

bařkan'dan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŐKANI AV. PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU'NUN DANIŐTAYIN 146. YILDÖNÜMÜ VE İDARİ YARGI GÜNÜNDE YAPTIĐI KONUŐMA

Sayın Cumhurbaşkanım,

Huzurlarınızda, Danıştay'ın Sayın BaŐkanı'nın ve tüm idari yargı mensuplarının şahıslarında, Danıştay'ın 146. KuruluŐ Yıldönümü'nü kutluyorum. Görevi, yurttaşı idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı korumak olan bu önemli kurumun, hukukun üstünlüğü ve demokratik hukuk devletinin vazgeçilmezi olduğunu vurgulamak istiyorum.

Bugün Engelliler Haftası'nın ilk günü. Türkiye'de 8.5 milyon engelli yurttaŐımız var. Anayasamızda engellilere yönelik pozitif ayrımcılık hükmünün, toplumsal yaşamın her alanında eksiksiz olarak uygulanmasını dileyerek sözlerime baŐlıyorum. Esasen engelli yurttaŐlarımızın taleplerinin asla ayrıcalık veya ayrımcılık olmadığını, talep edilenin, eşit yurttaşlık temelinde toplumsal hayata katılmaktan ibaret olduğunu dikkatlerinize sunuyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Daha birkaç gün önce, 3 Mayıs "dünya basın özgürlüğü günü"ydü; gazeteciler, hür basın için ağızları bantla kapalı olarak yürümek suretiyle basına yönelik sansürü protesto ettiler ve tutuklu meslektaşlarına özgürlük istediler. Dileriz bundan sonraki yürüyüşler protesto değil, kutlama yürüyüşleri olur.

Hukuk devletinin tanımlayıcı unsuru olan hukuki güvenlik ilkesi, etkin bir idari yargı denetimi olmaksızın hayata geçirilemez. Hukukun üstünlüğüne inanan, insan onurunun korunmasını gözeten, şeklen değil, özde adalet dağıtmayı esas alan bağımsız ve tarafsız bir yargı, demokrasinin ve hukuk devletinin asli unsurudur. Böyle bir yargı, herkeste saygı uyandırır, hukuka uygun davranan herkese güven aşılar.

Unutmayalım ki adaletin tecelli ettiği mahkemeler, hepimizin son sığınağıdır, umut kapılarımızdır. Bu kapıların kapanması, ihtiyaç halinde kolay kolay açılmaması ya da çok geç açılması, hukuk güvenliğini derinden sarsar. Başka bir deyişle, yargının adil davranmadığının yaygın kanaat haline gelmesi, yurttaşların mahkemelerde haklarını alamayacaklarını düşünmeye, suçsuz olsalar bile mahkûm edileceklerinden korkmaya başlamaları durumunda, mülk yani ülke temelsiz kalır. Siyasetin girdiği mahkemeden adalet kaçır. Adaletsiz demokrasi olmaz. Demokrasilerde siyasi partiler, iktidara, yargı tarafından denetlenmeyi peşinen kabul ederek talip olurlar. Elbette bu denetim siyasi değil, hukuki bir denetim olmalıdır. Şu halde yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı, etkinliği, güvenilirliği, her insan için ekmek kadar, su kadar, hava kadar yaşamsal önemdedir. Türkiye’de görevini sorumluluk duygusuyla, fedakârca yerine getirerek adalet dağıtmaya çabalayan binlerce avukat, hâkim ve savcı vardır. Kuşkusuz insanın söz konusu olduğu her yerde insandan kaynaklanan sorunlar da olur. Bu sorunların hiçbiri çözümsüz değildir. Yapılması gereken, yargıya, yargı dışı her türlü müdahaleyi önleyen, güvenilir bir sistemin kurulmasıdır. Bu görev hepimizindir. Çözümler kavga ederek değil, konuşarak bulunur.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bugün avukatlık mesleğinin sorunlarını çözecek, böylece yetmiş altı milyon insanımızın teorik anlamda sahip oldukları hakları kullanabilmelerini sağlamak suretiyle “birey olma mücadelesi”ni başarıya ulaştıracak bir Avukatlık Kanunu’na acilen ihtiyacımız vardır. Böyle bir kanun, ancak Türkiye Barolar Birliği ve baroların öncülüğünde hazırlanabilir. Biz, bu amaçla, Türkiye’nin tüm bölgelerinden katılım sağlayarak, bir çalışma komisyonu kurduk ve taslağımızı hazırladık. Bütün barolarımızdan gelecek görüşler doğrultusunda son şeklini vereceğiz. Aynı dönemde, Adalet Bakanlığı çatısı altında ayrı bir komis-

yon daha kuruldu; biz sorunları birlikte çözmeye irademizin gereğini yaparak o komisyona da katıldık. Bahsettiğim komisyonca hazırlanan ve Adalet Bakanlığınca üzerinde bir kısım değişiklikler yapılarak ilgili kurumların görüşüne sunulan taslağın, baroların delege yapılarını temsilde adaleti hiçe sayarak düzenleyen, avukatlığı sermaye şirketleri eliyle yürütülen ticari bir faaliyet haline getiren, şubeleşmeye izin vermek suretiyle büyük şehirlerde kurulan şirketlerin diğer şehirlerimizdeki avukatlarımızın yaşama alanlarını ellerinden alan düzenlemeleri başta olmak üzere, çeşitli hükümlerine dair çekincelerimizi de ortaya koyduk. Bunları burada tek tek açıklayarak vaktinizi almayacağım. Ancak hem mesleğimiz, hem hukuk devleti açısından hayati sorununuzun, çağdaş bir hukuk eğitiminin yanında, bir an önce avukatlık stajına başlama sınavının ve avukatlığa giriş sınavının getirilmesi olduğunun altını çiziyorum. Görüşe gönderilen taslakta, sınavın Adalet Bakanlığı tarafından yapılması öngörülmektedir. Hâkimlik ve savcılık sınavı Türkiye Barolar Birliği tarafından yapılmadığına göre, avukatlık sınavının Adalet Bakanlığı tarafından yapılmasının öngörülmesini anlamak mümkün değildir. Bu, yeni bir vesayet düzenlemesidir. Öte yandan hali hazırda hukuk fakültelerinde okuyan kırk bir bin öğrenci sınavdan muaf tutulmaktadır. Bu, bugün görev yapmakta olan avukat sayısının en fazla beş yıl içerisinde neredeyse yarı yarıya artması, buna bağlı olarak mesleğin sürdürülebilmesinin imkânsız hale gelmesi demektir. Hukuk fakültelerinde okumakta olan öğrencilerin sınavdan muaf tutulması, onların menfaatine değil, tam aksine zararındadır. Çünkü mesleği sürdürülemez hale getirecek bu orantısız artış, hem mesleğin, yani savunmanın, dolayısıyla demokrasinin kalitesini düşürecek, hem de başa çıkılmaz rekabet genç avukatların geleceklerini karartacaktır.

Kanunla sınav getirilinceye kadar geçerli olmak üzere, staja girişi ve staj bitirmeyi değerlendirme koşullarına bağlayan yönetmelik değişikliği, Avukatlık Kanunu'nun Türkiye Barolar Birliği'ne verdiği yetkiye dayanılarak kabul edilmiş ve Resmi Gazete'de yayımlanmak üzere Başbakanlık'a gönderilmiştir. Ancak Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, usulüne uygun kabul edilmiş bulunan yönetmeliği yayımlamaktan kanuna aykırı bir şekilde imtina etmiştir. Resmi Gazete'nin basılmasından sorumlu olan bir idari makamın kendinde hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisini görmesi,

hem kanun koyucu hem yargı organı yerine geçmesi, hukuk devletinin bütün kurum ve kurallarıyla işlediği bir devlette rastlanması mümkün olmayan bir durumdur. Bu Genel Müdürlük aynı yaklaşımla, bundan böyle, kanunların anayasaya aykırı olup olmadığını da denetleyecek midir? Fonksiyon gaspı teşkil eden hukuka aykırı bu işleme karşı iptal davası açılmıştır.

Danıştay'da meslektaşlarımızın dosya sorgulamalarına getirilen idari kısıtlamaların ve ön büro uygulamasındaki bir kısım hususların mesleğimizi gereği gibi yapmamızı engellediğini, dolayısıyla yurttaşları mağdur ettiğini ve kanuna aykırı olduğunu dile getirmek istiyorum. Bu sorunların dialog yoluyla çözüleceğini ümit ediyoruz.

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği, meslek odaları değildir; devletin üç erkenden biri olan yargı erkinin içinde kurucu unsur olan avukatların örgütlü gücüdür. Bu sebeple, baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin, Avukatlık Kanunu'nun 76. ve 110. maddelerinden kaynaklanan, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak görevi vardır. Bu görevin layıkıyla yerine getirilmesi, tüm toplumun menfaatinedir. Maalesef Danıştay'ın son dönem kararlarında, baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin kanunun anılan maddelerinden kaynaklanan dava açma yetkisi sınırlandırmaya başlanmıştır. Bu, avukatlık mesleğinin ve baroların tarihsel gelişimini, hukukun üstünlüğünün ve demokrasinin sağlanmasındaki vazgeçilmez rolünü görmezden gelmek, yurttaşı ve özellikle yurttaşların çevre hakkını savunmasız bırakmaktır.

Kamu görevlilerinin atama ve nakillerine ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda idarenin savunması alınmadan yürütmeyi durdurma kararı verilemeyeceğine dair İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yapılan değişiklik ile atama ve nakil işleminin iptali halinde kamu görevlisinin eski kadrosuna başka birinin atanması durumunda o kadroya atanamayacağına dair aynı Kanun'un 28. maddesinde yapılan değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, atama ve nakil işlemlerinde etkin idari yargı denetiminin kalmadığı görülmektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından son şekli verilen idari yargıda belirleyici olan İdari Dava Daireleri Kurulu ve Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun yeniden yapılandırıldığı Danıştay Kanunu Tasarısı'nda, ihale, kamulaştırma, özelleştirme, kıyıların ko-

runması, ÇED raporları ve kentsel dönüşüm gibi sorunlu alanlara dair idari işlemler ile kararlardan doğan uyuşmazlıklarda, dava ve temyiz sürelerinin kısılmasına, idarenin bu işlem ve kararlara ilişkin verilen yürütmenin durdurulmasına itiraz yolunun kapatılmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu yanlışlıkların kanunlaşmaması için bireyin en önemli güvencelerinden olan Danıştay'ın ve ilgili herkesin gerekli hassasiyeti göstermesini bekliyoruz.

Öte yandan idari yargı kararlarına uyulmasında gecikme gösterilmesi veya bazen hiç uyulmaması, yurttaşları idari yargının güvencesinden fiilen yoksun bırakmaktadır. Hukuk devletinde, idare, mahkeme kararlarına, bu kararların içeriğinden memnuniyet duymasa da uymak zorundadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Son dönemde yaşadığımız ve geçmişin yasakçı zihniyetini çağrıştıran sosyal medyaya yönelik idari veya yargısal engellemeler, Anayasamıza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a aykırıdır. Üstelik erişimi top yekûn engellemek teknik olarak da mümkün değildir. Yani atılan taş, zedelenen itibara değmemiştir.

Bu engellemelere karşı idari yargının yürütmeyi durdurma kararlarıyla, Anayasa Mahkemesi'nin ihlali tespit edici kararları isabetli olmuştur. Söz konusu kararları hepimiz soğukkanlılıkla değerlendirmeli, eleştirilerimiz varsa bunları da yapıcı bir şekilde ortaya koymalıyız. Öfkeyle kalkan zararlar oturur. Burada zarar, ortak zarardır. Birbirlerine saygı duyarak iletişim kuranlar ise, ortak akla ulaşır.

2011 senesinde Taksim'in 1 Mayıs kutlamalarına açılmasını mutlulukla karşılamış idik. Hatırlanacak olursa, 2011 ve 2012 senelerinde Taksim'de coşkulu kutlamalar gerçekleşmiş, hiçbir olay olmamıştı. Bu sene, Anayasa'nın 34. maddesine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına aykırı olarak getirilen yasak ise, halkı polisle çatıştırmak isteyen provokatörlere uygun iklimi hazırlamış, artık görmek istemediğimiz pek çok üzücü olay yaşanmasına se-

bebiyet vermiştir. Maalesef polis, şiddete başvuran ile barışçıl gösteri hakkını kullanmak isteyenleri birbirinden yine ayırmamış, orantısız güç kullanımı yoluna gitmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Zat-ı Alinize ve buradaki muhterem heyete iletmek üzere, üzerimde bir selam borcu var. Van'da konteyner kentte yaşamaya devam eden kiracıların selamı. Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir. Sosyal devlet, yurttaşın barınma ihtiyacını gidermek zorundadır. Deprem, kiracı-mal sahibi ayrımı yapmadan binaları yıkıp insanlarımızı öldürmüş, deprem konutları ise öncelikli olarak mal sahiplerine ve yalnızca bir kısım kiracıya ise kurayla tahsis edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti bu insanlarımızın mağduriyetini giderebilecek kudrete kuşkusuz sahiptir. Basit bir yönetmelik değişikliğiyle bile çözüm bulunabileceğini düşündüğümüz bu sorunun kısa sürede giderilmesini dileyerek bu selamı sizlere iletiyorum.

30 Mart yerel seçimlerini geçirdik. Açıkça ifade etmek gerekirse, siyasetin dilinin keskinleştiği, buna bağlı olarak toplumda kutuplaşmaların arttığı bir süreç yaşadık. Artık yaraları sarma zamanıdır. Toplumun yeni gerginliklere tahammülü yoktur. Derslerimizi almalı ve yola devam etmeliyiz. Bu noktada üç önemli hususa değinmek istiyorum.

Bunlardan ilki, seçim hukukunda ispatın belgeye dayanmak zorunda olduğu ve mevzuatın, siyasi partilere oy verme ve sayım işlemlerine nezaret etme yetkisini tanımış olmasıdır. Şu halde, mevzuatın kendilerine tanıdığı nezaret etme ve tutanak toplama yetkilerini gereği gibi kullanmayan siyasi partiler, görevlerini aksatmış olur. Böyle bir durumda, seçim sonuçlarına yapılan itirazlar da yeterli dayanaktan yoksun kalır. Delillendirilmemiş itirazlara dayanarak sandığı şaibeli ilan etmek, sandığı itibarsızlaştırmaktır. Demokrasi, kuşkusuz seçim sandığından ibaret değildir, fakat seçmenin seçimler yoluyla iktidarın değişmeyeceğini düşünmeye sevk edilmesi, demokrasiye büyük zarar verir. Bu arada en büyük zararı da muhalefet partileri görür. Çünkü sandık yoluyla iktidarı değiştiremeyeceğini düşünen seçmenler, yılgınlığa düşerler ve en önemli yurttaşlık haklarından olan seçme hak-

larını kullanmaktan vazgeçebilirler. Öyleyse yapılması gereken, siyasi partilerin, seçim mevzuatının kendilerine yüklediği gözetim ve denetim sorumluluğunu disiplinli bir organizasyon içinde eksiksiz yerine getirmeleridir. Ancak bunlar yapıldıktan sonra varsa şaibe iddiaları ileri sürülmeli ve gereğinin yapılması beklenmelidir.

Seçimlere ilişkin değinmek istediğim ikinci husus, kim tarafından, hangi yöntemle kaydedildiği, nerede arşivlendiği, ne zaman kime karşı kullanılacağı belli olmayan ses kayıtlarının, bir seçim malzemesi olarak tedavüle çıkarılmış olmasıdır. Bu seçimlerden kazancımız, özel hayata ilişkin gizli kayıtların sonuç doğuran şantaj malzemesi yapılmasının muteber bir yöntem olmaktan çıkmasıdır. Başka bir ifadeyle, itibarsızlaştırma malzemeleri, onları çekenleri veya üretenleri itibarsızlaştırmıştır. Nitekim kayıtları çekenler, bugüne kadar kimliklerini açıklamaktan imtina etmişlerdir. Yaptıkları iş itibarlı bir iş olsaydı, Snowden örneğinde olduğu gibi kimliklerini açıklarlardı. Bunları söylerken, elbette herkesin, bundan önce benzer şantajlar başkalarına yapıldığında nasıl tavrı sergilediklerini hatırlayarak ders çıkarmaları gerektiğini de ifade etmek istiyorum. Öte yandan, yine Snowden örneğinde, belgeleri yayınlayanlar hakkında Amerika Birleşik Devletleri'nde soruşturmalar açılmadığını, sosyal medya sitelerinin kapatılması yoluna gidilmediğini, yalnızca Snowden'le ilgili takibat yapıldığını belirtmeyi gerekli görüyorum. Demokrasi, zor ama bireylerin özgürlüğünü, hukuki güvenliğini ve toplumun refahını sağlayabilen yegâne yönetim biçimidir. Bizim, zoru başarmak için birbirimizi anlamamız, öfkeyle değil, soğukkanlılıkla hareket etmemiz gereklidir. Katedilen bunca yoldan sonra, akarsuları tersine akıtmaya çalışmak, yönümüzü Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi değerler sisteminden otoriter rejimlere çevirmek, hepimizin zararına olur.

İçeriği suç teşkil eden kayıtlara gelince, bunların montaj veya üretilmiş olup olmadıkları, açılacak soruşturmalarda her türlü şüpheyi giderecek şekilde, tarafsızlığı bilinen uluslararası kuruluşlarca değerlendirilmelidir.

Bu noktada, Dışişleri Bakanlığı'nda yapıldığı anlaşılan ve çok gizli olması gereken bir toplantıda yasa dışı kayıt yapılmasını ve bu kaydın tedavüle çıkarılmasını birkaç cümleyle değerlendirmek gereklidir. Yasa dışı dinlemeye konu olan toplantının, karar verici mevkide olan-

lara görüş sunmak üzere yapılan bir hazırlık toplantısı olduğu anlaşılmaktadır. Toplantıda konuşulan hususlar, yurttan barış dünyada barış ilkesine dayanması gereken dış politikamızın maceracı bir dış politika-ya dönüştürülmek istendiği izlenimini vermiş ve büyük endişe yaratmıştır. Öte yandan bu yasa dışı dinlemenin bir casusluk suçu olduğu ortadadır. Üstelik bu kaydı yapanların daha başka hangi kayıtları yaptıkları bilinmemektedir. Seçimleri etkileyeceği düşüncesiyle tedavüle çıkarıldığı anlaşılan bu konuşmaları kaydedenler, o güne kadar daha başka hangi konuşmaları kaydetmişler ve nerelere servis etmişlerdir? Söz konusu casusluk faaliyeti sebebiyle acaba asker ve polislerimizin canları tehlikeye atılmış mıdır, şehitler verilmiş midir? Suriye'de uçagımızın düşürülmesiyle, savunma sanayimizi dışa bağımlılıktan kurtaran büyük projeleri gerçekleştiren ASELSAN, HAVELSAN, ROKETSAN, TAİ mühendislerinin şüpheli ölümleriyle bu casusluk faaliyetlerinin bir bağlantısı bulunmakta mıdır? Bu ve benzeri soruları her yurttaşın sorma hakkı vardır.

Üçüncü husus, seçimler öncesi gündeme gelen yolsuzluk iddiaları ve soruşturmalardır. Bu soruşturmaların hangi saikle başlatıldığı konusu bir yana, soruşturmaların siyasi iktidar tarafından engellendiği algısının toplumda hakim olması, adalet duygusunu zedelemiştir. Gerçeğin ışığı, yolumuzu aydınlatmadığı takdirde, bundan herkes zarar görecektir.

Bütün bunlardan, devlet içindeki olası gayrimeşru yapılanmalarla mücadele edilmesi ve yolsuzluk iddialarının derinliğine araştırılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bunun için tarafsız, bağımsız ve adil yargılama yapabilen, güvenilir bir yargıya ihtiyaç vardır.

Gayrimeşru yapılanmalarla mücadele refleksi, Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı düzenlemelerin yapılmasına sebebiyet vermemelidir.

Bu çerçevede; Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonucunda Milli İstihbarat Teşkilatı'na verilen kişisel verilere, meslek ve şirket sırlarına, veri tabanlarına yargı kararı olmaksızın erişim yetkisi, yine yargı kararı olmaksızın iletişimi tespit, belli soruşturma ve dava dosyalarına ulaşabilme yetkisi, MİT'in ülke içinde operasyon yetkisiyle donatılması, MİT mensuplarının soruşturmalarının izne tabi kılınması, yeni ve denetimsiz bir kolluk gücü yaratmıştır. MİT'in görev ve faaliyetlerine

ilişkin bilgi ve belgelerin izinsiz yayınlanmasının üç yıldan dokuz yıla kadar cezalandırılan bir suç haline getirilmesi ve yayın sahiplerinin de sorumlu tutulması, kapsamı tamamen belirsiz olan bu suç nedeniyle mecburi otosansür uygulamasına sebebiyet verecektir.

Bu süreçte, Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda değişiklik yapılarak, özellikle Teftiş Kurulu'nun dolaylı olarak Adalet Bakanı'na bağlanması, yargı bağımsızlığıyla asla bağdaşmamıştır. Söz konusu değişiklik, 2010 Anayasa değişikliği referandumunda evet kampanyası yürütülürken öne sürülen temel gerekçelere de açıkça aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda verdiği iptal kararı yerindedir.

2010 referandumu öncesi Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun yapılması yanlıştır. Kapalı devre çalışan, ilk derece hâkim ve savcılarını dışlayan, demokratik meşruiyet sağlamayan bir yapıdır. 2010 sonrası oluşan yapı da maalesef bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlayamamıştır. Şimdi, bağımsız, tarafsız, adil yargılama yapmayı içine sindirmiş, güvenilir ve hesap verebilir bir yargıyı el birliğiyle oluşturma zamanıdır. Bu amaçla, anılan kurulu, hâkimler ve savcılar açısından iki ayrı kurula dönüştüren, yüksek yargının ve ilk derece yargısı mensuplarının seçtiği üye sayılarını dengeleyen, seçimlerin demokratik şekilde yapılmasını sağlayan, aynı zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin de nitelikli çoğunlukla kurullara üye seçmesini öngören, savunmanın yargının kurucu unsuru olduğu hususunu pekiştirmek üzere Türkiye Barolar Birliği'nin de birer üye seçmesini düzenleyen önerimiz, Adalet Bakanlığı'na ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu olan bütün siyasi partilere sunulmuştur. Bahsettiğim somut öneri, Venedik Komisyonu'nun raporlarına, Avrupa Konseyi direktiflerine ve Kopenhag ölçütlerine uygun hazırlanmış, yapıcı bir öneridir. Ne yazık ki bu önerimizle ilgili herhangi bir değerlendirme hiçbir siyasi partiden şu ana kadar gelmiş değildir.

Son olarak huzurlarınızda, devlet içinde ve özellikle yargı ile emniyet teşkilatında bulunduğu iddia edilen gayrimeşru yapılanmalara ilişkin inceleme yapmak, durum tespitlerinde bulunmak ve çözümler geliştirmek üzere yasama organının meclis araştırması başlatmasını öneriyoruz. Böyle bir meclis araştırmasında herkes tabiri caizse eteğindeki taşları dökebilecek ve pek çok konu açıklığa kavuşabilecektir. Türkiye Barolar Birliği olarak, kesin hükümle neticelenmiş Balyoz davasını özellikle sahte deliller açısından inceleyen raporumuzu ha-

zırladığımızı ve yakında hem kamuoyuyla paylaşacağımızı hem de önerdiğimiz gibi meclis araştırması komisyonu kurulacak olur ise, bu komisyona da takdim edeceğimizi bilgilerinize sunuyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Malumlarınız olduğu üzere Türkiye Barolar Birliği'nin somut önerisi de dikkate alınarak Özel Görevli Mahkemeler ve Terörle Mücadele Mahkemeleri Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kaldırılmıştır. Böylece son 44 yıldır ilk kez, ülkemiz çift başlı ceza yargısı sisteminden kurtulmuştur. Başta Zat-ı Aliniz ve siyasi iktidar olmak üzere, ana muhalefet partisine ve mecliste grubu olan bütün siyasi partilere ve sayın milletvekillerine bu önemli adım için teşekkür ediyoruz. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluğa ilişkin bireysel başvurularda vermiş olduğu ihlal kararlarını takiben genel mahkemelerce tutukluluk incelemesi yapılarak çok sayıda tahliye kararları verilmiş, KCK davası olarak bilinen davanın görülmesi genel görevli mahkemeye aktarılmış ve peşi sıra tahliyeler gelmiştir.

Ancak özel görevli mahkemelerce sebep olunan mağduriyetlerin giderilmesi için gerekli olan diğer düzenlemeler henüz yapılmamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2 Temmuz 2012 tarihinde özel görevli mahkemelerin kaldırılmasına dair kanunu kabul ederken bu mahkemelerin ellerindeki işlere bakmaya devam etmelerini öngören geçici 2. madde düzenlemesini getirmemiş olsaydı kamuoyunda Balyoz, Ergenekon, Fenerbahçe davası olarak bilinen pek çok dava genel görevli mahkemelerce görülecek idi. Dolayısıyla anti-demokratik olduğu doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilmiş olan mahkemelerin bu kabulden sonra hala yargılamaya devam etmeleri gibi hukukla izahı mümkün olmayan bir durumla ve vicdanen kabul edilmesi mümkün olmayan hükümlerle karşılaşılmayacaktı. Öyleyse bu hukuksuzluğun yol açtığı mağduriyeti giderme yükümlülüğü yine Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görevidir. Türkiye Barolar Birliği söz konusu haksızlığın giderilmesi için 2 Temmuz 2012'yi milat olarak kabul eden, bu tarihten sonra karar verilip henüz kesinleşmemiş olan hükümlerin Yargıtay'ca başka bir inceleme yapılmaksızın bozulmasını, kesinleşmiş olanların ise, sırf bu sebeple yeniden yargılamaya tabi olmasını öngören somut bir çözüm önerisi ortaya koymuştur. Ancak şu ana kadar bu yönde bir gelişme maalesef sağla-

namamış, mağduriyetler giderilememiştir. Türkiye'nin güvenilir bir ceza yargılamasına sahip olması için önerdiğimiz diğer bazı çözümler ise şunlardır:

- Demokratik ülkelerde emsali bulunmayan gizli tanıklık kurumunun kaldırılması;
- Güvenilirliği olmayan, üzerlerinde- montaj ve oynama yapılması mümkün olan ses bantları ve dijital verilerin tek başına delil olmasının yasaklanması;
- İçi boş gerekçelerle verilen mahkûmiyet ve tutuklama kararları sebebiyle Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce veya Anayasa Mahkemesi'nce tazminata mahkûm edilmesi durumunda, bu tazminat nedeniyle sorumlu hâkime rücu edilmesinin sağlanması.

Bu düzenlemeler yapıldığında, Türkiye, hukuk devleti olma yolunda çok önemli bir mesafe katedecek, bunu başaran ve katkı sağlayan siyasetçiler de bu başarının onurunu yaşayacaklardır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Dünyanın bu güzel ülkesinde yaşayıp, 1960 askeri darbesi sonunda ülkemizin başbakanının, bakanlarının asılmalarının üzüntüsünü; üç fidanımız Deniz, Hüseyin ve Yusuf'un idamlarının acısını yüreğinde hissetmeyenimiz var mıdır? Ethem Sarısülük, Mehmet Ayvalıtış, Abdullah Cömert, Komiser Mustafa Sarı, Medeni Yıldırım, Ali İsmail Korkmaz, Ahmet Atakan, Berkin Elvan, Hasan Ferit Gedik evlatlarımızın yasını tutmayanımız olabilir mi? Uludere'de savaş uçaklarınca param parça edilen 34 yurttaşımızın; Sivas'ta, Kahramanmaraş'ta, Çorum'da, Reyhanlı'da katledilen canlarımızın dağlamadığı yürek var mıdır? Uludere katliamının takipsizlikle, Sivas davasının bir kısım sanıklar için zamanaşımıyla sonuçlanmasını içimize sindirebildik mi? Mardin Derik'te, Hakkâri Yüksekova'da, Şırnak Silopi'de, Muş Altınova'da, Bitlis Yaygın köyünde terörle mücadele adına işlenen cinayetleri ve daha nice faili meçhul cinayeti meşru görüp faillerini arayıp bulmaktan, cezalandırmaktan vazgeçebilir miyiz? Sırf komünist olduğu gerekçesiyle sürgün yiyen, cezalandırılan şairlerimiz, yazarlarımızın, Nazım Hikmetimizin çekti-

ği acıları görmezden gelebilir miyiz? Peki, bu ülkenin bir büyükşehir belediye başkanının şiir okuduğu için niyet okuma yöntemiyle hapse atılmasını bugün hala içine sindiren var mıdır? Hrant Dink'in yazısının içinden cımbızla iki cümle çekip, yazının tamamını okumaya gerek bile görmeyenlerce mahkûm edilmesini ve sonra katlini, boğazı düğümlemeden, yüreği sıkışmadan konuşabilenimiz olabilir mi? Bu topraklar sayılamayacak kadar çok zulme tanıklık etti. Tuvalete bile gidemeyecek kadar ağır hasta olmasına rağmen her an kaçabilir diye yatağa zincirlenerek ölümüne seyirci kalınmış Kuddusi Okkır, Prof. Dr. Uçkun Geray, İlhan Selçuk, Türkan Saylan, Engin Aydın, Kaşif Kozinoğlu, Albay Halil Yıldız, Albay Ali Tarık Akça, Yarbay Ali Tatar ve en son Albay Murat Özenalp... Vicdanlarımız kanamıyor mu?

Bombalanmış, boşaltılmış köyler, yakılan ormanlar, faili meçhul cinayetler, altı bini çocuk tam on altı bin kayıp, çocuklarını bekleyen "cumartesi anneleri", eşlerini babalarını bekleyen "vardiya bizde" ciler ve "sessiz çığlık" çılar, tırmanan çocuk işçiliği, şafak vakti operasyonları, sonu gelmeyen davalar, karartılan hayatlar, şiddet mağduru kadınlar, dinlemeler, fişlemeler, basılmadan yasaklanan kitaplar, Gezi olayları esnasında sırf yaralılara yardım ettiği için yargılanan doktorlar ve benzeri yürek yaraları çözümsüz bırakılabilir mi?

Öte yandan, sanatsız bir toplumun hayat damarlarından biri kesilmiş sayılacağına göre, Türkiye Sanat Kurumu Kanunu Taslağı sebebiyle kendi geleceklerinden ve Türkiye'de sanatın geleceğinden haklı bir endişeye kapılmış sanatçılarımızın, sanata özgürlük isteyen çığlıklarını duymayacak mıyız?

Varsın yürekleri taşlaşmış olanlar yine kızsın söylediklerimize. Ben, ülkemin Cumhurbaşkanı, Başbakanına, iktidar ve ana muhalefet partilerine, diğer tüm siyasi partilere ve milletvekillerimize sesleniyorum. Bu sessiz çığlığı duyalım, ilk sırada özel görevli mahkemelerin sebep olduğu mağduriyetler olmak üzere bu sorunları yarından tezi yok el birliğiyle gidermeye başlayalım.

Saygılarımla.

ULUSLARARASI HUKUKTA KÜRESEL ANAYASACILIK TARTIŞMASI

THE DEBATE OF GLOBAL CONSTITUTIONALISM IN INTERNATIONAL LAW

Gökhan ALBAYRAK*

Özet: Uluslararası hukuk literatüründe anayasacılık ve anayasa söylemi göreceli olarak eski olmasına rağmen son yıllarda daha çok kullanılmaya başlanmıştır. Küresel anayasacılık görüşleri uluslararası toplum kavramını uluslararası hukuk çalışmalarına katmakta ve bu bağlamda uluslararası ilişkiler teorilerinin işbirliğini ve normları öne çıkaran fikirleri ile eklemektedir. Küresel anayasacılığın akademik bir hareket ve algılama biçimi özelliği de görülmektedir. Uluslararası hukukta üst konumda olan normların varlığı ve işbirliği normlarının gelişmesi küresel anayasacılık tartışmalarını da beslemektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasacılık, Küresel Anayasacılık, Uluslararası Toplum, Birleşmiş Milletler Şartı, *jus cogens*

Abstract: The discourse of constitutionalism started to be used in recent years in the literature of international law despite being relatively old. The discussions of global constitutionalism blend the concept of international society into the works of international law and in this regard these discussions are being articulated with international relations theories highlighting international cooperation and norms. Moreover, there is also an academic effort and perception to consider global constitutionalism as a part of international law theory. The existence of higher norms and the development of cooperation norms in international law also feed the debates of global constitutionalism.

Keywords: Constitutionalism, Global Constitutionalism, International Society, Charter of the United Nations, *jus cogens*

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

Giriş

Gelişmiş her toplumun bir anayasası bulunmaktadır. Bu anayasa yazılı veya yazısız olabilir. Genellikle belirtildiği gibi “anayasa” kavramının iki anlamı söz konusudur. Maddi anlamda anayasa kavramına göre bir kuralın anayasallığı, içeriğine bakılarak öğrenilir (devletin temel kurallarını düzenlemesi gibi); şekli anlamda anayasa kavramında ise kuralın statüsel olarak normlar hiyerarşisinde en üst konumda olmasına bakılır.¹ Uluslararası hukuk doktrini bakımından da bir “anayasallaşma” tartışması yaşanmaktadır. Bazı yazarlar anayasayla devletin sıkı ilişkisine rağmen, devlet dışında oluşacak toplumların da anayasası olabileceğini, anayasa kavramının sadece devlete özgü bir kavram olmadığını söylemektedirler.² Bu tartışmada hem maddi anlamda hem de şekli anlamda anayasa kavramına bir atf yapılmaktadır. Küresel anayasacılık (*global constitutionalism*) etrafında toplayabileceğimiz görüşler, uluslararası alanda da bir anayasallaşma eğilimi görmektedirler. Aslında tartışma pek de yeni değildir. 20. yüzyıla beraber bu tartışma başlamıştır denebilir. Birleşmiş Milletler’in kuruluşuyla da küresel anayasacılık görüşleri alevlenmiş ve günümüze kadar gelmiştir. Uluslararası alanda bir anayasanın oluştuğunu veya geliştiğini belirtenler ise genellikle “uluslararası topluma” göndermede bulunurlar. Şekli ve maddi anlamda anayasa kavramı küresel anayasacılık tartışması bağlamında da anlam taşımaktadır. Karoline Milewicz yazdığı makalede küresel anayasacılık tipleri bağlamında bir tablo yapmıştır.³

Tablo.1.Küresel Anayasacılık Tipleri

Şekli Normların Kurumsallaşması			
Maddi Hükümlerin Kurumsallaşması	Hayır		Evet
	Hayır	Anayasallaşma Yok	1.Şekli anayasallaşma
	Evet	2.Maddi Anayasallaşma	3.Küresel Anayasallaşmanın Kapsanması

¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, s. 13

² Mahmut Göçer, “Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt. 57(2),2002,s. 4

³ Karoline Milewicz, “Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.16(2),2009,s. 433

Fakat “anayasal dilin” uluslararası hukuk çalışmalarında kullanılması doktrinde bir kafa karışıklığı da yaratmıştır, zira bir hükümetler arası örgütün hukukunun anayasallaşması veya uluslararası toplumun hukukunun anayasallaşması konusunda yeteri kadar ayırım yapılmamaktadır.⁴ Makalede üzerinde durulacak konu, uluslararası toplum bağlamında bir anayasal hareketin var olup olmamasıdır.

Bu bakımdan makalemizde küresel anayasacılık fikrinin gelişimine, temel kavramlara, uluslararası toplum söylemiyle küresel anayasacılık arasındaki bağlara ve tartışmanın günümüzdeki seyrine bakılacaktır.

1. Anayasa ve Anayasacılık Kavramları

Küresel anayasacılık kavramını anlayabilmek için anayasa ve anayasacılık kavramlarının anlamına bakmak gerekir. Anayasa ve anayasacılık kavramları birbirleriyle sıkı ilişkileri olan kavramlar olmalarına rağmen aralarında farklar bulunmaktadır. Anayasa şekli anlamda diğer olağan kanunlardan farklı ve daha zor bir şekilde değiştirilebilen ve daha üst konumda olan, maddi anlamda ise toplumun organları ve yasama ilkeleri haricinde gelecek hukuk kurallarının da sınırlarını çizen üstün normdur.⁵ Anayasacılık ise bir harekettir ve bir anayasanın var olmasıyla birlikte bu anayasanın içeriği ile de ilgilenir. Mutlak iktidarın bir parlamento ile sınırlandırılması, tarafsız mahkemeler tarafından adil bir yargılanma, insan haklarının genişletilmesi, geliştirilmesi ve korunması gibi talepler bu hareketin içeriğini belirler.⁶ Anayasaya sahip her devlet anayasacılık hareketinin taleplerini karşılamayabilir ve bu anlamda “anayasal devlet” olmayabilir. Anayasacılığın tanımı bir yazar tarafından şu şekilde verilmiştir:

“...anayasacılık, daha somut olarak, devletin temel işlevlerinin farklı organ veya makamlar arasında paylaşılmasını, temel hakların anayasal olarak tanınıp güvence altına alınmasını, devlet iktidarının belli hukuk kurallarına

⁴ Bardo Fassbender, “The Meaning of International Constitutional Law”, *Transnational Constitutionalism*, ed. Nicholas Tsagourias, Cambridge University Press, New York, 2007, s. 311

⁵ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Jersey, 2006, ss. 124-126

⁶ Mümtaz Soysal, *Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1979, ss. 10-11

*bağlanmasını ve bütün bu hususların nihai güvencesi olarak bağımsız mahkemelerin tesisini gerektirmektedir.”*⁷

Küresel anayasacılık da yukarıda gösterdiğimiz anayasacılık gibi bir hareket ve dünyanın ahvaline bakış şeklidir. Bu bağlamda küresel anayasacılığın akademik bir hareket veya bir efor olduğu söylenebilir. Ayrıca küresel anayasacılık idealizm, liberalizm, İngiliz Okulu ve normatif teorideki görüşler gibi uluslararası ilişkilere “iyimser” bir yaklaşımdır ve paradigması etik ilkeleri görmezden gelmez.

Küresel anayasa yerine küresel anayasacılık çerçevesinden tartışmayı sürdürmek ise anayasacılığın bir süreç olması ile bağlantılıdır. Anayasa söylemi daha statik bir yaklaşımı çağrıştırırken, anayasacılık ise anayasal hareketin bir süreç olduğunu ortaya koyar.⁸ Aynı şekilde Marc Weller’e göre de küresel anayasacılık kavramı geleceğe yönelik ve proaktif bir anlamı haiz iken, küresel anayasa daha pragmatik olarak ve şimdiye yöneliktir.⁹ Fakat her yaklaşım tarzı da birbirine bağlıdır. Çünkü küresel anayasacılığın geleceğe ve sürece yönelik tavrı şimdinin ve geçmişin doneleriyle incelemesine başlar.

2. Alfred Verdross ve Uluslararası Ölçekte Anayasa Kavramı

Alfred Verdross 1890 ile 1980 yılları arasında yaşamış, Innsbruck doğumlu Alman kökenli bir hukukçudur. Eserlerini uluslararası hukuk alanında vermiştir. Yaşadığı dönem itibariyle Birinci ve İkinci Dünya Savaşları’nı, Soğuk Savaşı, Milletler Cemiyeti’ni ve Birleşmiş Milletler’i görmüştür. Bir uluslararası hukukçu olarak uluslararası alandaki kırılmaları yaşamıştır.

Verdross’un, anayasa kavramını uluslararası alana taşıyan ilk yazarlardan biri olduğu bilinmektedir.¹⁰ Verdross ilk çalışmalarında

⁷ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 18*

⁸ Christian Walter, “International Law in the Process of Constitutionalization”, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, ed. Janne E. Nijman, André Nollkaemper, Oxford University Press, New York, 2007, s. 193

⁹ Marc Weller, “The Struggle for an International Constitutional Order”, *Routledge Handbook of International Law*, ed. David J. Armstrong, Routledge, New York, 2009, ss. 180-181

¹⁰ Thomas Kleinlein, “Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol.4(2), s. 388

anayasa kavramına uluslararası hukukun bütüncül bir hukuk sistemi olduğunu vurgulamak için başvurmuştur. Ayrıca uluslararası hukukun iç hukuktan üstün olduğunu savunarak monist bir çizgiyi benimsemiştir.¹¹ Daha sonraki çalışmalarında Verdross özsel olarak uluslararası hukuk kurallarına bakmıştır. Verdross'a göre uluslararası alanda ortaya çıkan kuralların istisnasız hepsi devletlerin rızasına dayanmaz. Bazı çok önemli kurallar, devletlerin çıkarlarından ve rızalarından bağımsız olarak uluslararası toplumun çıkarlarına yöneliktir.¹² Bu kurallar *jus cogens* olarak adlandırılır. Verdross'un *jus cogens* tasarımı anayasacılık görüşlerinin de bir yansımasıdır. 1937 yılı gibi çok erken bir tarihte yayınladığı makalesinde uluslararası toplumun etiğine zarar veren (*contra bono mores*) antlaşmaların geçerli olamayacağını ve uluslararası alanda temel bazı kuralların olduğunu öne sürmekteydi.¹³ Verdross'un çalışmaları yıllar sonra Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne de yansımış ve *jus cogens* nitelikte normlar pozitif hukukta da kabul edilmiştir.

Emredici nitelikte kuralların varlığının kabul edilmesi küresel anayasacılık görüşlerine de güç katmıştır. Bu yüzden Alfred Verdross'un görüşleri daha sonraki uluslararası hukuk çalışmalarını da etkilemiştir. Uluslararası hukuk doktrininde "uluslararası toplum okulu"nun doğması bakımından bir öncül olmuştur.

3.Uluslararası Toplum ve Uluslararası Hukuk: Anayasa Düşüncesi için Bir Başlangıç

Roma hukukundan kalan "*ubi societas ibi jus*" sözü toplum ve hukuk kavramlarının birbirine ne kadar bağlı olduğunu gösterir. Sürekli ilişkiler kuran insan grupları bir süreç sonunda toplum halinde algılanır. Siyasal düşüncede de ortaya konulduğu gibi belli ihtiyaçlar insan gruplarını bir toplumsal sözleşme etrafında birleştirir. Toplumsal sözleşme fikirleri günümüzün sosyal bilim anlayışında hala etkisini göstermektedir.

¹¹ Bruno Simma, "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law", *European Journal of International Law*, Vol.6,1995,s. 45

¹² Aoife O'Donoghue, "Alfred Verdross and the Contemporary Constitutionalism Debate", *Oxford Journal of Legal Studies*, October 2012,ss. 8-10

¹³ Alfred Verdross, "Forbidden Treaties in International Law", *American Journal of International Law*, Vol.31,1937,ss. 571-577

Bir toplumun ortaya çıkmasında üyelerinin ortak çıkarlarının kurucu bir etkisi vardır. Grubun üyeleri güvenlik, beslenme veya ortak gelecek planları vb. bağlamında birbirlerine yakınlaşırlar. Bu yakınlaşma bir “biz” ve “kendi” algısı yaratır. Uluslararası ölçekte de devletler arasında tarihin son yüzyıllarında belli ortak çıkarlar görülmeye başlamıştır ve bu durum uluslararası toplumun¹⁴ oluşmaya başladığı yönündeki tespitleri de beraberinde getirmiştir. Uluslararası alanda bir dayanışma ve birleşme gücünü sağlayan ortak menfaatlerin olduğu görülebilmektedir ve bu menfaatlerin gerçekleştirilmesi için tüm toplum üyeleri çaba sarf etmek zorundadır.¹⁵ Dolayısıyla bu menfaatlere zarar veren devletlerin topluma karşı *erga omnes* yükümlülükleri mevcuttur. İngiliz Okulu’nun en önemli temsilcilerinden Hedley Bull uluslararası toplumun kuruluşunda ortak çıkarlara ve değerlere vurgu yapmaktadır.¹⁶ Aynı okulun görüşlerinde uluslararası toplum, ortak kurallar ve kurumlar tarafından şekillenir.¹⁷ Uluslararası hukuk, uluslararası toplumun ortak menfaatleri etrafında uzlaşılarak oluşur ve uygulama gücü buradan gelir. Ayrıca son yıllarda uluslararası alanda insanlığın ortak mirası, ortak kaygı, küresel kamusal mallar gibi söylemler bir meşruluk ve ortaklık zeminin oluştuğunu göstermektedir.¹⁸ Bir hükümetin olmadığı uluslararası alanda oluşan uluslararası hukukun bu bakımdan iç hukukla ayrılan bir yönü, iç hukukun çoğu zaman hükümet tarafından sosyal politika aracı olarak kullanılmasına rağmen uluslararası hukukun böyle bir özelliğinin yok denecek kadar az olmasıdır.¹⁹ Uluslararası toplumun hukuku içerisinde gelişecek bir anayasada da sözü edilen özellik çok sınırlı olarak mevcut olacaktır.

¹⁴ Sosyolojide topluluk(gemeinschaft) ve toplum(gesellschaft) arasındaki ayrım Ferdinand Tönnies’den beri geliştirilmeye çalışılsa da yazımızda toplum kavramı her ikisi arasında bir ayrım yapmayacak şekilde kullanılmaktadır.

¹⁵ Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Topluluk Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt. 16, S.1-2, 2010, ss. 49-50

¹⁶ Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Macmillan, London,1977, s. 13

¹⁷ Balkan Devlen ve Özgür Özdamar, “Uluslararası İlişkilerde İngiliz Okulu Kuramı: Kökenleri, Kavramları ve Tartışmaları”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt.7, Sayı. 25, 2010, s. 48

¹⁸ Daniel Bodansky, “What’s in a Concept? Global Public Goods, International Law and Legitimacy”, *European Journal of International Law*, Vol.23(3),2012, ss. 651-668

¹⁹ Peter Wilson, “The English School’s Approach to International Law”, *Theorising International Society: English School Methods*, Ed.Cornelia Navari, Palgrave, New York, s. 169

Uluslararası hukukun bu rolü ancak devletlerin iradesi bu yönde birleşirse mümkün olabilir. Oluşacak şartlar ve paradigmanın değişimi ise uluslararası anayasanın sınırlı olan bu yönünü değiştirebilir.

Uluslararası toplumun bir hukuku olduğu düşünülduğünde, bu hukukun kurumsallaşması yönünde uluslararası toplumun anayasasının da bulunduğu ortaya konulmuştur. Böyle bir anayasayı inceleyenler kavramı iki yönüyle düşünmüşlerdir. İlk olarak anayasanın diğer normlar üzerindeki “üstünlüğü” yönüyle ve daha sonra toplum hayatını düzenleyen “temel kurallar” yönüyle kavram irdelenmiştir.²⁰

Uluslararası toplumun gelişmesi devlet gücünün zayıflamasını telafi eder şekilde görülmüştür. Bu görüş küresel anayasacılık fikrine de eklenmiştir. Küresel anayasa devletin fonksiyonlarının yerine geçmesi bir anlamda onu telafi edici bir anayasa statüsüne çıkarmaktadır. Telafi edici anayasacılık(*compensatory constitutionalism*) fikri bu bağlamda Anne Peters’in yayınladığı bir makaleye dayanmaktadır. Peters’a göre devletin küreselleşme ile birlikte düzenleyicilik faaliyeti azalmakta ve telafi edici olarak uluslararası anayasacılık devreye girerek anayasal faaliyette bulunmaktadır.²¹ Ticaret, güvenlik, insan hakları, çevre, iletişim alanlarında devletin rolü günden güne uluslararası alana kaymaktadır. Devletler arasında artan karşılıklı bağımlılık, düzenleyicilik fonksiyonunu uluslararası alana kaydırmaktadır. Uluslararası hukukta değer olarak karşılılık ilkesi yerini karşılıklı bağımlılık gereği ortak çıkara bırakmaktadır.

Telafi edici anayasacılık görüşünün farklı bir yansıması Christian Tomuschat’ın yaklaşımında görülmektedir. Tomuschat, bazı önemli uluslararası sözleşmelerin oluşturduğu uluslararası hukuk parçalarını ulusal anayasalara ek bir anayasa olarak görür.²² Böylece uluslararası anayasal normların ilave olarak ulusal anayasacılığı geliştirdiği söylenebilir. Uluslararası anayasa ulusal anayasaya yardımcı olan ve onu

²⁰ Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des Cours*,250, 1994,s. 260

²¹ Anne Peters, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*,Vol.19,2006,ss. 579-610

²² Armin von Bogdany, “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 47(1),2006,ss. 227-228

geliştiren ek bir anayasadır. Ayrıca ulusal anayasaların alanının küreselleşme ile ortaya çıkan ortak alanlara kadar genişleyemediği²³ ve bu boş kalan alanların ise küresel anayasa ile doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Gerçekten çevre sorunları, insan hakları, uluslararası ticaret düzeni, açık denizler, uzay gibi alanlar ulusal anayasaların kapsamını aşmaktadır.

Uluslararası hukukun gün geçtikçe uluslararası toplum ve menfaatlerini dikkate alması hususunun uluslararası hukukta aktör bazlı yaklaşımdan nesne bazlı yaklaşıma geçişin bir göstergesi olarak algılanmaya başladığı görülmektedir. Bu geçiş bakımından uluslararası hukuki kişiler üzerinden yapılan bir inceleme yerine uluslararası hukuk ilişkisi penceresinden olaylar değerlendirilmeye başlamıştır.²⁴ Bir anlamda küresel anayasacılık hareketi uluslararası hukukun tek aktörü olarak devleti gören yaklaşımdan, uluslararası hukukun en son "amacı" olarak bireyi gören yaklaşıma ulaşmayı hedefler ve uluslararası hukukun normatif kaynağı olarak egemenlik ilkesinden insanlık ilkesi düşüncesine doğru yaşanan bir kırılmayı temsil eder.²⁵

Ulusal hukuklarda yer alan anayasaların genellikle tek bir metinde yer alan kurallar bütünü olduğu görülür. Uluslararası toplumun anayasası ise yazısız anayasalara benzemektedir. Uluslararası hukukun karmaşık ve dağınık yapısı anayasal normların da dağınık olmasına neden olmaktadır. Ayrıca uluslararası anayasa sözleşmelere de dayanmasına rağmen daha çok örf ve adet kaynaklıdır. Tek bir metnin anayasa olarak var olmaması bakımından uluslararası anayasa İngiliz anayasasına benzer. İngiliz anayasası da farklı tarihlerde çıkarılmış kanunların bir birleşimi olarak görülür. Bu metinlere örnek olarak Magna Carta Libertatum(1215), Petition of Rights(1628), Habeas Corpus Act(1679), Bill of Rights(1689) ve Act of Settlement(1701) verilebilir. Uluslararası anayasal normlar Birleşmiş Milletler Şartı'nda bulunabileceği gibi, uluslararası hukukun temel kuralları olarak görülen

²³ Lars Viellechner, "Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutional and Pluralist Approaches to the Globalization of Law", *Goettingen Journal of International Law*, Vol.4(2),2012, s. 605

²⁴ Christian Walter, *a.g.m.*,ss. 204-208

²⁵ Anne Peters, "Membership in the Global Constitutional Community", *The Constitutionalization of International Law*,ed. Jan Klabbbers, Anne Peters, and Geir Ulfstein, Oxford University Press, New York, 2009,s. 156

jus cogens normlar da buraya dahil olarak görülebilir. Bunun yanında maddi anayasa bağlamında önemli örf ve adet kuralları da bu normlara eklenilebilir.

3.1. Bir Anayasa Olarak Birleşmiş Milletler Şartı?

Bugün uluslararası alanda kapsamıyla, taraf olan devletleriyle ve işleviyle Birleşmiş Milletler Şartı belki de uluslararası antlaşmalar içinde en önemli olanıdır. 1945 yılında İkinci Dünya Savaşı'nın külleri üzerinde Birleşmiş Milletler'i kuran Şart, bazı yazarlar açısından uluslararası toplumun anayasası olarak görülmüştür. Uluslararası toplumun en önemli iki unsuru olan barış ve güvenliğin korunması ve insan haklarının güçlendirilmesi alanlarında işbirliğin zeminini ortaya koyan bir antlaşmadır. Şartın ilk maddesinde örgütün bu amaçları belirtilmiştir. Ayrıca Şart'ın ilk iki maddesinde²⁶ düzenlenen amaçlar

²⁶

“Madde 1

Birleşmiş Milletler'in amaçları şunlardır:

1. Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla, barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek;
2. Uluslararası, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak;
3. Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmeye ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve
4. Bu amaçlara ulaşılması yolunda ulusların giriştikleri eylemlerin uyumlaştığı bir odak olmak.

Madde 2

Birleşmiş Milletler örgütü ve üyeleri, 1. maddede belirtilen amaçlara ulaşmak üzere aşağıdaki ilkelere uygun biçimde hareket edeceklerdir:

1. Örgüt, tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur.
2. Tüm üyeler, üyelik sıfatından doğan hak ve çıkarlardan tümünün yararlanmasını sağlamak için işbu Şart'a uygun olarak üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirirler.
3. Tüm üyeler, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarını, uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde, barışçı yollarla çözerler.
4. Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.

ve ilkelerin maddi anlamda anayasal nitelikte ve *jus cogens* konumunda olduğu belirtilmiştir.²⁷

Bu istikametteki görüşlere önemli katkı yapan Bardo Fassbender'e göre, Şart'ın oluşturulması yeni bir uluslararası düzene geçişi simgeler ve bir "anayasal an"dır. Farklı bir hukuki topluluk amaçlarını ortaya koymuştur.²⁸ Ayrıca Fassbender'e göre bir anayasada olması beklendiği gibi, Şart'ta yönetim sistemi belirlenmiştir. Güvenlik Konseyi, barış ve güvenlik konularında hem bağlayıcı karar alabilmesi ile yasama, kararları uygulama bakımından ise yürütmeye benzer şekilde yetkileri haizdir. Uluslararası Adalet Divanı ise örgütün yargı organıdır. Ayrıca yine bazı yazarlar tarafından Şart, anayasal nitelikte olan 103. maddeyi içermektedir ve bu maddeye göre Birleşmiş Milletler Şartı'ndan doğan yükümlülükler üyelerin başka antlaşmalardan doğan yükümlülükler üstün gelir.²⁹ Bu üstünlük hem Şart'ın içeriğinden doğan yükümlülükler hem de Şart'ta öngörülen yetkili organların kararlarından doğan yükümlülükler için geçerlidir. Şartta bir üstünlükten bahsedilmiştir fakat bir çatışma durumunda diğer yükümlülüklerin geçersizliğinden bahsedilmemiştir. Çoğunluk görüşüne göre bahsedilmeme hususunu çatışma durumunda diğer yükümlülüklerin geçici bir askıya alınması şeklinde yorumlamak gerekir, yani geçersiz kılınma söz konusu değildir.³⁰ Fakat akılda tutmak gerekir ki, iç hukuklarda da anayasa ile anayasaya aykırı olan kurallar aynı hukuk alanında yaşabilirler, ta ki bu aykırılık yargı kararıyla belirlenene kadar.

5. Tüm üyeler, örgütün işbu Şart gereği giriştiği tüm eylemlerde örgüte her türlü yardımı yaparlar ve Birleşmiş Milletler tarafından aleyhinde önleme ya da zorlama eylemine girişilen herhangi bir devlete yardım etmekten kaçınırlar.

6. Örgüt, Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının gerektirdiği ölçüde bu ilkelere uygun biçimde hareket etmesini sağlar.

7. İşbu Şart'ın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler'e herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Şart uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz; ancak, bu ilke VII. Bölümde öngörülmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engellemez."

²⁷ Ronald St. J. Macdonald, "The Charter of the United Nations as a World Constitution", International Law Studies, Vol. 75, 2000, ss. 265-268

²⁸ Bardo Fassbender, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 36,1998,s. 573

²⁹ Pierre-Marie Dupuy, "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol.1,1997,s. 12

³⁰ Robert Kolb, An Introduction to the Law of the United Nations, Hart Publishing, Portland, 2010, s. 165

Dar anlamda ise Şart, örgütün anayasasını teşkil eder. Örgütü kuran, örgütün çalışma mekanizmasını, organları arasındaki yetki dağılımını öngören bir antlaşmadır ve bu yüzden örgütün ana kuralıdır. Fakat küresel anayasacılık fikri bu dar anlamda anayasa durumuyla çok daha az ilgilidir. Küresel anayasacılık bakımından tartışılacak husus geniş anlamda Şart'ın uluslararası toplumun anayasası olup olmadığıdır.

Birleşmiş Milletler Şart'ının bir dünya devleti yaratmadığı ortadadır. Uluslararası alanda var olduğu düşünülen bir anayasa için zaten bu özellik beklenmemektedir. Fakat bir anayasa olma konusunda Şart'ın eksiklikleri olduğu söylenmektedir. Tüm uluslararası hukukun kaynağı ve tüm uluslararası hukukun tabi olduğu bir norm değildir.³¹ Bunun yanında Şart'ın anayasaya benzer özellikleri de vardır. Öncelikle bahsettiğimiz bir üstünlük 103. maddeyle öngörülmüştür. Organları arasında bir yetki dağılımı söz konusudur ve Güvenlik Konseyi'ndeki sürekli beş üyeden meydana gelen iktidar barış ve güvenlik hususunda veto yetkisiyle donatılmıştır. Bu durum anayasayı yapan asli kurucu iktidarın anayasa metnine yansımaları halini anımsatır. Maddi anlamda da Şart, uluslararası toplumun temel kurallarını içerir: kuvvet kullanma yasağı, kendi kaderini tayin hakkı, uyumsuzlukların barışçı çözümü, devletlerin egemen eşitliği gibi. Ayrıca Şart, devletlerin iktidarını barış ve güvenlik konularında sınırlamıştır. Bu nokta da anayasaların devlet iktidarlarını sınırlaması özelliğini çağırıştırır. Bu yönde Jürgen Habermas, Birleşmiş Milletler Şartı'nın uluslararası hukuk yapımında hukukun ilkeleri ve insan hakları bağlamında devletleri sınırladığı için anayasal bir karakterinin olduğunu söylemektedir.³²

Tüm bu özellikleri ile Şart, küresel anayasacılık düşüncesinin baş mimarıdır denebilir. Kuşkusuz ayrıca Şart bu düşüncenin en önemli metnidir. Ama Şart'ın küresel anayasacılığın tek enstrümanı olduğunu söylemek fazla olacaktır. Böylelikle söylenebilir ki, Şart eğer bir küresel anayasa varsa veya doğuyorsa anayasal belgelerden biridir. Christian Walter'ın belirttiği gibi anayasalar toplumun üyelerini belirtir ve bu açıdan Birleşmiş Milletler sadece devletlerden bahsettiği ve

³¹ Michael W. Doyle, "The UN Charter-A Global Constitution?", *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, ed. Jeffrey L. Donoff, Joel P. Trachtman, Cambridge University Press, New York, 2009, s. 114

³² Jürgen Habermas, "Uluslararası Hukukun Anayasallaştırılması için Bir Şans Daha Var mı?", *Bölünmüş Batı*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 149

uluslararası toplumu bu açıdan tam olarak içermediği için anayasallaşma süreci açısından çok önemli olmasına rağmen eksiktir.³³

3.2. *Jus Cogens* ve Normatif Hiyerarşi

Şekli anlamda anayasa diğer kurallardan üstünlük, dolayısıyla normlar hiyerarşisinde en tepede yer almak durumuyla alakalıdır. Uluslararası toplumun anayasası bu bağlamda uluslararası hukuktaki normlar arasında üst konumda kabul edilen *jus cogens* ile sıkı bir ilişki içindedir. Anayasa kavramının üst norm olma anlamı ile *jus cogens*'in konumu paralellik arz eder.

Geleneksel anlamda uluslararası hukuk normları arasında bir üstünlük bulunmamaktadır. Antlaşma ve teamül kuralı eşit konumdadır. Ama özellikle son yarım asır boyunca uluslararası hukuk doktrini ve antlaşmalarına giren *jus cogens* kavramı bir üstünlük iddiası içerir. Soykırım, kölelik, ırksal ayrımcılık yasağı gibi normlar diğer normlardan içerik olarak farklıdır. Bu normlar adeta bir temel teşkil eder ve uluslararası toplumun ortak çıkarına ve vicdanına seslenir. Bu normlara aykırı oluşan bir antlaşma veya teamül kuralı batıl olur.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ni hazırlayan konferanslarda gelişmekte olan devletler *jus cogens*'i kolonyal devletlere karşı bir fırsat olarak savundular; Batılı devletler ise pek istekli olmasalar da bu normları kabul etmek zorunda kaldılar.³⁴ Sonuçta *jus cogens* kavramı bu sözleşmeye girerek yazılı hukuka dahil olmuş oldu. Sözleşme'nin 53. maddesi şöyledir;

*“Bir antlaşma, yapılması sırasında uluslararası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından uluslararası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin uluslararası toplumun kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.”*³⁵

³³ Christian Walter, *a.g.m.*, ss. 196-197

³⁴ Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, ss. 199-200

³⁵ İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 90

Yine Sözleşme'nin 64. maddesinde de *jus cogens* belirtilmektedir. Ayrıca 1986 yılında imzalanan uluslararası örgütler ile devletler arasında veya uluslararası örgütlerin kendi aralarındaki antlaşmaların hukukunu düzenleyen sözleşmede de *jus cogens* kavramı yer alır.

Danilenko'ya göre *jus cogens* doktrininin gelişiminde doğal hukukun büyük etkisi vardır.³⁶ Bu normların yazılı hukuka girişi pozitivist yaklaşımı sorgulatmıştır. *Jus cogens* normlar uluslararası hukukun yüksek ahlaki kurallarıdır³⁷ ve doğal hukuk ile pozitif hukukun birleşim noktasındadır. Ayrıca *jus cogens*'in kabulü uluslararası toplumun hukuk yapma mekanizmalarına bütünüyle rızaya dayananların haricinde bir mekanizma ekler.³⁸ Uluslararası toplumun emredici olarak kabul ettiği normlar bazı devletlerin rızası hilafına onları bağlayabilir. *Jus cogens*'le ilişkili bir kavram olan *erga omnes* yükümlülükler değişirsek, *erga omnes* yükümlülükler büyük ölçüde *jus cogens* teşkil eden normların ihlalinde her devlete bu ihlalin giderilmesi yetkisini veren normlardır; her devlet dava açma hakkına sahiptir.³⁹ *Erga omnes* yükümlülüklerin bir bakıma anayasal normların doğrudan etki eden örneklerine tekabül ettiğini söyleyebiliriz.

3.3. İnsan Hakları ve Küresel Anayasacılık

Anayasaların ortaya çıkışından itibaren yerine getirdikleri önemli bir fonksiyon da insan haklarını anayasal güvence altına almasıdır. İngiliz anayasal gelişmelerinde, ilk yazılı anayasa olan ABD Anayasası'na 1791 yılında getirilmeye başlanan eklerde(*amendments*), Fransız İhtilali'nden sonra yaşanan anayasa girişimlerinde insan haklarının korunması başat rol oynamıştır. 20. yüzyıla beraber özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları uluslararası sözleşmelerde yer almaya başlamıştır. 1966 yılında imzalan Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hak-

³⁶ Gennady M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, ss. 214-219

³⁷ Mary Ellen O'Connell, "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms", *The Role of Ethics in International Law*, ed. Donald Earl Chilress III, Cambridge University Press, New York, 2012, ss. 97-98

³⁸ Danilenko, a.g.e., s. 223

³⁹ Kemal Başlar, "Uluslararası Hukukta 'Erga Omnes' Kavramı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt.22(2), 2002, s. 83

lar Sözleşmesi uluslararası ölçekte büyük kabul görmüşlerdir.⁴⁰ Bu sözleşmelerdeki hükümlerin çoğu uluslararası teamül kuralı haline gelmiştir. Müteakiben klasik hakların önemli bir çoğunluğu ise bugün *jus cogens* olarak görülmektedir.

İnsan haklarının korunmasının iç hukuklara bırakılmasının yetersizliğinin görülüp onları uluslararası korumaya alma uluslararası hukukun alanını genişletmiştir. Ayrıca insan haklarının uluslararasılaşması küresel anayasacılık tartışmasını da pekiştirmektedir. Anayasaların yüklendiği bu işlev günümüzde uluslararası normların etkisinde kalmaktadır. Bu durum uluslararası normların anayasallaşmasına bir örnek olarak gösterilebilir.

4.Kurucu İktidar ve Küresel Anayasa

Her toplumun belli iktidar odakları mevcuttur. Bu iktidar ailede, okulda, ekonomide veya bir suç çetesinde ortaya çıkabilir. Fakat siyasi iktidar devleti yönetmeye yönelir ve devletin hükümeti olmayı amaçlar. Ayrıca bu iktidar türü devletin temel normlarını oluşturmaya da gidebilir. Anayasayı yapan ve değiştiren iktidara kurucu iktidar denir.⁴¹ Kurucu iktidar devrimlerde olduğu halkın çoğunluğuna dayanabileceği gibi, darbeler örneğinde de bir azınlık gruba dayanabilir. Kurucu iktidarlar olmadan toplumlarda anayasal normlar konamaz. Toplumdaki dinamik gücün anayasa yapmaya girişmesi gerekir.

Uluslararası alanda devlettekine benzer bir kurucu iktidar yoktur. Hegemon güçlerin etkisini bir tarafa koyarsak, uluslararası alanda darbe veya devrim iktidarı mümkün olamaz. Uluslararası hukuku devletler ve devletlerin oluşturdukları uluslararası örgütler ortaklaşa oluştururlar. Bu durum uluslararası alanda kurucu iktidarın olmadığı anlamına gelmez. Uluslararası kurucu iktidar devletteki gibi merkezileşmiş değildir, parçalı bir yapıdadır. Kurucu iktidar devletler ve uluslararası örgütler tarafından kullanılır. Bu bağlamda küresel anayasa, uluslararası alanın kurucu iktidar kümesi tarafından oluşturulur. Küresel anayasa uluslararası kurucu iktidarın üzerinde uzlaştıkları ve birbirleriyle ilişkilerinde temel norm kabul ettikleri bir bütünden oluşur.

⁴⁰ 2013 Aralık ayı itibarıyla Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne 167, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne ise 161 devlet taraftır.

⁴¹ Kemal Gözler, Kurucu İktidar, Ekin Yayınevi, Bursa, 1998,s. 10

Küresel anayasayı oluşturan zorlayıcı iktidardan ziyade kurumsal iktidardır. Kurumsal kurucu iktidar, zor tehdidi ile bir davranış kalıbı oluşturmaktan farklı olarak dolaylı etkileriyle sosyal ilişkiler düzeni kurar.⁴² Bu noktada var olan uluslararası kurucu iktidar bir devletten ibaret değildir. Fakat bütün devletleri de içermeyebilir. Temel insan haklarının asgari düzeyde sağlanamadığı devletler, başarısız devletler, küçük(veya mikro) devletler veya savaş takıntılı devletler bu iktidarın içinde yer alamazlar, çünkü bu devletlerin norm üretme kapasitesi yoktur. Bu devletleri küresel anayasanın sadece nesnesi olarak görme yaklaşımı John Rawls'un Halkların Yasası adlı eserinde de yer almaktadır. Rawls bu tip halkları halkların hukukunun öznesi olarak görmez, sistemde sadece var olurlar ve sistemin nesnesi olarak sisteme tabi olurlar.⁴³ Fakat bu halkların da belli kurullarla zapturapt altına alınmaları gerekir. Kurucu iktidarın anayasasına tabi olmak zorundadırlar. Bu durum kısmen yeni doğan devletlerin *jus cogens'e* ve uluslararası teamül hukukuna uymak zorunda olmalarına benzer. Bir anlamda bu rızaya dayanmayan(*non-consensual*) bir norm kümesinin olduğunu gösterir.

Fassbender, Birleşmiş Milletler Şartı'nın girişinde yer alan "Biz Birleşmiş Milletler halkları" ifadesinin kasıtlı olarak metinde yer aldığını, hukuki bakımdan eksikliklerine rağmen Şart'ı kurucu devletlerin metnin yüksek anlamını belirtmek için bu ifadeleri seçtiğini düşünmektedir.⁴⁴ Küresel anayasacılık tartışmasının kuşkusuz en önemli belgesi olan Şart'ın burada kurucu iktidar olarak halkları gösterdiği düşünülebilir. Ulusal anayasalarda da genellikle egemenliğin halka ait olduğu belirtilmekle beraber, kurucu iktidarın kullanılması halkın tamamı tarafından gerçekleştirilmemektedir. Birleşmiş Milletler Şartı'nın hazırlanmasında da İkinci Dünya Savaşı'nın galiplerinin ve özellikle ABD'nin etkisi yadsınamaz. Nitekim ABD Anayasası'nın girişi de "Biz Birleşik Devletlerin halkı" ifadesi ile başlamaktadır. Nitekim

⁴² Michael Barnett ve Raymond Duvall, "Power in Global Governance", Power in Global Governance, Ed. Michael Barnett, Raymond Duvall, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 15

⁴³ John Rawls, The Law of Peoples, Harvard University Press, Cambridge, 2000

⁴⁴ Bardo Fassbender, "'We the Peoples of the United Nations' Constituent Power and Constitutional Form in International Law", The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form, ed. Martin Loughlin, Neil Walker, Oxford University Press, New York, 2008, s. 289

Şart'ın bir bakıma tali kurucu iktidar tarafından değiştirilmesi için 108. ve 109. maddelere göre Güvenlik Konseyi'nin sürekli üyelerinin kabul şartı aranmıştır.

5.Küresel Anayasacılığın “Kendi” Nedenleri

Küresel anayasacılık akımı genel olarak destekleyenlerinin bir çabasıdır ve kendi nedenlerine sahiptir. Küresel anayasacılık düşüncesini savunanlar ekseriyetle uluslararası alanda işbirliğinin mümkün- lüğünü ve gerekliliğini dile getirirler ve bu işbirliğinin geliştirilmesi taraftarıdır. Bu bakımdan liberalizm ve İngiliz Okulu'nun izleri düşüncelerinde hissedilir. Küresel anayasacılığın belirtilen bu nedenleri birkaç başlık halinde gösterilebilir.

5.1.Bir “Zihniyet” Olarak Küresel Anayasacılık

Düşünce içerisinde “zihniyet” olarak küresel anayasacılıktan bahseden Martti Koskenniemi'ye göre Soğuk Savaş'tan sonra oluşan iyimser uluslararası işbirliği ortamının kısa süre sonra yerini imparatorluk, hukuki parçalanma ve deformalizasyon söylemlerine bıraktığı ve bunun karşısında ise uluslararası hukukçular arasında karşılık olarak kurumsal hiyerarşiler ve temel değerler dağarcığının kullanılmaya başlandığı söylenebilir.⁴⁵ Bu karşı düşünce daha çok ahlaki ve siyasi yeniden doğuşu simgeliyordu ve bu yüzden anayasacılık bir “zihniyet” olarak tarif edilebilirdi. Akademisyenler ve düşünürler bir zihniyet olan küresel anayasacılık perspektifinden uluslararası hukuku ve uluslararası ilişkileri okuyacaktı. Bu zihniyet genel anayasacılık ile küresel anayasacılık arasında bir analogiye yönelmiştir. Küresel anayasa fikrinin savunucuları maddi anlamda genel anayasacılığın özelliklerinin uluslararası alanda da uygulanabileceği veya uygulanması gerektiği argümanlarına dayanırlar. Öncelikle belirtmek lazımdır ki, anayasacılık hareketi bir devlette siyasal iktidarın anayasa tarafından sınırlanması fikri ve siyasal iktidarın meşruluğunu bu sınırlara riayetinden alması gerektiği inancı yönündeki bir harekettir.⁴⁶ Uluslararası

⁴⁵ Martti Koskenniemi, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol.8, 2006,ss. 9-36

⁴⁶ Anayasacılık hakkında bakınız. Wil Waluchow, “Constitutionalism”, Stanford

düzeyle uluslararası hukukun devletleri sınırlaması özelliği ile anayasacılık arasında kurulan analogi küresel anayasacılığın maddi fikri dayanaklarından biridir. Ayrıca anayasacılığın içeriğinde bulunan hukuk devleti ilkesinin de uluslararası hukuk dairesinde geliştiği ileri sürülmektedir. Birleşmiş Milletler'in genel kurul kararlarında ve diğer çalışmalarında hukukun üstünlüğü ilkesine pek çok atıf yapılmaktadır ve bu ilkenin ulusal hukuklar yanında uluslararası hukuk için de önemli bir yer teşkil ettiği belirtilmiştir.⁴⁷ Bunun yanında tarihte ilk olarak yazılı anayasalar ile başlayan insan haklarının korunması hususu artık yirminci yüzyılda uluslararası hukuka sözleşmeler yoluyla aktarılmıştır.⁴⁸ Bu yüzden uluslararası hukukta da bir anayasallaşma sürecine gidildiği akademik zihniyet tarafından görülmelidir.

5.2.Kozmopolitan Bir Proje Olarak Küresel Anayasacılık

Kozmopolitan proje, gücün hukukun üstünde olmasını kabul edilemez bulur ve hukukun üstünlüğünü savunur. Tüm insanları birer dünya vatandaşı olarak görür ve bir değer olarak barışa ulaşmayı amaçlar. Kozmopolitan proje büyük ölçüde Kant'ın Ebedi Barış adlı eserinin etkisi altındadır. Barış, hukukun ilkeleri vasıtasıyla gelir ve anayasa burada anlam kazanır. " *Kant, her sivil anayasanın/hukuki yapının şu üçünden birisi olacağını belirtir: (1) bir ulus içindeki insanların sivil haklarına uygun olan (ius civitatis) (2) birbirleriyle ilişkilerinde devletlerin haklarına denk gelen (ius gentium) (3) evrensel insan türünün üyesi olarak insanların ve milletlerin birbirini etkilediği ölçüde dünya yurttaşlığı haklarına uygun gelen (ius cosmopolitanum).*"⁴⁹ Kant'ın bu eseri egemen devletin meşruiyetine de atıfta bulunmasına rağmen bir dünya federasyonu fikriyle kozmopolitanizm yorumlarına da açıktır. Jürgen Habermas, Kant'ta barışın sağlanabilmesi düşüncesinin uluslararası hukukun

Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>, Erişim. 01.12.2013

⁴⁷ Hakkı Hakan Erkiner, "Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletlerin 'Hukuk Devleti' ve 'Hukukun Üstünlüğü' Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S.1, 2013,ss. 353-380

⁴⁸ Mehmet Emin Çağırın, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Barış Kitap, Ankara,2011,ss. 7-48

⁴⁹ Muhammed A. Ağcan, "Immanuel Kant ve Uluslararası: Egemen Devlet, Kozmopolitan Siyaset ve Evrensellik/Farklılık", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt.8,Sayı.32,s. 21

anayasallaşması ile bağlantılı olduğunu düşünmektedir. Her ne kadar uygulamada bazı eksiklikler söz konusu olsa da Birleşmiş Milletler Şartı'nın kabulü, Avrupa Birliği'nin oluşumu ve Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması uluslararası hukukun anayasal okunmasına cevaz verir ve Kantçı proje bakımından çok önemlidirler.⁵⁰

5.3.Semantik Strateji Olarak Küresel Anayasacılık

Anayasa retoriğinin uluslararası alanda kullanılması, ucu açık bir süreç olarak küresel yönetişimin ve Avrupa hukukunun gelişiminin sürmesi ve desteklenmesi için semantik bir strateji olarak görülmektedir.⁵¹ Bu strateji uluslararası hukuk çalışmalarında, Dünya Ticaret Örgütü hukukunun anayasalaşması tartışmasında ve Avrupa Birliği hukukunun Avrupa'da bir ulus üstü anayasa oluşturması bağlamında kullanılmaktadır.⁵² Semantik strateji bu açıdan uluslararası hukukta birlikte var olmadan işbirliğine doğru geçiş paradigma değişikliğinin⁵³ açıklanması ve akademik bir bakış açısının yaratılması gayretidir.

5.4.“Geçmişle Hesaplaşma” Olarak Küresel Anayasacılık

Küresel anayasacılık görüşleri üzerinde büyük ölçüde Alman yazarlarının ağırlığı olduğu gözükmektedir.⁵⁴ Alman hukuk geleneğinin hukuka bütüncül yaklaşma yöneliminin bu ağırlığı doğurduğu söy-

⁵⁰ Jürgen Habermas, “Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?”, *The Divided West*, Polity Press, Malden, 2006, ss. 115-193

⁵¹ Oliver Diggelmann ve Tilmann Altwicker, “Is There Something Like a Constitution of International Law: A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.68, 2008, ss. 633-637

⁵² Ayrıntılı bilgi için bakınız. Thomas Cottier ve Maya Hertig, “The Prospects for 21st Century Constitutionalism”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.7, 2003, ss. 261-328

⁵³ Uluslararası hukukta birlikte var olma paradigmasından işbirliği paradigmasına geçiş Wolfgang Friedmann tarafından ortaya konulmuştu. Fakat onun da belirttiği gibi birlikte var olma değeri tam olarak yok olmadan işbirliği değeri ile beraber uluslararası hukukta yer almaya başlamıştır. Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, London, 1964

⁵⁴ Küresel anayasacılık görüşleri bağlamında Alman etkisini de hesaba katan bir çalışma için bakınız. Stefan Kadelbach ve Thomas Kleinlein, “International Law- a Constitution for Mankind?: An Attempt a Reappraisal with an Analysis of Constitutional Principles”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 50, 2007, ss. 303-348

lenmektedir. Fakat bu Alman etkisinin üzerinde Almanya'nın Nazi geçmişinin tesirleri de söz konusudur.⁵⁵ Alman küresel anayasacılık savunucuları bir bakıma çalışmalarıyla "geçmişle hesaplaşma" (*Vergangenheitsbewältigung*) pratiğini yerine getirmektedirler. Küresel anayasacılık bu bağlamda geçmişle hesaplaşma çalışmaları açısından da belirtildiği üzere ulusal hafızadan kozmopolit hafızaya geçiş tezi üzerine oturur.⁵⁶ Küresel anayasa böylece kozmopolit bir hafıza devreye girmesiyle mümkün olabilir.

Sonuç Yerine

Küresel anayasacılık tartışmaları uluslararası hukuka birleştirici ve iyimser bir yaklaşımın ürünü olarak görülmektedir. Ayrıca bu yöndeki fikirler akademik bir efor olarak addedilmektir. Gerçekten uluslararası ilişkiler teorileri de dünyanın üzerindeki ilişkileri farklı açılardan değerlendirmek için birer araçtır. Teorik görüşlerin aralarında sıkı bağlar mevcuttur. Hiçbir uluslararası teori kendi başına ve yalıtılmış bir şekilde var olmamaktadır. Nitekim bu yüzden günümüzde uluslararası ilişkiler teorilerinin sonundan bahsedilmektedir. Bu durumu belirtenler "Büyük Tartışmalar"ın sonunu kastetmektedirler ve eklettik yaklaşımların çoğalması hususunu göstermektedirler.⁵⁷ Küresel anayasacılık tartışmaları da bu bakımdan eklettik yaklaşımların bir örneği olarak gösterilebilir, fakat iyimser tonlar içerir. Büyük ölçüde küresel anayasacılık uluslararası alanda normların var olduğunu ve işbirliğinin mümkün olabildiği kabullerine dayanır. Bunun yanında küresel anayasacılık paradigması her toplumun anayasa veya anayasa benzeri yapılar kurduğu görüşünden yola çıkarak uluslararası toplumun da bir anayasal düzeni olduğunu savunur ve bu düzenin geliştiğini söyler. Son olarak belirtmek gerekir ki, akademik bir efor olarak görülebilen küresel anayasacılık hareketinde Alman veya Cermen kökenli yazarlar ağır basmaktadır. Bu yüzden küresel anayasacılığı "Cermen Okulu" olarak adlandırabiliriz.

⁵⁵ Christine Schwöbel, "The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers", *German Law Journal*, Vol.13(1), 2012, s. 19

⁵⁶ Mithat Sancar, *Geçmişle Hesaplaşma: Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 67-69

⁵⁷ David A. Lake, "Theory is Dead, Long Live Theory: The End of Great Debates and the Rise of Eclecticism in International Relations", *European Journal of International Relations*, Vol.19(3), 2013, ss. 567-587

KAYNAKÇA

- Ağcan Muhammed A., "Immanuel Kant ve Uluslararası: Egemen Devlet, Kozmopolitan Siyaset ve Evrensellik/Farklılık", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt.8,Sayı.32, ss. 1-41
- Barnett Michael ve Raymond Duvall, "Power in Global Governance", *Power in Global Governance*, Ed. Michael Barnett, Raymond Duvall,Cambridge University Press, New York,2005, ss. 1-33
- Başlar Kemal, "Uluslararası Hukukta 'Erga Omnes' Kavramı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt.22(2),2002, ss. 75-107
- Bodansky Daniel, "What's in a Concept? Global Public Goods, International Law and Legitimacy", *European Journal of International Law*, Vol.23(3),2012, ss. 651-668
- Bull Hedley, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Macmillan, London,1977
- Cassese Antonio, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2005
- Cottier Thomas ve Maya Hertig, "The Prospects for 21st Century Constitutionalism", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.7, 2003, ss. 261-328
- Çağırın Mehmet Emin, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Barış Kitap, Ankara,2011
- Danilenko Gennady M., *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993
- Devlen Balkan ve Özgür Özdamar, "Uluslararası İlişkilerde İngiliz Okulu Kuramı: Kökenleri, Kavramları ve Tartışmaları", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt.7, Sayı. 25, 2010, ss. 43-68
- Diggelmann Oliver ve Tilmann Altwicker, "Is There Something Like a Constitution of International Law: A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.68, 2008, ss. 623-650
- Doyle Michael W., "The UN Charter-A Global Constitution?", *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, ed. Jeffrey L. Do-noff, Joel P. Trachtman, Cambridge University Press,New York,2009, ss. 113-132
- Dupuy Pierre-Marie, "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.1,1997,ss. 1-33
- Erdoğan Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005
- Erkiner Hakkı Hakan, "Uluslararası Topluluk Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt. 16, S.1-2, 2010, ss. 39-75
- Erkiner Hakkı Hakan, "Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletlerin 'Hukuk Devleti' ve 'Hukukun Üstünlüğü' Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S.1, 2013,ss. 353-380
- Fassbender Bardo, "We the Peoples of the United Nations' Constituent Power and Constitutional Form in International Law", *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, ed. Martin Loughlin, Neil Walker,Oxford University Press, New York, 2008, ss. 269-290
- Fassbender Bardo, "The Meaning of International Constitutional Law", *Transnational*

- Constitutionalism, ed. Nicholas Tsagourias, Cambridge University Press, New York, 2007, ss. 307-328
- Fassbender Bardo, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36,1998, ss. 529-620
- Friedmann Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, London, 1964
- Göçer Mahmut, "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt. 57(2),2002, ss. 1-16
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008
- Gözler Kemal, *Kurucu İktidar*, Ekin Yayınevi, Bursa, 1998
- Habermas Jürgen, "Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?", *The Divided West*, Polity Press, Malden, 2006, ss. 115-193
- Habermas, Jürgen, "Uluslararası Hukukun Anayasallaştırılması için Bir Şans Daha Var mı?", *Bölünmüş Batı*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007
- Kadelbach Stefan ve Thomas Kleinlein, "International Law- a Constitution for Mankind?: An Attempt a Reappraisal with an Analysis of Constitutional Principles", *German Yearbook of International Law*, Vol. 50, 2007, ss. 303-348
- Kaya İbrahim, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Jersey, 2006
- Kleinlein Thomas, "Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?", *Goettingen Journal of International Law*, Vol.4(2),ss. 385-416
- Kolb Robert, *An Introduction to the Law of the United Nations*, Hart Publishing, Portland, 2010
- Koskenniemi Martti, "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol.8, 2006, ss. 9-36
- Lake David A., "Theory is Dead, Long Live Theory: The End of Great Debates and the Rise of Eclecticism in International Relations", *European Journal of International Relations*, Vol.19(3), 2013, ss. 567-587
- Macdonald Ronald St. J., "The Charter of the United Nations as a World Constitution", *International Law Studies*, Vol. 75, 2000, ss. 263-300
- Milewicz Karoline, "Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.16(2),2009, ss. 413-436
- O'Connell Mary Ellen, "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms", *The Role of Ethics in International Law*, ed. Donald Earl Chlress III, Cambridge University Press, New York,2012, ss. 78-100
- O'Donoghue Aoife, "Alfred Verdross and the Contemporary Constitutionalism Debate", *Oxford Journal of Legal Studies*, October 2012, ss 799-822
- Peters Anne, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, Vol.19,2006, ss. 579-610