kapsamlı bir özeti olması düşünülen resmi, yazılı bir dokümanda bir araya getirilmektedir.

Ne yazık ki bazı devletlerin yazılı anayasaları, çeşitli yetkilerin nasıl kullanılacağı hakkında hiçbir düzenleme içermemekte veya bu gibi bir yasal çerçeve oluşturmamaktadır. Bu gibi devletlerin yazılı anayasaları vitrini süsleme çabasından öteye gidememektedir.

Bununla birlikte, anayasası yazılı olmayan devletler bulunduğu da unutulmamalıdır. Bazı devletlerde ise (örneğin İsrail) anayasa niteliği taşıyan bir kanunlar ve dokümanlar karışımı söz konusudur. Bu gibi sistemler varlıklarını, yazılı anayasa ile birlikte sürdürebilmektedir. Tabi politikacıların kendi ülkelerindeki anayasa hakkında bilgi edinmek zorunda olduğunu söylemeye bile gerek yok.

Bazı ülkelerde bu doğrultuda, yeni parlamento üyeleri için başlangıç eğitimleri veya eğitim seminerleri düzenlenmektedir.

### **2.2.2 Aleniyet, açıklık, geriye yürümezlik ilkesi ve istikrar**

Kuralların davranışlara kılavuz olabilmesi için hiç kuşkusuz ki muhataplarının bu kanunların varlığından haberdar olması gerekir. Dolayısıyla kanunların resmen ilan edilmesi, yani halka duyurulması gerekmektedir. Kanunlar aynı zamanda yeterince açık olmalıdır, çünkü insanlar anlamadıkları bir kanuna itaat edemezler.

Bir diğer önemli husus, kanunların geriye dönük olarak değil, ileriye dönük olarak uygulanmasıdır. Kanunların geriye yürümezlik ilkesi olarak adlandırılan bu ilke özellikle ceza hukukunda son derece önemli olup bu sebepten ötürü İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde (1948) koruma altına alınmıştır. Bildirgenin 11. Maddesinin 2. Bendinde şu ifade yer almaktadır: "Hiç kimse, işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan herhangi bir fiil yapmak ya da yapmamaktan dolayı suçlu sayılamaz...". Daha sonraki tarihlerde imzalanan uluslararası ve bölgesel insan hakları konvansiyonlarında da aynısı teyit edilmiştir.

Ancak bu kuralın önemli bir istisnası bulunmaktadır: belli bazı uluslararası suçlarda mesuliyet. Bu istisna Sivil ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 15. Maddesinin 2. Bendinde yer alan şu düzenlemeye dayanmaktadır: "Bu maddenin hiçbir hükmü, işlendiği sırada milletler topluluğunun kabul ettiği genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil ya da ihmal yüzünden bir kimsenin yargılanmasını ya da cezalandırılmasını engelleyemez." Diğer insan hakları sözleşmelerinde de benzer hükümler yer almaktadır. Bu bağlamda Uluslararası Ceza Mahkemesinin Roma Statüsünden (1998) doğan yargılama yetkisinden de bahsedilmelidir.

Kanunlar ve özellikle anayasalar zaman içinde belli bir istikrara sahip olmalıdır. Sık aralıklarla değiştirilip tadil edilmemelidirler. Zira kanunlarda ne kadar çok değişiklik yapılırsa bu değişiklikleri takip etmek o kadar zor olmaktadır. Ayrıca, kanunun içeriği hakkında kalıcı bir belirsizliğin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmekte ve uzun vadeli planlama gerektiren faaliyetler olanaksız hale gelebilmektedir. Örneğin birisi iş kurmak istediğinde, vergilendirme ve vergi muafiyeti ile ilgili yürürlükte olan kanunların gelecekte de en azından ana hatlarıyla yürürlükte kalıp kalmayacağını kestirebilmek son derece önemlidir.

İstikrar elbette ki göreceli bir kavramdır ve kanunlarda değişiklik yapmanın yasak olduğu belli bir süre koymak olanak dışıdır. Ayrıca hukukun bazı alanlarında istikrar diğer alanlardan da önemlidir. Buradaki temel kural, dikkatli planlama gerektiren ve uzun vadeli kararlar verilen konuların düzenlendiği kanunlarda, daha kısa vadeli kararların yaygın olduğu konularla ilgili kanunlara göre daha az sıklıkta değişiklik yapmak gerektiğidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önemli bir dönüm noktası kabul edilen Sunday Times ile Birleşik Krallık arasında görülen davada (1979), yukarıda bahsedilen gereksinimlerin birçoğunu şu şekilde özetlemiştir:

*"Öncelikle kanun yeterince erişilebilir olmalıdır: vatandaşın belli bir dava için geçerli olan hukuki kuralların şartlarında yeterli bir ipucu olmalıdır. İkinci olarak bir kaide, vatandaşa davranışlarını düzenleyebilmesine olanak tanıyacak kadar yeterli bir kesinlik ve hassaslıkla biçimlendirilmediği sürece 'kanun' olarak değerlendirilemez; vatandaş belli bir davranışın yol açabileceği sonuçları, mevcut şartlar altında makul bir dereceye kadar, öngörebilmelidir."*

### 2.2.3 *Parlamentoların özel sorumluluğu*

Yukarıda açıklanan prensiplerin yerine getirilmesi konusunda parlamentoları özel bir sorumluluk düşmektedir. Kanunların uygun yollarla halka ilan edilmesini, açık ve istikrarlı olmalarını sağlamak zorundadırlar. Bunun için dikkat ve özen gereklidir. Açıklık sadece kelimelerin doğru seçilmesi anlamına gelmez, yeni kanunların halihazırda yürürlükteki hükümlerle tutarlı olmasını gerektirir. Ne kadar açık tasarlanmış

olurlarsa olsunlar, içinde aynı terimleri barındıran, ancak onlara farklı anlamlar yükleyen yürürlükteki kanun ve düzenlemelerle birlikte okuduklarında yeni hükümlerin daha ziyade kafa karıştırıcı olduğu sonradan anlaşılabilir. Ayrıca vatandaşların ve devlet memurlarının kafasını karıştıran aşırı düzenlemeler ve kanun çokluğu da kanunların yeterince açık olmamasına yol açabilir.

Bu nedenle kanunların yeterince açık olabilmesi için, kanunları hazırlayan kimseler tarafından uygun yasama teknikleri ile becerilerin uygulanması gerekir. Bu işi parlamentolar yapabilir, ama çoğu zaman parlamentolarda ya da bakanlıklarda çalışan devlet memurlarınca gerçekleştirilir. Hukukun üstünlüğünü esas kabul eden bir hukuk sisteminde söz konusu kişilerin bu iş için uygun eğitimleri almış ve yeterli vasıflara sahip olması son derece önemlidir.

Yasama kalitesini sağlarken önem teşkil eden bir diğer husus, yasama sürecinde kamu sektöründe ve/veya özel sektörde faaliyet gösteren özel kuruluşlardan görüş alınmasıdır, özellikle de sivil toplum örgütlerinden, ticaret birliklerinden ve iş camiasından. Ayrıca birçok farklı örnekte, başka ülkelerin parlamentoları ve yetkilileri ile yapılacak fikir alışverişlerinin, yasama teknikleri ile becerilerinin geliştirilmesi konusunda çok faydalı olabileceği görülmüştür.

Bazı parlamentolarda, yerli ve yabancı parlamento çalışanlarına yasa tasarlama teknikleri hakkında eğitim veren enstitüler bulunmaktadır. Hindistan buna örnek gösterilebilir. Bu konu hakkında Parlamentolar Arası Birlikten bilgi alınabilir.

Aynı şekilde aleniyet de bir kanunun resmi gazetede resmen ilan edilmesinden çok daha fazlasıdır. Vatandaşların ve yetkililerin sadece bu ilanlara başvurarak yeni kanunlar ve kanundaki değişiklikler hakkında eksiksiz bilgi sahibi olması imkansızdır. İnsanların günlük olarak hazmetmesi gereken muazzam bilgi miktarları düşünüldüğünde, aleniyeti sağlamak için yasal değişikliklerin ilgililere uygun biçimde bildirilmesi gerektiği ortadadır.

Bu gibi bilgilendirme kampanyalarını organize edip gerçekleştirmek yürütme organının görevi olsa da, parlamento bunun yeterli düzeyde yapıp yapılmadığını kontrol etmek zorundadır. Bu bağlamda kanunları farklı kitlelere duyurmak ve erişilebilir kılmak konusunda internet çok kullanışlı bir araç olabilir. Yazılı medya ve internet erişimi kısıtlı olan toplumlarda ise başka araçlar kullanılmak zorundadır.

Bu konu hakkında da yine Parlamentolar Arası Birlikten daha ayrıntılı bilgi alınabilir.

Yukarıda bahsedilen geriye yürümezlik ilkesi öncelikli olarak yargı ve yürütme organlarına, özellikle de savcılara yönelik olsa da parlamentolara da belli bir sorumluluk düşmektedir. Bilhassa, geriye yürümezlik ilkesinin en çok önem teşkil ettiği ceza hukuku alanında savcı ve yargıçlar sıklıkla, çok uzun zaman önce çıkarılan ve günümüz yasal sorunlarında artık yeterli kılavuzluk sunamayan yasal hükümlerle karşı karşıya kalabilmektedir. Parlamentolar yazılı hukukta yer alan kanunların, özellikle de eski hükümlerin lafzının günümüz standartlarına ve halkın, yasama meclisinin, avukatların genel görüşüne uygun olup olmadığını düzenli aralıklarla kontrol ederek bunu engelleyebilirler ve engellemelidirler de. Kanunların geriye yürümezlik ilkesi uygulanırken kanunlar düzenli olarak gözden geçirilip gerektiğinde tadil edildiğinde büyük fayda sağlanabilmektedir.

Yasallık gereklerinin yerine getirilmesinde yürütmemin de rolü büyüktür. Kanunların açıklığını ve aleniyetini artırmanın en iyi yollarından bir tanesi, belli kanunların özel olarak ilgilendirdiği grupların yürütme organları tarafından son gelişmelerden haberdar edilmesi ve bu gelişmelerin, ilgili hedef kitle için en uygun dille kağıda dökülmesidir. Bu noktada internet büyük fayda sağlayabilir. Amaç, ister internet üzerinden olsun isterse de başka medya araçları üzerinden, barolara, meslek birliklerine, sivil toplum örgütlerine, hukuki yardım ofislerine vs. bir şekilde ulaşabilmektir.

#### 2.2.4 *Takdir yetkisi*

Hukukun üstünlüğü, iktidarın mümkün merteye, uygun yollarla önceden ilan edilmiş olan, genel kanunlar temelinde icra edilmesini gerektirmektedir. Fakat politik güç her durumda kanunlar üzerinden icra edilemeyebilir. Takdir yetkisi ve özel emirler yoluyla yetki kullanımı, yönetişimin ayrılmaz parçasıdır. Bununla birlikte, hukukun üstünlüğü ilkesini yerine getirmek adına genel kurallar konarak takdir yetkisini kullanma veya emir düzenleme yetkisi belli sınırlara tabi tutulmak zorundadır.

Buna ilaveten, yürütme organları da takdir yetkisi kullanımına çok da kolay başvurmamalıdır. Bu konu hiç şüphesiz politik gücün icrası bakımından en zorlu meselelerden biridir. Zira ulusal güvenliği tehdit eden konular kimi zaman mutlak bir gizlilikle ele alınmak zorunda olmakta ve hatta kimi medeni ya da siyasi haklara belli bazı kısıtlamalar getirilmesini gerektirebilmektedir. Başka önemli amaçlara ulaşabilmek adına bazen hukukun üstünlüğünden belli ölçüde ödün verilerek dengeleri bozmak gerekebilmektedir. Politikacılar bu gibi faaliyetler içine girdiklerinde iyi niyet ilkeleri çerçevesinde hareket etmelidirler.

Hukukun üstünlüğünden ödün verilen durumlara, bilgi erişimini düzenleyen ve ilgili yasaların nasıl hayata geçirildiğini ya da geçirileceğini belirleyen yasalar örnek gösterilebilir. Bu konu hakkında daha fazla bilgiye

sözleşme organlarının tavsiyeleri ile uluslararası insan hakları mahkemelerinin içtihat hukuku incelenerek edinilebilir.

"*Parliamentary Oversight of the Security Sector: Principles, Mechanisms and Practices*" başlıklı IPU kitapçığında, bu konu ile alakalı yasal çerçeve ve iyi uygulamalar hakkında açıklamalar yer almaktadır. Kitapçıkta, olağanüstü hal durumunda yapılacaklar konusundaki uluslararası prensipler tarif edilmekte olup ele alınan konular arasında yasallık, ilan, iletişim, geçicilik, istisnai tehdit, orantılılık ve ihlali söz konusu dahi edilemeyecek temel haklara işaret eden dokunulmazlık konuları da bulunmaktadır.

Kitapçıkta ayrıca, yürütme tarafından ilanına karar verildikten sonra parlamentoların olağanüstü hal ilanında veya onay sürecinde aktif rol alması tavsiye edilmektedir. Buradaki amaç, bu denli ağır tedbirler alınırken yürütme organlarının tek yetkili olmasını engellemektir.

### 2.2.5 Kuvvetler ayrılığı

Hukukun üstünlüğü üç ana kuvvetin, yani yürütme, yasama ve yargının birbirinden ayrılmasını gerektirmektedir. Bu ayrılık söz konusu kuvvetlerin sadece farklı kurumlar (örneğin hükümet, parlamento ve yargı organı) tarafından icra edileceği değil, aynı zamanda bireylerin bu kurumların birden fazlasına üye olamayacağı anlamına gelir (örneğin başbakan aynı zamanda yargıç olarak görev yapamaz).

Elbette ki gerçek hayatta bu kuvvetler arasında mutlak ve kesin bir ayrılık hiçbir zaman var olmamıştır: her ülkede, iki kuvvetin birden icrasında pay sahibi olan kurumlar bulunmaktadır. Buna verilebilecek en yaygın örnek, yürütmenin belli bazı kural türlerini yürürlüğe alma yetkisine sahip olması (nizamnameler, kanun hükmünde kararnameler vs.) ya da bu doğrultuda yürütmeye müşterek yetki verilmesidir. Bununla birlikte hem kıra Avrupası hukukunda hem de Anglo-Amerikan hukukunda ülkelerin içtihat hukuku, yürürlükte bulunan ve belli bir davada yorumlanıp uygulanan kanunların parçası kabul edilmektedir. Bu, yargı yetkisini kullanırken yargıçların ulusal düzeydeki hukukun gelişmesine de katkı sağladığı anlamına gelir.

Ayrıca birçok ülke bireylerin bazı durumlarda aynı anda iki kurumda birden görev yapmasına izin vermektedir. Örneğin Birleşik Krallıkta kabinede yer alan bir bakan aynı anda parlamento üyesi de olabilmektedir.

Aslında birçok ülkedeki durum, mutlak bir kuvvetler ayrılığından ziyade bir kontroller ve dengeler sistemi olarak tarif edilebilir. Yani kuvvetler farklı kurumlar ve kişiler arasında öyle bir paylaştırılmıştır ki hiçbir kurumun veya kişinin mutlak güce sahip olması söz konusu değildir, çünkü belli bir kuvvetin icrası her zaman başka kuvvetlerin icrası tarafından kontrol edilip dengelenmektedir. Buna verilebilecek en tipik örnek, parlamentoların yürütme organlarını gözetip denetlemesidir.

Doğru işleyen bir kontrol ve denge sisteminin tesis edilmesi hukukun üstünlüğü açısından son derece önemlidir. Örneğin yürütme ve yasa-  
ma yetkisi aynı kurum veya kişi tarafından kullanılsaydı hukukun üs-  
tünlüğünün en önemli işlevi (yani yetki kullanımının kısıtlanması) asla  
hayata geçirilemezdi.

### 2.2.6 Yargı

Hukukun üstünlüğünün en elzem gereklerinden bir tanesi, son merci  
olarak anlaşmazlıkları çözen ve kanunlara uyulmasını sağlayan, tarafsız  
ve de bağımsız bir yargının bulunmasıdır.

Her toplumda kaçınılmaz olarak anlaşmazlıklar yaşanabilmektedir. Bu  
anlaşmazlıkların bazıları, hükümet ile vatandaşlar arasındaki ilişkiden  
doğarken, diğerleri vatandaşların ya da başka özel kişiliklerin kendi ara-  
larındaki ilişkilerden doğmaktadır.

Bu anlaşmazlıkların bazıları olgularla ilgilidir. Örneğin polis bir kişiyi aya-  
kklanmaya katılmakla suçlar – o kişiyse orda bulunduğunu inkar eder. Ya  
da bir kadın komşunun kendisine borcu olduğunu söyler – komşuysa  
kadından hiçbir zaman borç almadığını iddia eder.

Diğer anlaşmazlıklar hukukla ilgilidir. Örneğin bir kişi, yerel bir gazeteye  
ilan vererek satışa çıkarılan ev için istenen fiyatı kabul ettiğini mal sahi-  
bine bildirdiğini söyleyerek evi satın almak için yasal olarak geçerli bir  
anlaşmasının bulunduğunu iddia eder. Mal sahibi ise gazeteye vermiş  
olduğu ilanın, kabul edildiği takdirde yasal anlamda bir anlaşma teşkil  
edecek bir teklif niteliğinde değil, aksine sadece evin satışı için müzakere  
başlatmaya yönelik bir davet niteliğinde olduğunu söyleyerek herhangi  
bir anlaşma bulunmadığını ve evi satmak zorunda olmadığını savunur.

### İhtilafların kanuna göre çözümü

Bu gibi anlaşmazlıklar kanuna göre çözüme kavuşturulmak zorundadır.  
Karar olgulara, kanuna ve kanunun olgulara nasıl uygulandığına baka-  
rak verilir. Eğer bu gibi kararlar verilmezse anlaşmazlıklar aynen devam  
eder ya da başka yollarla (en kötü durumda kaba kuvvet kullanarak)  
çözölmeye çalışılır.

Bununla birlikte şayet yetkililer ve vatandaşlar kanuna uymak zorunday-  
sa (ki zorundalar), kanunun hangi tefsirinin doğru olduğunu ya da kanu-  
nun olgulara nasıl uygulandığını bilmelidirler. Kararın yetkili bir merci ta-  
rafından verilmesi buna açıklık getirebilir. Dolayısıyla yargının önemi, belli  
bir davada taraflar arasındaki anlaşmazlığı çözmekten çok daha fazlasıdır.  
Daha genel bir ifadeyle yetkililer ile vatandaşların kanunu anlamasına  
ve böylelikle kanuna uygun hareket etmelerine yardımcı olur.



## Bağımsızlık

Bu tür kararlar üçüncü tarafça verilmek zorundadır, yani bir yargıç ya da hukuk mahkemesi tarafından. Yargıda görev yapan kimseler üzerinde hiçbir dış baskı bulunmamalı ve kararlarını sadece ve sadece kanuna göre vermelidirler. Bunun anlamı, her şeyden önce hükümetten bağımsız olmaları gerektiğidir. Kararları dış kuvvetlerden etkilenmemelidir. Yargıçlar aynı zamanda mesleki ahlak kurallarına bağlılık göstermeli ve adil karar verme sorumluluğunu üstlenebilmelidir.

Bu bağımsızlık, örneğin yargıçların görevlendirilmesi, memuriyet güvencesi, hizmet koşulları ve maaş belirleme yolları ile ilgili yasalarla–ki bunların hepsi hükümetin etkisinden mümkün olduğu kadar uzak tutulmalıdır–teşvik edilip güvence altına alınmalıdır.

## Tarafsızlık

Bir yargıcın üzerinde dış baskı bulunmaması aynı zamanda yargıcın tarafsız olduğu, yani bir davadaki tarafların herhangi

birine karşı önyargılı olmadığı anlamına gelir. Bu kural, başka şeylerin yanında, yargıcın yanlı olduğunu düşünmek için haklı gerekçeleri olduğunda tarafların yargıca karşı itirazda bulunma olanağına sahip olmasını gerektirmektedir. Bu itiraz sonucunda yargıç davadan alınabilir. Yargıçlar ayrıca, bir davanın tarafları ile ilişkisi bulunduğu takdirde kendi isteğiyle davadan çekilme hakkına sahip olmalıdır.

Yargıcın tarafsızlığını ve bağımsızlığını tehdit eden en büyük tehlike yolsuzluktur. Bu nedenle maaşların yeterince yüksek olması, memuriyet güvencesi sağlanması vs. son derece önemlidir. Yukarıda açıklandığı üzere bu durum, mesleki ahlak kurallarına bağlılık gösterme zorunluluğu ile dengelenmek zorundadır.

## Meslek ahlakı

Kanunun herkes için eşit biçimde, dış baskıların etkisi altında kalmadan, doğru olarak uygulanması sadece uygun kural ve düzenlemeler bulunmasını gerektirmez. Aksine aynı zamanda, anlaşmazlıkların halli sürecinde yer alan tüm katılımcılar arasında meslek etiği ve ahlakı konusunda yüksek standartların uygulanmasını gerektirir.

Yargıçlar ayrıca kendi özel hayatlarında kendilerinden ödün vermemeli ve kendilerini dış etkenlerin yaratabileceği baskılara duyarlı hale getirerek bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını tehlikeye atmamalıdır. Önemsiz olduğu apaçık ortada olan ve birçok sadece vatandaşın alışkanlık gereği kanuna aykırı davranma eğiliminde olduğu davalarda bile kanuna uymak zorundadırlar.

Yargıçlar, yasal olsalar bile kendilerini dış baskılara karşı açık hale getirme ihtimali olan faaliyetlerde bulunurken dikkatli davranmak zorunda-

dır. Örneğin yargıçların tamamen yasal kumarhanelere giderek kumar oynaması bile çok müphem bir konudur. Tüm bunlar savcılar için de aynen geçerlidir.

#### Politikacıların rolü

Yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının politikacılar tarafından alenen kabul edilip saygı gösterilmesi son derece önemlidir. Politikacılar bu doğrultuda örneğin, yargılaması halen devam eden ve henüz mahkeme tarafından karara bağlanmamış olan bir davanın onlara göre nasıl sonuçlanması gerektiği hakkında kesinlikle görüş beyan etmemelidir. Zira bu gibi bir beyan yargıçlar-ve halkın geneli tarafından-davanın sonucunu etkilemek için dış baskı uygulandığı şeklinde algılanabilir.

Politikacılar aynı zamanda, belirli davaların sonucuna ait detaylar hakkında yorum yapmaktan veya verilen kararların yanlış olduğunu söylemekten kaçınmalıdır. Bu elbette ki politikacıların içtihat hukuku hakkında hiçbir şey söyleyemeyeceği anlamına gelmez; günümüz standartlarına uygun olmadığını düşündükleri bir mahkeme kararı ya da kararları sonucunda kanunlarda değişiklik yapmak isteyebilir ya da yeni kanunlar çıkarmak isteyebilirler. Ama yapacakları yorumların son derece genel ifadeler içermesine gayret etmeli ve hiçbir koşul altında yargıçların belli davalarda yanlış karar vermiş olduklarını ima etmemelidirler. Aslında söz konusu kararlar, yürürlükteki kanunlara tamamen uygun biçimde verilmiş olabilir. Bu durumda sorumluluk yasa koyucuya ait olur.

Politikacılar ayrıca, yargıçların istihdam edildiği şart ve koşulları alevni olarak tartıştıklarında da son derece dikkatli davranmak zorundadır. Örneğin belli bir davanın sonucuna karşılık verirken yargıçlara tanınan memuriyet güvencesinin kaldırılması gerektiğini ve "yanlış" karar verdiklerinde yargıçların işten çıkarılması gerektiğini söylemek son derece uygunsuz kaçacaktır.

Bu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına alma şartını yerine getiren kararlar almak koşuluyla, yargıçlara tanınan memuriyet güvencesi gibi düzenlemelerin politikacılar tarafından tartışılmayacağı anlamına gelmez.

Adaletin yerini bulmasını sağlamak adına parlamentoların, yargı da dahil olmak üzere yürütme organlarını denetlemek zorunda olması bambaşka bir konu olup yargıçların bağımsızlıklarına müdahale edildiği anlamına gelmez.

#### Mahkemelerin erişilebilir olması

Mahkemelerin erişilebilir olması önemlidir. İnsanlar aşırı pahalı, zahmetli veya komplike olduğu için mahkemeye gitmekten çekinmemelidirler. Hukukun üstünlüğü ilkesine göre adalete erişim, toplumun en önemli unsurlarından bir tanesidir.

Bu her şeyden önce, bir hukuk mahkemesinde görülerek karara bağlanacak bir davanın kabul edilip edilmeyeceğine karar verirken mahkemeye göz önünde bulundurulacak kriterlerin fazla katı ve sert olmaması gerektiği anlamına gelir. Tabii ki bazı kısıtlamaların yapılması kaçınılmazdır. Aksi halde aşırı rakamlara ulaşacak dava sayısı yargı sistemine aşırı yük bindirerek işlemez hale getirecektir. Bununla birlikte tüm kısıtlamalar, haklı gerekçeye dayanan bir amaca hizmet etmeli ve bu amaca ulaşmak için gerekli olmalıdır.

Örneğin ceza davalarının teknik yapısı ve bu davalarda verilen cezaların ciddiyeti düşünüldüğünde, şüphelilerden avukat tarafından temsil edilmelerini istemek doğru olabilir. Buna karşın daha küçük ve nispeten basit davalarda tarafların avukatla temsil edilmesini şart koşmak, yargıçlar ilgili kanunları uygulamak için gerekli yetkilere sahip oldukları sürece pek gerekli görülmemektedir.

İkinci olarak, mahkeme masrafları aşırı yüksek olmamalı ve mahkeme masraflarını ya da avukat ücretlerini karşılayacak durumu olmayan insanlara yardım sağlanmalıdır. Avukatlık ücretlerinin caydırıcı olabileceği şeklindeki ikilemi aşmak için başvurulan en yaygın çözüm yolu, bir hukuki yardım şeması oluşturmaktır.

Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesine göre ceza davalarında herkes para ödemeksizin bir avukatın

yardımından yararlanma hakkına sahiptir. *Airey / İrlanda* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin belli koşullar altında hukuk davalarında da hukuki yardım sağlama yükümlülüğü bulunduğuna hükmetmiştir. Bir diğer husus ise, mahkemeye seyahat mesafesinin fazla uzak olmamasıdır.

Geç gelen adalet, adalet değildir

Azami önem teşkil eden bir diğer konu, mahkemede görülen davaların fazla uzun sürmeyerek makul sürede karara bağlanmasıdır. Geç gelen adalet, adalet değildir deyişi herkesin malumudur. Bu konu parlamentoların ilgi göstermesi gereken bir konudur. Bu bağlamda özellikle, adalet sisteminin geç olmadan adalet dağıtmasına olanak verecek imkanlara sahip olmasını sağlamak için çaba göstermelidirler.

Adil yargılama

Hukuk mahkemeleri nezdinde yapılan yargılama prosedürleri adil olmak zorundadır. Bu, başka şeylerin yanında, duruşmaların prensip itibarıyla halka açık olması gerektiği anlamına gelir. Aynı zamanda tarafların kendilerini avukatla temsil ettirebileceği, iddialarını hazırlamak için taraflara yeterli zaman verildiği, karşı taraf veya tarafların iddialarına cevap verebilecek durumda oldukları ve davanın bir üst mahkeme tarafından yeniden gözden geçirilmesini isteme hakkına sahip oldukları anlamına gelir.

### 2.2.7 Alternatif uyuşmazlık çözümü

Hukukun üstünlüğü perspektiflerinden birine göre uyuşmazlıklar yargı dışında başka yollarla da çözüme kavuşturulabilir. Uyuşmazlıkların halli ve çözünü için başvurulabilecek alternatif yollar tamamen kabul edilebilir olabilir. Aslına bakılırsa, daha çok "alternatif uyuşmazlık çözümü" olarak bilinen, arabuluculuk ve tahkim gibi bir dizi farklı yöntem mevcuttur. Bunun yanında, örneğin ombudsman gibi hükümet ya da örgütler tarafından gücün kötüye kullanıldığı yönündeki iddiaları araştıran yarı-yargısal kurumlar da vardır.

Anlaşmazlıkların halli için başvurulabilecek tüm bu alternatif çözüm yolları birçok farklı açıdan avantajlı olabilir: maliyet ve uzaklık bakımından nispeten daha erişilebilirdir, nispeten daha hızlıdır, ortaya çıkacak sonuca tarafların uyma oranı daha yüksektir, resmi yargının dava yükünü azaltmaya yardımcı olur vs. Ayrıca resmi yargı yapısı içerisinde küçük ve fazlasıyla basitleştirilmiş prosedürler oluşturulabilmektedir, örneğin küçük anlaşmazlıklara bakan mahalli mahkemeler, uzlaşma prosedürlerinin zorunlu tutulması ve benzeri gibi.

Resmi yargı sistemi içinde ya da dışında yer alan bu alternatif prosedürlerin anlaşmazlıkların halli konusunda daha yüksek bir etkililik ve etkinlik düzeyine erişilmesine sağladığı katkılar düşünüldüğünde, bu prosedürler sadece hukukun üstünlüğü bakımından kabul edilebilir olmakla kalmaz, aynı zamanda hukukun üstünlüğünü güçlendirirler de. Fakat bunun ön koşulu, söz konusu prosedürlerin, adil duruşma hakkı da dahil olmak üzere tüm taraflar için yasal koruma sağlaması ve bağımsızlık ile tarafsızlık gereklerini yerine getirmesidir.

Bu bağlamda birçok ülkede Ulusal İnsan Hakları Kurumu (NHRI) bulunduğu unutulmamalıdır. Bu kurumlar bireysel şikayetleri kabul edip soruşturma yetkisine sahiptir ve ilgili devlet kurumları nezdinde söz konusu şikayetlerin takibini yapabilmektedirler. Bu kurumlar ilgili hallerde, şikayet sahibi ile muhatabını gizlilik ilkeleri çerçevesinde bir araya getirip konuyu görüşmelerine ve uzlaşma sağlamalarına fırsat yaratarak uzlaştırıcı bir işlev de görebilmektedir. NHRI kurumları tipik olarak yasalar gereği parlamentoya rapor vermekle yükümlü olup bu durum, bir ülkenin mevzuatında değişiklik yapılmasını sağlayarak o ülkenin insan hakları bakımından ciddi ilerleme kaydetmesine yardımcı olabilir.

20 Aralık 1993 gün ve 48/134 sayılı Genel Kurul kararıyla kabul edilen Paris İlkeleri incelenerek NHRI kurumlarının tüzüğü hakkında daha fazla bilgi edinilebilir.

### 2.2.8 Diğer karar mercileri

Yargı dışında, kanunu uygulayan ve vatandaşları etkileyecek kararlar veren birçok farklı idari memur ve idare bulunmaktadır. Bakanlardan savcılara, sokaktaki polis memurundan vergi memuruna, kentsel planlama

memurundan çevre koruma ajansında kadar tüm düzeylerdeki idarelerin kanuna uymak ve kanuna itaat etmek zorunda olduğunu söylemeye bile gerek yok. Bu idarelerin birçoğunun kararları vatandaşların hayatlarını derinden etkilemektedir. Vergi idaresi bunun tipik bir örneğidir. Bu sebepten dolayı söz konusu idarelerin kanunda öngörülen sınırlar dahilinde çalışması ve kanuna fiilen uyulmasını sağlamaları son derece önemlidir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin işe yaraması için elzemdirler.

### 2.2.9 Hukukun uygun icrası

Hukukun üstünlüğü, iktidar gücünü kanuna tabi kılarak icrasını disiplin altına almakla ilgilidir. Bu, bir yetkinin sadece yasal olarak buna yetkili olan kişiler tarafından kullanılabilmesi ve yetkilerin kanuna uygun biçimde kullanılmak zorunda olduğu anlamına gelir.

Hukukun üstünlüğü aynı zamanda, genel olarak bütün kanunların kati surette tatbik edilmesini ve tatbik edilmelerinin sağlanmasını gerektirmektedir. Hukukun üstünlüğü başka bir deyişle iktidarın kanunlara saygı gösterip arka çıkmasını gerektirir.

Şayet insanlardan kanuna uymaları beklenenecekse, kanuna gerçekten uyulduğunu görmeleri önemlidir. Eğer kanuna uyulmadığını veya başka şekilde ifade etmek gerekirse, yetkililer veya vatandaşlar tarafından aslında "kitapta yazılı kanunların" gereklerinden tamamen farklı "normlar" uygulandığını öğrenir ya da bizzat yaşarlarsa, bu insanların kendisinin de kanuna uyması beklenemez. Kanuna yaygın kitleler tarafından uyulmaması, hukuk sistemine karşı güvensizlik ve aldırmaçlık hissedilmesine yol açar.

Yürürlükteki kuralla ile insanların fiili davranışları arasında uyum yaratma sürecinde yargının bağımsız olması çok önemlidir. Yargı özellikle, yürütme yetkisi fazlalarının kontrolünde rol oynamaktadır.

Bununla birlikte tüm devlet kurumlarının ve bu kurumlarda görev yapan kişilerin, hukukun üstünlüğünün önemi ve kendilerinden gerektirdikleri konusunda tamamen bilinçli olması hayati önem taşımaktadır. Eğer kanunu bilmez ya da anlamazlarsa icra da edemezler. Aynı şekilde hukukun üstünlüğünü oluşturan temel karakteristikleri ve önemini bilmezlerse bu ilkenin korunmasını sağlayamazlar. Bu bağlamda devletin tüm düzeylerinde kişi ve kurumların sadece genel olarak hukukun üstünlüğü konusunda değil, bu ilkenin günlük işlerinde ne anlama geldiği konusunda da bilgilendirilip eğitilmesine yönelik sürdürülebilir çalışmaların yürütülmesi şarttır.

Bu noktada, uygun mekanizmalar vasıtasıyla parlamento tarafından uygulanacak denetimin önemine de değinilmelidir.

### 2.2.10 Dikkat edilmesi gereken hususlar

Hukukun üstünlüğüne ilişkin resmi gereksinimlerin listesi böylece uzayıp gider. Fakat burada yazılı olanlar dışındaki gereksinimler işbu kısa Kılavuzun kapsamına girmemekte olup belli bazı noktaların yine vurgulanmasında fayda vardır.

Kati ve değişmez kriterler yoktur

İlkinden üstü kapalı olarak zaten bahsetmiştik: hukukun üstünlüğünün gerektirdikleri *ya/ya da* niteliği taşımaz, yani siyah ve beyaz değerlerdir. Daha çok farklı dereceleri bulunan bir meseledir. Gereksinimlerin yerine getirilip getirilmediğini gösteren kati ve değişmez kriterler yoktur. Örneğin kanunların, muhatapları için açık olması gerektiğini söylemek kolaydır. Ancak mükemmel açıklığa asla ulaşamaz.

Bir kere tüm kelimelerin bazı durumlarda çok farklı şekilde yorumlandığı gerçeği herkesin malumudur. Örneğin yerel kanunlar araçların parka girmesini yasaklıyorsa arabaların, motosikletlerin ve bisikletlerin parka girmesinin yasak olduğu açıktır. Peki ya kaykaylar ve patenler? Tüm kelimelerin tartışma götürmeyen temel anlamları vardır. Ama anlam belirsizlikleri de her zaman görülebilir.

Kanunların lafzı gündelik dile mümkün olduğunca yakın seçilmek zorunda olsa da, kanunların yeterince açık olmasını sağlamak bakımından kaçınılmaz olarak belli ölçüde teknik dil kullanmak gerekir. Üstelik birçok hukuk sisteminde kanunlara kasten–çok kez hak nedenlere dayanarak–farklı yorumlara açık kelimeler eklenmektedir. Bunun en iyi örneği anayasa ve uluslararası sözleşmelerde insan hakları ile ilgili düzenlemelerdir. Bir diğer örneği ise haksız fiil hukuku ile sözleşme hukukunda sıklıkla karşılaşılan, öz kaynak ve makul olma şartı ile ilgili düzenlemelerdir.

Bu ve diğer faktörlerin kanunun açıklığı üzerindeki etkisi elbette ki abartılmamalıdır. Vatandaşların ve yetkililerin temel hak ve yükümlülüklerinin bilincinde olmasını sağlamak çoğu zaman çoğu durumda mümkün olmaktadır. Burada vurgulanmak istenen konu, hukuk sistemlerinin hukukun üstünlüğü ilkesine ne ölçüde uygun olduğu daha ziyade göreceli bir meseledir – dolayısıyla da tartışmaya açıktır.

Genel çerçeve

Dikkat edilmesi gereken bir diğer konu ise, bahsedilen gereksinimlerin genel prensip niteliğinde olduğudur. Etkili olabilmeleri için ayrıntılarla donatılıp geliştirilerek çok daha ayrıntılı kurallara ve yasal düzenlemeler haline getirilmelidirler. Diğer bir deyişle, bu prensipler sadece genel bir çerçeve sunar, konuya ilişkin temel hatları çizer – ne daha azı, ne daha fazlası! Daha ayrıntılı ve spesifik kurallara dönüştürülmek zorundadırlar. Bu süreçte birçok farklı seçim yapmak gerekir.

Örneğin bazı hukuk sistemlerinde ceza ve hukuk davalarının yargılama sürecine ruhban sınıftan olmayan kimseler katılmazken, diğer hukuk sistemlerinde bu görevin ruhban sınıftan olmayan kimselerce gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte her iki durumda da yargılamanın, bağımsız ve tarafsız uyuşmazlık çözüm gereksinimlerine ve adil yargılanma gereksinimlerine uygun olduğu düşünülür.

Başka bir örnek göstermek gerekirse: çoğu hukuk sisteminde yargıya, yüksek yasama tarafından çıkarılan kanunların anayasaya uygun olup olmadığını inceleme yetkisi verilmiştir. Öte yandan başka hukuk sistemlerinde böyle bir anayasal inceleme öngörülmemiştir. Bununla birlikte her iki sistemde de yasama tasarruflarının anayasaya uygunluğunu kontrol etmek için uygun kontrol araçları bulunabilir.

Bazı hukuk sistemlerinde savcıların görevi, kendilerine bildirilen suç ve cürümleri soruşturmadır. Öte yandan başka hukuk sistemlerinde savcılar bu bakımdan belli bir takdir yetkisine sahiptirler. Bununla birlikte her iki sistemde de ceza hukukunun icrası uygun ve öngörülebilir olabilir.

Her duruma uygun tek bir çözüm yoktur

Kısaca ifade etmek gerekirse, hukukun üstünlüğü gereksinimlerinin nasıl uygulanması gerektiği sorusuna genel olarak verilebilecek tek doğru cevap yoktur. Genellikle bunun birçok farklı yolu vardır. Kural ve kurumların kesin içeriği bakımından aralarında büyük farklar bulunan hukuk sistemleri, hukukun üstünlüğü ilkesinin gereklerini pekala eşit ölçüde yerine getirebilir. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesinin evrensel olarak uygulanabilir bir modeli olarak kabul edilecek bir hukuk sistemi yoktur. Hukukun üstünlüğü ilkesine ait genel gereksinimlerin spesifik yasal kurallara dönüştürülmesi sorunsalında her duruma uygun tek bir çözüm yoktur.

Bu aynı zamanda hiçbir politikacının, kendi ülkesindeki modelin hukukun üstünlüğü ilkesine uygun tek model olduğunu düşünmemesi gerektiği anlamına gelir. Bu başka ülkelerle yapılan yasal işbirliklerinde son derece önemlidir, özellikle de bu girişimlerin amacı söz konusu ülkelerde hukukun üstünlüğünü inşa edip güçlendirmek olduğunda.

Görecelilik bilinci

Ne var ki çok da fazla göreceli olmamak gerekir. Bazı yasal kural ve düzenlemelerin, hukukun üstünlüğü ilkesine dair temel gereksinimleri ihlal ettiği apaçık ortadadır. Eğer yargıçların ataması hiçbir koruyucu tedbir alınmadan doğrudan yürütme tarafından yapılıyorsa ve yürütme istediği zaman yargıçları görev alma yetkisine sahipse hukukun üstünlüğünden kesinlikle bahsedilemez. Eğer insanlar tutuklanıp yargıç önüne çıkarılmadan haftalar boyunca hapiste tutuluyorsa, bu hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelir. Eğer vatandaşlar karşısında güç kullanımı ile ilgili hükümet kararları yargıya tanınan inceleme ve

gözden geçirme yetkilerinin dışında tutuluyorsa, bu hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelir.

### **2.3 Hukukun üstünlüğü ulusal düzeyde neden elzemdir?**

Yetkililerin ve vatandaşların kanuna boyun eğmesi birçok farklı nedenden ötürü önemlidir. Hukukun üstünlüğü ilkesi kendi içinde, birçoğu birbiriyle yakından alakalı olan çeşitli amaçlar barındırır.

#### *2.3.1 Yetki kullanımının kısıtlanması*

Hepsinde olmasa da birçok devlette hükümet kendi vatandaşları üzerinde muazzam bir güce sahiptir. Vatandaşlarını cezalandırabilir veya başka yaptırımlar uygulayabilir. Vergi toplar. Finansal yardımlar ve başka yardımlar sağlar. Hükümetin sahip olduğu güç ve yetkiler vatandaşların hayatlarını derinden etkiler.

Şayet yetkililer kanuna göre hareket etmek zorundaysa, yetkilerini de yalnızca kanunda öngörülen sınırlar dahilinde kullanabilirler. Hukukun üstünlüğü takdir yetkisi kullanımını yasaklar ve yetkilerin kötüye kullanılmasını engeller ya da diğer bir deyişle kasıt, önyargı, art niyet ve yanlışlık barındıran fiillerin önüne geçer. Hukukun üstünlüğünün elzem olmasının en önemli nedeni budur.

Yetkilerin keyfi kullanılmaması hiç kuşkusuz vatandaşların faydasıdır. Ama önemli oluşunun başka nedenleri de vardır. Örneğin, her resmi işlemle birlikte rüşvet verilmek zorunda olan veya bir malın korunması tamamen yetkililerin kendi keyfine bağlı olduğu ülkeler yabancı yatırımcılara cazip gelmez.

Sermayeyi kendisine çekmek isteyen bir ülke, iktisadi işlemlerin açık ve istikrarlı kanunlar çerçevesinde gerçekleştirildiğini, yasal çözüm yollarının bulunduğunu, kararlara güvenebileceğini ve devlet kurumlarının kanuna göre hareket ettiğini garanti edebilirse daha başarılı olur. Hükümet tarafından yetki kullanımının kanuna tabi tutulması hem ticari açıdan hem de işçi hakları sağlanması bakımından yardımcıdır.

#### *2.3.2 Hukuki kesinlik ve özgürlük*

Hukukun üstünlüğü ilkesinin altında yatan bir diğer değer, kesinliktir. Hukukun üstünlüğü, karşılıklı güvenin ön şartıdır.

Hükümet eğer yetkilerini kanuna uygun biçimde kullanırsa, vatandaşlar hükümetin yetkilerini ne zaman ve nasıl kullanacağını ve hükümetin vatandaşların davranışlarına tepki verip vermeyeceğini, verecekse nasıl bir tepki vereceğini önceden kestirebilir. Bu sağlandığında vatandaşlar, para cezası, hapis veya hükümet tarafından uygulanabilecek diğer zorlayıcı tedbirler gibi olumsuzluklarla karşı karşıya kalmayacaklarını bile-



rek işlerini bunun yarattığı güvenle sürdürebilirler. Ayrıca, ilgili mevzuat uyarınca devletin vermek zorunda olduğu yardım ve sübvansiyonlardan da faydalanabilmelidirler.

Hukukun üstünlüğü ilkesine uyulduğunda, neredeyse herkesin neredeyse zaman hukuka uygun hareket etmesi beklenebilir. Ayrıca insan, bir sorun olduğunda hangi kuralın uygulanacağını bilir. Bağımsız ve tarafsız yargı ile yürütme organlarının insanlar hukuka göre hareket etmediğinde başvurulabilecek yasal çözüm yolları sunması, bu kesinlik duygusunu daha da pekiştirir.

Bu özellikle, insanın tanımadığı ya da sadece uzaktan tanıdığı kimselerle iş yaptığı durumlarda çok önemlidir. Kesinlik duygusu, insanlar orta ve uzun vadeli ilişkiler kurmaya teşvik eder. Bu durum, diğer faydalarının yanında, iktisadi işlemler açısından son derece faydalıdır. Bu anlamda hukukun üstünlüğünün ekonomik kalkınmaya yardımcı olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Kesinlik, sağladığı toplumsal faydaların yanında, kişisel refah açısından da birçok faydayı beraberinde getirir. Eğer insanlar, neler yapabileceklerini ve bir şey yaptıklarında başkalarının buna nasıl reaksiyon vereceğini bildikleri konusunda kendilerine güvenirlerse, kısa ve uzun vadede doğru tercihler yapıp buna göre hareket edebileceklerini hissederler. İnsanın kendi hayatını bu şekilde planlayabilmesi, kişisel özgürlüklerin parçasıdır. Elbette ki bu özgürlüğün örneğin yoksulluk gibi başka etmenler sonucunda sadece hayallerde kalması mümkündür. Fakat bu apayrı bir meseledir ve hukukun üstünlüğü ilkesinin değer ve önemini ortadan kaldırmaz. Hatta çok durumda yoksulluğun, hukukun üstünlüğünün bulunmayışından kaynaklandığı bile söylenebilir.

### 2.3.3 Eşit muamele

Hukukun üstünlüğü ilkesinin altında yatan üçüncü değer, eşit muameledir. Yetkililer ve yargıçlar kanunu adil biçimde uyguladıklarında, kanun gözünde eşit olan insanlara farklı muamele gösteremezler. Önyargılarından, yozlaşmadan ya da sırf keyfi yerinde olmadığı için birisine veya bir gruba karşı farklı muamele gösteremezler. Hukukun üstünlüğü ilkesinin temellerini oluşturan unsurlardan bir tanesi adaletlilik, yani birbirine benzer olan vakalar benzer muamele görmek zorundadır.

Bu adaletlilik kavramının şekli olduğu unutulmamalıdır. Birbirine eşit kimselerin eşit muamele görmesi gerektiğini ifade eder, ama kanun önünde tam olarak kimlerin eşit görülmesi gerektiği hakkında bir şey söylemez. Ancak bilindiği üzere

20. yüzyıl birçok hukuk sisteminden ayrımcılığın giderek çıkarılmasına sahne olmuştur. Kadınlar, etnik azınlıklar, engelliler ve çocuklar hiç olmadığı kadar çok hakka sahip olmaya ve sayıları giderek artan hukuk sistemlerinde büyük ölçüde eşit muamele görmeye başlamıştır.

Ayrımcılıktan uzaklaşma hareketi çeşitli uluslararası sözleşmelerle teyit ve teşvik edilmiştir. Örneğin: Birleşmiş Milletler bağlamında Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Milletlerarası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme.

Hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde, birbirine eşit olan kimselerin eşit muamele görmesi yönündeki şekli gereksinim sonuç itibariyle salt şekli bir mesele olmaktan çıkmaya başlamış ve giderek artan biçimde, kanun gereği hiç kimsenin ayrımcılığa maruz kalmamasını sağlar hale gelmiştir.

Tabi bu belli bazı sorunların var olmadığı anlamına gelmez. Örneğin kadınların güç kazanması ile hukukun üstünlüğü arasındaki bağlantı, üzerinde önemle durulması gereken bir konudur.

### **3. ULUSLARARASI DÜZEYDE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ**

#### **3.1 *Hukukun üstünlüğünün uluslararası düzeydeki anlamı***

Hukukun üstünlüğü ilk olarak ulusal düzeyde uygulanmaya başlayan bir ilkedir. Geleneksel olarak bakıldığında, uluslararası hukukta yaygın olarak kullanılan, alışıldık bir ilke değildir. Fakat geçtiğimiz on yıllarda uluslararası hukukun ve uluslararası politik sistemin de hukukun üstünlüğü ilkesine uyması gerektiği yönündeki görüşler giderek daha yaygın biçimde kabul görmeye başlamıştır.

Hukukun üstünlüğünün ulusal ve uluslararası düzeylerdeki temel anlamı konusunda bir fark yoktur. Hukukun üstünlüğü her iki durumda da, kanunlara uyma zorunluluğunu ifade eder. Hukukun üstünlüğü uluslararası düzeyde öncelikli olarak (sadece bunlarla kısıtlı olmamak kaydıyla) devletlere ve uluslararası örgütlere uygulanır. Ancak bu ayrım, hukukun üstünlüğü ilkesinin ulusal düzeydeki anlamını uluslararası düzeyde de aynen muhafaza etmesine engel teşkil etmez. Uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğü en basit haliyle, ilgililerin yani devletlerin ve uluslararası örgütlerin uluslararası kanunlara uymak zorunda olduğu anlamına gelir. Bu birçok durumda bireyler ve diğer özel kişilikler için de geçerlidir.

Bununla birlikte, ulusal düzeydeki yasal ve politik sistemler ile uluslararası toplum arasında önemli farklılıklar bulunduğu unutulmamalıdır. Hukukun üstünlüğü ulusal düzeyde öncelikli olarak, devlet ile vatandaşları arasındaki hiyerarşik ilişkilere uygulanmaktadır. Hukukun üstünlüğü büyük ölçüde, tüm yetkilere sahip devletin nasıl organize edilip nasıl hareket etmesi gerektiği ile ilgili bir anlayıştır.

Uluslararası düzeyde buna eşdeğer bir hiyerarşik düzen yoktur. Uluslararası toplum 190'dan fazla egemen devletten ve çok sayıda sivil toplum örgütünden oluşmaktadır. Söz konusu devlet ve örgütlerin hepsinin tabi olduğu bir "süper devlet" ya da "dünya hükümeti" yoktur.

Örneğin yasama sürecini ele alalım. Ulusal düzeyde kanunlar devlet ve organları tarafından çıkarılmaktadır. Uluslararası düzeyde ise merkezi bir yasama yoktur. Bunun yerine, devletlerin ve uluslararası örgütlerin ortak çabalarıyla gerçekleştirilen bir yasama süreci söz konusudur.

Uluslararası hukukun iki ana kaynağı vardır: teamül hukuku ve sözleşmeler hukuku.

Teamül hukuku, devletler topluluğu tarafından büyük ölçüde, uyulması gereken davranış kurallarını ortaya koyduğu kabul edilen devlet uygulamalarından oluşur. Teamül hukuku bundan dolayı, devletlerin neyi kural olarak kabul etmek istediklerine bağlıdır; devletlerin genel olarak karşı çıktığı bir kural teamül hukukunun parçası haline gelmez veya teamül hukukunun parçası olmaktan çıkarılır.

Sözleşmeler hukuku, Latince *pacta sunt servanda* kelimeleriyle ifade edildiği üzere, anlaşmalara uyma zorunluluğu prensibine dayanır. Sözleşmeler hukuku dolayısıyla çeşitli hususlarda iki devlet arasında yapılmış anlaşmalardan (ikili anlaşma) ya da ikiden çok devlet arasında yapılmış anlaşmalardan (çok taraflı anlaşma) oluşur.

Taraf olmadıkları sözleşmeler ve çekince belirttikleri sözleşme kuralları devletleri bağlamaz.

Bazı durumlarda sözleşmeler hukuku, uluslararası teamül hukukunun kanun halinde bir araya toplanması şeklinde olabilmektedir. Öte yandan, devletler topluluğunun büyük çoğunluğu tarafından kabul edilip imza altına alınan sözleşmeler sıklıkla uluslararası teamül hukukunun parçası kabul edilerek bu sözleşmelere aslında taraf olmayan devletler için de bağlayıcı hale gelebilir. Diplomatik ve Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmeleri, çoğu kez uluslararası insancıl hukukun temeli kabul edilen 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve belli bazı insan hakları sözleşmeleri buna verilebilecek en tipik örneklerdir.

Özellikle insan hakları alanındaki bazı sözleşmeler, farklı yorumlara çok fazla açık olan birçok hüküm içermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemeler ile Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi gibi denetim organları tarafından, bu gibi sözleşmelerin yorumlanmasına açıklık getirerek kılavuzluk sunan etkileyici bir içtihat hukuku ve tavsiyeler oluşturulmuştur. Yoruma açık olan bu normlar özellikle teknolojik ilerlemeler, uluslararası güvenlik ve ahlak anlayışındaki farklılıklardan kaynaklanan meselelerde yine de bir takım soru işaretleri yaratmaya devam edecektir.

Ya da yürütme sürecini ele alabiliriz. Ulusal düzeyde yürütme, ko-  
vuşturma ve kanun ihlallerini cezalandırma devletin sorumlulukları  
arasındadır. Ulusal düzeyde ise ne bir polis kuvveti bulunur ne de bir-  
leşik bir yaptırımlar sistemi. Birkaç istisna dışında, savcılığa eşdeğer  
gelecek bir kurum da yoktur. Bunun yerine yürütme daha çok kendi  
kendine yardım etmekle ilgilidir: devletler harekete geçip geçmeyecek-  
lerine ve yardım alıp almayacaklarına kendileri karar verir. Birleşmiş  
Milletler Güvenlik Konseyinin bu bağlamdaki rolü Madde 3.2.3 altında  
ele alınmıştır.

Ulusal ve uluslararası hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar, yukarıda  
da belirtildiği üzere, hukukun üstünlüğü ilkesinin gereklerinin temel  
anlamını değiştirmez. Aynı şekilde, hukukun üstünlüğüne dair gereksi-  
nimlerin özünde de değişikliğe yol açmazlar. Bununla birlikte söz konu-  
su farklılıklar, hukukun üstünlüğü ilkesini uluslararası düzeyde hayata  
geçirilirken bir takım ciddi zorluklar yaşanmasını beraberinde getirir-  
mektedir.

### **3.2 Hukukun üstünlüğünün uluslararası düzeydeki gerekleri**

#### *3.2.1 Uluslararası hukuk aleni, erişilebilir, açık ve ileriye dönük olmalıdır*

Uluslararası toplumda hukukun üstünlüğü, kanunların umumi, erişilebil-  
ir, açık ve ileriye dönük olmasını ve yasama sürecinin açık ve net kural-  
lara göre gerçekleştirilmesini gerektirir. Bu açıdan ulusal ile uluslararası  
düzeylerde hukukun üstünlüğü arasında hiçbir fark yoktur.

İlk bakışta görülebileceği üzere uluslararası hukukta ulusal hukuka  
kıyasla daha fazla zorlukla karşılaşmaktadır, çünkü daha önce de  
açıklandığı üzere uluslararası hukukta uluslararası kanunların erişilebil-  
ir, açık ve kesin olmasından sorumlu tutulabilecek merkezi bir yasama  
organı bulunmamaktadır.

Uluslararası kanunların kesin olmasına ilişkin sorumluluklar bunun ye-  
rine, sözleşmeler yapan ve teamül hukukunu şekillendiren çok sayıdaki  
devletin ellerindedir.

Bu noktada belli bazı endişeler söz konusudur. Sözleşmeler çoğu za-  
man karşılıklı verilen ödümlerin ve yapılan pazarlıkların sonucudur ve bu  
durum her zaman açıklık gereksinimine pek katkı sağlamaz. O kadar  
çok ikili ve çok taraflı sözleşme vardır ki devletlerin tam olarak han-  
gi hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu takip etmek çok zordur. Bu  
bağlamda, uluslararası sözleşmeler arşivinden faydalanılabilir. Özellikle  
de Birleşmiş Milletler Sözleşme Koleksiyonundan.

Özellikle insan hakları alanındaki bazı sözleşmeler, farklı yorumlara çok  
fazla açık olan birçok hüküm içermektedir. Ancak yukarıda da bahse-

dildiği üzere, sayıları oldukça yüksek rakamlara ulaşan sözleşme denetim kuruluşları, söz konusu kuruluşların kuruluş amacını oluşturan sözleşmelerin tefsiri hakkında genel yorumlar benimseyerek sözleşme maddelerinin içeriğine ışık tutmaktadır. Bazı sözleşme denetim kuruluşları ise, münferit şikayetler hakkında verilen kararlar temelinde içtihat hukuku da oluşturmaktadır.

Teamül hukuku genel anlamda açıktır, ama ayrıntısına inildiğinde herkesin bildiği gibi son derece muğlaktır. Uluslararası hukuku ilgilendiren davalarda ulusal yargıçların vermiş olduğu kararlar, bu eksikliği gidermek için bugüne kadar çok çaba gösterilmiş olmasına karşın halen çoğunlukla bilinmemektedir. Genel hukuk prensipleri hakkında otoritatif bir derleme yoktur.

Bu sorunların bazıları ulusal hukuk sistemlerinin de birçoğunda görülen sorunlardır. Bununla birlikte, insan haklarının farklı yorumlara açık olmasından kaynaklanan belirsizlik bunun tipik bir örneğidir. Hukukun birçok alanında, kanunun detaya inildiğinde ne söylediğini bilmek çoğu zaman zordur. Ne var ki bu tip sorunlar uluslar düzeyde olduğu gibi uluslararası düzeyde de kesinlikle abartılmamalıdır.

Daha yakın zamanda ortaya çıkan bir endişe ise, uluslararası hukuk kuralları ile kuruluşlarının yayılma sürecidir. Tanınmış gözlemciler uluslararası hukukun fragmanlara ayrılma sürecine girdiğini, yani başka bir deyişle bölünerek bir dizi ayrı sistemlere ayrılacağını iddia etmiştir. Bazılarının korktuğu en büyük sorun, normların ciddi ölçüde tutarsız hale gelmesi, normlar arasındaki çelişkilerin giderek çözümü daha zor bir hal alması ve uluslararası hukukun şeffaflık, açıklık ve kesinlik gibi özelliklerinin ciddi hasar görmesi ihtimalidir.

Buna karşın, bu konu hakkında yakın zamanda düzenlenen bir raporda, uluslararası hukukun sürekli gelişimi ve kanunlaştırılmasından sorumlu bir Birleşmiş Milletler kuruluşu olan Uluslararası Hukuk Komisyonu birbiriyle çakışan normlar, rejimler ve kurallar ile ilgili uygun yöntem ve tekniklerin geliştirilmesine yeterince önem verildiği takdirde söz konusu risklerin yönetilebileceği sonucuna varmıştır.

Bu noktada, uluslararası hukukun çok güçlü yönleri olduğu da belirtilmelidir. Sözleşmeler Hukuku hakkındaki 1969 Viyana Sözleşmesi sözleşmelerin akdedilmesi, tefsiri ve feshi gibi konularla ilgili etkileyici kurallar içermektedir.

Bu sözleşme sayesinde, hukukun üstünlüğü ilkesinin yasama süreci ile ilgili olarak şart koştuğu açıklık gereksinimi, en azından sözleşmeler hukuku bakımından kesin surette yerine getirilebilmektedir.

İnternet, sözleşmeler hukukunu çok daha erişebilir kılmıştır. Örneğin Birleşmiş Milletler Sözleşme Koleksiyonuna internet üzerinden ulaşılabilir. Bazı yargı mercilerinin kararları da internet üzerinden yayınlanarak kapsamlı biçimde analiz edilip yorumlanabilmektedir. Ulusla-

rarası Adalet Mahkemesinin ya da uluslararası ceza mahkemelerinin içtihat hukuku buna örnek gösterilebilir.

Güçlü ve zayıf yönlerin burada yer verilen listesine başka kalemler de eklenebilir. Merkezleştirilmiş yapısına karşın uluslararası hukukun genel olarak, en azından insan hakları hukuku, insancıl hukuk, iş hukuku, ekonomi hukuku, denizler hukuku ve devlet sorumlulukları hukuku gibi özel önem arz eden alanlarda yeterli bir açıklık, öngörülebilirlik ve kesinlik düzeyine sahip olduğu kabul edilmektedir.

Tabi bu, kanaatkar olunması gerektiği anlamına gelmez. Uluslararası hukukun açıklığı, erişilebilirliği ve kesinliği konusunda çeşitli iyileştirmeler yapılabilir ve yapılmalıdır da. Ancak bu gereksinimlerin yerine getirilmesi, uluslararası hukukla ilgili olarak karşılaşılan zorlukların *en büyüğü değildir*.

### 3.2.2 Bağımsız ve tarafsız yargı

Anlaşmazlıkların sulh yoluyla çözüme kavuşturulması, uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünü sağlamaya çalışırken karşılaşılan sorunların kesinlikle en çetin olanı değildir.

Uluslararası toplumda, herkesin malumu olduğu üzere, anlaşmazlıkların sulh yoluyla çözümünde iki farklı seçenek bulunmaktadır: diplomasi ve bağlayıcı karar. Birçok anlaşmazlık diplomasi yoluyla çözüme kavuşturulmaktadır, yani müzakere, iyi niyetli girişimler, sorgulama ve uzlaşma yoluyla. Fakat diplomasi bir uyuşmazlığın çözümünde yetersiz ya da uygunsuz kaldığında taraflar, aralarındaki meselenin konuyla alakasız bir üçüncü tarafın vereceği bağlayıcı kararla çözüme kavuşturulmasını isteyebilir.

Uluslararası toplumda bu doğrultuda kullanılacak mekanizmalar hiç de kısıtlı değildir, hatta bazen tam aksine çok az değil, çok fazla mekanizma bulunduğu görüşü dile getirilmektedir.

Bağlayıcı karar süreci tahkim şeklinde olabilir. Bu tahkim süreci örneğin daimi bir tahkim mahkemesinde ya da söz konusu ihtilaf için görevlendirilmiş hakemler tarafından gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte, adli uzlaşma şeklinde olması da elbette ki mümkündür.

Yapılan kesin tanımlamaya bağlı olarak, yaklaşık 15 adet uluslararası ve bölgesel mahkeme bulunmakta olup bunların çoğu daimi niteliktedir. Bu daimi mahkemeler arasında, Birleşmiş Milletlerin asli yargı organı olan Uluslararası Adalet Mahkemesi, Uluslararası Denizler Hukuku Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Avrupa Adalet Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi de yer alır.

Sorun uluslararası hukuktaki mahkemelerin, heyetlerin ve diğer yargı mercilerinin bağımsız ya da tarafsız olmaması da değildir. Yargıçlarının mesleki dürüstlüğü ve yeterlilikleri bakımından Uluslararası Adalet Mahkemesi genel olarak çok saygın bir mahkeme olarak kabul edilmekte olup yukarıda anılan diğer mahkemeler için de aynısı geçerlidir. Uluslararası Adalet Mahkemesi, Mahkeme Statüsüne taraf olan devletlerin tamamına, yani hem Birleşmiş Milletlere üye olan devletlerin hepsine hem de belli şartlar altında üye olmayan devletlere de açıktır.

Uluslararası düzeydeki mahkemelerin karşılaştığı en büyük zorluk, sahip oldukları yargı yetkisinin tabiatıdır. Ulusal hukukta, bir davanın taraflarının bir mahkemenin söz konusu davayı görme ve karara bağlama yetkisine sahip olup olmadığına karar verme hakkına sahip olması, hukukun üstünlüğü açısından tamamen kabul edilmez bir durumdur. Bu gibi bir sistem ulusal hukukta anlaşmazlıkların hiçbir zaman çözüme kavuşturulamamasıyla sonuçlanırdı.

Ulusal düzeyde hukukun üstünlüğü görüldüğü gibi mahkemelerin zorunlu yargı yetkisine sahip olmasını gerektirir. Yani mahkemeler bir davayı görmek ve karara bağlamak için yetkili olup olmadıkları konusundaki kararlarını, nötr kriterler ışığında ve tarafların rızasından bağımsız olarak vermektedir.

Yukarıda bahsedilen uluslararası mahkemelerin de bir kısmı bu gibi bir zorunlu yargı yetkisine sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunun tipik bir örneğidir, çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisini kabul etmedikleri sürece devletler Avrupa Konseyinin üyesi olamamaktadır. Fakat diğer mahkemeler zorunlu yargı yetkisine sahip değildir ve bir davayı görebilmeleri için tarafların rızasını almak zorundadırlar. Bunun en çok bilinen ve en sorunlu olan örneği, tartışmalı davalarda Uluslararası Adalet Mahkemesidir.

Sonuç olarak davalı devletler, davacı devletlerle aralarındaki ihtilafların Uluslararası Adalet Mahkemesi önünde ya da herhangi başka bir yargı veya tahkim kararı yoluyla çözüme kavuşturulmasını diledikleri gibi engelleme şansına kavuşabilmekte ve bunun sonucunda ihtilaflar çözümsüz kalmaktadır.

Bu daha genel anlamda da istenmeyen bir durumdur: eğer iddia edilen uluslararası hukuk ihlalleri kesin hükme bağlanmazsa, bu durum uluslararası hukukun açıklığına ve kesin içeriğine de zarar vermektedir. Benzer bir dava ile ilgili olarak Uluslararası Adalet Mahkemesi tarafından daha önce verilmiş açık ve net bir karar bulunmadığında anlaşmazlıkların diplomasi yoluyla önlenebileceği veya çözüme kavuşturulabileceği gerçeği herkesçe bilinen bir gerçektir.

Bu bağlamda Uluslararası Adalet Mahkemesi Statüsü Madde 36 Bent 2'de, karşı devletlerin de aynı yükümlülüğü kabul etmiş olduğu davalarda devletlerin Mahkemenin zorunlu yargı yetkisine peşinen rıza göstermesine olanak veren düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenleme şu

an itibariyle pek efektif değildir. Zira bugüne kadar Mahkemenin zorunlu yargı yetkisi sadece 67 devlet tarafından kabul edilmiştir. Ne yazık ki bu devletlerin de bir çoğu belli çekincelere sahip olduklarını belirtmiş ve bunun sonucunda bir davada karşı tarafın da aynı yükümlülüğü kabul etmiş olması yönündeki gereksinim hayalden ibaret kalmıştır.

Apaçık ortadadır ki uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünü tesis etmenin yolu, Statüsünün 36. maddesine bent 2 uyarınca Uluslararası Adalet Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisinin genel kabul görmesinden geçmektedir. Avrupa bu açıdan örnek teşkil edebilir: Avrupa Birliğine ve Avrupa Konseyine katılabilmeleri için devletlerin, Lüksemburg'daki Avrupa Adalet Mahkemesi ile Strasbourg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisini peşinen kabul etmesi şart koşulabilir. Fakat bu noktada belirtilmelidir ki Uluslararası Adalet Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisi şu ana kadar Avrupa Devletlerinin çok azı tarafından kabul edilmiştir.

Normlar ve yerleşik gelenekler yaygınlaştıkça (buna mahkemeler de dahildir) ortaya çıkan bir diğer sorun, yargıçların uluslararası hukuku tutarlı biçimde yorumlayıp uygularken zorlanmasıdır. Ulusal ve uluslararası düzeylerdeki yargıçlar bu soruna, başka mahkemelerce verilmiş olan kararlara daha fazla başvurarak yanıt vermişler ve böylelikle çoklu düzeyler ya da çoklu sistemler arasında karşılıklı etkileşim yaratmışlardır. Bu açık iletişim, diyalog ve kardeş kuruluşların kararlarından faydalanma uygulamaları muhtemelen, uluslararası hukukun icrasında büyük tutarsızlıkların ve belirsizliklerin önlenmesine katkı sağlayabilir.

### 3.2.3 Hukukun uygun icrası

Ünlü bir uluslararası avukat olan Louis Henkin bir keresinde şöyle yazmıştı: "Bu galiba uluslararası hukukun neredeyse tüm esaslarının ve neredeyse tüm yükümlülüklerinin neredeyse tüm devletler tarafından neredeyse her zaman yerine getirilmesi durumudur."

Uluslararası hukuk ihlalleri yaşanıyor ve çoğu zaman halka duyularak üzerinde yoğun tartışmalar yapılıyor olsa da, kaideyi bozmayan istisna niteliğindedirler. Gözlemci ve uygulayıcıların çoğu, uluslararası hukuka genel olarak uyulduğu kanaatindedir. Bu nedenle yürütme büyük bir problemmiş gibi görünmüyor.

Ama mevcut durum tatmin edici olmaktan çok uzak; zira daha önce de belirtildiği üzere, uluslararası toplumda güç tekeli elinde bulunduran merkezi bir yürütme organı bulunmuyor. Evet, uluslararası hukuka uyulmasını sağlama ya da en azından sağlamaya çalışma yetkisini elinde bulunduran bazı kurumlar var; ama bunların çoğu etkisiz.

Bu kurumların en çok bilineni, herkesin malumu olduğu üzere uluslararası barış ve güvenliğin tehdit altında olduğuna ya da yeniden tesis edilmesi gerektiğine karar verdiği takdirde gerektiğinde güç de kullanarak



belli tedbirler almaya yetkili olan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyidir. Fakat bu kurumun tarafsızlığı sıklıkla tartışılmakta olup Konseyin çifte standart uygulamakla suçlandığı durumlar olmuştur. Bunun bir nedeni, daimi üyelerinin veto hakkını kullanarak tekrarlayan defalarca kurumun harekete geçmesini engellemiş olması ve bunun sonucunda uluslararası hukuk ihlallerinin ele alınamamış olmasıdır.

Hatta bazı vakalarda, BM Kurucu Antlaşmasını ihlal eden taraf Konsey üyelerinin bizzat kendisi olmuştur (buna daimi üyeleri de dahildir).

BM Güvenlik Konseyi gibi kurumlar, uluslararası toplumun özellikle barış ve güvenlik gibi genel çıkarlarını ilgilendiren uluslararası hukuk ihlallerini ele alma yetkisine sahip olsa da, BM Kurucu Antlaşması kapsamına girmeyen iki devlet arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için kullanılabilecek neredeyse hiçbir mekanizma yoktur. Aynı şekilde, Uluslararası Adalet Mahkemesinin tarafların rıza göstermesine bağlı bir yargı yetkisine sahip olması sebebiyle farklılıkların yargı yoluyla çözümü de çoğu kez ihtimal dışıdır.

Son olarak "daha özel" meselelerde, haksızlığa uğradıklarını düşünen devletlerin kullanabileceği tek yürütme aracı, kendi kendilerine yardım etmeleridir. Devletler bu doğrultuda örneğin, ekonomik veya seyahat kısıtlamalarının uygulanmasını ve diplomatik ilişkilerin kesilmesini içeren, yasal misilleme kabilinden tedbirler alabilirler. Buna ilaveten, aslında özünde yasal olmayan fakat karşı tarafın daha önce gerçekleştirmiş olduğu haksız fiilden ötürü kendini haklı çıkaran tedbirler de alabilirler, örneğin abluka gibi.

Devletlerin kendi kendine yardım etmesindeki sorun, etkinlik düzeyinin değişken olmasıdır. Bunun sebebi ise tamamen, devletlerin nispi gücüne bağlı olmasıdır. Ayrıca pek tatmin edici bir çözüm yolu değildir, çünkü uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin gerçekten ihlal edilip edilmediğini belirleyecek tarafsız ve bağımsız bir üçüncü taraf yoktur. Uyuşmazlıklar devletlerin gücüne göre değil, hukuka göre çözülmelidir.

### **3.3 Hukukun üstünlüğü uluslararası düzeyde neden elzemdir?**

Uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünün, ulusal düzeydeki hukuk üstünlüğü ile benzer amaçlara hizmet ettiği sıklıkla söylenen bir şeydir. Bu açıdan uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünün, devletler arasındaki ilişkilerde öngörülebilirlik ve eşitlik ilkelerini ve ayrıca uluslararası hukukta esas kabul edilen diğer ilkeleri teşvik ederken, keyfi yetki kullanımını yasakladığı söylenebilir. Fakat devletlerin, örgütlerin ve bireylerin uluslararası hukuka uymasını gerektiren daha birçok başka neden vardır.

İlk olarak, uluslararası hukuk geleneksel olarak, devletler topluluğunun barış ve güvenliğini tesis edip sürekliliğini sağlamayı amaçlayan normlardan ve yerleşik geleneklerden oluşur. Ayrıca uluslararası hukukun

branşlarından biri olan insancıl hukukun asli amacı, şiddet içeren çatışmalar yaşandığında tarafların daha insancıl biçimde savaşmasını sağlamaktır.

Şayet uluslararası hukuk olmasaydı ya da bu hukuka genel olarak uyulmasaydı barış ve istikrarı sağlamanın çok daha zor ve hatta imkansız olacağı kabul edilmektedir. Anarşik bir uluslararası toplumdaki şiddet oranı hiç şüphesiz ki hukukun üstünlüğü altında yaşayan bir toplumdakinden çok daha yüksek olacaktır. Bununla birlikte, eğer insancıl hukuka uyulmazsa, savaşların da giderek acımasız bir hal alacağı ortadadır.

Uluslararası hukuk giderek daha yoğun biçimde küresel veya bölgesel sorunları çözmeye çabalarında kullanılan bir araç haline gelmiştir. Uluslararası suç, uluslararası terör, işlevini kaybetmiş finansa piyasaları ve çevreyi tehdit eden konular (hava ve deniz kirliliği, küresel ısınma, yok olma tehlikesiyle karşı karşıya olan türler, nükleer maddeler ile diğer tehlikeli maddelerin doğurduğu riskler) bunun en açık örnekleridir. Bunun gibi problemleri devletler tek başına hareket ederek çözemez veya hafifletemez. Bunun için uluslararası işbirliğine ve düzenlemeye ihtiyaç vardır. Uluslararası düzeyde hukukun egemenliği, bölgesel ve küresel sorunların çözümünü daha muhtemel kılmaktadır.

Uluslararası hukuk dünya çapında giderek artan biçimde insan hakları ile ilgili hale getirilmektedir. Evet, ülkelerin ulusal anayasalarında bu hakların nerdeyse her zaman bir yansıması olduğu doğrudur. Ama durum böyle olsa bile ulusal insan hakları hukukunun, uluslararası insan hakları hukuku tarafından tasdik edilip daha sağlam temellere oturtulması her zaman faydalı olacaktır.

Uluslararası hukuk, uluslararası insan hakları mahkemeleri ve diğer denetim mekanizmaları aynı zamanda ulusal düzeydeki yürütme organı için ekstra denetim noktası olarak işlev görerek ulusal düzeyde gerçekleştirilen kontrol ve dengeleme çalışmalarının tamamlayıcı unsuru olabilmektedir. Bu hususlar bir sonraki bölümde daha ayrıntılı biçimde incelenmiş olup şu aşamada, ulusal hukuka uygunluğun, ulusal düzeyde insan haklarının korunma düzeyini artırmak için azami önem arz ettiğini söylemek yeterli olacaktır.

Yukarıda bahsedilenlerin ortak bir noktası vardır: uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğü, birey olarak insanların çıkarlarına hizmet etmektedir.

#### 4. HUKUKUN ÜST ÜNLÜĞÜNÜN ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZEYLERDE KARŞILIKLI BAĞIMLILIĞI

##### 4.1 *Ulusal ve uluslararası düzey arasındaki bağlantı*

Ulusal ve uluslararası düzeylerde hukukun üstünlüğünün birçok ortak noktaya sahip olduğunu gördük. Hukukun üstünlüğü her iki düzeyde aynı anlama gelir; yani kanuna uymak gerektiği anlamına. Bununla birlikte her iki düzeydeki karakteristiklerinin de aynı olması beklenir: bağımsız ve tarafsız bir yargı merciinin bulunması, kanunların uygun yollarla ilan edilmesi, açık ve erişilebilir olması ve herkese eşit biçimde uygulanması.

Peki, uluslararası düzeydeki hukukun üstünlüğü ile ulusal düzeydeki hukukun üstünlüğü arasında gerçekten bir bağlantı var mı? Uluslararası düzeydeki hukukun üstünlüğü, ulusal düzeydeki hukukun üstünlüğünden faydalanabilir mi? Ulusal düzeydeki hukukun üstünlüğü, uluslararası düzeydeki hukukun üstünlüğü yardımıyla güçlendirilebilir mi?

Geçmişte ulusal ve uluslararası düzeylerde hukukun üstünlüğü arasındaki bu bağlantı yoktu. Ancak günümüzde ulusal ve uluslararası hukukun birbirinden tamamen ayrı şeyler olduğu söylenemez; en azından hukukun bazı alanlarında. Aralarındaki bağlantılar her geçen günle birlikte çoğalmaktadır.

Bunun en açık örneği, vatandaşlık hakları açısından uluslararası insan hakları hukuku ile kayda değer ölçüde örtüşen anayasa hukukudur. Örneğin bugünlerde bir ülkenin uluslararası insan hakları dokümanlarından referanslar gösterip alıntılar yapmadan yeni bir anayasa hazırladığını düşünmek neredeyse imkansızdır. Hatta bazı anayasalarda, uluslararası hukukun ulusal hukukun parçası olduğu yazılıdır.

Çoğalan bağlantılara dair diğer örnekler çevre hukukunda ve yatırım hukukunda görülebilir.

Aslında—ki bu hususun, ulusal yasama organlarının parçası olan politikacılar tarafından unutulmaması son derece önemlidir—çeşitli alanlarda imzalanan sözleşmelerin sayısının giderek artmasıyla birlikte ulusal yasama organlarının hareket özgürlükleri giderek daha fazla kısıtlanmaktadır. Günümüzde ulusal düzeydeki yasama süreçlerinin en önemli unsuru, yasama organlarının çıkarılacak kanunların ilgili ülkenin taraf olduğu sözleşmelere uygun olmasını sağlamak zorunda olmasıdır. Buna dair örnek ve açıklamalara, işbu Kılavuzun sonunda referans gösterilen "*Parliament and Democracy in the Twenty-First Century*" başlıklı IPU yayınından ulaşılabilir.

Bu unsur, özellikle insan hakları alanında son derece önemlidir. Dolayısıyla bir yasa taslağının ilgili ülkenin anayasasına uygun olmasını sağlama sürecine paralel olarak söz konusu yasa taslağının uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygun olup olmadığı incelenmek zorundadır.

Önem arz eden bir diğer husus, ulusal parlamentoların uluslararası insan hakları normlarının uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesine katkı sağlamasıdır. Az evvel bahsedilen IPU yayını, bunun Afrika ve Güney Amerika dahil birçok farklı ülkede nasıl gerçekleştirildiğine dair çarpıcı örnekler içermektedir. Özellikle Brezilya parlamentosunun bölgesel insan hakları sözleşmesi tarafından yapılan tavsiyeleri nasıl uyguladığı çok ilginçtir. Aynı yayında, insan hakları kanunları ve mevzuatları hakkında Abuja'da gerçekleştirilen 2004 uluslararası workshop etkinliğinde parlamenterler için hazırlanan tavsiyeleri ve 20 Aralık 1993 gün ve 48/134 sayılı Genel Kurul kararıyla kabul edilen, NHRI kurumlarının statüsüne dair Paris İlkelerine referanslar bulabilirsiniz.

Bu söylediklerimiz elbette ki uluslararası hukukun tüm unsurlarının ulusal hukukta eksiksiz olarak yer aldığı (veya tam tersi) anlamına gelmez. Örneğin bir devlet kendini savunmak adına başka bir devlete müdahale ettiğinde, en önemli yasal

kuralların BM Kurucu Antlaşması ile uluslararası teamül hukukunda bulunacağı açıktır. Zira ulusal hukuku ilgilendiren bir mesele değildir.

Aynı örnekte yetkili mahkeme prensip olarak, herhangi bir ülkedeki yerel mahkeme değil, Uluslararası Adalet Mahkemesi olacaktır. Uluslararası Adalet Mahkemesinin en nihayetinde gerçekten yargı yetkisine sahip olup olmayacağı ise, daha önce de açıklandığı üzere, apayrı bir konudur. Benzer şekilde bir arazinin sahibi ile belediye idari teşkilatı arasında, arazi sahibinin inşaat ruhsatı almaya hakkı olup olmadığı konusunda bir uyuşmazlık baş gösterdiğinde ulusal kanunlar geçerli olur ve davaya uluslararası bir mahkeme değil, ulusal bir mahkeme bakar.

Bu gibi bir durumda geçerli kanunun uluslararası hukuka uygun olmak zorunda olması ayrı bir konudur. Eğer örneğin, uygulamada örnekleri görüldüğü üzere, en yüksek ulusal mahkeme ya da yetkili merci tarafından verilmiş olan kararın örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen standartlara aykırı olduğu iddia edilirse dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınabilir. Eğer bu Mahkeme Sözleşmesinin ihlal edildiğine karar verirse, bu birçok durumda söz konusu devletin ulusal mevzuatında değişiklik yaparak aynı ihlalin tekrarlanmasını engellemek zorunda kalması anlamına gelir.

Örnek vermek gerekirse: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir davada, bir devlet kurumu tarafından alınan ve bir kişinin medeni hak ve yükümlülüklerini etkileyen kararları inceleyebilecek bir mahkemeye erişim imkanı bulunmadığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Başka bir davada ise Mahkeme, tutuklanan fakat daha sonra aklanarak ya da aleyhindeki suçlamaların düşmesi sonucunda salıverilen kişilere ait DNA örneklerinin saklanması, Sözleşme uyarınca özel hayatın gizliliği ilkelerinin ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir. Her iki örnekte de ulusal düzeyde mevzuat değişikliği yapmak gerekmiştir.

Dolayısıyla ulusal ile uluslararası düzeylerde hukukun üstünlüğü arasında giderek artan bağlantıların birbirini kayda değer ölçüde karşılıklı olarak takviye edip güçlendirdiği rahatlıkla söylenebilir.

#### **4.2 Ulusal düzeyde hukukun üstünlüğünün uluslararası hukuka bağlı olmasının nedenleri**

Uluslararası hukuk genellikle ulusal düzeydeki hukukun üstünlüğü ile doğrudan ilişkilidir. Yukarıda bahsedilenlerden de görüldüğü gibi bu durum daha çok uluslararası insan hakları hukukuyla ilişkilidir. Bu hukuk serbest konuşma, toplanma ve ibadet etme hakkı gibi özgürlükleri garanti altına alarak karşılıklı olarak devletlerin, kendi vatandaşlarının ve orada ikamet eden kimselerin yetkisini sınırlar. (örnek için bakınız: Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 6-12. Maddeleri). Uluslararası insan hakları hukuku aynı zamanda ulusal düzeyde bağımsız ve tarafsız bir yargılama sağlar. (örnek için bakınız: Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 14. Maddesi).

#### **İnsan Hakları**

Neredeyse bütün devletler birçok evrensel insan hakları anlaşmasını imzalamış ve kabul etmiştir. Örneğin halen (Ağustos 2012) Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 160; Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 167 tarafı var. Aynı zamanda birçok devletin taraf olduğu bölgesel insan hakları anlaşmaları da bulunmaktadır. Bütün politikacıların önemli bir görevi devletin taraf olduğu insan hakları anlaşmalarını ortaya çıkarmaktır.

Ayrıca birçok insan hakları uluslararası teamül hukuku statüsüne ulaşmıştır. Günümüzde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin uluslararası teamül hukuku statüsüne ulaşması geniş ölçüde tanınmıştır. Bu durum devletlerin ilgili evrensel veya bölgesel anlaşmayı imzalamasa dahi temel insan haklarına riayet etmekle yükümlü oldukları anlamına gelir.

#### **Uluslararası Hukukun Üstünlüğü**

Uluslararası hukuk ulusal hukuktan daha üstündür. Devletlerin uluslararası hukuka uygun olarak hareket etme ve bu hukukun ihlali halinde, yasama, yürütme ve yargı organları tarafından ihlal edilmesine bakılmaksızın, sorumluluğunu alması yükümlülüğü vardır. Bu devletler uluslararası hukuk önündeki yükümlülüklerin ihlaline bir savunma olarak ulusal hukuku, esasen ulusal anayasayı dahi, kullanamaz. Bir diğer ifadeyle, uluslararası hukuktan kaçılmaz, uluslararası hukukun ulusal hukuk tarafından tek başına reddedilmesine izin verilemez.

Böylece uluslararası hukuk, özellikle de insan hakları hukuku, ulusal düzeydeki hukukun üstünlüğünü güçlendirir ve derinleştirir. Ulusal hukuk sisteminde hukukun üstünlüğüne dair boşluklar var ise uluslararası hukuk bir durumu düzeltmek için kullanılabilir.

## Belirli sınırlamalar

Aslında, bu resim çoğu durumda oldukça karanlıktır. Uluslararası insan hakları hukukunun tamamen yürürlükte olması muhtelif yollarla ulusal düzeyde sınırlanabilir.

İlk problem anlaşmalara çekinceler koymaktır. Devletler bir anlaşmaya taraf olma sürecindeyken kendilerine ilişkin belli hükümlerin hukuki sonuçlarını hariç tutmak veya değiştirmek istediklerini beyan ederler.

Bu noktada insan hakları anlaşmalarını, özellikle de uluslararası teamül hukuku statüsüne sahip insan hakları anlaşmalarını, çekincelere tabi tutma noktasında büyük bir ihtilaf var. Birçok kişi bu çekincelerin insan hakları anlaşmalarının gaye ve amaçlarına aykırı olduğunu savunuyor. Öyle görünüyor ki uluslararası insan hakları hukukuna çekinceler koymak, en azından prensipte, ulusal düzeyde hukukun üstünlüğünün menfaatine değil.

## Ulusal düzeyde uygulama

İkinci problem, uluslararası hukuk ile devletler içerisindeki ulusal hukuk arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Daha önce belirtildiği gibi, uluslararası hukukun ulusal hukuktan üstün olduğu ve devletlerin, uluslararası hukuku üstün tutmak ve saygı göstermek zorunluluğu altında olduğuna şüphe yoktur. Ancak soru, bunun, örneğin diğer vatandaşlarla veya devletle bir uyumsuzlukta, ulusal bir hukuk mahkemesinde, uluslararası insan hakları hukukunun vatandaşlar tarafından kullanılabilmesini kapsayıp kapsamadığıdır. Kabaca bu soruyu yanıtlamanın üç yolu bulunmaktadır.

## Monis ve dualis sistem

Bu konuyu tartışırken, anlaşma hukukunu ulusal düzeyde ele almak için önce iki farklı sistemi, monistik ve dualistik sistemi birbirinden ayırmak önemlidir. Yasamadaki politikacıların, devletlerinin bu iki sistemden hangisine ait olduklarını bulmaları önemlidir.

Monis sistemde, uygulamada, en önemli etki, devlet tarafından onaylanan anlaşmaların, üslupları uyarınca ulusal hukuk olarak bağlayıcı hale gelmesidir. Eğer, örneğin, bir devlet bir vatandaşın Uluslararası Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde ortaya konulan serbest konuşma hakkını ihlal ederse, bu takdirde vatandaş, ulusal bir hukuk mahkemesi nezdinde hakkının ihlalden dolayı devleti sorumlu tutabilir. Burada, uluslararası insan hakları hukuku kendi kendine uygulanır. Ulusal hukuk düzeninde doğrudan etkisi bulunmaktadır. Ulusal hukuk düzenine otomatik olarak dahil edilir. Uluslararası hukuk, herhangi özel bir uygulama mevzuatı olmaksızın mahkemelerde uygulanabilir.

Dualis bir sistemde, aynı sonuca erişmek için, uluslararası anlaşmalardaki zorunluluklar ulusal hukuka dönüştürülmeli ve dahil edilmelidir. Temel olarak bu, böyle bir devletin, anlaşma kapsamında üstlenilen zorunluluklara uyumlu hale getirilmesi maksadıyla ulusal mevzuatı gözde-

en geçirmeden uluslararası bir anlaşmayı onaylayamayacağı anlamına gelmektedir.

Ancak, her iki durumda da, anlaşmayı yapan diğer devletlerle ilgili olarak anlaşma zorunlulukları uygulanır. Bu, anlaşmaya taraf devletlerin üstlenilen zorunlulukların ihlalden dolayı birbirlerine karşı sorumlu oldukları anlamına gelmektedir. Yani, eğer bir devlet, diyelim ki, Uluslararası Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde garanti edilen serbest konuşma hakkını ihlal ediyor ise, devlet bu ihalden dolayı bu sözleşmeye taraf diğer devletlere karşı sorumludur.

Eğer, dualis bir sistemde bir anlaşmaya taraf olan devlet, anlaşma kapsamındaki zorunlulukları ulusal hukuka uygun şekilde dönüştürmemiş veya dahil etmemiş ise, hakları ihlal edilen bir vatandaş, devleti ulusal bir hukuk mahkemesinde uluslararası hukukun ihlalden dolayı sorumlu tutmakta zorluklarla karşılaşabilir. Ancak, ilgili konuya bağlı olarak, uluslararası izleme kuruluşları, özellikle uluslararası insan hakları mahkemeleri gibi çareler mevcut olabilir.

Yine üçüncü bir ara durum da bulunmaktadır. Bu teori kapsamında, uluslararası hukuk, ayrı bir sistemin parçası olarak değerlendirilir, ancak belli koşullar altında, herhangi bir uygulama mevzuatı olmaksızın içeriye de uygulanabilir. Çoğu devlet uygulamada bu son pozisyonu kabul etmiştir.

Uluslararası hukuk bu yöntemlerin herhangi birinin kullanılmasını dikte etmez. İlke olarak tümü de tatmin edicidir. Ancak, ana güçlü yönlerin ve zayıflıkların neler olduklarının anlaşılması önemlidir.

Dualis sistemin belli başlı zayıflığı, uluslar arası hukukun ulusal hukuk sistemindeki gücünün, anlaşmanın onaylanmasına ilave olarak devletin hangi işlemi yaptığına bağlı olmasıdır. Devlet sadece uluslar arası hukuku ulusal hukuka dönüştürüp dönüştürmeyeceğine veya dahil edip etmeyeceğine ve ne zaman dönüştüreceğine veya dahil edeceğine karar vermez. Aynı zamanda bunun ne ölçüde yapılacağına da karar verir.

Başka bir deyişle, uluslar arası hukukun ulusal hukuka dönüştürülmesinin veya dahil edilmesinin hiç olmaması veya sınırlı bir derecede olması veya çok yavaş olması mümkündür. Devletin, kendi yetkilerinin uluslar arası hukuk, özellikle insan hakları hukuku ile sınırlandığını gördüğü dikkate alındığında, insan hakları savunucularının, monistik sistemin veya ara pozisyonun dualizme göre tercih edilebilir olduğunu sık sık dile getirmeleri şaşırtıcı değildir.

Ancak, monizmdeki veya ara pozisyonadaki belli başlı problem, ulusal mahkemelerin üzerine ağır bir yük koymasındadır. Uluslar arası hukukun sözcüsü olarak rolünü uygun şekilde yerine getirebilmesi için hakimlerin uluslararası hukuk hakkında çok iyi bilgi sahibi olmaları ve uluslar arası hukukun uygulanmasında çok iyi eğitilmiş olmaları gerekir. İlave bir sorun da, farklı devletlerdeki hakimlerin uluslar arası hukuku oldukça farklı şekilde yorumlamaları ve uygulamalarıdır.

Bu bölümdeki muhakemenin genel uygulaması

Göründüğü kadarıyla, ulusal seviyede hukukun üstünlüğünün niçin uluslar arası hukuka bağlı olduğunu bu bölümde açıklarken, ana odak noktası insan hakları olmuştur. Ancak, bu muhakemenin söz konusu olduğu başka birçok alanın da olduğu aşikar olmalıdır. Bu örnek yoluyla, yalnızca ticareti değil başka birçok alanı da kapsayan, uluslar arası fikri mülkiyet haklarının korunması rejimi veya Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) gözetimi altında akdedilen birçok çok taraflı anlaşmadan bahsedilebilir.

Bu kapsamda, DTÖ Uyuşmazlık Çözümleme Mekanizmasının en azından bir uygulama tedbirini sağlayabilen uluslar arası bir mekanizma olduğundan bahsedilebilir.

### **4.3 Uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünün ulusal hukuka bağlı olmasının nedenleri**

Madalyonun ötesi yüzü ise uluslararası düzeydeki hukukun üstünlüğü ulusal düzeydeki hukukun üstünlüğünden

faydalanır. Aslında görünen o ki uluslararası düzeydeki Hukukun üstünlüğü büyük ölçüde hukukun ulusal düzeyde nasıl uygulandığına dayanıyor.

Hükümet ve Yasa Yapıcıların Rolü

Bu yönden hükümetlerin ve ulusal yasa yapıcıların rolü küçümsenemez. Özellikle, Ulusal anayasal kurallara uyumlu olarak hükümet tarafından yürütülen ve parlamento tarafından onaylanan anlaşmaların ulusal düzeyde hakkıyla uygulanması önemlidir. Referanslar 4.1 ve 4.2 bölümlerinde verilmiştir.

Önemli Bir Soru

Bu bağlamda, ulusal ve uluslararası düzeydeki Hukukun üstünlüğü arasındaki bağlantı hakkında önemli bir sorudan bahsedilmelidir. 3.2.3 bölümünde bazı davalarda Güvenlik Konseyi'nin bazı daimi üyelerinin de BM Sözleşmesi'ni ihlal etmelerine ilişkin göndermeler yapılmıştır.

Bunun üzücü bir örneği 2003'te Irak'a karşı yapılan savaştır. Bu durumda ülkeler hem uluslararası hukuku hem de kendi Hukukun üstünlüğünü ihlal ederek savaşa katılmışlardır. O ülkelerin o zamanki liderleri ulusal çıkarlarının gücün Hukukun üstünlüğüne karşı kullanılmasını gerektirdiğine inanıyorlardı. Bir diğer örnek ise bazı terörle mücadele önlemleri içeriğinin uluslararası insan hakları standartlarına aykırı olmasıdır.

Çok önemli olan bu soru derinlemesine tartışılmalıdır çünkü gelecekte uluslararası barış ve güvenlik için çok büyük önem arz etmektedir. Bu



kısa kılavuzda bu kadar detaya girilmesi mümkün değildir. Fakat bu problemden bahsedilmemesi de haksızlık olurdu.

Hukukun üstünlüğü bütün insanlara her zaman mutlak suretle uygulanması zorunludur. Aynı fikirde insanlara bu fikirleri uygulamak kolaydır fakat kesinlikle aynı fikirde olmayacağınız fikir ve harekette bulunan kişiler söz konusu olduğunda bazı kişilerin bu Hukukun üstünlüğünün bu tür insanlara uygulanmamasını savunabilir.

Yalnız şu kadarını söylemeliyiz ki, majör devletlerin özellikle de Güvenlik Konseyi daimi üyesi olan devletlerin tutumları gelecekte uluslararası barış ve güvenliğin devamlılığı açısından tek başına belirleyici bir faktör olmasa dahi belirleyici bir faktör olacaktır. Burada asıl önemli olan Batılı demokrasilerin yönetimi ele almalarıdır. Esasen bu ülkelerin bu alandaki performansları kusursuz olmalıdır. Fakat ne yazık ki bu durum bugünün dünyasında böyle işlememektedir.

#### Ulusal Mahkemelerin Rolü

Uluslararası hukuku ulusal düzeyde uygulamak için son derece önemli bir diğer unsur ulusal mahkemelerdir. Ulusal mahkemeler devletlerin, örgütlerin ve kişilerin uluslararası hukuk önündeki yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamada kilit rol oynayabilir. Bir bakıma uluslararası düzeydeki Hukukun üstünlüğünün geleceği büyük ölçüde ulusal mahkemelere bağlıdır.

Ulusal mahkemelerin yapacağı katkının sınırının olduğunu söylemeye gerek yok. Bu mahkemeler uluslararası hukukun bütün normlarını uluslararası hukukun *bütün* konuları arasındaki *her* tür anlaşmazlığa uygulayacak durumda *değildir*. Fakat ulusal mahkemelerin katkıda bulunacağı davalar da var. Başka bir ülkeden olan kişileri temel insan hakları ihlalinin sorumlu tutmak adına yargılama yetkisi bulundukları mahkemeler buna örnek olabilir.

Ayrıca uluslararası yasal normları uygulama yetkisini bulunduran ulusal mahkeme davalarında dahi uluslararası mahkemeler son temyiz mahkemesi olması kaçınılmazdır. Bunun sebebi de sadece uluslararası hukukun uygulanması ve yorumlanmasında sağladığı birlik ve tutarlılık değil aynı zamanda ulusal düzeydeki kararların kalitesini ekstra olarak kontrol etme imkânı sunmasıdır.

Örneğin, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin bütün ulusal mahkemeleri ilgili davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulamada aktif ve özenli olursa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu anlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasında hakem olarak başvurulacak son merci olması kaçınılmazdır.

Bununla birlikte ulusal mahkemelerin uluslararası düzeydeki Hukukun üstünlüğünün geleceği için çok büyük önem arz etmesi hususunda çok birçok gerçeklik var. Ulusal mahkemelerin devletlerin, örgütlerin ve

kişilerin uluslararası hukukun önünde yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamada prensipte rol oynayabileceği birçok dava var. Aslında bu mahkemelerin bu rolü oynamada nasıl bu şekilde iyi yerleştirilmiş görüldüğünü anlatan birkaç sebep var.

Ulusal Mahkemeler ne yapabilir

İlk olarak bu mahkemeler uluslararası mahkemeler ve uluslararası anlaşmazlıklar çözen diğer mekanizmaların yetkilerindeki boşlukları doldurabilir.

İkinci olarak ulusal mahkemeler uluslararası anlaşmazlıklar çözen mekanizmalara hızlı ve hesaplı bir alternatif sağlayabilir. Hukukun üstünlüğü mahkeme işlemlerinin erişilebilir olmasını ve adaletin haddinden fazla bekletilmemesini gerektirdiğinden bu çok önemli bir avantajdır.

Üçüncü olarak devletler genellikle bu kurumların yargı yetkilerini kendilerine tabi tutarak uluslararası yargılama merci ve mahkemelerini yetkilendirme konusunda isteksizdirler. Uluslararası hukuk devletlerin güçlerini sınırlandırır ve devletler de bu sınırlamaların kesin kapsamını belirleme noktasında uluslar üstü mahkemeleri yetkilendirmeyi istemezler. Ulusal mahkemeler genellikle daha kabul edilebilir olarak görülür. Daha geniş kabul görme yanında mahkeme kararlarına daha çok riayet etmeyi getirdiğinden bu durum Hukukun üstünlüğü için önem arz etmektedir.

Dördüncü olarak ulusal mahkemeler uluslararası hukuku adapte etmede, yerel olayları daha uzak mahkeme ve kurumlara kıyasla, genellikle daha iyi durumdadır. Yerel hukuki değerler ve normlar hakkında daha çok şey bilir ve bunlarla baş etmede daha fazla deneyime sahiptirler. Özellikle insan hakları alanındaki birçok uluslararası normlar ulusal hukuki norm ve değerlere hassasiyet göstermede bir dereceye kadar izin verdiği için ulusal düzeydeki sözde takdir ve yargılama payı önemli bir avantajdır. Ulusal mahkemelerde alınan kararların devlet ve vatandaşlar tarafından daha kabul edilebilir olması ve dolayısıyla bu kurallara daha kolay riayet edilmesi olasıdır.

Beşinci olarak, ulusal mahkemelerin uluslararası yargılama kurum ve mahkemelerini aşırı dava yükünden koruması gerekir. Esasen sözleşmelerle oluşturulan organlardan önce ulusal kanun yollarının tüketilmesi gerektiğini ve bu kanun yollarının davayı incelemede yetkili olmasını öngören bölgesel insan hakları sözleşmesinin gerekliliğin nedenlerinden biridir.

Bu aynı zamanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'ndeki bütünleyicilik ilkesini koymasının arkasındaki bir diğer nedendir. Bu ilke devletlerin yargı yetkinlikleri karşındaki sürece uluslararası suçlarda yargılama yetkilerinin olması anlamına gelmektedir.

## Tamamlayıcılık prensibi

Uluslararası düzeydeki Hukukun üstünlüğü tamamen uluslararası yargılama ve mahkemelerine bağlı olursa bu kurumlar bu dava yüküyle baş edemez hale gelir ve bu da adaletin haddinden fazla ertelenmesine ve de reddedilmesine sebebiyet verir.

Fakat ulusal mahkemeler bahsedilen rolü yerine getirirse, en üst kaliteyi elde edecekleri gayet açıktır. Daha önce bahsedilen ulusal düzeydeki Hukukun üstünlüğü gerekliliklerini; özellikle bağımsızlık ve tarafsızlık gerekliliklerini yerine getirmelidir. Ulusal mahkemelerin vatandaşlar tarafından yozlaştırıldığı düşüncesi oluşursa bu kurumlar uluslararası düzeydeki Hukukun üstünlüğünün geleceğine olumlu bir katkıda bulunamayacaktır.

Diğer bir ifadeyle ulusal mahkeme kalitesini arttırmaya yönelik çalışmalar sadece ulusal düzeydeki Hukukun üstünlüğünün menfaatine değil aynı zamanda uluslararası düzeydeki kuralların geleceğinin de menfaatine olacaktır.

## 5. DAHA FAZLA OKUMA İÇİN BAŞVURULABİLECEK KAYNAKLAR

Daha fazla okuma yapmak için başvurulabilecek kaynaklar Raoul Wallenberg İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Enstitüsü Ve Hague Hukuku Uluslararasılaştırma Enstitüsü web sitelerinin aşağıda belirtilen linklerinde mevcuttur:

Raoul Wallenberg İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Enstitüsü  
<http://www.rwi.lu.se/>

Hague Hukuku Uluslararasılaştırma Enstitüsü <http://www.hiil.org/>  
Parlamentolararası Birlik web sitesi aşağıdaki linktedir:  
<http://www.ipu.org/english/home.htm>

Dünya Adalet Projesi web sitesi aşağıdaki linktedir:  
<http://worldjusticeproject.org/>

Aşağıdaki yayınlara özel gönderme yapılmıştır:  
26. Yıllık Ülke ve Hükümet Eski Başkanlarının Etkileşim Konseyi Genel Kurulu'ndan Son Deyiş(The Final Communiqué from the 26th Annual Plenary Session of the InterAction Council of Former Heads of State and Government)  
<http://www.interactioncouncil.org/final-communiqu-29> İnsan Hakları: Parlamenterler için el kitabı. Uluslararası

Parlamentolar arası Birliği ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Temsilciliği Ofisi tarafından yayımlanmış, 2005 [http://www.ipu.org/PDF/publications/hr\\_guide\\_en.pdf](http://www.ipu.org/PDF/publications/hr_guide_en.pdf)

21. Yüzyılda Parlamento ve Demokrasi: İyi bir Pratik için Kılavuz. Uluslararası Parlamentolar arası Birliği tarafından 2006'da yayımlanmıştır.

[http://www.ipu.org/PDF/publications/de\\_mocratic\\_y\\_en.pdf](http://www.ipu.org/PDF/publications/de_mocratic_y_en.pdf)

Güvenlik Sektörü Parlamenter Gözetimi. Uluslararası Parlamentolara-rası Birliği ve Silahlı Kuvvetlerin Demokratik Kontrolü Ceneviz Merkezi tarafından 2003'te yayımlanmıştır.

<http://www.ipu.org/PDF/publications/decaf-e.pdf>

İnsan Hakları ve Parlamentolar: Üyeler ve Kadro için el kitabı. Westminster Konsorsiyumu, Uluslararası Barolar Birliği ve UKaid, 2011

[http://www.ibanet.org/Human\\_Rights\\_Institute/About\\_the\\_HRI/HRI\\_Activities/Parliamentary\\_Strengthening.aspx](http://www.ibanet.org/Human_Rights_Institute/About_the_HRI/HRI_Activities/Parliamentary_Strengthening.aspx)

Ulusal Enstitülerin statüsüne dair ilkeler (Paris ilkeleri)

<http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm> Dünya Adalet Projesi himayesi altında kurulan Hukukun

Üstünlüğü İndeksi <http://www.worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>