

YAZILI OLMAYAN ANAYASAL PRENSİPLERİN KANADA ANAYASASI YORUMUNDA ROLÜ*

Prof. Dr. Warren J. Newman**

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Fatih Öztürk***

Giriş: Anayasa Hukuku, Konvansiyonlar ve Prensipler

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 1997 tarihli *Provincial Court Judges Reference* ve 1998 tarihli *Quebec Secession Reference* davalarında (uyuşmazlıklar) tavsiye niteliğindeki kararlarından sonra, Kanada mahkemeleri dalgalar halinde gelen yeni davalarla anayasal prensiplerin; anayasa değişiklikleri, yasa hükümleri ve hükümet faaliyetlerini (idari işlem) sorgulayan durumla karşılaşmışlardır.**** Hukuk uygulayıcıları; yazılı olmayan anayasal prensiplerin yazılı anayasa hükümlerine destek için hukuk kuralı kaynağı ya da anayasal zorunluluklar statüsünde olup mahkemelerce uygulanıp uygulanamayacağını merak etmişlerdir.

Anayasaya (Kanada) geniş bir açıdan bakacak olursak, anayasa sadece yazılı hükümleri değil, siyasetin yönetimi (devamıyla) ilgili yazılı olmayan ve genelde anayasal konvansiyonlar denilen kuralları da içermektedir. Buna karşılık, konvansiyonlar siyasi aktörlerce onları bağlayan norm kurallar olarak kabul edilir ve onların ihlal edilmesinin karşılığı ise siyasi süreç ve

15

* "The Role of Unwritten Constitutional Principles in Interpreting the Constitution of Canada", by Warren J. Newman in **Essays in Comparative Constitutional Law: A Route Map of A New Constitution for Turkey**, sayfa 25-33. edited by Dr. Fatih ÖZTÜRK (Chief), Dr. Murat YANIK, Dr. Hüseyin ÖZCAN, Nisan 2013, Carolina Academic Press, Durham, NC, USA

** Profesör W.J. Newman, B.A., B.C.L., LL.B., LL.M., Kanada Adalet Bakanlığı, Anayasa ve İdare Hukuku Bölümünde Üst Düzey Genel Danışman. Yazar, aynı zamanda Kanada'da hukuk fakültelerinde anayasa hukuku dersleri vermektedir. Bu makalede belirtilen görüşler, bir akademik konferans çerçevesinde ifade edilmiştir ve Kanada Adalet Bakanlığı'ni bağlamamaktadır.

*** İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.

**** Çevirenin notu: Kanada anayasa hukukunda bu durum, referans soru (reference question) olarak adlandırılmaktadır. Federal hükümet ya da eyalet hükümetleri, eyalet yüksek mahkemelerine ya da Kanada Yüksek Mahkemesi'ne sorunun/yasanın anayasaya uygun olup olmadığını sorabilirler. Fakat eyalet hükümetleri, önce bu soruyu kendi eyalet yüksek mahkemelerine sorarlar, şayet cevap alamazlarsa, Kanada Yüksek Mahkemesi'ne giderler. Daha fazla bilgi için bkz.; Fatih Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, Politik Sorun Doktrini adı altında bölüm 2'de ABD ve Kanada anayasa yargısında Yüksek Mahkemelerden tavsiye niteliğinde kararların alınıp alınmayacağı ele alınmıştır.

kamuoyunun kanaatiyle alâkalı bir durum olarak ortaya çıkar. Mahkemeler, konvansiyonların (anayasal) hukuki hükümler ve kurallar gibi kabul edilip değerlendirilmesini defalarca reddetmiştir.

Bir anayasa konvansiyonunun var olduğunu ortaya koymak için birbiri ile ilintili üç sıkı objektif şartın olmasına bağlıdır: Bahsi geçen kurala bağlı olan önceden uygulanmış bir örneği olmalı (ya da pek çok defa uygulanmış olmalı), kuralın bir sebebi olmalı (genelde bir anayasal prensip ya da anayasal değer) ve bu kural siyasi aktörlerce uygulaması bir zorunluluk olarak kabul edilmeli. Üçüncüsü ise, norm kriteri ve Yüksek Mahkemece üç şartın içinde en önemli olanı da budur.

1982 tarihli Kanada Anayasası'nın kabulünden önce ve sonra, tarafsızca söylemek gerekirse Yüksek Mahkeme, 1981 tarihli *Patriation Reference* adlı davada, “anayasal konvansiyonlar ve anayasa hukukunun toplamı ülkenin (Kanada'nın) anayasasının toplamına eşittir” ifadesini kullanmıştır. Bu ifade, mevcut standart Kanada anayasa hukuku ve siyaset bilimiyle ilgili ders kitaplarındaki durumu yansıtmaktaydı.

16 Anayasal Prensiplerde Yeni Vurgulama (Ehemiyyet)

Provincial Judges Reference ve *Quebec Secession Reference* ile, anayasal prensiplerin yerini anayasal konvansiyonlar ve de en önemli özelliği “yazılı olmayan anayasa” almıştır. Bu prensipler, sadece “tanımlayıcı değil”, ayrıca “güçlü bir norm etkisini kabul etmekte” ve “hem mahkemeleri hem de hükümetleri bağlayıcı”dır. Anayasal konvansiyonların rolü, sadece anayasa hükümlerini yorumlamak için değil, ayrıca anayasa dışılığı aracı olmaları yani anayasa metnindeki ifade terimlerinde yer alan boşlukları doldurmak için de kullanılabilir olmalarıdır. Bunun ötesinde, bu prensiplerin (yazılı olmayan anayasa) inşa edilip kullanılması anayasal konvansiyonların varlığını belirlemek için gerekli olan hassas kriterlerin ispatı gibi bir durumu da gerektirmemektedir. Anayasal prensiplerin varlığı apaçık ortadadır.

Bu da geniş ve yeni bir hukuki iddianın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. *Secession Reference* davasının tavsiye niteliğindeki kararına bakıldığında, ileri sürülen iddialar ve savunmalar anayasal enstrümanların uygulanmasına, sıradan yasalara ve idarenin faaliyetleri (işlemleri) ne karşı çıkmaktadır. Şayet, metinlerdeki hükümlerde az da olsa elle tutulur bir destek olursa,

şayet anayasal konvansiyon kolayca ispatlanamazsa (herhangi bir şekilde hukuk kuralı olarak uygulanamazsa), danışman (avukat, savunma) için cevap çok açıktır: prensibe başvuru!

Provincial Judges Reference davasında, Yüksek Mahkeme Başkanı hâkim Lamer, anayasal prensiplerin 1867 tarihli Anayasa Yasası (*Constitution Act*)’nın girişine doğru yürümekte olduğu sonucuna varmıştır; “Anayasa kalesinin büyük hol girişi.” Bazılarınca, bu durum mevcut metnin yargısal yorumuna direkt bakarak elde edilemeyecek birşeyi arka kapıdan dolaşarak elde etmeyi teşvik edecek bir hale sebebiyet verebilir (mi?).

Anayasal Prensiplerin Hayati Rolü

Bu, Taç (Birleşik Krallık) ın hukuk görevlileri (uygulayıcıları) için bile hikayenin (olayın) sadece bir yönüdür. Hangi yolla gelmiş olursa olsun, anayasal prensipler kalmak için vardır. Yargısal içtihadlara dikkatle bakıldığında, bu prensiplerin her zaman bizlerle birlikte olduğu görülecektir. Prensibe dayanan anayasal konvansiyonlar gibi, anayasal prensipler de anayasa metnindeki anayasal değeri doldurmaya hizmet eder. ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı hâkim Marshall’ın 1819 tarihli *McCulloch v. Maryland* davasında vurguladığı gibi, “[Biz] asla unutmamalıyız, bu bir anayasa ve biz onu açıklıyoruz.” Anayasal prensipler; anayasal metnin karakteri olan sertliği (katılığı) ve değiştirilemezliği eleyebilecek makul olan, aksi halde değişikliğin sadece şekli anayasa değişikliği sürecine bağlı olduğu ve zor olduğu zamanlarda, son çarelerdir. Anayasal prensipler, Kanada Yüksek Mahkemesinin haklı bir şekilde ifade ettiği gibi; “Anayasal metnin kendisini anlamaktan doğan (gelen), tarihi bağlamdan (kontekst) ve anayasanın anlamıyla ilgili önceki yargısal yorumlar” demektir. Aynı zamanda, Yüksek Mahkeme, anayasal prensiplerin varlığının anayasa metninin yerini aldığı ya da onu elediği anlamına gelmediğini de özellikle vurgulamıştır. Şayet, böyle yapılırsa bu durum mahkemelerin rolünü ve anayasal yargı denetiminin meşruluğunu sorgulanır hale getirir.

Anayasal prensipler; yapısal terimlerle (Mahkeme Başkanı hakim Lamer’in “kalesi”) ifade edecek olursak “temel” gibi, Anayasanın “iç mimarisi” ni oluşturan parça olarak görülmelidir. Dinamik terimlerle (Lord Sankey’nin “yaşayan ağaç”) ifade edecek olursak Anayasanın içindeki “hayat nefesi”, ve “Anayasanın hayat kanı” olarak görülmelidir. Anayasal prensipler; Anayasa

hükümlerine anlam vermek, yorumlamak ve uygulamak için hayati öneme sahiptirler. Fakat, temel kurumları destekleyen, zayıflatmayan bir yapıyla dengeli bir şekilde uygulanmalarını sağlamak gerekir. Böylece, bu prensiplerin gelişmesi “tabi sınırlar” ında kalmış olur.

“Yazılı” ve “Yazılı Olmayan” Anayasalar

Kanada mahkemeleri, Anayasal prensiplerin Anayasal metnin anlamını ortaya koymada ki önemli rolünü, uzun bir zamandır tanımış durumdadırlar. Yazılı Kanada Anayasası-eğitimi olmayan biri için, çok küçük ve ince ayrıntılardan dolayı şaşırtıcı olmaktadır- yönetimin yapısını geniş bir şekilde ortaya koymaktan daha çok anayasal hükümetin nasıl olacağına dair az bir bilgi sunmaktadır. Bu da genel olarak İngiliz anayasal geleneğinden dolayıdır. 1867 tarihli Anayasa Yasası (Constitution Act) bunu (tarihi) miras olarak değerlendirmektedir:

Kanada'nın eyaletleri, Nova Scotia ve New Brunswick [bugün için bu iki bölgede Kanada'nın eyaleti durumundadır] federal olarak Büyük Britanya ve İrlanda'nın Birleşik Krallık'ın tacı altında tek bir Dominyon olarak bir Anayasa altında -prensipleri Birleşik Krallık ile aynı olan- birleşmişlerdir;

18

Amerikan ve Fransız Anayasaları'na kıyasla, İngiliz Anayasası'nın çoğunluğunun yazılı olmadığı, herkesçe bilinen bir durumdur. Gerçek şu ki, İngiliz Anayasası'nı daha net bir şekilde karakterize edecek olursak, anayasa olarak nitelendirilebilecek olan bir yüksek yasa tarzında ABD'de ya da Kanada'da 1867 ve 1982 Anayasa Yasalarında olduğu gibi tek bir parça halinde bir araya getirilmemiştir.

John Marshall ve Yargısal Denetim (Anayasal) Prensipleri

Amerikan stili yazılı bir anayasa olsa bile, açıklığa kavuşturulması gerekli meseleler olacaktır. ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı Marshall'ın McCulloch v. Maryland davasındaki sözlerine dönecek olursak:

Bir anayasa, kuvvetler ve uygulanmasıyla ilgili olarak açık bir şekilde bütün alt detayları içerecek olsa bile, bir hukuk kuralının söz uzunluğu ile insan düşüncesinin ürünü olarak herşeyi kapsayacağı iddia edilemez (ifade edilemez). Bundan dolayı, anayasanın tabiatı gereği, ana esaslar yer almalı, önemli konular düzenlenmeli, önemli konularla ilgili detay içerikli meseleler

ise bu konuların yapısı ile alakalı olarak sonuca varılmalıdır [detay anayasada yer almamalı].

Marbury v. Madison davasından on altı yıl önce, hakim Marshall ince ve şeffaf bir nedensellik önerisiyle ABD Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa tarafından-her ne kadar yazılı metin yasaların anayasaya uygunluğunun denetimiyle ilgili olarak açık bir ifade içermese de- Kongre'nin çıkarmış olduğu yasaları yargısal denetime tabi tutma ile görevli olduğunu ifade etmiştir. Marshall'ın önerisi, ilk prensiplere dayanmıştır; anayasacılığın tabiatı-mantığı ve yargı kuvvetinin rolü:

Anayasa en üst ya da en tepedeki yasadır. Sıradan bir usûlle değiştirilemez. Ya da diğer yasalar gibi sıradan (normal) yolla değiştirilebilir. Yasama anayasayı değiştirmek istediğinde değiştirebilir.

Şayet, bahsi geçen ifadelerden ilki doğruysa, Anayasaya aykırı olan yasa, yasa olarak geçerli sayılmayacaktır. Şayet, bahsi geçen ifadelerden sonraki önerme doğru kabul edilirse, o zaman yazılı anayasalar yapmak, insanlar için, kuvveti sınırlamak için, tabiatı gereği sınırlanamaz olacaktır.

Altını çizerek belirtecek olursak; yargı branşının görevi ve uzmanlık alanı hukukun ne olduğunu ifade etmektir. Kuralı davaya uygulayanların görevi, kuralın açıklamasını ve yorumunu yapmaktır.

Böylece, şayet bir yasa Anayasaya aykırı olursa...Mahkeme, bu çatışan kurallardan hangisinin davaya uygulanacağını tespit etmelidir. Bu, yargının en temel görevidir.

Kanada'da Anayasanın Üstünlüğü

Kanada'da, yazılı anayasanın üstünlüğü, esas olarak 1867 tarihli İmparatorluk yasasını Koloni Dominyonuna taşıyan İngiliz Kuzey Amerika Yasası (the *British North America Act of 1867*)'ndan kaynaklanmaktadır (şu an 1867 tarihli Anayasa Yasası olarak adlandırılmaktadır). 1865 tarihli Koloni Yasalarının Geçerliliği Yasasına göre (the *Colonial Laws Validity Act of 1865*), "kolonilerdeki herhangi bir yasa, kolonilerle ilgili olan İmparatorluk yasası hükümlerine aykırıysa, aykırılıkla ilgili durum kesinlikle geçersiz ve uygulanamazdı." Şayet, Parlamento ya da eyalet yasama meclisleri yetkisini aşan bir yasa çıkarırsa, aykırı olan (yetkiyi aşmış) yasa, Kuzey

Amerika İngiliz Yasası kapsamında yargı kararıyla geçersiz ve uygulanamaz hükmüne maruz kalacaktır.

Anayasal yargı denetimiyle ilgili metin, şu an 1982 tarihli Kanada Anayasası (the *Constitution Act, 1982*), kısım 52'de geçmektedir:

Anayasa, Kanada'nın en üst yasasıdır ve Anayasa hükümlerine uygun olmayan herhangi bir yasa, uygun (aykırı) olmayan kısmın (yasanın) hiçbir gücü ve etkisi yoktur.

Anayasacılığın Zaferi, Hukukun Üstünlüğü ve Mahkemelerin Rolü

1982 tarihli Kanada Anayasası, kısım 52 (i) anayasacılık prensibinin işleyişini ifade etme adına açıklayıcı yol gösterme aracı olabilir. 1985 yılında, Manitoba Dil Hakları Tavsiye Görüşü (the Manitoba Language Rights Reference) kararında Kanada Yüksek Mahkemesi, Manitoba (eyalet) yasama organınca hazırlanmış olan ve tamamen İngilizce olarak yürürlüğe konmuş 90 yıllık yasayı geçersiz kılma göreviyle karşı karşıya bırakılmıştır. 1870 tarihli Manitoba Yasası'nın ihlaliyle ilgili kısım (madde) 23, Kanada Anayasası'nı oluşturan yasalardan bir tanesiydi. Burada, zorluk şu gerçekten kaynaklanmaktaydı; bu önemli kısmın yargısal olarak geçersiz olduğunun belirtilmesi, eyaletteki mevcut yasaların hepsinin boşa çıkmasını, hatta yasama organını işlemez hale getirecekti.

20

Yüksek Mahkeme görevden kaçmak için yan çizmemiştir. Yasalaştırmanın iki dilde olması mecburiydi. Bu -anayasal değer- amacı yanında, hem 1870 tarihli Manitoba Yasası, kısım 23, hem de 1867 tarihli Anayasa Yasası, kısım 133 yer almaktadır. Yüksek Mahkeme; “tamamen ve eşit bir şekilde sadece Fransızca ve sadece İngilizce bilenlerin yasama organına ulaşmasını sağlamak”ı garanti etmektedir. Şayet, bu temel garantilerin köklü bir şekilde yerleşip uygulanması (ulaşma) zorunlu olmazsa, anlamsız kalacaktır.” Yargı kurumunun görevi, hükümetin Anayasaya uyumlu bir şekilde hareket ettiğini ortaya koymaktır. Yüksek Mahkeme, Kanada'daki anayasacılık ve anayasal yargı denetiminin rolü hakkında etkili felsefi bir görüş beyan etmiştir:

Anayasa; bir ülkedeki insanların arzusu doğrultusunda belirli prensiplerin temel ölçü olarak kabul edilip yasama ve yürütme kuvvetinin bu çerçevede sınırlandırıldığı ifadelerdir. 1982 tarihli Anayasa Yasası, kısım 52'nin

ifadesiyle, Anayasa en üstün yasadır ve sıradan bir usülle değiştirilemez ve ona uyumlu olmayan yasalar geçersizdir. Yargının görevi, Kanada ve eyalet yasalarının yorumlanması ve uygulanmasını belirtmektir. Bu nedenle, Yüksek Mahkemenin görevi anayasa hukukunun hakimiyetini sağlamaktır.

17 Nisan 1982'den beri Yüksek Mahkeme şunu ifade etmiştir; “Anayasanın yargı tarafından korunması zorunluluğu, 1982 tarihli Anayasa Yasasının, 52. kısmında belirtilmiştir.” Anayasanın 52. maddesinde geçen yargısal denetiminin esaslarıyla ilgili prensipler devam eden yıllarda değişmemiştir.

Çünkü, hukukun üstünlüğü yasanın hükümetin üzerinde olması anlamına gelmektedir ve bundan dolayı, “keyfi gücün etkisinin (kullanılmasının) önüne geçmek” de yasanın üstünlüğüdür. Bu durum, hem 1870 tarihli Manitoba Yasası, madde 23, hem de 1982 tarihli Anayasa, madde 52’ye hüküm olarak konulmuştur. Sonuçta, Yüksek Mahkemedan Manitoba’nın, “Anayasaya aykırı olan gücü ve etkisi olmayacak olan yasalarının ne olduğunun bulunması istenilmiştir.” Buna rağmen, hukukun üstünlüğü ikinci ve geniş bir anlamı da ifade etmektedir: “Yürürlükteki emredici yasaların oluşturulması ve devamının sağlanması ile, kurulu düzenin genel kurallarının korunması ve uygulanmasını” da gerektirir. Bu düşünceden dolayı, “hukukun üstünlüğünün ikinci yönü” Yüksek Mahkeme tarafından bu prensibin ilave rolü olarak belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme, hukukun üstünlüğü prensibine, “bir anayasanın tabiatı gereği, açıkça içeriğine konulmuş” hüküm olarak işaret etmiştir. Yüksek Mahkeme, anayasal yorumda dar ve kelimesi kelimesine bir metodu takip edemez. Yüksek Mahkemenin yargısal faaliyeti, Anayasayı yapanların niyetini doğru okuyabilmek için metin analizine destek olarak tarihi, içerik ve amaçsal yorumun da gerekli olduğunu ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme, the Patriation tavsiye niteliğindeki kararında federalizm prensibiyle ilgili önceki görüşünü analiz ederek, göze çarpar şekilde ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, “anayasa yargısında hüküm tesis etme sürecinde, Kanada Anayasası’nın temel esası olan, ama yazılı olmayan esaslarında kullanılabileceği” kanaatindedir. Eyalet Yasama organı “anayasal kuralları ihlal etme ısrarında bulunarak” 1870 tarihli Manitoba Yasası, madde 23’e dayanarak, “Manitoba eyaleti olağanüstü hal durumundadır”: Bütün tek dilli yasama organının Yasaları her zaman geçersiz, etkisiz ve uygulanma

imkânına sahip değildi” iddiasında bulunmuştur. Buna rağmen, Anayasadan dolayı, eyaletin mevcut tek dilli yasaların uygulanmaması ve geçici geçerlilik tanınarak uygulamaya konulması için her iki dilde tercümesi, yeniden yasalaştırılması, çoğaltılması ve baskıya verilmesi konusunda minimum bir süreyi kabul ederek hareket etmesi halinde bir zarar görmeyeceği ortadadır. Gelecekteki her türlü yasalaştırma için, “Anayasa, bu kararın verildiği tarihten itibaren, Manitoba Yasama Organının bütün yapacağı yasaların hem Fransızca hem de İngilizce çoğaltılıp basılmasını emretmektedir. Herhangi bir yasa bu standarda uymazsa, geçersiz olacak, etkisi ve gücü olmayacaktır.”

Hiç bir şüphe duyulmamalı ki, Yüksek Mahkemenin bu şekilde hareket etmesinin daha sonraki Quebec’in Ayrılması Tavsiye Niteliğindeki kararında (the *Quebec Secession Reference*) sebep olarak kullanılması noktasında ilişkisi vardır. Quebec’in Ayrılması Tavsiye Niteliğindeki kararına Yüksek Mahkemenin, Manitoba Dil Hakları Tavsiye Niteliğindeki kararın açılış sözleriyle başlaması da bir rastlantı değildir:

“Bu tavsiye kararı, çok önemli derecede ince ayrıntılı hukuki ve anayasal sorunları, ve yüksek derecede hassasiyeti haiz kompleks politik sorunları içermektedir.”

Ayrılış Tavsiye Niteliğindeki kararda Yüksek Mahkeme, bilirkişinin ileri sürdüğü anayasal prensibin etkinliği 1867 tarihli Anayasa Yasasının giriş kısmına dayandırılabilir görüşünü reddetmiştir. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesinin ikinci yönü sayesinde, Manitoba’da hukuki bir boşluğa düşmekten kurtulmuştur. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ve prensibin etkinliği arasındaki benzerlik ilişkisini “sosyal gerçekliğe uygun hareket edebilmek için hukukun yeniden dizayn edilmesi” olarak ifade etmiştir. Fakat, etkinlik prensibine hukuk prensibi kalesi olarak devlet gerçeği ihtimalinden fazla bir anlam yüklememek gerekir. Etkinlik prensibi, hukukun üstünlüğü prensibine aykırı bir durum oluşturabilir. Sonuçta başarılı olunduğu sürece içerik olarak hukukun ihlal edilebileceği demektir. Bu da, anayasacılık prensibinin kendisine aykırı bir durum demektir. Yüksek Mahkeme, anayasacılık prensibinin temel esas olarak 1982 tarihli Anayasanın, 51/1. maddesine yerleştirildiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, dikkatli bir şekilde Manitoba Tavsiye Niteliğindeki Kararında

ikna edici bir tarzda anayasacılık prensibinin, Anayasanın 52. maddesine kural olarak koyulduğunu belirtmiştir:

Yüksek Mahkemenin anayasaya aykırılık kararı açık ve kesindi. Hukukun üstünlüğünün devamı noktasında Yüksek Mahkeme'nin dikkati direkt olarak uygun hak arama yoluyla alakalı olmuştur.

Anayasal Prensipler ve Anayasanın Çatısı

Anayasal prensipler; ilerlemeyi devam ettirecek hükümler aracılığıyla Anayasanın içine konulabilir. Bu açıdan bakıldığında, bu prensipler boşluk doldurmaktan daha çok Anayasanın mevcut çatısının prensipleriyle beraber olan metindeki hükümlerin anlamını kapsama vazifesi görecektir. Usta bir şekilde işlenmiş olarak, bu prensipler Anayasayı hayatın gerçeklerine taşıyarak çok önemli (bazı davalarda ise temel) işleve sahip olabilirler. Ayrıca, öngörülemeyen durumlara da cevap olabilirler. Bu da hukuk düzeni, federal yapı ve anayasal sistemin (mizin) demokratik karakterinin devamını sağlar. Aynı zamanda, Manitoba Dil Hakları Tavsiye Niteliğindeki Kararda belirtildiği gibi azınlıkların korunmasına olan inancımızın devamını da sağlar.

Bu açıdan meseleye yaklaşmak, Yüksek Mahkemenin Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi [under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*-diğer adıyla 1982 tarihli Kanada Anayasası] ile ilgili olan ilk davalarda ki eğilimiyle de uyum içinde olacaktır. “Dar ve teknik yorumlar, şayet geleceğin bilinmeyen yönüne göre ayarlanmamışsa, hukukun gelişmesine ve topluma hizmet edecektir.” Bir yerleşik haklar bildirgesinin yorumu, Kanada Anayasası'nın belirttiği gibi, “geniş, amaca yönelik yorum, yani anayasal belgenin ilgili hükümlerini konunun önemine göre yorumlayan” ve “hukuka harfiyen uyarak cetvel misali sertlikten” kaçınma tarzında yapılmalıdır. Anayasal prensipler bu açıklama ve yorumları kullanarak, Anayasanın metni ve Anayasanın anlamının dengelenmesi konusunda temel bir rol oynar.

Prensiplerin Dengelenmesi

Yargı bağımsızlığı, federalizm, hukukun üstünlüğü prensipleri ve azınlıkların korunması anayasal davalara bakan avukatlar için tanıdık kavramlardır. Bu kavramlar metin ve hukuksal olarak Eyalet Hâkimleri Tavsiye Niteliğindeki

Karar (the *Provincial Judges Reference*) ve Quebec'in Ayrılması Tavsiye Niteliğindeki Kararda çok iyi bir şekilde incelenmiştir. Bunlar, sadece Anayasanın temel prensipleri ya da anayasal yorumun kuralları değil, ayrıca diğer kilit olan prensipler ve değerlerde mevcuttur: parlamentonun üstünlüğü prensibi, bizim anayasal sistemimizin hâla esaslı çatısı olarak durmaktadır. Sorumlu hükümet prensibiyle alakalı olarak parlamenterlerin ayrıcalıkları; anayasal konvansiyonlar, Tacın imtiyazlarıyla ilgili olarak teamül hukuku ve idare hukuku kuralları, kanuni prosedür, adil yargı ve usuli adalet, kuvvetler ayrılığının görünmesi (parlamenter hükümet içinde olan), ve Hak ve Özgürlükler listesine [1982 tarihli Kanada Anayasası] yerleştirilmiş bulunan pek çok yeni doktrin ve ilkelerle ilgili hükümlerde (diğer kilit prensipler arasında yer alır).

Quebec'in Ayrılması Tavsiye Niteliğindeki kararda Yüksek Mahkeme, davada yer alan prensiplerin dengeli bir şekilde yer almasının bir ihtiyaç olduğunu kabul ederek, bu temel prensiplerin “ortak yaşam-siyam ikizleri” işlevine sahip olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, “bu prensiplerin biri dahi diğerlerinden izole edilerek düşünülemez, veyahut bir prensip diğer prensibe üstün ya da dışarıda bırakılarak işlevselleştirilemez” demiştir. Bu şekilde prensiplerin dengelendirilmesi bazı akademisyenlerce eleştirilmiştir. Çünkü, yargısal dengeleme teorisi mevcut metnin geleneksel şekilde yorumlanması noktasından garip bulunmuştur. Yargısal dengeleme teorisine göre hâkimler uygun gördükleri dengelemeyi seçmek pozisyonuna sahip olacaklardır. Örneğin, hukukun üstünlüğü prensibi ve Anayasa 52/1'de (1982 Anayasası) geçen Anayasal hükümlerin üstünlüğü diğer değerlerle ifade etmeden dengelenebilecek, yani Anayasanın üstünlüğü en üstte değil midir?, gibi bir durum ortaya çıkabilecektir.

Bir Hassas (İnce) Denge

Hassas bir dengeye anayasal prensipler mahkemelerce yorumlanarak ulaşılır. Bu prensiplerin kendileri ya da Anayasanın metnindeki hükümlere referans olması demek, şekli Anayasanın hükümlerinin uygulanırken ve değişen şartlara uyumlandırılırken gerekli olan esneklik payının sağlanması anlamına gelmektedir. Diğer bütün inşa eden araçlar gibi anayasal prensiplerin de sınırları vardır. Sağlıklı bir ilişki ihtiyaç ile (arasında) kelimelerden, anlamlardan, anayasal metnin yorumundan, açık bir talepten doğan anayasal

prensipleri anlamak için ve de bu prensiplere neredeyse anayasal metinlerin kendilerine verilen etki tanındığı sürece (bazı özel durumlarda), devam edecek gibi gözükmetedir. Bu farklılık, doruk noktaya Eyalet Hâkimleri Tavsiye Niteliğindeki (the Provincial Judges Reference) Kararda ulaşmıştır. Yüksek Mahkeme Başkanı hâkim Lamer için, 1867 tarihli Anayasanın girişi, “temel prensipleri, yani 1867 Anayasasının esaslı hükümlerinin kaynağını tanımakta ve onaylamaktadır.” Bu hükümler “sadece kurucu prensipleri detaylı olarak ele almaktadır.” Hâkim La Forest içinse, Anayasanın hükümleri basit bir şekilde detaylıca yazılmamış olan prensipler üzerine değil, ayrıca Anayasanın hükümleri de Anayasadır” şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, anayasal hükümde kullanılan ifadeye yüklenecek olan anlam önem arz etmektedir.

Hukuki Kesinlik ve Yargısal Denetimin Meşruluğu

Yüksek Mahkeme Başkanı anayasal prensiplerin rolü hakkında önemli bir kayıt (şart) koymuştur:

Herşeye rağmen bir dikkat notu düşmek arzusundayım. The *New Brunswick Broadcasting* davasında ifade ettiğim gibi, Kanada'nın anayasal tarihi gelişim sürecinin “kesin bir şekilde yazılı anayasa ile sonuçlanması” ile anlaşılabilir. Yazılı olmayan bir anayasa yerine yazılı bir anayasanın tercih edilmesinin pek çok önemli sebepleri vardır; hukuki kesinlik ve bunun da anayasal yargı denetiminin meşruluğu ile sağlanması (bunlardan biridir).

The *Quebec Secession Reference* kararında Yüksek Mahkeme Başkanının dikkat çektiği husus yeniden ifade edilmiştir:

The *Provincial Judges Reference* davasında, bizler bu anayasal prensiplerin kabul edilmesine dikkat çekmiştik...bu prensipler Anayasanın yazılı metninden vazgeçmeye davet olarak algılanamaz. Buna karşılık, bizim yazılı Anayasamıza öncelik verme konusunda kaçınılmaz sebepler olduğunu ısrarla teyid ediyoruz. Bir yazılı anayasa hukuki kesinlik ve tahmin edilebilirliği destekler ve de anayasal yargı denetimi için temel ve köşe taşı olma vazifesi görür.

Bu ikiz konular; hukuki kesinlik ve yargısal denetimin meşruluğu yeni olan bir mesele ya da sadece Kanada'ya has bir tecrübe değildir. ABD Yüksek Mahkemesi, 200 yıl önce *Marbury v. Madison* davasında bu meseleyle karşı

karşıya gelmiştir. Aynı meseleler, geçtiğimiz yıllarda Fransa ve Avustralya'da da karşımıza çıkmıştır. Örneğin, bu ülkelerin hâkimleri ülkelerinin anayasalarına, anayasal prensipleri ve bir dizi haklar listesini yerleştirmeye çalışmışlardır (Fransa örneğinde bu durum, “*principes à valeur constitutionnelle*” V. Cumhuriyetin Anayasasının giriş kısmından alınmış ve 1789 tarihli İnsan Hakları Bildirgesi'nden (the *Déclaration des droits de l'homme* of 1789) esinlenilmiştir. Aynı konu ile Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin de karşı karşıya kalacağına şüphe yoktur. 1989 tarihli İnsan Hakları Yasasının (the *Human Rights Act 1998*) yorumu ve uygulanması konusunda Birleşik Krallık'da yasalar ve 2005 tarihli Anayasal Reform Yasasıyla (the *Constitutional Reform Act*) bir kısım yetkiler İskoçya, Wales ve Kuzey İrlanda (bölgelerine) devredilmektedir.

Sonuç

Anayasa Hukuku ve Anayasal Prensipler Arasında Gerekli Olan Bağlantı

Kanada'nın anayasal kurumları gelişiminin zirvesine ulaşmış durumdadır. Yapısı ise (anayasal) tartışmasız, açık ve kesin bir şekilde önceki zamanlara göre kendisini tamamlamıştır.

26

Fakat, çalışma bitmemiştir. Anayasa, hala düzen ve istikrar için kaynak olmaya devam etmektedir. Anayasa, değişen şartların gerektirdiği durumlara kendini uyumlaştırabilmelidir. Bazen bu uyumlaştırmalar, şekli anayasal değişikliklerin sonucu olabilmekte, fakat genelde anayasal değişiklikleri başarmak zordur. Çoğunlukla gerçekleşen, değişimin kendisinin ortaya çıkması anlatılması zor, ama artan bir şekilde ortaya çıkan olaylarla değişim süreci kendini belli eder. Bu tarz değişim, bazen maddi olaydan sonra apaçık ortaya çıkar.

Kanada Yüksek Mahkemesi Birleşik Krallık'daki Yargıçlar Komitesi Danışma Meclisi (The Judicial Committee of the Privy Council) gibi Kanada anayasa hukukunun büyümesi ve gelişmesinde etkisi olmuştur. Yüksek Mahkeme hâkimleri, ülkedeki üst derece ve temyiz mahkemeleri de hukuki hakem (arabulucu) ve hukuki koruyucular olarak rollerine devam edeceklerdir. Bu rol, sadece Anayasa hükümleriyle değil, yüksek değerler, prensipler ve kıymetler üzerine kurulu olarak (devam edecektir).

Mahkemeler bu prensipleri ve değerleri hukuki yapı ve hükümlere bağlamalı ve de bunu mahkemelerin kendi gücünden kaynaklanarak sağlamalıdır. Kabul edilen o ki, ferasetli (bilge) hâkimler belirsiz, sınırlanmış yazılı hukukta arama yapmaya devam edilmesini engellemek isterler, sonuç olarak da uzun uzadıya düşünülmüş halini bir refleks olarak göstermek için hâkimler; felsefenin kralları ve kraliçeleri haline gelerek gökyüzünde anayasal kaleler kuran kişiler suçlamasına zemin hazırlamış olurlar. Soyutluğun kapsama alanı da bu dünya değildir. Mahkemeler elbette Anayasanın “içine yerleştirme” ve “hayat vermek” görevini icra edebilirler, fakat bunu yaparken şayet içine yerleştirme ve hayat verme başarılacaksa anayasa hukukunun fiziki gövdesinden ayrılmamalıdır. Genel olarak ifade edecek olursak, mahkemelerin; somut konular, yaşanan anlaşmazlıklar ve alelade ihtilafların hukukiliği hakkında “sınırlı mantık ve yüksek teknik” ile karar vermeleri gerekir.

“Yazılı olmayan hukuk” ve soyut kavramlara başvurmak hukukçu için cazip gözükmektedir. Belki de bu, özellikle Anglo-Saxon hukuku eğitim ve öğretimi almış kişiler için geçerlidir. Büyük İngiliz hukukçusu Sir Edward Coke’un ifadesiyle, “Sebep, hukukun hayatıdır (varlık nedeni), Anglo-Saxon hukuku sebepten başka birşey değildir.”

Anayasal Sistemde Mahkemelerin Rolü ve Uzmanlık Alanları

Nasıl ve ne zaman Kanada’nın üstün hukukunda (anayasa hukuku) yazılı olmayan prensiplerle ilgili olarak esneklik ve kesinliğin başarılmasına ihtiyaç vardır? Bu hususta, altın değerinde bir ölçme aracı, Kanada Yüksek Mahkemesince *Quebec Secession Reference* kararında inşa edilmiştir. Bu konu, derinlemesine bakıldığında bizim anayasal çerçevemizde mahkemelerin meşru rolleriyle bağlantılıdır. Bizlere, bu meşru rol en iyi şekilde yolumuzu gösterebilir.

Yüksek Mahkeme “dava görülemezlik” temeline dayanarak, hatta tavsiye niteliğinde karar çerçevesinde olsa bile, bir soruyu cevaplamaktan kaçınabilir, fakat bu şekilde davranmak, şunu içerebilir:

(i) şayet, Yüksek Mahkeme böyle yapacak olursa; bizim demokratik hükümet (yönetim) yapımızın anayasal çerçevesinde yer alan Mahkemeye özgü rolü, Mahkemenin kendi değerlendirmesinin ötesine götürecektir veya

(ii) şayet, Yüksek Mahkeme kendi uzmanlık alanında olan-yasanın yorumu-soruyu cevaplandıramazsa.

Kabul edilmeli ki, bahsi geçen aynı durumlar şunla alâkalı da olabilir, - sadece tavsiye niteliğindeki kararlar çerçevesinde değil, fakat daha kuvvetli bir sebepten dolayı normal çekişmeli bir davada da- mahkemeler genel olarak neredeyse tezlerini anayasal ya da yasal hükümlere değil, sadece anayasal prensiplere dayandırmalıdır.

İlgili Bazı Sorular ve Mahkemeler İçin Yol Gösterme

Bu, anayasal prensiplerin anayasa yargısında yeri yoktur anlamına gelmemektedir. İctihadın ağırlığı göstermektedir ki; anayasal prensipler anayasanın anlamını açığa kavuşturmak ve anayasayı zenginleştirmek için faydalı ve gerekli bir rol oynayabilirler. Herhangi bir davada anayasal prensiplere tam bir rol vermeden önce, mahkemeler kendilerine aşağıdaki soruları sorabilirler.

Anayasal prensip, olayda geçen anayasa ya da yasa hükmünün yorumuyla ilişkili midir? Hükmün sözleri makûl bir şekilde olaydaki davada anayasal prensibin uygulanmasını talep eden tarafın ifade ettiği prensibe mi dayanmaktadır? Başvurulacak anayasal prensip davanın esasına uygulanacak temel dayanak mıdır? Bize (mahkemeye) sorulan anayasal prensip, bir anayasal hükme yardımcı da bir hükmün yerine geçmesi için mi talep edilmiştir? Şayet, bir hükmün yerine geçecekse, bu şartlar altında bu prensip hangi kural (hukuki) kuvvetinde ya da ağırlığında olmalıdır? Yoksa diğer anayasal prensipler veya metinlerde dikkate alınacak hususlarla dengelenmeli midir? Mahkemeye sorulan anayasal prensip yeni bir görev, kural veya bir anayasal karakteri sorumluluk altına sokmayı başlatmalı mıdır? Şayet öyle olacaksa, kim bununla bağlı olmalı, davanın tarafları mı? Siyasi aktörler mi? Mahkemeler mi? Herkes mi? Yasalarca uygulanabilir mi? Veya bir anayasal konvansiyonun gereği siyasi bir sorumluluk mu? Şayet, bir konvansiyonsa, Jennings'in bir konvansiyonun varlığı için gerekli olan şartları formüle ettiği testi geçebilecek midir? Davanın şartlarına göre bir konvansiyonun var olduğunu söylemek ya da bu prensibi uygulamak uygun mudur? Bu anayasal prensibi olaya uygulamak ihtilafı çözecek mi veya yasanın ifadesini açıklığa kavuşturacak mı? Bu anayasal prensibe dayanmak hukuk kuralının kesin olmayışını azaltacak mı (kesinliğe kavuşturacak mı) yoksa arttıracak mı?

Bu birbirine bağlı sorular, Kanada Yüksek Mahkemesince *Quebec Secession Reference* kararında büyük meselelerin parçaları olarak formüle edilmiştir. Mahkemelerden anayasal çatıda yer alan kendilerine biçilmiş rolün ötesine geçmeleri istenmiş midir? Mahkemelerden kendilerine sorulan soruları kendi uzmanlık alanı -hukukun yorumlanması- içinde kalarak cevaplamaları mı istenmiştir?

Şayet bu meseleleri dikkate almak düşünce olarak zihnimizde beliriyorsa; anayasal prensipler, anayasal yapının kurucu taşları olarak hareket etmeye devam edeceklerdir. Şayet, aklımıza benzeri sorular gelmiyorsa, bu da kalenin [anayasa] kumdan yapıldığının ispatı demektir.