

Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık

Prof. Dr. Bertil Emrah Oder
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Çok çok teşekkür ediyorum ancak öncelikle yansılar eşliğinde bir sunum gerçekleştireceği için teknik ekipten bir yardım alabilirsem memnun olurum.

Sayın Başkan, Değerli Yargıçlar, Değerli Meslektaşlar,

Bu tebliğin konusu esas itibarıyla “*anayasa yargısında temel hak ve özgürlüklerin somutlaşması*” olarak belirlendiği için söze başlarken hemen bir alt başlıkta yorum ile norm somutlaşması arasındaki ilişkiye dikkat çekmek faydalı olabilir. Çünkü temel hak ve özgürlükler alanında birazdan normların yapıları üzerinden vurgulamaya çalışacağım bazı unsurlarda görülebileceği gibi öncelikle geleneksel yorum yöntemleri geçerli olmakla birlikte, bu yorum yöntemlerinin sonucunda vardığımız aşama bakımından bir “*somutlaştırma*”nın olduğunu vurgulamak isterim. Temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda yorum sözcüğünden çok somutlaştırma sözcüğünün tercih edilmesi bu alanın niteliği, özellikle norm yapılarından kaynaklanan özellikler nedeniyle ağır basmaktadır. Dikkat çekeceğim bir başka nokta, bu tebliğ boyunca genel olarak yorum kuramı bakımından ağırlık kazanacak bir terime ilişkin olabilir. Söz konusu terim, gerekçelendirmeden ziyade “*kanıtlama*”dır. Çünkü gerekçelendirme dediğimiz kavram kendi içinde “*görünüştü*” bir gerekçelendirmeyi barındırarak, yargılamanın kalitesiz olabileceği durumlarda da karşımıza çıkabilir. Oysa kanıtlama dediğimiz süreç gerekçelendirmenin kendi içinde tutarlı ve doğruyu bulmaya yönelik

bir argümantasyon içermesini zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla aslında kanıtlamayı bütün bu tebliğ boyunca daha çok “gerçek gerekçelendirme”ye, yani hukuksal ve rasyonel olarak sınanabilir bir gerekçelendirmeye esas teşkil etmek üzere kullanıyor olacağım.

Yorum Yöntemlerine İlişkin Hatırlatma

Bu noktada, öncelikle kısmen ilk tebliğde de değinildiği gibi Türkiye bakımından da tümüyle geçerli olmak üzere, kökeni Savigny'nin yorum kuramına dayanan geleneksel yorum yöntemleri ve geleneksel yorum yöntemlerine zaman içinde eklenen başka daha çağdaş yorum yöntemlerine işaret etmek zorunlu. Sözel, sistematik, tarihsel ve teleolojik yorum dediğimiz yöntemler, bütün hukuk dallarında olduğu gibi Anayasa Hukukunda da yerleşik yöntemler olarak saptanabilir. Bununla birlikte, anayasa yargısında özel değere sahip bir üst başlığın altını çizmek daha fazla anlam taşıyabilir. Bu da “*sisteme uygun yorum*” olarak tanımlanabilir. Sisteme uygun yorum dediğimizde bu yorum türünün altında aslında üç tane alt başlık açmakta değer taşıyacaktır. Bu alt başlıklardan ilki, az önce değerli konuşmacının da belirttiği gibi Anayasaya uygun yorum dediğimiz bir yorum tekniğidir. İkinci başlık, uluslararası hukuka uygun yorum ve özellikle bugünkü toplantının da konusunu oluşturan ve bireysel başvuru yolu söz konusu olduğunda ayrıca önem taşıyacak uluslararası insan haklarına uygun yorumdur. Üçüncü başlıkta ise karşılaştırmalı hukuka uygun yorum olarak sıralanabilir. Bunlara ek olarak sisteme uygun yorum başlığında, Avrupa Birliğine üye devletler bakımından “*Avrupa Birliği Hukukuna uygun yorum*” dediğimiz bir tür de mevcuttur. Bu yorum türü içinde, özellikle Avrupa Birliği yönergelerine (directives) uygun bir yorum özel değer taşıyacaktır.

Sisteme uygun yorumun sistematik yorumla karşılaştırıldığında en önemli farkı sistematik yorumda eşit hiyerarşiye sahip olan normlar arasında sistemsal bağlamı araştırmamızdır. Sisteme uygun yorum dediğimiz zaman normatif hiyerarşi bakımından üstte yer alan veya normatif hiyerarşi bakımından göreceli üstünlüğü olabilecek normlara uygun yorum ya da normatif hiyerarşinin hiçbir yerine koyamadığımız karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi bir başka disiplinle bir başka özerk alanla kurulan yorum ilişkisini kast ederiz.

Norm Metni-Karar Normu Ayrımı

Bu çerçevede temel hak ve özgürlüklere baktığımızda, aslında temel hak ve özgürlüklerde bütün bu yorum yöntemlerini kullanarak ulaştığımız son aşama somutlaşma ise o zaman şöyle bir ayrımı da yapmak zorundayız. Bu ayrım, kuramsal olarak da tartışılmış olan “norm metni” ve “karar normu” ayrımıdır. Temel hak ve özgürlük alanında somutlaşma ile karşımıza çıkan norm, “norm metni” değildir. Norm metni somutlaşma sürecinin başında esas aldığımız sözel bütündür. Temel hak ve özgürlük alanında somutlaşma sonucu norm diye ortaya çıkan, norm metnini aşan ve somutlaştırma sürecinde oluşturduğumuz “karar normu” nun ta kendisidir. Dolayısıyla norma bakış açımız, özellikle temel hak ve özgürlük alanı söz konusu olduğunda, sözel yorumun sınırlarını aşan ve sözel yorumun bazı durumlarda etkisiz kalabileceği bir sorunsala karşılık gelmektedir.

Norm Denetimi ve Bireysel Başvuruda Yorumun ya da Somutlaşmanın İşlevsel Farklılıkları-Benzerliği

Anayasaya yargısında norm denetiminde yorumun veya somutlaşmanın gördüğü işlev ile bireysel başvuruda yorumun veya somutlaşmanın göreceği işlev arasında da bir farklılık olacaktır. Norm denetiminde hem denetlenen işlemdeki normların yorumu hem de Anayasa normunun yorumu söz konusudur. Bireysel başvuruya baktığımızda, burada başka bir mahkemenin yargısal yorumu ya da bireysel başvuru kapsamındaki bir idari işlemin temel hak ve özgürlüklere aykırılığı bakımından değerlendirilmesi, yani onların anayasal bir yorum süzgecinden geçirilmesi söz konusu olacaktır. Bu süreçte hak ve özgürlük alanındaki Anayasa normlarının kendisinin yorumu birincil değer taşır. Özellikle bir başka mahkemeden gelen yargısal bir karar söz konusu olduğunda, o karardaki temel hak ve özgürlük yorumu ile Anayasa Mahkemesinin aynı hak ve özgürlük alanlarına biçtiği anlam arasındaki çatışmada, Anayasa Mahkemesinin yorumunun belirleyiciliği, diğer yargı organlarının gelecekteki içtihatlarını biçimlendirecektir. Bu süreçte, Anayasa Mahkemesinin özellikle yüksek mahkemelerin yargısal yorumları ile “diyalojik” bir ilişki kurması, yani bu mahkemelerin yorumlarını niçin izlediğini ya da karşı çıktığını belirten bir argümantasyona yer vermesi beklenir.

Bireysel başvurudaki temel hak yorumu da hiç kuşkusuz “yorum döngüsü” veya daha doğru bir terimle “yorum sarmalı” olarak adlandırdığımız; sözel yorumdan başlamak üzere tarihsel yorum, sistematik yorum, teleolojik

yorum, sisteme uygun yorumun değişik türleriyle devam eden ve sanki bir DNA sarmalımıyş gibi en dipte sözel yorumdan başlayıp değişik modern yorum türlerine kadar uzanan bir süreci ifade etmektedir.

Temel Hak Somutlaşmasında Temel Hak Kuramının Önemi

Bütün bu temel bilgilerin ışığında acaba temel hak ve özgürlüklerin yorumu ve dolayısıyla norm somutlaşması konusunda hukuksal bir yaklaşım sergilemek ve dolayısıyla nesnel anlamda sınanabilir bir sonuca ulaşmak istiyorsak, öncelikle dikkat etmemiz gerekenler neler olabilir? Bunun yanıtını bize, ancak sağlam bir temel hak kuramı verebilir. Türkiye uzun yıllar, kaçınılmaz ve haklı olarak siyasal bir bakış açısıyla temel hak ve özgürlük sorununa eğildi. Ancak bu siyasal bakış açısına rağmen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hukuksal kuram geliştirme konusunda yeterli gelişme gösteremedi. Bireysel başvuru nedeniyle bu alanda bir atılım yapmamız mümkün olabilir ve bunu başarabilirsek hak ve özgürlük alanındaki yargısallaşmanın kalitesini artırabiliriz. Almanya'ya baktığımızda, Almanya'da hiç kuşkusuz hak öğretisinin çok uzun yıllara dayanan bir geçmişi olduğu ve temel hak ve özgürlükler alanında bireysel başvuru çok daha erken dönemde kabul edildiği için gelişkin bir hak kuramının varlığı gözlenmektedir. Bu kuram, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin değerlendirmelerine ve somutlaştırmalarına ışık tutacak düzeyde olduğu gibi, Mahkeme de kurama katkı da sunmaktadır.

Şu aşamada, Türkiye'deki anayasal düzene baktığımızda norm yapılarından yola çıkarak acaba anayasa yargıcı nesnel bakımından sınanabilir temel hak somutlaşmasını nasıl sağlayabilir? Benim yanıtını aramaya çalıştığım soru bu ve oldukça uzunca bir süredir bu konuda araştırma yapıyorum: Burada sizinle paylaşacağım bulgular, geçtiğimiz yıl Ekim ayında Kamu Hukukçuları Platformunda sunduğum tebliğin de sonuçlarını harmanlayan, onlara kısmen yeni veriler ve bilgiler ekleyen bir niteliğe sahip olacak.

Temel hak kuramı gözüyle Anayasaya baktığımızda dokuz tane temel normatif kurgu ile karşılaştığımızı belirtmek istiyorum. Çok hızlı bir şekilde bunların üzerinden geçeceğim ve Anayasa Mahkemesinin bunlara ilişkin tutumunu göstermeye çalışacağım.

Norm Yapıları ve Bunlara Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşma Yöntemleri

Bunlardan ilki temel hak yorumunu özgül ve zor kılan; özellikle "*karar normu*"nu daha fazla öne çıkaran norm kurgusudur. Bu kurgu, soyut ve genel

nitelikli güvenceler olarak adlandırılabilir. Söz konusu güvenceler, örneğin; *"herkes yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir"* şeklinde aslında temel hakkın norm alanı konusunda çok da fazla bir şey söyleyemeyen, çoğunlukla hak öznesini (örneğin; herkes) vurgulayan ve o hak ve özgürlüğü soyut düzeyde güvence altına alan normlardır. İşte bunlar, Alexy'nin *"ilke normlar"* olarak tanımladığı normlara ideal örnek oluşturmaktadır. Ancak ne mutlu ki, anayasal düzenimiz sadece ilke normlar içermemektedir. Çünkü Anayasal düzenlerde temel hak ve özgürlük alanında ilke normlarının sayısı ne kadar çoksa yasa koyucu, idare ve yargı tarafından bunların görecelileştirilmeleri olasılığı da yükselir. Nesnel bakımından sınanabilir bir somutlaşma yapma yargıç açısından da güçleşir. Yargıç, her ne kadar hukuksal yöneme kendisini bağlı kılsa dahi *"herkes yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir"* diyen bir norm, tek başına çok az şey söylemektedir. O yüzden, yargıcın özel değerlendirmelerinin araya girmesine zemin hazırlanabilir. Normun telosunun araştırılmasında objektif verilerin bulunmaması, yargısal karar sürecinin nesnellliğini güçleştirir. Bununla birlikte, Türkiye'deki anayasal düzende 1961 Anayasası geleneğinden miras kalan ve bizim *"pozitifleşmiş öz güvenceleri"* olarak tanımladığımız bazı özgül güvenceler de söz konusudur ki bunların bulunduğu yerde artık ilke norm değil *"kural norm"* vardır. Söz gelimi, *"basın hürdür sansür edilemez"* dediğiniz anda, sansür yasağı pozitifleşmiş öz güvencesidir. *"Kimse düşünce, vicdani kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz"* dediğiniz anda ve bunu Anayasa madde 24 ve madde 15'te belirttiğinizde, orada pekişmiş bir öz güvencesi söz konusudur. Angarya yasağı, işkence yasağı vb. hak lehine bütün yasaklar pozitifleşmiş özgüvencesidir ve bu noktada Anayasa yargıcı artık pratik uyum (*"praktischer Konkordanz"*), dengeleme veya tartım gibi süreçlere zaten giremez. Çünkü pozitifleşmiş öz güvencesinin olduğu bir alanda yargıç, artık o öz güvencesinin sınırları ile olabildiğince bağlıdır. Ancak pozitifleşmiş öz güvencelerinin yazım teknikleri bakımından, bunların bazıları ilkeye doğru evrilirken bazıları daha çok kurala doğru evrilmektedir. Bu konu ayrıca düşünülmeli ve başka bir fırsatta tartışılmalıdır.

Bir başka *"kural norm bloğu"* Anayasa Mahkemesinin aslında dolaylı şekilde kural norm olduğunu teyit ettiği *"doğrudan etkili normlar"* dır. Genellikle Anayasa kitaplarında fazlasıyla klişeleşmiş ifadelerden biri, Anayasa normlarının doğrudan etkili olmadığı; yasama ve yürütme ya da yargı eliyle somutlaştırmaya muhtaç olduğudur. Bu genel olarak doğru bir yargıdır, ama mutlak bir yargı olmamalıdır. Söz gelimi, Türkiye bakımından *"ispat hakkı"*na

ilişkin Anayasa normu düpedüz doğrudan etkili bir normdur ve Anayasa Mahkemesinin bir kararında da bu normun doğrudan etkili olduğu Ceza Kanunu ile ilişkisinde saptanmış ve teyit edilmiştir. Benzer özellik, kısmen “kanunsuz emre” ilişkin özel anayasal güvencede de karşımıza çıkmaktadır.

Bunun dışında sınırlama tekniği açısından da Anayasa’da yargıcın dikkat etmesi gereken ve nispeten daha iyi bildiğimiz bir alana ışık tutmak gerekiyor. Bu alan açısından, geleneksel bilgilerimizi farklılaştırarak bir değerlendirme yapmanın zorunlu olduğunu düşünüyorum. Bu değerlendirmede özel sınırlama nedeni içeren özgürlüklere, örneğin Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenmiş olan düşünceyi açıklama özgürlüğüne değinmek isterim. Bildiğiniz gibi Anayasamızdaki özgürlüklerin çoğunluğu özel sınırlama nedenleri içermektedir: kamu düzeni gibi, başkalarının hak ve özgürlükleri gibi, meslek sıralarının korunması gibi. Bu özgürlükler bakımından temel sorun, özel sınırlama nedeni ne kadar soyutsa aslında yargıcın yargısal taktir yetkisinin genişleme olasılığıdır. O yüzden iyi bir Anayasa koyucu, artık 20. yüzyıl sonrasında, hatta 1945 sonrasında insan hakları belgelerinin de ilerisine geçerek, sadece her bir özgürlüğün doğasına uygun biçimde ve o özgürlük için sınırlama nedenlerini daha da özel kılmalıdır. Yani bugün için İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde kamu düzeninin yer alması sayısız içtihatla birlikte bir anlam taşıyor olabilir. Ancak örneğin halen tartışılan yeni Anayasa sürecini düşünürsek, her bir hak ve özgürlüğün doğasına uygun, çok daha az, sınırlı ve özelleşmiş sınırlama nedenlerin Anayasa’da bulunması temel hak ve özgürlükler bakımından daha güvenceli bir konum sağlayabilir.

Bunun dışında, Anayasa’da sadece ve sadece sınırlama klozu içeren özgürlükler vardır. Sadece kanunla sınırlamaya gönderme yapan veya kanuna doğrudan gönderme yapan bazı düzenleme teknikleriyle de karşı karşıya kalıyoruz. Örneğin, Anayasa’nın 20. maddesinin son fıkrası “kanunda öngörülen haller” ya da 17. maddeye baktığımız zaman ikinci fıkrasında “kanunda yazılı haller”, kanuna doğrudan gönderme yapan, fakat hiçbir şekilde bir sınırlama nedeni veya düzenlemeye ilişkin gönderme yapmayan düzenleme tekniğidir. Bu düzenleme tekniği özü itibarıyla pratik uyum dediğimiz, söz konusu hak ve özgürlüğün bir başka hak ve özgürlük veya bir başka anayasal değer ile çatışmasında dengelenmesini haklı kılacak anlayışa bizi götürür. Dolayısıyla pratik uyum ve dengeleme dediğimiz araç, pozitifleşmiş öz güvenceleri yoksa, sınırlama nedenleri açıkça tanımlanmamışsa ve sadece ve sadece kanunla düzenleme veya sınırlama

ya da kanun referansı yapan özgürlükler bakımından geçerli olabilir. Özel sınırlama nedeni içeren özgürlüklerde bu tarz bir tartım mümkün değildir, gerekli de değildir. Oradaki dengeleme zaten özel sınırlama nedenleri üzerinden ölçülülük ilkesi ile yapılmak zorundadır.

Tabi bunun dışında, hiçbir sınırlama nedeni veya sınırlama klozu içermeyen özgürlükler de var. Söz gelimi, hak arama özgürlüğü ya da dilekçe hakkı. Bu gibi hak ve özgürlüklerde de pratik uyum ve dengeleme, yorumda ve somutlaştırmada geçerli araçlar biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Fakat bu grupta söz konusu araçların çok nadir ve dikkatli kullanılması; öte yandan sınırlamanın “sıkı bir denetime” tabi tutulması, hiç sınırlama anlayışı barındırmadıkları için önceliklidir.

Türkiye’deki anayasal normlardaki düzenleme teknikleri bunlarla sınırlı kalmamaktadır. Çünkü Türkiye’ye baktığımızda yansındaki yedinci başlıkta göreceğiniz gibi “düzenleme, tespit, gösterme ya da belirtme” klozu içeren özgürlükler de vardır. Eğer ek olarak özel sınırlama nedeni içermiyorlarsa, bu özgürlüklerin farklı kullanım biçimleri açısından, pratik uyum ve dengeleme karşımıza uygun araçlar olarak çıkabilir.

Bazı özgürlüklerde de, örneğin Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemenin 2. fıkrasında “tedbir alma yükümlülüğü” yer almaktadır. Burada sınırlama nedeni göstermeden, devletin tedbir alma yükümlülüğüne bazı özel nedenlerle (örneğin sosyal amaçlar, örneğin milli ekonominin gerekleri) gönderme yapan düzenleme tekniği mevcuttur.

Sonuncu grup düzenleme tekniği, Anayasa’nın özgül müdahale biçimlerini ve esasların açıkça belirlediği temel hak ve özgürlüklerdir. Özellikle basın özgürlüğüne dikkatinizi çekmek isterim. Çünkü basın özgürlüğünde, basın özgürlüğüne yapılacak değişik müdahaleler (dağıtımın önlenmesi, yayım yasağı, toplatma, geçici olarak kapatma) dört tane olmak üzere belirtilmiştir. Bu tarz özgül tedbirlerin olduğu yerde müdahaleler, sınırlı sayıdadır ve artık ne yasa koyucu, ne yürütme ne anayasa yargıcı bu müdahalelerin sayısını yükseltebilir.

Gördüğünüz gibi bu tarz, yani normatif yapılar üzerinden bir kuram ve bir kurgu geliştirdiğimiz zaman her bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin yaklaşımımızda nesnel ve sınanabilir; doğrulukla uygulanabilir bazı araçlara

sahip olabiliriz. Ancak dikkatinizi çekmek isterim ki bu araçlar da bütünüyle tartışmasız değildir. Öğretide pratik uyum, dengeleme ve özellikle Alexy kuramı bazı eleştirilere tabi olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Somutlaşmasındaki Bazı Tutumlarına İlişkin Gözlemler

Anayasa Mahkemesine baktığımızda yargısal tutumlar açısından oldukça değişken tutumlar sergilediğini görüyoruz. Özellikle 2001 sonrasında genel sınırlama nedenleri Anayasa'dan elendiği için özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlükler sorunu daha fazla ön plana çıkmıştır. Anayasa yargısı da burada elinde yeterli yönetsel araç bulamamanın endişesiyle farklı yönde kararlar vermiş gözüküyor. Bu karar çeşitliliğine baktığımızda, bir dönem kararlarında *"özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerin sınırlanamazlığı"* tezini görüyoruz. Daha sonra, özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlükler ile diğer temel hak ve özgürlüklerin çatışması veya özel sınırlama nedeni içermeyen özgürlüklerle anayasal değerlerin çatışması halinde, Anayasa Mahkemesinin başka bir tutum sergilemeye başladığını görüyoruz. Fakat bu tutumun da en sorunlu tarafı iyi örneklerle rağmen -hiç kuşkusuz iyi örnekler de var- üstün kamu yararı ve kamu düzeni gibi özel sınırlama nedenini çağrıştıran ve hiçbir Anayasa içi kanıtla gerekçelendirmediği bir takım referanslara başvurusudur. Anayasa Mahkemesi bunu aslında 1967 yılında da yapmıştı. İhtira Beratı Kanununa ilişkin içtihadında, ilaçlara patent verilebilir mi verilemez mi sorusunu tartışırken, bilim ve sanat özgürlüğü karşısına sağlık hakkını koyarak bir dengeleme yapabiliyordu. Ancak orada da soyut bir kamu yararı türetmiştir ve onu etkili anayasa içi referanslarla desteklemeden (1961 Anayasası madde 49'daki sağlık hakkını) üstün tutmuştur. Hiçbir Anayasa içi kanıtla desteklenmemiş üstün kamu yararı, kamu düzeni, kamu yükümlülüğü argümanından hareket edilmesi gerçek bir kanıtlamaya dayalı gerekçe oluşturulmadığı anlamına geliyor.

Konuya diğer anayasal değerler bakımından yaklaştığımızda, mahkemenin içtihadında zaman zaman bir özgürlükle bir ilkeyi dengelemeye çalıştığını görüyoruz. Sözgelimi, çalışma özgürlüğü ile hukuk devleti ilkesinin ya da adil yargılanma hakkı ile yargıya ilişkin anayasal ilkelerin dengelenmeye çalıştığı örneklerin olduğunu görüyoruz. Bunlar aslında iyi örnekler, fakat bu örneklerde de *"karşılıklı etkileşim"*, yani söz konusu hak ve özgürlükle ilke arasındaki karşılıklı ilişkiyi daha ayrıntılı

bir kanıtlama sürecine tabi tutması daha uygun olurdu. Çünkü ancak bu şekilde özgürlüğü tüm boyutlarıyla ele alabilirdi.

Anayasa Mahkemesi içtihadında hak ve özgürlük çatışmalarına ilişkin eşsiz fırsatlar da Mahkemenin önüne gelmiş bulunuyor, fakat bunları kanımca iyi değerlendirebilmiş bir içtihatla karşı karşıya değiliz. Bunlardan belki de en ilginç yansıda en sonra gördüğümüz bütün ürünlerinin tüketimine ilişkin içtihatdır. Bu içtihat aslında Anayasa Mahkemesi için mükemmel bir fırsattı, çünkü burada çok yönlü hak ve özgürlük çatışmaları vardı: Sigara içenlerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarına dayalı özgürlüğü ile kahvehaneleri işletenlerin çalışma ve sözleşme özgürlükleri ve maddi ve manevi varlıklarını geliştirme özgürlüklerinin sigara içmeyenlerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme özgürlükleri ve sağlık hakları ile çatışması. Bu olayda o kadar güzel bir çatışma modeli var ki, bu modeli Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin derinlemesine somutlaşması için kullanabilirdi. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu çatışmalara yanıt arayacak bir yaklaşım yerine, kişinin başkalarına karşı ödevleri ve devletin kişiyi koruma yükümlülüğü üzerinden yola çıktığını görüyoruz. Anayasa Mahkemesinin sigara içenin, kahvehane işletenin veya sigara içmeyenin temel hak ve özgürlükleri üzerinden bu çatışmaları dengeleyecek pratik uyumlaştırma ve dengeleme diye adlandırdığımız kanıtlama araçlarını kullanabilecek bir tutum sergilemediğini; devletin sigara içmeyenleri ve halkın sağlığını koruma karşısındaki ödevine, buradan türetilen pozitif yükümlülüğe ve kişinin başkalarına karşı ödevlerine ağırlık verdiğini görüyoruz. Benzer yaklaşım, aynı düzeyde olmasa da esnek çalışma biçimlerine ilişkin içtihat da var. Ancak esnek çalışma biçimlerine ilişkin içtihat aslında pratik uyumun, dengelemenin; işçi, işveren, ekonominin gerekleri gibi argümanların daha başarılı şekilde kullanıldığını saptayabiliriz.

Bunlar dışında, sınırlı vakit nedeniyle bazı seçme konulara değineceğim. Özel sınırlama nedeni içeren temel hak ve özgürlüklerin yargısal yorum ve somutlaşmasında Anayasa Mahkemesinin başarılı örnekleri var. Bu başarılı örneklerde özellikle kamu düzeni gibi bir argümanı soyutluğundan kurtararak yer, konu ve zaman bakımından somutlaştırmaya gayret ederek inceliyor. 2007 yılındaki RTÜK'e ilişkin içtihadı veya zorunlu iskana ilişkin içtihadı bu konuda örnek verilebilir.

Anayasa Mahkemesi içtihadında 2001 sonrası en önemli eğilimlerinden biri, çalışma ve sözleşme özgürlüğündeki 48. maddenin 2. fıkrasındaki devletin tedbir alma yükümlülüğüne ilişkin kararsızlığı olabilir. Bazı içtihatlarında burada özel sınırlama nedeni olduğunu varsayarken, bazı içtihatlarında tedbir alma yükümlülüğü üzerinden ve bir takım başka sistematik argümanlarla –Anayasa’nın diğer normlarına gönderme yaparak- sorunu çözmeye çalışıyor. İkinci yaklaşım, yani Anayasa madde 48/2’yi devletin tedbir alma yükümlülüğü çerçevesinde ve sosyal ve ekonomik hakların doğaları gereği sistematik yaklaşımla sosyal amaçlara atıfla yorumlanması, temel hak ve özgürlük alanını daha da derinleştirebilir. O yüzden Anayasa Mahkemesinin son zamanlarda daha sık gördüğümüz bu yaklaşımını, Anayasa madde 48 açısından sürdürmesinde yarar olabilir.

Öneriler ve Sonuç Gözlemleri

2001 Anayasa değişikliği sonrasında Anayasa Mahkemesi içtihadına baktığımız zaman, bir noktada aslında 2001 öncesinden hiç de farklı olmadığı saptanabilir. Bu temel nokta, Anayasamızda çok uzun yıllardır 1961 Anayasası geleneğinin bir uzantısı olarak var olan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına verdiği düşük önemdir. Oysa bu hak, diğer bütün temel hak ve özgürlüklerin ana hakkı olduğu için; diğer temel hak ve özgürlükler bundan türediği için ciddi bir somutlaşmaya ihtiyaç var. Söz konusu ana hakkın, özellikle bireysel özerklik ile ilintisi düşünülürse, sayısız örnekte Anayasa Mahkemesinin bu hakka başvurma imkanı vardı. Bu hakkın daha derin ve daha anlamlı bir şekilde kullanılmasında büyük yarar olduğunu düşünüyorum. Bireysel başvuru, her ne kadar İnsan Hakları Sözleşmesi temelinde yapılandırılmış olsa da, Mahkeme, Anayasa madde 17’nin Sözleşme’ye oranla daha açık biçimde sunduğu bireysel özerkliğin temeli olan bu hakkın derinleşmesine yönelmelidir. Böylelikle, Anayasa’nın insan ve birey yaklaşımının özgürlükçülük temelinde şekillenmesine de hizmet edilebilir. Eğer birey eksenlilik ve Sayın Başkanın sabahki konuşmasında değindiği gibi insan onuruna odaklanan bir yaklaşımın sergilenmesi bekleniyorsa, o zaman kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkına önem verilmesi önceliklidir.

Bireysel başvuruyu, yukarıdaki gözlemlerim ve özellikle norm yapıları bağlamında düşündüğümüzde neler söylenebilir? Bir kere, normatif kurgular bize yöntem açısından nesnel olarak sınıanabilir ipuçları verirler ve

çoğunlukla da normların öz amaçları, yani telosları konusunda bilgi sunarlar. Normlara nasıl anlam katacağımızı, aslında biz o normun yapısından anlarız. Bir temel hak ve özgürlük normundaki hak öznesinin “herkes” oluşuyla bir başka Anayasa normunda yargı veya yürütmeye ilişkin “herkes” arasında farklılık olabilir, çünkü normların telosları değişkenlik gösterebilir, kurgular farklıdır. Dolayısıyla bu noktada normların kurgularının yönemsel referansları olduğunu bilmek, ama bunların teloslara ışık tutacağını kabul etmek gerekir. Bir başka ön kabul de hiç kuşkusuz Anayasa normlarının öz amaçlarının yorumlanmasında Mahkemenin uluslararası hukuka açıklık yönündeki içtihatlarında bulunduğunu gördüğümüz “özde uyum yaklaşımı”nın sürdürülmesi olmalıdır. Bu yaklaşım, Anayasa normları ile özellikle uluslararası insan hakları içtihatları sözleşmeleri, yargısal ya da yarı-yargısal kararlar arasında özde uyum olduğunu benimser. Özde uyum teloslardaki uyumdur.

Bir başka önemli nokta şu olabilir: Bireysel başvuruda bir risk olarak karşımıza çıkabileceği için bu noktayı vurgulamak istiyorum. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında her ne kadar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararlarına veya bazı başka insan hakları sözleşmelerine gönderme yapılsa da yapılan göndermenin, “görünüşte referans” olarak “görünüşte kanıtlama”ya hizmet ettiğini görüyoruz. Mahkeme bazı içtihatlarında her ne kadar uluslararası referansları kullanmış olsa dahi, o referansların telosundan uzak bir sonuca varmaktadır. Siyasi parti kapatma kararlarının azımsanamayacak bir kısmı bu yöndedir. Yine temel hak ve özgürlük alanına ilişkin bazı içtihatlarda da aynı durumu görüyoruz. Yakın tarihlerde İş Kanununda evli kadınının kıdem tazminatına ilişkin kararı, her ne kadar uluslararası belgelere gönderme yapsa dahi, onların telosu ile asla uyumlu görülemeyecek niteliktedir. Dolayısıyla, burada Mahkemeye düşen görev hem norm denetiminde hem bireysel başvuruda uyumlu bir şekilde uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve içtihatlarının teloslarını benimsemesi ve bunları tutarlı bir şekilde uygulamayı sürdürmesi olabilir.

Bu noktada artık sözlerime son veriyorum. İlginiz teşekkür ederek saygılarımı sunuyorum.