

“ANAYASA ŞİKAYETİ VE BUNA İLİŞKİN SORUNLAR” (Venedik’te Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)

Prof.Dr. Peter PACZOLAY^(*)

ANAYASAL ŞİKAYET

Verfassungsberichtkeit konusunda Hand Kelsen’in özgün düşüncesinin, Anayasa Mahkemesine kişisel ulaşım olanağını dışlamış olmasına karşın, anayasal kararlar konusunda son zamanlardaki eğilimler, haklı olarak yasaların Anayasaya uygunluk denetiminden yargısal denetime bir geçiş olarak tanımlanabilir.¹ Bu durum yasama denetiminden yargısal denetime geçiş anlamına gelmektedir.

Buna benzer bir gelişme anayasa mahkemelerine kişisel başvuru olanağını tanıma biçiminde özetlenebilir.

Anayasa mahkemelerine kişisel başvuru iki yolla olabilmektedir.

Birincisi, kural olarak bir yasal hükmün kişiler tarafından Anayasaya aykırı olduğu iddia edildiğinde ortaya çıkan *actio popularis* veya popüler başvuru söz konusudur.²

Diğer bir yol da anayasal şikayettir. Anayasal şikayet, anayasal hakların ihlaline karşı kişisel bir başvuru yoludur. Genel olarak bir kişiyi ilgilendiren idari veya yargısal kararlara karşı yöneltilmektedir.

Almanya’daki *Verfassungsbeschwerde* ve İspanya’daki *recurso de amparo* kurumları anayasa şikayetinin en meşhur örnekleridir.³ Diğer Avrupa ülkeleri de anayasa şikayeti kararları konusunda bazı usuller getirmişlerdir (bunlar arasında Rusya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Slovenya, Makedonya, Hırvatistan, Portekiz, Macaristan sayılabilir).

^(*)Venedik Komisyonu Yedek Üyesi, Macaristan

¹Louis Favoreu, Anayasa Mahkemeleri, Paris, PUF, 1992

²Örneğin Macaristan’da oldukça geniş bir *actio popularis* olanağı bulunmaktadır: kişiler herhangi bir yasa hükmünde kişisel bir çıkarları olmaksızın bu yasa hükmünün anayasaya aykırılığını iddia edebilirler. Böylece bu davalardaki kişisel iddialar soyut norm denetimini doğurmaktadır.

³Türkiye anayasa değişikliği taslağının gerekçesi Avusturya’ya atıf yapmaktadır. Ancak, Avusturya’da anayasa şikayeti idari kararlarla sınırlıdır.

Türkiye'deki anayasal denetim sistemi şimdiye kadar kişisel başvuruları olanaklı kılmamıştır. Tasarı taslağı (Anayasanın 148. maddesinin 6. paragrafı) yeni bir kişisel başvuru yöntemi (anayasal şikayet) ihdas etmektedir:

“Herkes, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla ve kanun yollarının tüketilmiş olması koşulu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Anayasa şikayeti ile ilgili başvurunun görüşülebilirliği, ön inceleme komisyonunun kuruluş ve yetkileri, Daire kararına ilişkin esas ve usuller, kanunla düzenlenir.”

Anayasal şikayetin düzenlenmesi konusunda Avrupa ülkelerinde iki eğilim bulunmaktadır. Anayasal sistemlerinde kişisel başvuru sistemi bulunmayan ülkeler (örneğin İtalya) anayasal şikayeti ihdas etmeyi ciddi biçimde düşünmektedirler. Türkiye'deki bu anayasa değişikliği bu eğilime uygun olacaktır. Sistemlerinde anayasa şikayeti bulunan ülkelerin, anayasa şikayetinin alanını azaltma, en azından “dava selini” azaltma eğilimindedir (Bu durum özellikle bu konudaki reform ile uğraşmak üzere özel bir komisyonun kurulduğu Almanya için geçerlidir).

Önerilen bu düzenlemeyi diğer Avrupa ülkelerindeki düzenlemelerle karşılaştırarak mı incelemeliyiz?⁴

Anayasa şikayetinin işlemesi ilke olarak, idari veya yargısal kararlarla hakları ihlal edilen kişilere bir başvuru yolu vermek suretiyle temel hakların etkin olarak korunmasıdır. Bu, Türkiye'de anayasal şikayeti ihdas etmenin de ana gerekçesini oluşturmaktadır. Ancak, ilke olarak bu gerekçenin dışında, daha pratik bir düşünce de bulunmaktadır. Taslağı hazırlayanların beklentisine göre -gerekçede de belirtildiği gibi- “Anayasa şikayeti yolunun açılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye aleyhine açılacak davalarda önemli bir azalmaya yol açacaktır.” Böylece, yeni düzenlemenin amacı, temel hakların ihlali nedeniyle bir iç hukuk yolu sağlamaktır.

Böylece, yeni düzenlemenin amacı insan haklarının ihlali için yerel düzeyde düzeltme sağlamaktır. Bundan dolayı korunan hakların alanı Taslak Öneri'de belirsiz biçimde tanımlanmaktadır. Anayasal şikayet tabiri genelde ulusal anayasalarda tanımlanan hakların

⁴12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansının konusu Anayasa Mahkemeleri ve diğer ulusal mahkemeler arasındaki ilişkilerdi. Genel rapor tamamen anayasal şikayeti kurumunu incelemiştir. 23 HRLJ 317-321 (2002).

korunması için kullanılmaktadır. Türkiye örneğinde ise bu müessese ile (Taslağın İngilizce çevirisinde yazıldığına göre) anayasal hak ve özgürlükler değil fakat AİHS'nde düzenlenen hak ve özgürlükler korunmaktadır. Türk Anayasasında sayılan hak ve özgürlüklerle karşılaştırıldığında bu sınırlı bir koruma alanı sonucunu doğurur.⁵

Usul anlaşılır olmayan anayasal metinde, ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir.

Önerilen değişiklik sadece,

--başvuru şartlarına referans yapmakta, kamu gücü tarafından ihlalden, anayasal şikayeti başlatmanın temeli olarak bahsetmektedir.

--tüm yolların tüketilmesini gerekli görmek suretiyle usulün ikincil karakterine temas etmektedir.

Diğer kabul edilebilirlik şartları, ön inceleme komisyonlarının kurulması ve kararların içeriği ve alanına temas edilmekte ve bunların ayrı bir kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Başka problemler Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu ile çözülmek zorunda. Böyle detayların Anayasada düzenlenmesinin Anayasa sahasını aşacağı açıktır. Ancak yeni uygulamaya konmuş bir müessesenin bütünlüğü içinde değerlendirilmesi detaylı kuralların bilinmesini gerektirir.

Gerçek anlamda anayasal şikayetin diğer gözden geçirme tiplerinden farkını ortaya koymak önemlidir⁶. Gereğe göre "anayasal şikayet, kanunların veya idari işlemlerin anayasal olmadıklarını denetlemeden, veya kararların temyizi yada yeniden gözden geçirilmesinden farklı bir hak arama yoludur. AİHM önüne getirilen bireysel başvurunun benzeri yerel bir uygulamadır." Her ne kadar anayasal şikayet idari bir eylemin yeniden incelenmesi veya yargı kararlarının yeniden gözden geçirilmesi değilse de, sanıyorum ki -AİHM deki usule benzer bir şekilde- bu, AİHS de düzenlenen bireysel hakları ihlal eden idari yada adli yargı kararlarına karşı yöneltilecektir. Bununla birlikte soruna açıklık getirilmek zorundadır.

⁵AİHS, İsviçre'de anayasal şikayet nedeni iken Avusturya'da anayasal düzeydedir.

⁶Bu anlamda Macaristan örneği önemlidir. Macaristan örneği kısaca özetlenerek burada gerçek bir anayasal şikayetin söz konusu olmadığı, hak ihlalinin söz konusu olduğu normların daha üst düzeyde gözden geçirilmesi görünümünde olduğu ifade edilmekte, kararların etkisinin bizzat normların önceki denetimdekilerle aynı olduğu gerçeğinin de bunu teyit ettiği vurgulanmakta, bu yüzden olsa gerek anayasal başvuru sayısı posterior norm denetimi için başvuru sayısından daha azdır.

Türk Anayasası üç farklı grup hak öngörmektedir: bireysel haklar, sosyal ve ekonomik haklar, ve politik haklar. Taslağın gerekçesine göre, anayasal şikayetin uygulama alanı "klasik haklar"la sınırlandırılmalıdır. Etkilenen hakların alanını belirlemede yanlış anlamaları önlemek için , anayasal şikayetle bahşedilecek korumanın AIHS deki hak ve özgürlükleri kapsamı kararlaştırılmıştır.

Anayasal şikayeti uygulamış olan bazı anayasa mahkemeleri genel mahkemelerle çatışma problemi ile karşılaştılar. Genel mahkemelerin kararlarını gözden geçirmek olasılığı, genel mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasında tansiyon hatta çatışma meydana getirebilir. Bu yüzden Anayasa Mahkemesini süper- yüksek mahkeme olarak tasarlayan bir çözümden kaçınmak elzem görünüyor.

SONUÇLAR

1. Taslak Öneride altı çizilen Anayasal değişiklikler haklı, ve diğer Avrupa ülkelerinde halihazırda bilinen çözümleri takip ediyor. Genelde Avrupa standartlarını karşılıyor.

2. Düzenlemenin sınırı, anayasal seviyede garanti nedenleriyle gerekli sorunlarla sınırlı, temel hukuka (Türkiye'de oldukça uzun ve detaylı) taşıyabileceğinden fazla yük getirmiyor.

3. Bununla birlikte yeni uygulamaya konulan yargısal ve organizasyonla ilgili önlemlerin ayrıntılı değerlendirilmesi, kanun düzeyinde önerilen çözümün de bilinmesini gerektirmekte.

4. Önerilen çözüm ve değişiklikler, özellikle temel hakların korunmasında Mahkemenin (Anayasa Mahkemesi) etkinliğine yardım eder.

5. Organizasyon boyutunda, farklı yorum ve yargılardan kaçınmak için, iki daire üzerinde genel kurulun kontrolüne özel bir ihtimam gösterilmelidir.

6. Anayasal şikayetin kabul edilebilirliğine karar vermek için üç hakimli ön inceleme kurulları oluşturulmalıdır.

7. Asgari ve yukarı yaş şartları, sırasıyla, çok yüksek ve çok düşük olarak değerlendirilebilir.

8. AİHS'nde düzenlenen temel hakları korumakla sınırlı anayasal şikayetin kapsamı belirsizdir. En azından bir sonraki aşamada, korunan hakların alanının Anayasada düzenlenenleri (politik haklar ve klasik özgürlükler) de kapsayacak biçimde genişletilmesi düşünülmelidir.

CONSTITUTIONAL COMPLAINT

Prof. Dr. Peter PACZOLAY^(*)

Although the original idea of Hans Kelsen on *Verfassungsberichterkeit* excluded the possibility of individual access to the Constitutional Court, recent tendencies in constitutional adjudication can rightly be described as a path from the review of the constitutionality of laws to the review of the application of laws.⁷ This means a shift from the review of legislature to the review of the judiciary.

A similar line of development can be outlined in opening up the possibility of individual access to constitutional courts.

Individual access to constitutional courts has two main ways.

First, *actio popularis*, or popular complaint when as a rule a legal provision can be challenged by individuals.⁸

The other way is constitutional complaint. A constitutional complaint is an individual remedy against the violation of constitutional rights. Usually it is directed against individual administrative or judicial acts.

The institutions of *Verfassungsbeschwerde* in Germany and *recurso de amparó* in Spain are the most well-known examples of constitutional complaint.⁹ Other European countries have also established some procedures for the adjudication of constitutional complaint (among others Russia, Czech Republic, Slovakia, Slovenia, Macedonia, Croatia, Portugal, Hungary, etc.).

The constitutional review system in Turkey has not made possible so far individual complaints. The Draft Proposal (paragraph six of article 148) introduces a new regulation of individual application procedure (constitutional complaint):

“All individuals, claiming that one of their constitutional rights and freedoms in the scope of European Convention on Human Rights has been violated by public power, are entitled to apply to the Constitutional Court on condition that they have exhausted legal remedies. The principles and procedures on admissibility of applications of constitutional complaints, on establishment and competence of pre-review commissions and on judgments of the Chambers shall be regulated by law.”

There are two tendencies in the European countries regarding the regulation of constitutional complaint. Those countries that do not have in their constitutional system individual complaint, are seriously considering to introduce it (for example Italy). The Turkish amendment would fit into this line. The efforts of those countries that have in their system constitutional complaint tend to reduce the scope of its application, or at least to reduce the “flood of cases” (this is especially the case in Germany where a special commission was set up to deal with the reform).

^(*)Substitute Member, Hungary

⁷Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, 1992.

⁸For example in Hungary there is an excessively wide opportunity of *actio popularis*: individuals can challenge the constitutionality of any legal provision without having any personal interest in it. Thus in these cases the individual claims result in abstract norm control.

⁹The reasoning of the Turkish draft Proposal is referring also to Austria, but in Austria constitutional complaint is restricted against administrative acts.

We should examine the proposed regulation in comparison with the regulations of other European countries.¹⁰

The function of constitutional complaint is in principle the effective protection of fundamental rights by giving remedy to the individuals in case of violation of their rights by administrative or judicial decisions. This is the main justification for introducing constitutional complaint in Turkey, too. But besides this justification in principle, there is a more practical consideration in this case. According the expectations of the drafters – as formulated in the reasoning – “*The introduction of constitutional complaint will result in a considerable decrease in the number of files against Turkey brought before the European Court of Human Rights*”. Thus the aim of the new regulation is to provide domestic remedy for the violation of fundamental rights.

Therefore the scope of protected rights is unusually defined in the Draft Proposal. Constitutional complaint in general is used to protect the rights defined in the national constitution. In the case of Turkey not the *constitutional* rights and freedoms (as written in the English translation of the Draft) but the rights and freedoms regulated in the European Convention on Human Rights are protected by this institution. This results in a limited scope of protection compared to the rights enumerated in the Constitution of Turkey.¹¹

The procedure is not regulated in details by the constitutional text which is understandable. The proposed amendment refers only

- to the application conditions; it mentions the violation by public power as the ground for launching a constitutional complaint;
- to the subsidiary character of the procedure, requiring the exhaustion of legal remedies;

Other admissibility conditions, the establishment of pre-review commissions and the scope and content of the judgments are referred to, and they will be regulated by a separate law. Further problems have to be settled by the law on the Constitutional Court. It is obvious that Regulating such details in the Constitution exceeds the scope of a constitution. But the evaluation of the newly implemented institution in its entirety requires the knowledge of the detailed rules.

It is important to distinguish the real constitutional complaint from other types of review.¹² According to the reasoning “*the constitutional complaint is a way of claiming rights different than the examination of the unconstitutionality of laws or of the illegality of administrative acts, or the cassation and review of judgments. It is a domestic*

¹⁰The subject of the 12th Conference of European Constitutional Courts was the relation between the Constitutional Courts and the other national courts. The general report thoroughly analysed also the institution of constitutional complaint. 23 HRLJ 317-321 (2002).

¹¹In Austria the European Convention of Human Rights has constitutional rank, while in Switzerland it is the basis for a domestic constitutional complaint.

¹²The Hungarian example can be important in this sense. „The arrangements for a constitutional complaint easily constitute the most unsuccessful provision of the Constitutional Court Act” - sounds a comment on the Hungarian version of this institution (Laszlo Solyom - Georg Brunner, eds., *Constitutional Judiciary in a New Democracy*. University of Michigan Press, 2000. p. 84. A constitutional complaint can be brought to the Court by any person who claims that his fundamental rights have been injured through the application of an unconstitutional legal norm. The right to a complaint is apparently not limited to natural persons but is also available to an association of persons which has no legal capacity and to legal persons, to the extent they have capacity for fundamental rights. Further conditions of admissibility, in addition to the capacity to bring a claim, are the exhaustion of all legal remedies and the meeting of the deadline for complaint of 60 days. The real problem with the regulation is that the subject of challenge and constitutional review is not the decision which embodies the direct violation of the fundamental right, but rather the legal norm on which it is based. Therefore the Hungarian constitutional complaint is not a real constitutional complaint at all, but rather a variation of the posterior review of norms in which violation of an individual right is required. This is also confirmed by the fact that the effects of the decisions themselves are the same as in the proceedings for posterior review of norms. But because the individual can also achieve these results through the much simpler route of the popular action, for which there are no special conditions of admissibility, it is no wonder that the number of constitutional complaints is much smaller in comparison to the posterior norm review.

implementation similar to that of individual application brought before the European Court of Human Rights.” Although constitutional complaint is not the review of an administrative act, neither a review of judicial decisions, I suppose that - similarly to the procedure before the ECHR it will be directed against administrative and judicial decisions that violate individual rights regulated in the European Convention. However this question has to be clarified.

The Constitution of Turkey differentiates among three groups of rights: individual rights, social and economic rights, and political rights. According to the reasoning of the draft the implementation scope of constitutional complaint should be limited to “classic rights”. In order to avoid misunderstandings in defining the scope of affected rights, it was decided that the protection to be granted by the constitutional complaint should comprise the rights and freedoms in the European Convention of Human Rights.

Some constitutional courts having implemented the review of constitutional complaints faced the problem of interference with ordinary courts. The possibility to review the decisions of ordinary courts may create tensions, and even conflict among the ordinary courts and the Constitutional Court. Therefore it seems necessary to avoid a solution that should envisage the Constitutional Court as a “super-Supreme Court”.

CONCLUSIONS

1. The constitutional amendments outlined in the Draft Proposal are justified, and follow solutions already known in other European countries. In generally they meet the European standards.
2. The extent of the regulation is limited to those questions that are necessary for reasons of guarantee at constitutional level, while do not overburden the basic law (which in Turkey is quite long and detailed).
3. Nevertheless, the complex evaluation of the newly introduced organisational and jurisdictional measures would require to be acquainted with the proposed solution at statutory level.
4. The solutions and changes proposed serve the effectiveness of the Court, especially in protecting basic rights.
5. At organisational level special attention should be paid to the plenary control over the two chambers, in order to avoid diverging jurisprudences and interpretations.
6. In order to decide on the admissibility of a constitutional complaint, three-judges panels should be established.
7. The minimum and maximum age requirements might be considered too high and too low, respectively.
8. The scope of constitutional complaint limited to protect basic rights regulated in the ECHR is unusual. It should be considered, at least at a later stage, to widen the scope of protected rights to those regulated in the constitution (to political rights and the classical freedoms).