

## **Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunun Ulusal Hukuk Düzenlerine Enkorporasyonu**

A. Füsun ARSAVA\*

This study examines the incorporation of the European Convention on Human Rights into national (internal) legal systems. In the study, first of all, the general execution of obligations stemming from the Convention is viewed. Then, according to articles 1<sup>st</sup> and 13<sup>th</sup> of the Convention, the obligation to incorporate/incorporation duty is scrutinized. Later, in related to these facts, the obligation to incorporate which is a consequence of the Convention's characteristics is considered. At the end, the opposition of member states of the Convention to this obligation is surveyed.

### **Giriş**

Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunun pratikteki etkinliği, kişiler bakımından hüküm doğurması Konvansiyonun üye devletlerin ulusal hukuk düzenlemesinde etki doğurmasına bağlıdır. Avrupa İnsan Hakları mahkemesi 60'lı yıllarda sadece 10 karar almışken, 70'li yıllarda 26, 80'li yıllarda 169, 1.1.1990'dan 31.7.1998'e kadar 746 karar almıştır. Bu durum Konvansiyonun denetim mekanizmasının zamanla kapsam kazandığını göstermektedir. Strasbourg mahkemesine başvurunun masraflı, zaman alan bir yöntem olması ve Konvansiyona taraf olan devletlerin Avrupa İnsan Hakları mahkemesinin kararlarını icra etme mükellefiyetini yerine getirmekte isteksiz olmaları, mahkemeye yapılan başvuru sayısını olumsuz etkilemektedir.

### **A. DEVLETLERİN ANLAŞMADAN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ GENEL OLARAK YERİNE GETİRMESİ**

A.İ.H.K.'nın orijinal karakteriyle uluslararası bir anlaşma teşkil etmesi nedeniyle, ulusal hukuk düzenlerinde bu konvansiyonun uygulanması probleminin, Ulusal (İç) Hukuk-Uluslararası Hukuk ilişkisi içinde düşünülmesi gerekmektedir. Düalist ve monist teoriler arasındaki farklılığın burada anlatılmasına gerek

\* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

olmamakla beraber, ne Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk düzeninin homojenliğinden hareket eden monist görüşün, ne de her iki hukuk düzeninin heterojen karakterinden hareket eden düalist görüşün bu eski probleme genel olarak kabul gören bir çözüm bulmak bakımından başarılı olmadığına işaret etmek gerekmektedir (K.J.Partsh, *Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention*, bkz.: K.A.Bettermann/F.Neumann/H.C.Nipperdey (Hrsg.), *Die Grundrechte*, 1.Bd., 1.Halbbd., Berlin 1966, s.279 vd.).

Viyanalı Anlaşmalar Hukuku Konvansiyonunun 27.maddesinde teyit edildiği gibi, devletler prensip olarak ulusal hukuklarına istinat ederek, uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmaz. Uluslararası hukuk bununla beraber ulusal hukuk düzeninin uluslararası yükümlülüklerle hangi tür ve şekilde uyumlaştırılacağı sorunu hakkında karar verme yetkisini devletlere bırakmaktadır (A.Verdross/B.Simma, *Universelles Völkerrecht*, Berlin 1976, s.431).

Uluslararası hukuk anlaşmalarının geçerli olarak akdedilme koşulları ve bununla bağlantılı sorunlar ulusal hukuk düzenlerinde, anayasalarda farklı düzenlenmektedir. Örneğin İngiltere’de anlaşmaların imzası ve onayı geleneksel olarak yürütmeye ait bir yetki olarak kabul edilmektedir. Parlamento sadece “Ponsonby Rule”a göre onaydan önce anlaşma metni hakkında bilgilendirilir. Bu bilgilendirme anlaşmaya iç hukukta kanun gücü vermemektedir; bunun için bir kanun gerekmektedir. Böyle bir kanun ihdas edilmedikçe anlaşmanın onayından İngiliz hukuk düzeni muvacehesinde subjektif hak ve yükümlülükler doğmaz (O.Hood Phillips/P.Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, 7th edition, London 1987,s.285 vd.). Buna karşılık Hollanda Anayasasının 91.maddesi 1.fıkrası ile açıkça “meclis” tarafından önceden uygun bulunmadan, Krallığın anlaşmalarla bağlı olmadığı, anlaşmaların aynı yöntem uygulanmadan fesh edilemeyeceği kabul edilmiştir. Anayasanın 94. maddesinde “Kraliyette geçerli kanun hükümlerinin, anlaşmaların ve uluslararası kuruluşların kararlarının genel olarak bağlayıcı hükümleriyle bağdaşmadığı nispette uygulanamayacağı” öngörülmektedir. Bu düzenleme onaylanan bir uluslararası anlaşmayı sadece otomatik olarak Hollanda hukuk düzenine enkorpare etmemekte, aynı zamanda onlara anayasa hukuku hiyerarşisi vermektedir.

Devletlerin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesi o halde iki yolla mümkündür. Bu yollardan bir tanesi anlaşmanın ulusal hukuk düzenine anayasa hukukuna göre ya onayın otomatik bir sonucu olarak, ya da “ad hoc” bir kanunun ihdası sonucu olarak enkorparasyonudur. Bu durumda uluslararası anlaşmanın iç hukukta hangi hiyerarşiyi aldığı sorunu ortaya çıkmaktadır; diğer sorun ise ulusal hukukun kimi hükümlerinin değiştirilmesi veya kaldırılmasıdır. Kimi anayasa hükümlerinin anlaşmaya ters düşmesi nedeniyle, bir değişiklik veya ortadan kaldırma işlemi yapılmaksızın anlaşmanın ulusal hukuk düzenine enkorpare edilmesi mümkün değildir. Anlaşma hangi yöntemle enkorparasyonunun

yapılacağını öngörmediği takdirde bu yollardan hangisinin seçileceği devletlere bırakılmaktadır.

## B. A.İ.H.K.'nun 1. ve 13.MADDELERİNE GÖRE ENKORPARASYON YÜKÜMLÜLÜĞÜ

247

A.İ.H.K. 1.maddesine göre anlaşma tarafları yargı yetkilerine tabi olan kişilere Konvansiyonun I.bölümünde (2-18.md.) yer alan hakları ve özgürlükleri temin etmekle yükümlüdür. Buna ilave olarak 13.madde, Konvansiyonda saptanan hakları ve özgürlükleri ihlal olan her kişinin ulusal bir merci nezdinde etkin bir şikayet yapma hakkını kabul etmiştir.

Literatürde söz konusu hükümlerden, A.İ.H.K.'nun ulusal hukuk düzenlerine basit kanunların üstünde yer alan bir hiyerarşiyle enkorpore etme mükellefiyetinin istihraç edilmesi gerektiğini savunan hukukçular bulunmaktadır (*T.Buergenthal, The Effect of The European Convention on Human Rights on the internal law of the member states, ICLP 1965, s.79 vd.*). Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şimdiye dek içtihatlarında bu görüşü takip etmemiştir. 70'li yılların ortasından beri Mahkeme, ne 13.maddenin, ne de diğer maddelerin, Konvansiyon hükümlerinin ulusal hukuk düzenlerinde etkin olarak uygulanmasını temin için muayyen bir yol öngörmediğini vurgulamaktadır (*EGMR, 6.2.1976, Fall Swedish Engine Drives Union gegen Schweden, A20, Ziff.50*).

Konvansiyonun 1.maddesine göre Konvansiyonun ulusal hukuk düzenine enkorporeasyonu için bir yükümlülük bulunmamaktadır. Gerekli olan sadece, Konvansiyonda yer alan hak ve özgürlüklerin temel içeriklerinin ulusal hukuk düzeninde şöyle yahut böyle temin edilmesidir. 13.madde de, ulusal hukuk düzenlerinde Konvansiyonda öngörülen hakların ve özgürlüklerin himayesi için etkin şikayet yapılabilmesini, bunun ne şekilde temin edileceğini öngörmeden garanti etmektedir. Diğer bir ifadeyle bir devletin Konvansiyondan doğan yükümlülüklerini, Konvansiyonu ulusal hukukuna enkorpore etmeden de yerine getirmesi mümkündür. Bunun önkoşulu, söz konusu ulusal hukukun, insan hak ve özgürlüklerini koruması bakımından aynı sonucu sağlayacak hükümler içermesidir. Bununla beraber Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Konvansiyonda yer alan hakların ve özgürlüklerin temini amacının, A.İ.H.K'nun ulusal hukuka enkorpore edilmesi halinde en iyi şekilde yerine getirebileceğine işaret etmektedir (*EGMR 18.1.1978, Fall Irland gegen Vereinigtes Königreich, A24, 21 vd., 239*). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu yaklaşımıyla Konvansiyon devletlerini, bu adımı atmamak istemeyen Konvansiyon devletleriyle çatışmaya düşmeden enkorporeasyona özendirilmektedir.

Söz konusu içtihat, A.H.İ.K'nun uluslararası politikadaki öneminin büyük ölçüde artması nedeniyle, eskimiş, aşılıp görülmektedir. Bu duruma orta ve doğu

Avrupa devletlerinin Konvansiyona katılması ve uluslararası kamu oyunun insan hakları sorunlarına hassasiyetinin artması yol açmaktadır. Konvansiyon devletlerinin kimilerinin, özellikle İskandinav devletlerinin ve İngiltere'nin A.İ.H.K.'nu ulusal hukuka enkorpare etmekten kaçınmaları, İnsan Hakları Mahkemesinin 1. ve 13.maddeleri dar yorumlamasına neden olmuştur. Bu devletlerin tutumlarını değiştirmesi nedeniyle (Konvansiyon Malta'da European Convention Act'la -19.8.1987'de yayınlandı-; Danimarka'da 285/1992 sayılı kanunla -1.7.1992'den itibaren geçerli-; İzlanda'da 30.5.1994 tarihli kanunla, İsveç'te 1219/1994 tarihli kanunla -1.1.1995'ten itibaren geçerli-; İngiltere'de Human Rights Act'la -1.1.2000'den itibaren geçerli- Norveç'te 30.5.1999 tarihli kanunla- 1.1.1995'ten itibaren geçerli-, ulusal hukuka enkorpare edilmiştir) İnsan Hakları Mahkemesi'nin de, Konvansiyonun ilgili hükümlerinin ulusal hukuka enkorparasyonu yükümlülüğünü getirdiğini vurgulayan bir yaklaşım ortaya koyması beklenmektedir. Bu görüşün Konvansiyonun 1. ve 13. maddesine daha yakın olduğu tartışılmaz açıklıktadır; zira Konvansiyon ulusal hukuka enkorpare edilmediği takdirde, yürütme ve yargının bu hükümlere doğrudan bağlılığı ve bu hükümleri dikkate alması oldukça sınırlı kalmak durumundadır. Konvansiyonun 1.maddesine göre, Konvansiyonda yer alan hakların temini böyle bir durumda sadece olasılıktır. Zira böyle bir durumda bu hakların temini böyle ulusal yasamanın insan haklarını himaye eden benzer hükümler ihdası koşuluna bağlı kalmaktadır. Konvansiyona ters düşen ulusal hukuk normlarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, kural olarak amaca en uygun yoldur; zira bu yolla geçerli hukuk erga omnes açıklığa kavuşturulmaktadır. Bununla beraber ulusal yasama hukuki kriterler ışığında değil, çoğunlukla siyasi kriterler ışığında hareket etmekte veya aynı sebeplerle hareketsiz kalmaktadır.

Konvansiyonda yer alan hakların ve özgürlüklerin ihlaline karşı etkin bir şikayetin temini, Konvansiyon hükümlerini uygulayan ulusal merciye Konvansiyona ters düşen ulusal normu uygulamama yetkisini de veren bir düzenlemenin yapılmasını gerektirmektedir. Konvansiyonun 13.maddesinden o halde sadece üye devletlerin Konvansiyonu ulusal hukuklarına enkorpare etme yükümlülüğü değil, Konvansiyona ulusal hukuklarında basit kanunların üstünde hiyerarşi verme yükümlülüğü de istihraç edilmektedir. Ulusal mahkeme, sonraki tarihli kanunun Konvansiyona aykırılığını saptamasına rağmen, onu uygulamakla yükümlü ise, şikayetin 13.madde anlamında bir etkinliği olamaz. Konvansiyonun basit kanun hiyerarşisiyle enkorparasyonunun olumsuz sonuçları, ulusal organların kimi yöntemleri sistematik olarak uygulamasıyla aşılabilir. Örneğin A.İ.H.K'nun lex spezialis olarak, Konvansiyona aykırı sonraki tarihli kanunlara nazaran öncelikli uygulanmasıyla veya ulusal hukukun Konvansiyona uygun yorumuyla sorun aşılabilir (*R.Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung, Berlin 1993, s.54 vd.*).

Konvansiyonun 13.maddesi, Konvansiyon devletlerinin ulusal hukuklarında aynı içerikle de olsa temin edilen hak ve özgürlüklerin ihlalden değil, Konvansiyonda yer alan hak ve özgürlüklerin ihlalden söz etmektedir. Bu nedenle ulusal merciler nezdinde etkin bir şikayetin yapılması ulusal hukuk düzeninde yer alan benzer hak ve özgürlüklerin ihlali nedeniyle değil, sadece Konvansiyonda yer alan hak ve özgürlüklerin ihlali nedeniyle mümkündür (bknz.: EGMR 26.5.1993, Fall Brannigen und McBride gegen Vereinigtes Königreich, A258-B,s.57; EGMR 27.4.1988, Fall Boyle und Rice gegen Vereinigtes Königreich, A131, Ziff.52, s.23).

249

### C. A.İ.H.K.'nun ÖZELLİĞİ NEDENİYLE ENKORPORASYON MÜKELLEFİYETİ

Konvansiyonun sadece 1. ve 13. maddesinin hükümlerinin değil, kendisinin Avrupa kamu düzeninde temel haklar alanında sahip olduğu anayasal enstrüman niteliğiyle ulusal hukuka enkorporasyonu gereklidir. Diğer bir ifadeyle anlaşma tarafları Konvansiyonda karşılıklı olarak ulusal çıkarlarını koruyan hak ve yükümlülükler düzenlemek yerine, Avrupa Konseyinin amaçlarını ve ideallerini gerçekleştirmek; özgürlükçü, demokratik Avrupanın ortak kamu düzeninin tesisi, ortak miras olarak siyasi gelenekleri, özgürlük ideallerinin hukuken önceliğini temin için iradelerini ortaya koymuştur (bknz.: Europäische Kommission für Menschenrechte, Entscheidung im Fall Österreich gegen Italien, Antrag Nr. 788/60, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1961, s.139 vd.). Bu nedenle Konvansiyon karşılıklı bilateral (iki taraflı) yükümlülükler yerine, kolektif olarak temin edilecek objektif yükümlülükler öngörmektedir (EGMR 18.1.1978, Fall Irland gegen Vereinigtes Königreich, A25, s.90, Ziff.239). Buna göre Konvansiyonun her hükmünün yorumu, demokratik toplumun ideal ve değerlerini güçlendiren ve geliştiren Konvansiyonun genel anlamına uygun olmalıdır (EGMR 7.7.1989, Fall Soering gegen Vereinigtes Königreich, A 161, Ziff.87).

Bütün bunların sonucu olarak, A.İ.H.K. geleneksel uluslararası anlaşmalardan konusu, amaçları ve amaçları takip edecek araçları itibariyle farklıdır. Bu nedenle A.İ.H.K çerçevesinde Konvansiyon devletlerinin uluslararası yükümlülüklerine uyum bakımından bir takdir alanı iddia etmeleri caiz değildir. Herşeyden önce bireylere Strasburg organları önünde dinlenme hakkının temin edilmesi, savaş sonrası dönemde, uluslararası ilişkilerde atılan en önemli adımdır. Bireyler atılan bu adımla uluslararası hukukun sujesi olarak tanınmıştır. Bireylerin bu statüsü 11 nolu protokolün yürürlüğe girmesiyle daha da güçlenmiştir (*J.Frowein/W.Peulkert, EMRK-Kommentar 2.Aufl., Kehl M.a.1996, s.498 vd.*). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin rolü iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği muvacehesinde (11 nolu protokolün 35.md., 1.fikra) subsidiier (yetki ikameci) kalmaya devam etmektedir (*H.Petzhold, The Convention and the Principle of Subsidiarity, in: MacDonald, s.41 vd.*).

Konvansiyondaki hak ve özgürlüklerin birincil olarak korunması yetkisi ulusal organlara, özellikle ulusal mahkemelere aittir. Ulusal organlar önünde Konvansiyonda yer alan hakların iddia edilebilmeleri için, A.İ.H.K'nun ulusal hukuk düzenine enkorpere edilmesi gerekmektedir. Konvansiyon etkinliğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve ulusal mahkemeler arasında görev dağılımı yaparak sağlamaya çalışmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları somut uyuşmazlıkların çözümünde, herşeyden önce, Konvansiyon kurallarına genel olarak açıklık getirmeye, korumaya ve geliştirmeye matuftur (EGMR, 18.1.1978, Fall Irland gegen Vereinigtes Königreich, A 25, s.62, Ziff.154). Ulusal mahkemeler ise A.İ.H.K'nun 1.maddesi ile bağlantılı olarak 32.madde 1.fıkra ve 52.madde muvacehesinde İnsan Hakları Mahkemesinin yorum otoritesine saygı göstererek Konvansiyona ters düşen ulusal hukuku uygulamayarak insan haklarının himayesine katkıda bulunacaktır. Bu şekilde ulusal mahkemeler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çalışmalarını paralize edebilecek (aksatacak) sorunlar yaratmayacaktır. Bu sonucun sağlanması doğal olarak A.İ.H.K'nun ulusal hukuka, basit kanunların üstünde bir kanunla enkorpere edilmesine bağlıdır.

#### D. KONVANSİYON DEVLETLERİNİN ENKORPARASYON YÜKÜMLÜLÜĞÜNE KARŞI KOYMASI

Tarihi tecrübelerin gösterdiği gibi, A.İ.H.K'nun ulusal hukuk düzenine enkorporasyonu, Konvansiyon hak ve özgürlüklerinin etkin olarak korunması bakımından gerekli adımdır. A.İ.H.K, 1.1.1960'a kadar sadece 14 devlet tarafından onaylanmış, ancak 8'i tarafından ulusal hukuk düzenine enkorpere edilmiştir. 1.1.1980'de bu rakam 20 ve 13; 1.1.2000'de 41 ve 40 olmuştur. Konvansiyonu enkorpere eden devletlerin sayısı, Konvansiyon devletlerinin sayısı ile paralel gitmeye başlamıştır. Bu durum enkorporasyonun istisnasız kural olma yolunda olduğunu ortaya koymaktadır.

A.İ.H.K'nu 31.12.1990'a kadar onaylayan 23 devletin 12'si Konvansiyonu kanunların üstünde bir hiyerarşiyle enkorpere etmiştir. Avusturya'da Konvansiyon anayasanın bir parçasını teşkil etmektedir (4.3.1964 tarihli Federal anayasa kanunu için bkz.: 59/1964 sayılı resmi gazete); Hollanda'da Konvansiyon fonksiyonel olarak anayasanın temel hak bölümünü ikame etmektedir. Zira bu hükümler hakkında anayasaya aykırılık denetimi yapılamamaktadır (Anayasanın 120.md); buna karşılık Konvansiyona aykırılık denetimi yapılabilmektedir (Anayasanın 94.md. için bkz.: *H.Lubberdink, Some Observations on the Role of Constitutional norms, international norms and legal principles in the Netherlands legal system, HRLJ 1992, s.93 vd.*); Fransa'da Konvansiyon anayasanın 55.maddesi muvacehesinde basit kanunların üstündedir (*E.Steiner, France, in: C.A.Gearty (Hrsg.), European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights, den Haag 1997, s.267 vd.*). Yunanistan'da Yunan Anayasasının 28.maddesi 1.fıkrası

muvacehesinde onaylanan uluslararası anlaşmalara kanunların üstünde hiyerarşi tanınmaktadır. Malta'da (19.8.1987 tarihli European Convention Act'ın 2.md. 2.fikrası – *J.Polakiewicz/V.Jacop-Foltzer, The European Human Rights Convention in domestic law, HRLJ 1991, s.65 vd.*) ve İsveç'te (1.1.1995 tarihli anayasanın 2.bölüm , §23) ilgili hükümler ulusal kanunlara nazaran Konvansiyona öncelik vermektedir. İlgili anayasa hükmünün yorumu üzerinden de uluslararası hukuk anlaşmalarına, bu meyanda A.İ.H.K'na öncelik verilmesi örneklerini Belçika, Lüksemburg, Portekiz, İsviçre ve İspanya vermektedir (*J.Polokiwicz/V.Jacob-Foltzer, the European Human Rights Convention in domestic law, HRLJ 1991, s.65 vd.*; *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die schweizerische Rechtsordnung, EuGRZ 1991, s.81 vd.*).

1991'den itibaren Konvansiyonu onaylayan 17 Merkez ve Doğu Avrupa ülkesi de Konvansiyonu enkorpare etmiştir. Uluslararası anlaşmalara, bu meyanda A.İ.H.K'na kanunlar üstünde hiyerarşi Arnavutluk'ta (1998 tarihli anayasanın 122.md 2.fikrası), Bulgaristan'da (1991 tarihli anayasanın 5.md. 4.fikrası –*E.Konstantinov, The implementation of international treaty obligation in the national legal order- the answer of the Bulgarien Constitution, Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europa, Vol. 2, 1995, s.62 vd.*); Estonya'da (1992 tarihli anayasanın 123.md. 2.fikrası –ingilizce tercümesi için bknz.: JÖR NF 43 (1995), s.263 vd.); Gürcistan'da (1995 tarihli anayasanın 6.md. 2.fikrası- ingilizce tercüme için bknz.: Review of Central and East European Law 1996, s.89 vd.); Hırvatistan'da [1991 tarihli anayasanın 134.md. –Fransızca tercüme için bknz.: JÖR NF 45(1997), s.197 vd.); Moldavya'da (1994 tarihli anayasanın 4.md. 2.fikrası); Polonya'da (1997 tarihli anayasanın 91.md. 2.fikrası); Romanya'da [1991 tarihli anayasanın 20.md. 2.fikrası –Fransızca tercüme için bknz.: JÖR NF(1996), s.514 vd.); Rusya'da [1993 tarihli anayasanın 15.md. 4.fikrası –Fransızca tercümesi için bknz.: JÖR NF 45(1997), s.464 vd.); Slovenya'da [1991 tarihli anayasanın 8.md. ve 153.md.2.fikrası– almanca tercümesi için bknz.: JÖR NF 42(1994), s.88 vd.); Çek Cumhuriyeti'nde (1992 tarihli anayasanın 10.md.); Macaristan'da [1997'de değiştirilen 1949 tarihli anayasanın 7.md. –*Küpper, Völkerrecht, Verfassung und Aussenpolitik in Ungarn, ZaöRV 1998, s.239 vd.*]; Slovakya'da [1992 tarihli anayasanın 11.md. –ingilizce tercümesi için bknz.: JÖR NF 44(1996), s.478 vd.] tanınmıştır.

Uluslararası anlaşmaların hiyerarşisi buna karşılık Letonya'nın (1998), Litvanya'nın [1992 –İngilizce tercümesi için bknz.: JÖR NF 44(1996), s.361 vd.]] ve Ukrayna'nın [1996 –İngilizce tercümesi için bknz.: JÖR NF 46(1998), s.250 vd.]] yeni demokratik anayasalarında açık olarak düzenlenmemiştir. Bununla beraber anlaşmaların ulusal kanunlara nazaran önceliği, uluslararası anlaşmalara ilişkin Ukrayna kanunu tarafından öngörülmüştür (*A.Merezhko/A.Eckert, Ukraine in the New World Order: The Role of International Law, Journal of Constitutional Law in*

*Eastern and Central Europe, 1997, s.118 vd.*) Litvanya'da da yorum yoluyla uluslararası hukuk anlaşmalarına öncelik sağlanması yaklaşımı kabul edilmektedir (*J.Polakiewitz, The application of the European Convention on Human Rights in domestic law, HRLJ 1966, s.405 vd.*).

**252**

Bütün bu açıklamalardan sonra Konvansiyonun gerek eski üyelere, gerekse Merkez ve Doğu Avrupalı yeni üyelerin çoğunda kanunların üstünde bir hiyerarşiyle geçerli olduğu görülmektedir. Konvansiyonun bugünkü üye devlet sayısı itibariyle 2/3 üye devlette kanunların üstünde bir hiyerarşiyle geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Enkorpore edilen uluslararası hukuk anlaşmalarının anayasa hükümlerine göre kanun hükmünde geçerli olduğu üye devletlerde A.İ.H.K için anayasalarda özel bir düzenleme yapılmamıştır. Örneğin Andorra'da (1993 tarihli anayasasının 64.md. 1.fıkrası); Danimarka'da (hukuki durum 1992 tarihli enkoprasyonun sonrasından sonra çok açık görülmesi de, bkz.: *R.Hofmann, Das dänische Gesetz vom 29.April 1992 zur innenstaatlichen Anwendbarkeit der EMRK, EuGRZ 1992, s.253 vd.*), Almanya'da (GG'nin 59.md. 2.fıkrası –*A.Bleckmann, Verfassungsfragen der Europäischen Menschenrechtskonvention? EuGRZ 1994, s.149 vd.*), Finlandiya'da (anayasasının 33.md. 1.fıkrası –*Polakiewicz/Jacop-Foltzer, s.75 vd.*), İzlanda'da (anayasasının 21.md. –*A.Drzemczewski, European Human Rights Convention in domestic law, Oxford 1983, s.130*); İtalya'da (anayasasının 80.md. ve 87.md 8.fıkrası, *D.Leonardi, Italy, in: Gearty (Hrsg.), s.307 vd.*); Liechtenstein'da (anayasasının 8.md. 2.fıkrası –*B.Schmid, Rang und Geltung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in den Vertragsstaaten, Basel und Frankfurt a.M. 1984, s.71*); San Marino'da (*Polakiewicz/Jacop-Foltzer, s.132*) ve Türkiye'de (anayasasının 90.md. –*C.Rumpf, Höchststrichterliche Anwendung von Menschenrechtsverträgen in türkischem Recht, EuGRZ 1995, s.147 vd.*) Konvansiyon basit kanun hiyerarşisiyle geçerlidir. Bu devletlerin kimisinde anayasa hukuku ve basit kanun hükümleri konvansiyonun gereklerini karşılamakta, hatta aşmaktadır (*K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18.Aufl., Heidelberg 1991, s.118*). Ancak bu devletler bakımından da meselenin tamamen üye devletlerin takdirine bırakılmaması gerektiğini gösteren örnekler vardır (Vogt davası için bkz.: EGMR, 26.9.1995, A 323). Bu devletler bakımından kimi teknik konulara ilişkin eleştiriler dile gelebildiği gibi (İtalya'da davaların uzun sürmesi), yapısal eleştiriler de dile gelebilmektedir (Türkiye örneği).

İngiltere A.İ.H.K'nu ulusal hukuk düzenine 1998'deki Human Rights Act'la enkorpore etmiştir (*R.Grote, Die Inkorporierung der Europäischen Menschenrechtskonvention in das britische Recht durch den Human Rights Act 1998, ZaÖRV 1998, s.309 vd.*). Bu enkorporasyon kanunların altında yer alan bir tasarrufla gerçekleşmiştir. Zira Human Rights Act'in 4.maddesine göre bir İngiliz mahkemesi tarafından bir kanun hükmünün Konvansiyona (hatta 1998'den önce geçerli) aykırılığının saptanması, bu kanun hükmünün uygulanmasını



engellemeyecektir. Böyle bir durumda mahkeme tarafından sadece uyumsuzluk saptaması yapılacaktır. Bu açıklama parlamentoyu, Konvansiyona ters düşen düzenlemeyi ilerde değiştirmeye motive edecektir. Mamafih 6.maddeye göre yönetim mercileri ve mahkemeler takdir haklarını Konvansiyona uygun olarak kullanabilir.

253

Norveç'te A.İ.H.K, yargının Konvansiyona uygun yorumu üzerinden ulusal hukukta uygulanmaktadır (*R.Ryssdal, Norwegian Problems of Compliance with the Convention, in: J.P.Gardner (Hrsg.), Aspects of incorporation of the European Convention of Human Rights into domestic Law, London 1993, s.31 vd.*). Mayıs 2000'de Konvansiyon kanunla Norveç hukukuna enkorpore edilmiştir. Enkorporasyon kanunu basit bir kanun olmakla beraber, A.İ.H.K'nun hükümlerinin kanun hükümlerine nazaran öncelik taşıyacağını öngörmektedir. Bu düzenleme sonucu sonraki tarihli bir kanun Konvansiyonun uygulanmasını ancak, enkorporasyon kanununu tam veya kısmen geçersiz kılsa engelleyecektir. İrlanda Konvansiyon hukukunu iç hukukuna henüz enkorpore etmemiştir (*L.Flynn, Ireland, in: Geanty (Hrsg.), s.177 vd.*).

A.İ.H.K'nun ulusal hukuka enkorpore edilmesi istisnasız kural haline gelmiştir. Konvansiyon devletlerinin 2/3'ü normlar hiyerarşisinde Konvansiyona kanunların üstünde hiyerarşi tanımıştır. Konvansiyona kanunlar üstünde bir hiyerarşi tanınması sadece hukuki değil, aynı zamanda sembolik ve siyasi anlama sahiptir. Konvansiyona tanınan bu hiyerarşi, Konvansiyonun Avrupa "ordre public"inin anayasa enstrümanı olarak ortak Avrupa bilincinde daha açık yer almasını sağlayacaktır. Bu sonuç doğal olarak A.İ.H.K'nun ulusal hukuk düzenlerinde etkin olarak icra edilmesini, insan haklarının etkin olarak ulusal hukuk düzenlerinde korunmasını sağlayacaktır.

Konvansiyon devletlerinde son yıllarda ortaya çıkan bir yaklaşım da, ulusal mahkemelerin anayasalarını Konvansiyona uygun olarak yorumlamalarıdır. Bu tür içtihatlar İsviçre'de (Bundesgericht 28.11.1996, EuGRZ 1997, s.162 vd.), Portekiz'de (Polakiewicz/Jacop-Foltzer, s.131). Macaristan'da (Yearbook of the European Convention of Human Rights, 1992, s.455, 36/1994), Polonya'da (*T.Diemer-Benedict, Die Grundrechte in der neuen polnischen Verfassung, ZaÖRV 1998, s.205 vd.*), Slovenya'da ve Çek Cumhuriyeti'nde (Yearbook of the European Convention of Human Rights 1996, s.622 vd.), Almanya'da (BverfGE 74, 358; 82,106; 83,119), İtalya'da (Yearbook of the European Convention of Human Rights 1996, s.642), ve Liechtenstein'da (*Polakiewicz/Jacop-Foltzer, s.125*) görülmektedir. Bu tür bir yorum geleneksel normlar hiyerarşisi muvacehesinde tasavvur edilemez. Bu gelişme, insan haklarının himayesinin münhasıran ulusal devletlere bırakılmasının ne denli büyük bir tehlike olduğunun kavranmasıyla ortaya çıkmıştır. Esasen bu bilinçlenme sonucu insan haklarının himayesine matuf uluslararası

254

anlaşmalar ve bildirimler ortaya çıkmıştır. Bunlardan en etkin olanı şüphesiz A.İ.H.K'dur. Ulusal hukuk düzeninin uluslararası insan hakları himayesine açılması gerekliliği en geniş şekilde 1978 tarihli İspanyol anayasasının 10.maddesi 2.fıkrası ve 1991 tarihli Romanya anayasasının 20.madde 1.fıkrası ile vurgulanmıştır. Her iki anayasa da temel haklara ilişkin anayasa hükümlerini 1948 tarihli BM deklarasyonuna ve taraf olunan uluslararası hukuk anlaşmalarını uygun olarak yorumlama yükümlülüğü getirmiştir. Bu düzenlemeler ışığında gerek İspanyol (*Polakiewicz/Jacop-Foltzer, s.135*) gerekse Romen Anayasa Mahkemesi A.İ.H.K ve İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını esas alarak karar vermektedir.

### Sonuç:

A.İ.H.K'nun ulusal hukuk düzenine kanunların üstünde bir hiyerarşiyle enkorporasyonu sadece bir olanak olarak değil, üye devletlerin anlaşmadan doğan yükümlülüğü olarak görülmelidir. Bu yükümlülük gerek A.İ.H.K'nun 1. ve 13. maddelerinde, gerekse Konvansiyonun Avrupa kamu düzeninin anayasal enstrümanı olma niteliğinden doğmaktadır. Konvansiyonun bu niteliği, ulusal mahkemelerin temel hakları yorumunda Konvansiyonu dayanak alma gerekliliğini ortaya koymaktadır.

### Kısaltmalar:

A.H.İ.K.	Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
JöR	Jahresbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht