

Türkiye’de Anayasa Şikâyeti: Fırsatlar ve Sorunlar

*Prof. Dr. Zühtü Arslan
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi*

Bu bildiri ile Türkiye’de anayasal hakların korunmasına yönelik yeni bir araç olan anayasa şikâyetinin incelenmesi hedeflenmektedir. Bildiride öne sürülen esas görüş, anayasa şikâyeti mekanizmasının getirilmesi ile Türk Anayasa Mahkemesine kendi içtihadında hak eksenli bir model kabul etmesi ve sürdürmesi yönünde eşsiz bir fırsat sunulmuş olmasıdır. Türk Anayasa Mahkemesinin böyle bir modeli kabul etme konusundaki başarısı, Türkiye’de anayasal hakların korunmasına önemli ölçüde katkıda bulunacaktır.

Alt başlığın gösterdiği üzere, bildiri iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm, Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyla ilgili bazı kararlarını ve olgusal birtakım bilgileri açıklamaktadır. İkinci bölümde ise, Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyla ilgili bazı kararlarını ve olgusal birtakım bilgileri açıklamaktadır.

1. Türk Anayasa Mahkemesi ve Hak Eksenli Model

İzin verin Alexis de Tocqueville’in meşhur bir sözünü alıntı yaparak sözlerime başlayayım. Neredeyse iki yüzyıl önce kendisi şunu gördü ki “Birleşik Devletlerde er ya da geç bir yargı sorununa dönüşmeyen bir siyasi sorun neredeyse yoktur.” Günümüzde Tocqueville’nin gözlemi, yalnızca Birleşik Devletler için değil, aynı zamanda Türkiye dâhil tüm devletler için geçerlidir.

Hemen hemen tüm sosyal ve siyasi sorunların er ya da geç yargının konuları olduğu gerçeği, kaçınılmaz olarak mahkemelerin gücünü ve yetkisini genişletmektedir. Yargı alanının genişlemesi ve bunun kaçınılmaz olarak sosyal ve siyasi alanın yargısallaşması şeklindeki sonuçları, yargı ve siyaset arasında gerginlik yarattı. Avrupa Anayasa Mahkemelerinin mimarı olarak bilinen Hans Kelsen, bu gerilimi negatif ve pozitif yasa koyucular arasında bir zıtlık/karşıtlık olarak ifade etti.

Kelsen, bu zıtlığı azaltmak için iki yol önerdi. İlk olarak, “*Anayasa Mahkemesi üyelerinin Parlamento tarafından seçilmesini*” önerdi.¹ İkinci olarak, Kelsen’e göre, Anayasaların insan hakları beyannamesini ya da insan hakları hükümlerini kapsamamaları gerekir. Kelsen insan hakları hükümlerinin ucu açık mahiyetinin, tabii hukukun bir parçası olarak, Anayasa Mahkemesini pozitif kanun koyucuya dönüştürmek şeklinde “*aşırı derecede tehlikeli bir rol oynayabileceğini*” ileri sürmüştür.² Çoğu Avrupa devleti Kelsen’in ilk önerisini gerçekleştirirken, temel hakları Anayasalarına yerleştirerek ikincisini ise göz ardı etti. Kelsen’in tahminlerinin aksine, Anayasa Mahkemelerinin anayasal hakların ve özgürlüklerin koruyucuları olarak görüldükleri ortaya çıktı.

Türk Anayasa Mahkemesi, bu anlamda hiçbir suretle bir istisna değildir. Anayasa şikâyetinin 2010 yılında kabul edilmesinden bu yana, Türk Anayasa Mahkemesi, insanlar tarafından insan hakları ihlallerini giderecek nihai ve etkili bir organ olarak algılanmaktadır. Anayasanın değişik 148. maddesi “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir.*” demektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, 23 Eylül 2012 itibarıyla bireysel başvuruları kabul etmeye başladı. Şimdiye kadar 16 binin üzerinde başvuru yapılmış ve bunların yaklaşık 10 bini halen inceleme aşamasındadır.

Başvuruların giderek artan sayısı, kısa bir süre içerisinde anayasa şikâyetinin bu ülkede popüler hale geldiğini ortaya koymaktadır. Toplumun farklı kesimlerinden bireyler, bir hukuki çare bulmak amacıyla Mahkemeye başvurmaktadırlar. Başbakan dahi kendisinin özel hayatının gizliliği hakkının sosyal medya tarafından ihlal edildiğini ileri sürerek yakın geçmişte bir başvuru yapmıştır.

Anayasa şikâyetinin getirilmesinin Türk Anayasa Mahkemesinin toplum ile ilişkileri açısından da belirli sonuçları bulunmaktadır. Gerçekten de anayasa şikâyeti, Türk Anayasa Mahkemesinin kapısını toplum geneline açtı. Bir anlamda, anayasa şikâyeti, Türk Anayasa Mahkemesine topluma

1 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (New Brunswick & London: Transaction Publishers, 2006), sf. 269.

2 Hans Kelsen, “La Garantie Juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du Droit Public*, 44: 197-257. Alec Stone Sweet tarafından alıntı yapılmıştır, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, (Oxford: Oxford Üniversitesi Yayınevi, 2000), sf. 35-36.

yaklaşması ve insan hak ve özgürlüklerinin korunması yönündeki bazı yapısal engelleri kaldırması için bir fırsat sundu.

Anayasa şikâyetinin kabul edilmesinden önce, Türk Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmi, bir yandan anayasa değişiklikleri ve kanunların anayasal denetimine ilişkin kararlar, öte yandan da siyasi parti davalarına ilişkin kararlar ile ilgiliydi. Bu kararlarda, Türk Anayasa Mahkemesinin önceliği ve esas kaygısı, Devleti ve Devletin temel ideolojik unsurlarını birey ve bireyin temel hak ve özgürlükleri karşısında korumak oldu.³

Mahkemenin anayasa şikâyeti konusundaki nispeten kısa tecrübesi, Mahkemenin uzun süredir uygulanan ideoloji eksenli yargısal aktivizminin hak eksenli bir yargı yaklaşımı ile yer değiştirme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Böyle bir yaklaşımı kabul etmenin ana sebebi, temel hakların korunmasının Mahkemenin kuralları ve devlet faaliyetlerini özgürlükçü bir şekilde yorumlamasını gerektirdiği gerçeğidir.

Türk Anayasa Mahkemesi şimdye dek 75 ihlal kararı verdi. Bu kararların konuları, yaşama, kişi hürriyeti, adil yargılanma, bireylerin maddi ve manevi bütünlüğünün korunmasına ilişkin hakları, özel hayata saygı hakkını, ifade özgürlüğünü ve siyasi katılım hakkını içermektedir.

Türk Anayasa Mahkemesinin anayasa şikâyeti konusundaki temel amacı, hakların korunmasına yönelik temel ilkeler ve standartları belirlemektir. Örneğin, ilk kararlarında, Türk Anayasa Mahkemesi, azami tutukluluk süresi için kanunilik şartını katı bir şekilde yorumlayıp uyguladı. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 102 (2) maddesi şunu öngörmektedir ki tutukluluk süresi, ciddi suçlarda azami beş yıla çıkarılabilir. Mahkemeler, beş yıllık süreyi, başvuruların işlediklerinin iddia edildiği her bir suç için ayrı ayrı geçerli olacak şekilde yorumlamaktaydı. Bu, fiiliyatta, aynı dosya kapsamında birçok suçtan tutuklu bulunanların yıllarca gözaltında tutulacakları anlamına geliyordu.

Anayasa Mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesinin yorumunun, prensip gereği tutuksuz yargılama gerektiren kişi hürriyeti hakkı ile bağdaşmadığını beyan etti. Türk Anayasa Mahkemesi, azami beş

3 Bakınız, E. Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", (The Judicial Activism of the Turkish Constitutional Court and the Reactions of the Political Elites), *SBF Dergisi*, 62/3 (2007), sf. 264.

yıllık kanuni süre, işlendiği iddia edilen suç sayısına bakılmaksızın her bir tutuklu için uygulanmak zorunda olduğundan, beş yılı aşan sürenin Türk Anayasası'nın 19. maddesi ile korunan kişi hürriyeti hakkına yönelik bir ihlali teşkil ettiği sonucuna vardı.⁴

Benzer şekilde, başvuranların hapisteki milletvekilleri olduğu birtakım davalarda, Türk Anayasa Mahkemesi, demokrasilerde insanları temsil etme hakkının ve siyasi katılım hakkının önemini vurguladı. Mahkeme, başvuranların tutuklanmasının, bu başvuranları seçmenlerini temsil etmek ve uzun bir süre parlamentonun çalışmalarına katılmak üzere seçilmiş milletvekilleri olarak haklarını kullanmaktan alıkoyduğuna hükmetti. Türk Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun bir alternatifi olarak başvuranlar için uygulanabilir bir sistem olan adli kontrol imkânına da dikkat çekmekle beraber, başvuranların siyasi haklarına ilişkin kısıtlamaların orantılı olmadıkları, böylelikle demokratik bir toplumda gerekli olmadıkları sonucuna ulaştı.⁵

Türk Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, eski Kara Kuvvetleri Komutanı olan başvuranın makul bir süre içinde temyiz mahkemesi önünde alt derece mahkemesinin kararına itiraz etmesinin engellendiği yönündeki iddiasını öne sürdüğü bir davada *habeas corpus* hakkına yönelik bir ihlali tespit etti. Türk Anayasa Mahkemesi, başvuranın *habeas corpus* hakkını etkili biçimde kullanmasının engellendiğine hükmetti çünkü alt derece mahkemesi a) tahliye talebini incelemeksizin reddetti ve b) yedi aydan fazla bir süre boyunca, gerekçeli kararını yazma görevini tamamlamadı.⁶

Türk Anayasa Mahkemesinin kendi kararları arasındaki ihtilafı pragmatik olarak çözdüğü ve bir bakıma Strazburg Mahkemesi kararları ile uyumsuzluğu önlediği soyadı davasından da kısaca söz etmek isterim. Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi şunu öngörmektedir "*kadın eşinin soyadını alır; ne var ki, eşinin soyadından önceki (evlenmeden önceki) soyadını da taşıyabilir...*" 2011'de, Türk Anayasa Mahkemesi Genel Kurul olarak bu hükmün Anayasa'ya uygunluğunu inceledi ve hükmü (Anayasa'ya) uygun buldu.⁷

4 Bakınız, Başvuru No: 2012/1137, 2/7/2013; Başvuru No: 2013/776, 20/3/2014.

5 Başvuru No: 2012/1272, 4/12/2013; Başvuru No: 2013/9894, 2/1/2014; Başvuru No: 2013/9895, 2/1/2014; Başvuru No: 2014/9, 3/1/2014; Başvuru No: 2014/85, 3/1/2014.

6 Başvuru No: 2014/912, 6/3/2014.

7 Esas No. 2009/85, Karar No. 2011/49, 10/3/2011.

İki yıl sonra, aynı mesele bireysel başvuru yoluyla Türk Anayasa Mahkemesi önüne geldi. Bu kez Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın iç hukuktaki kanunlara kıyasla uluslararası insan hakları anlaşmalarına belirli bir önem ve öncelik atfeden 90. maddesini hatırlatarak, kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına yönelik bir ihlali tespit etti. Dolayısıyla, bundan böyle uluslararası insan hakları anlaşmaları ve iç hukuktaki kanunlar arasında bir uyumsuzluk olması halinde, uluslararası insan hakları anlaşmaları hükümleri esas alınır.

Türk Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili kararlarına⁸ ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Yok Edilmesi Sözleşmesinin (CEDAW) 16. maddesine atıfta bulunarak, ilk derece mahkemesinin somut uyumsuzluğu gidermek için Medeni Kanun'un aykırı düşen hükmünden ziyade uluslararası sözleşmelerin bu hükümlerini dikkate almış olması gerektiğini ileri sürdü.⁹

Yakın geçmişteki bir davada, Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında güvence altına alınan özel hayatın gizliliğine saygı hakkının önemini vurguladı. Başvuran, hapisane görevlisi olarak çalışan bir devlet memurudur. Kendisi, cinsel içerikli videosu internet sitelerinde yayınlandıktan sonra işinden atılmış biridir. Türk Anayasa Mahkemesi, devlet görevlilerinin özel hayatlarının gizliliği (mahremiyeti) hakkının disiplin ve kamu düzenini sağlamak üzere kısıtlanabileceğine hükmetti. Ne var ki, bu kısıtlamalar meşru amaçlar ile orantılı olmalıdır. Mahkemeye göre, başvurunu işten çıkartmak gibi sert bir idari tedbir, muhtemelen başvuranın gelecekteki hayatı üzerinde yıkıcı bir etkiye neden olacaktır. Bu nedenle, Türk Anayasa Mahkemesi, müdahalenin gözetilen meşru amaçlarla orantılı olmadığı gerekçesiyle, özel hayatın gizliliğine saygı hakkının ihlal edildiğini tespit etti.¹⁰

Son olarak, başvuranın Türk Anayasa Mahkemesine doğrudan bireysel başvuru yaptığı meşhur Twitter davasında, Ankara İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararına rağmen yetkili mercilerin Twitter

8 Bakınız, *Ünal Tekeli karşı Türkiye*, Başvuru No: 29865/96, 16/11/2004; *Leventoğlu Abdulkadiroğlu karşı Türkiye*, Başvuru No: 7971/07, 28/5/2013; *Tuncer Güneş karşı Türkiye*, Başvuru No: 26268, 3/10/2013; *Tanbay Tülen karşı Türkiye*, Başvuru No: 38249/09, 10/12/2013.

9 Başvuru No: 2013/2187, 19/12/2013.

10 Başvuru No: 2013/1614, 3/4/2014.

yaşagını kaldıramamasının ve kaldırmak istememesinin hukuk yollarının etkisizliğinin temel göstergesi olduğu gerekçesiyle, Mahkeme ilk olarak başvurunun kabul edilebilir olduğunu açıkladı. Davanın esasına ilişkin olarak, Türk Anayasa Mahkemesi Twitter erişiminin topyekûn engellenmesinin kanunda öngörülmediğine dayanarak, ifade özgürlüğüne ilişkin bir ihlal tespit etti. Mahkeme, internet ve sosyal medyanın ifade özgürlüğüne yönelik kapsamlı ve etkili birer araç olarak demokratik toplumlarda önemli rol oynadıklarını ayrıca belirtmiştir.¹¹

2. Anayasa Şikâyetinin Oluşturduğu Sorunlar

Anayasa şikâyetine ilişkin olarak, balayının son romantik günlerini yaşıyor olduğumuzu söyleyeceğim. Bireysel başvuruların giderek artan sayısı, bizi hayatın gerçek sorunları ile yüz yüze getirmektedir. Bazı diğer Anayasa Mahkemeleri gibi, Türk Anayasa Mahkemesi de anayasa şikâyetinin oluşturduğu sorunları kabullenip, bunların üstesinden gelmelidir. Şu anda, bu aşılması zor sorunlardan bazılarının altını çizmek ve bu sorunların hangi yollarla üstesinden gelinebileceğini sunmaya çalışmak isterim.

Belki de Türk Anayasa Mahkemesi için en büyük sorun, giderek artan başvuru sayısı ile nasıl başa çıkılacağıdır. Mahkeme kendi başarısının bir kurbanı olabilir. Gerçekten, daha önce de sözünü ettiğim üzere, bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) sayısı özellikle ihlal kararlarından sonra önemli ölçüde artmıştır.

Filtreleme sistemi daha etkin şekilde işlemelidir ve bu amaçla, Mahkeme kabul edilebilirlik kriterlerini daha katı biçimde uygulamalıdır. Mahkemenin öncelikli amacı, anayasal hakları ve özgürlükleri korumaya yönelik temel ilkeleri ve standartları getirmektir. Bu nedenle, şimdye dek, önemsiz başvuruları kayıttan düşürmenin (listeden çıkartmanın) en etkili yollarından biri olan anayasal önem kriterini henüz değerlendirmiş değiliz.

Artan iş yüküne bağlı olarak, gelecekte tek hakim kararı yöntemini benimsemek durumunda kalabiliriz. Bu, komisyonları, bölümleri ve genel kurulu tanımlayan Anayasa'da bir değişikliği gerektirebilir.

Türk Anayasa Mahkemesi için ikinci sorun, anayasa şikâyetinden ileri gelen sözde anayasa fetişizmi ile nasıl mücadele edileceğidir. Ben

11 Başvuru No: 2014/3986, 2/4/2014.

anayasa fetişizmi kavramını “*Anayasa, toplumdaki tüm sorunlara genel, hızlı, hatta kapsamlı ve acil çözümler sağlar*”¹² şeklindeki yaygın inancı açıklamak üzere kullanıyorum. Gerçekten, Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları ele almadaki göreceli başarısı, bilhassa ihlal kararları, toplumda yüksek beklentilere yol açmıştır. Çoğu birey, Türk Anayasa Mahkemesinin kendilerinin insan hakları sorunlarına nihai bir çözüm bulabileceğine yürekten inanmaktadır. Bu genel inancın Türk Anayasa Mahkemesinin kurumsal güvenilirliğini göstermesine karşın, anayasa fetişizmi tuzağına düşmekten sakınmamız gerekir. Bu böyle olmalıdır çünkü anayasa fetişizmi, muhtemelen büyük hayal kırıklıklarıyla sonuçlanacaktır.

Böyle bir anayasa fetişizmini önlemek için, Mahkeme, subsidiarite ilkesini ve böylelikle, anayasa şikâyetinin ikincil niteliğini vurgulamaya devam etmelidir. Potansiyel başvuruçular ne anayasa şikâyetinin mucizevî sonuçlar doğurabilecek sihirli bir değnek olduğu ne de Türk Anayasa Mahkemesindeki hâkimlerin bir sihirbazın tavşanları şapkadandan çıkarma yeteneğine sahip olduğu konusunda bilgilendirilmelidir.

Türk Anayasa Mahkemesi, kabul edilebilirlik kriterlerine, özellikle de başvuru yollarının tüketilmesi koşuluna ilişkin olarak ihtiyatlı olmayı sürdürmek zorundadır. Bu koşulun aşırı katı ve şekilci biçimde uygulanması, hakların açıkça ihlalinin göz ardı edilmesine sebebiyet verebilir. Öte yandan, aşırı esnek bir uygulama, subsidiarite ilkesine zarar verecek ve Türk Anayasa Mahkemesini bir çeşit üst temyiz mahkemesine dönüştürecektir. Bu nedenle, Türk Anayasa Mahkemesi, hukuk yollarının etkinliğini değerlendirirken hassas bir denge kurmaya mecburdur.

Anayasa şikâyetini de kapsayan davalarda kararların içeriği ile ilgili sorunlar da bulunmaktadır. Bunlardan biri, norm denetiminde Genel Kurul olarak ve bireysel başvuruya ilişkin davalarda Bölümler olarak toplanan Türk Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlardan kaynaklanan muhtemel uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği meselesidir. Hiç şüphe yoktur ki bu iki tür kararın mantığı ve rasyonalitesi farklıdır. Norm denetimi Türk Anayasa Mahkemesinin soyut normları ve anayasal hükümleri yorumlamasını

12 E.Tanchev, “Historical and Physiological Sources Shaping Constitutionalism and Constitutional Performance in the Post-Communist Societies”, Stanislaw Franskowski & Paul B. Stephan III (editörler), *Legal Reform in Post-Communist Europe: The View from Inside*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, Yayınevi, 1995, sf. 156.

gerektirirken, anayasa şikâyeti ise belirli hükümlerin uygulanmasıyla anayasal haklara yönelik bir ihlalin oluşup oluşmadığı kararının verilmesini gerektirir.

Ancak bu iki karar alanını tamamen ayırmak imkânsız değilse bile, çok güçtür. Bu güçlük, öne sürülen ihlallerin Türk Anayasa Mahkemesince önceden Anayasa'ya uygun olduğu beyan edilen kanunun doğrudan uygulanmasından ileri geldiği davalarda daha belirgindir. Bu sorunu çözmek kolay değildir, fakat buna karşın, anayasa denetiminde hak eksenli bir yaklaşımın kabul edilmesiyle böyle bir uyuşmazlığın olma ihtimali azalacaktır.

Daha da önemlisi, anayasa şikâyeti konularının aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesince de güvence altına alınan hak ve özgürlükler oldukları göz önünde tutulursa, Türk Anayasa Mahkemesi kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı arasında bazı uyuşmazlıklar olabilir. Aslında, en başta, Venedik Komisyonu, Türk Anayasa Mahkemesini Anayasa'yı ve Sözleşme'yi yorumlama hususunda "*Anayasa Mahkemesi kendi yorumunun AİHM'in (Strazburg Mahkemesi) getirdiği yorumdan sapmasını mümkün olduğu kadar çok önlemek zorunda kalacaktır*" şeklinde uyarılmıştı.¹³

Türk Anayasa Mahkemesi, anayasal hakları AİHM (Strazburg Mahkemesi) doğrultusunda yorumlamaya devam etmelidir. Bu, ayrıca uygulamaya yönelik bir gerekliliktir çünkü anayasa şikâyetinin kabul edilmesinin amaçlarından biri, Strazburg'da Türkiye'ye karşı yapılan başvuru sayısını ve verilen ihlal kararlarının sayısını azaltmak olmuştur. Ne var ki, Avrupa Sözleşmesi'nin hak ve özgürlükleri asgari düzeyde güvence altına aldığını unutmamamız gerekir. Böylece, Türk Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlükleri daha iyi korumak amacıyla AİHM'in (Strazburg Mahkemesinin) yorumundan sapabilir. Türk Anayasa Mahkemesi ve AİHM (Strazburg Mahkemesi) arasındaki ilişkinin karşılıklı etkileşimi barındıracak ve kendi içtihatlarına katkı yapacak şekilde olması gerekir.

13 Venedik Komisyonu ile ilgili kısım şöyledir: "*Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini yorumlaması istenecektir. Bunu yaparken, Anayasa Mahkemesi kendi yorumunun AİHM'in (Strazburg Mahkemesi) getirdiği yorumdan sapmasını mümkün olduğu kadar çok önlemek zorunda kalacaktır. Sapma riski, Anayasa Mahkemesinin Anayasada öngörülen hak ve özgürlükleri de yorumlayacağı davalarda daha bile büyük olacaktır. Benzer bir hakka ilişkin iki yorum (Anayasaya dayanan biri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayanan diğeri) farklı olabilir ve farklı sonuçlara yol açabilir.*" Bakınız, Hukuk Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu (Venedik Komisyonu), "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna İlişkin Görüş", CDL-AD(2011)040, Strazburg, 18 Ekim 2011.

Sonuç

Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel anayasa şikayeti alanında edindiği nispeten kısa tecrübeden birtakım sonuçlar çıkarılabilir. Her şeyden önce, anayasa şikâyetinin uygulanması ile bu yolun hakları ve özgürlükleri korumak için etkili bir yol olduğu ortaya çıkmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi, böyle bir yolla, Türkiye’de insan hakları standartlarının yükselmesine önemli ölçüde katkıda bulunabilir.

İkinci olarak, anayasa şikâyetinde kalıcı ve sürdürülebilir başarı, kısmen Mahkemenin etkili bir filtrasyon sistemini çalıştırma ve AİHM (Strazburg Mahkemesi) içtihadı doğrultusunda hakları korumaya yönelik standartları belirleme becerisine bağlıdır. Üçüncü olarak, anayasa şikâyeti sisteminin geleceği, hukuk sisteminin bir bütün olarak etkili şekilde işlemesine de bağlıdır.

Son olarak, şunu söylemeye lüzum yoktur ki anayasal hakları korumadaki nihai başarı, toplumda hak eksenli bir siyaset ve hukuk kültürünü teşvik etmeye ve güçlendirmeye dayanır. Elbette bu, beklenenden daha uzun sürer ve böylelikle daha çok çalışma ve sabır gerektirir.

Constitutional Complaint in Turkey: Opportunities and Challenges

Prof. Dr. Zühtü Arslan
Judge at the Turkish Constitutional Court

This paper aims to explore constitutional complaint as a new instrument for protecting constitutional rights in Turkey. The main argument of the paper is that the introduction of constitutional complaint mechanism provided an unprecedented opportunity for the Turkish Constitutional Court to adopt and sustain a rights-based legal paradigm in its case-law. The success of the TCC in adopting such paradigm will significantly contribute to the protection of constitutional rights in Turkey.

As the subtitle suggests, the paper consists of two main parts. The first part describes some factual information and decisions of the TCC on constitutional complaint. The second part will deal with the challenges posed by increasing number of individual applications before the TCC.

1. The TCC and the Rights-Based Paradigm

Let me start with a famous quotation from Alexis de Tocqueville. Almost two centuries ago he observed that *“There is hardly a political question in the United States which does not sooner or later turn into a judicial one.”* Nowadays Tocqueville’s observation is applicable not only to the United States but to all states including Turkey.

The fact that almost all social and political problems sooner or later become subjects of judiciary inevitably extends the power and jurisdiction of the courts. The judicial expansion and its inevitable consequences of the judicialisation of social and political sphere created a tension between judiciary and politics. Hans Kelsen, who is known as the architect of European constitutional courts, formulated this tension as an antagonism between negative and positive legislators.

Kelsen proposed two ways in order to lessen this antagonism. First, he suggested that *“the members of the constitutional court shall be elected by parliament.”*¹ Second, for Kelsen, the constitutions should not contain a bill of rights or rights provisions. He argued that open-ended nature of human rights provisions, as part of natural law, *“can play an extremely dangerous role”* of turning the constitutional court to a positive legislator.² While the most European states realised the first suggestion of Kelsen, they simply ignored the second one by entrenching basic rights in their constitutions. Contrary to predictions of Kelsen, the constitutional courts turned out to be seen as the guardian of constitutional rights and liberties.

The TCC is by no means an exception in this regard. Since the adoption of the constitutional complaint in 2010, the TCC was perceived by the people as an ultimate and effective organ to remedy human rights violations. The amended article 148 of the Constitution states that *“everybody may apply to the Constitutional Court with an allegation that any of his or her constitutional basic rights and freedoms, within the scope of the European Convention of Human Rights, has been violated by public authority.”*

The TCC started to receive individual applications as of 23rd September 2012. Until now over 16 thousand applications have been lodged, and about 10 thousand of which are still pending.

Increasing number of the applications reveals that within a short time constitutional complaint became very popular in this country. Individuals from different segments of society have been applying to the Court with a view to finding a legal remedy. Even the Prime Minister has recently lodged an application alleging that his right to privacy was violated by social media.

The introduction of constitutional complaint has also certain implications for the TCC’s relations with the society. Indeed it opened the door of the TCC to society at large. In a way constitutional complaint provided an opportunity for the TCC to touch the society and to remove some structural obstacles to the protection of individual rights and liberties.

1 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (New Brunswick & London: Transaction Publishers, 2006), p. 269.

2 Hans Kelsen, “La Garantie Juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du Droit Public*, 44: 197-257. Cited by Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp.35-36.

Prior to the adoption of the constitutional complaint, the TCC's judicial activism was revolved around the judgments concerning constitutional review of laws and constitutional amendments on the one hand and political party cases on the other. In these judgments the priority and main concern of the TCC was to protect the State and its basic ideological elements vis-a-vis individual and his or her basic rights and liberties.³

The Court's relatively short experience in constitutional complaint shows that its long practiced ideology-based judicial activism tended to be replaced by a rights-based judicial approach. The main reason for adopting such an approach is the fact that the protection of basic rights itself requires the Court to interpret the rules and state activities in a liberal way.

The TCC has so far delivered 75 violation judgments. The subjects of these judgments include the rights to life, personal liberty, fair trial, protection of physical and mental integrity of individuals, right to respect privacy, right to political participation and freedom of expression.

The primary aim of the TCC in constitutional complaint is to lay down the basic principles and standards for protecting rights. For instance, in its first decisions, the TCC strictly interpreted and applied the legality (lawfulness) condition for the maximum period of detention. Article 102 (2) of the Criminal Procedure Law stipulates that in serious crimes the period of detention must be extended to five years maximum. The trial courts used to interpret the term five years as applicable to each crime allegedly committed by the applicants. This meant in practice those who were arrested for multiple crimes would be kept in custody for years and years.

The Constitutional Court declared that this interpretation of relevant article of the Criminal Procedure Law was not compatible with the right to personal liberty, which requires in principle the trial without detention. The TCC concluded that since five years statutory limitation must be applied to each detainee irrespective of the number of crimes allegedly committed, the period exceeding five years constituted a violation of the right to personal liberty protected by Article 19 of the Turkish Constitution.⁴

3 See E.Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", (The Judicial Activism of the Turkish Constitutional Court and the Reactions of the Political Elites), *SBF Dergisi*, 62/3 (2007), p. 264.

4 See Application No: 2012/1137, 2/7/2013; Application No: 2013/776, 20/3/2014.

Likewise, in a number of cases where the applicants were MP's in prison, the TCC emphasized the importance of the right to political participation and right to represent people in democracies. The Court held that the detention of the applicants prevented them from using their rights as elected MP's to represent their electorates and participate in the works of the parliament for a long time. Drawing also attention to the possibility of judicial control system, which was applicable to the applicants as an alternative to the detention, the TCC reached the conclusion that the restrictions on applicants' political rights were not proportionate and therefore not necessary in a democratic society.⁵

The TCC also found a violation of the right to *habeas corpus* in a case where the applicant who was the former Chief of Army, claimed that he was prevented from challenging the verdict of the trial court before the appeal court within a reasonable time. The TCC held that the applicant was prevented from using his *habeas corpus* right effectively, simply because the trial court, a) rejected the request of release without examining it, and b) has not completed writing its detailed verdict with reasons for more than seven months.⁶

I would like to briefly mention about the surname case in which the TCC has pragmatically resolved the conflict between its own decisions and in a way avoided an incompatibility with the judgments of the Strasbourg Court. Article 187 of the Turkish Civil Code stipulates that "woman takes the surname of her husband; however, she may also bear her maiden name before her husband's surname..." In 2011 the TCC as plenary reviewed the constitutionality of this provision and found it constitutional.⁷

Two years later, the same issue came before the TCC through individual application. This time the TCC found a violation of the right to preserve and develop one's spiritual being by invoking Article 90 of the Constitution which gives certain primacy and priority to the international human rights agreements over national laws. Accordingly, in case of conflict between international human rights treaties and national laws the former prevails.

5 Application No: 2012/1272, 4/12/2013; Application No: 2013/9894, 2/1/2014; Application No: 2013/9895, 2/1/2014; Application No: 2014/9, 3/1/2014; Application No: 2014/85, 3/1/2014.

6 Application No: 2014/912, 6/3/2014.

7 E. 2009/85, K. 2011/49, 10/3/2011.

Referring to the relevant judgments of the European Court of Human Rights⁸ and Article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), the TCC argued that the court of first instance should have taken into account these provisions of international conventions, rather than contravening provision of Civil Code, to settle the concrete conflict.⁹

In a recent case the TCC has emphasised the importance of the right to respect privacy guaranteed under Article 20 of the Constitution. The applicant was a public servant working as a prison officer. She was fired from her job after her sexually explicit video was broadcasted on internet sites. The TCC held that the right to privacy of public officers might be restricted to maintain discipline and public order. However, these restrictions must be proportionate to the legitimate aims. For the Court, such a harsh administrative measure as firing the applicant will likely cause devastating effect on her future life. Therefore, TCC found a violation of the right to respect privacy on the ground that the intervention was not proportionate to the legitimate aims concerned.¹⁰

Finally, in famous Twitter case where the applicant lodged an individual application directly to the TCC, the Court first declared the application admissible on the ground that the failure and reluctance of the authorities to lift the ban on Twitter despite a stay of execution decision delivered by Ankara Administrative Court was the main indication of the ineffectiveness of the legal remedies. As to the merit of the case, TCC found a violation of freedom of expression on the basis that the act of total blocking of the Twitter was not prescribed by law. The Court also states that internet and social media play a crucial role in democratic societies as an extensive and efficient means for freedom of expression.¹¹

2. The Challenges Posed by Constitutional Complaint

Concerning constitutional complaint, I would say that we are living on the last romantic days of honeymoon. The increasing number of individual

8 See *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No: 29865/96, 16/11/2004; *Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Turkey*, Application No: 7971/07, 28/5/2013; *Tuncer Güneş v. Turkey*, Application No: 26268/08, 3/10/2013; *Tanbay Tülen v. Turkey*, Application No: 38249/09, 10/12/2013.

9 Application No: 2013/2187, 19/12/2013.

10 Application No: 2013/1614, 3/4/2014.

11 Application No: 2014/3986, 2/4/2014.

complaints brings us face to face with the real problems of life. Like some other constitutional courts, the TCC must take up the challenges posed by constitutional complaint. At this moment, I want to underline some of these formidable challenges and try to offer possible ways to overcome these challenges.

Perhaps the greatest challenge for the TCC is how to cope with the increasing number of the applications. The Court may become a victim of its own success. Indeed, as I mentioned before, the number of the constitutional complaint dramatically rises especially after violation judgments.

The filtering system must operate more effectively, and to this end the Court must apply the admissibility criteria more strictly. The Court's primary aim is to lay down the basic principles and standards for protecting constitutional rights and freedoms. Therefore, until now, we have not yet used the condition of constitutional significance, which is one of the most effective means for striking out trivial applications.

Depending on the increasing workload, we might have to adopt single-judge decision in future. This may require an amendment in the Constitution which mentions about the commissions, sections and plenary.

The second challenge for the TCC is how to struggle with so-called constitutional fetishism arising from constitutional complaint. I use the term constitutional fetishism to explain the widespread belief that "the constitution provide(s) general, fast, even comprehensive and immediate solutions to all problems in society."¹² Indeed, the relative success of the TCC in handling the individual applications, its violation judgments in particular, has given rise to high expectations in society. Most individuals strongly believe that the TCC may find an ultimate solution to their human rights problems. Even though this popular belief may point to the institutional reliability of the TCC, we should refrain from lapsing into the trap of constitutional fetishism. This is so, because constitutional fetishism will likely end up in massive disappointments.

12 E.Tanchev, "Historical and Physiological Sources Shaping Constitutionalism and Constitutional Performance in the Post-Communist Societies", Stanislaw Frankowski & Paul B. Stephan III (eds.), *Legal Reform in Post-Communist Europe: The View from Inside*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, Publishers, 1995, p.156.

In order to avoid such a constitutional fetishism, the Court must continue to emphasise the principle of subsidiarity, and thus secondary nature of constitutional complaint. The potential applicants must also be informed that the constitutional complaint is not a magical stick capable of creating miraculous results, nor do the judges at the TCC have the magician's ability to pull rabbits out of a hat.

The TCC need to remain vigilant about the admissibility criteria especially the condition of exhaustion of domestic remedies. The extremely strict and formalistic application of this condition may result in ignoring clear violation of rights. On the other hand, an extremely flexible application will undermine the principle of subsidiarity and turn the TCC into kind of super appeal court. Therefore, the TCC is bound to strike a delicate balance in evaluating the effectiveness of the legal remedies.

There are also challenges related to the content of decisions in cases involving constitutional complaint. One of them is the question how to resolve the possible conflicts arising from the judgments of the TCC sitting as plenary in judicial review and as chambers in individual complaint cases. There is no doubt that the logic and rationality of these two kinds of judgments is different. While the judicial review requires the TCC to interpret the abstract legal rules and constitutional provisions, the constitutional complaint calls for the decision whether the application of certain rules constitutes a violation of constitutional rights.

It is, however, very difficult, if not impossible, to completely separate these two areas of judgment. This difficulty is more visible in cases where the alleged violations derive from the direct application of the law which was previously declared by the TCC as constitutional. Although it is not easy to solve this problem, but the adoption of a rights-based approach in constitutional review will decrease the possibility of such conflict.

More importantly, there may be some conflicts between the decisions of TCC and the case-law of the European Court of Human Rights, given that the subjects of the constitutional complaint are the rights and freedoms guaranteed at the same time by the European Convention on Human Rights. In fact, at the very beginning, the Venice Commission has warned the TCC that in interpreting the Constitution and the Convention, "it will have to

avoid as much as possible that its interpretation diverge from that given by the Strasbourg Court".¹³

The TCC must continue to interpret the constitutional rights in line with the Strasbourg Court. This is also a practical requirement, because one of the aims of adopting the constitutional complaint was to decrease the number of applications and violation judgments against Turkey in Strasbourg. However, we must keep in mind that the European Convention guarantees the rights and liberties at minimum level. So the TCC may diverge from the interpretation of the Strasbourg Court with a view to better protecting basic rights and liberties. The relationship between the TCC and the Strasbourg Court should be mutual interaction and contribution to their respective jurisprudences.

Conclusion

A number of conclusions can be drawn from the relatively short experience of the TCC in the field of individual constitutional complaint. First of all, the practice of constitutional complaint proved that it has been an effective means for protecting rights and liberties. The TCC with such a means may significantly contribute to the enhancement of human rights standards in Turkey.

Secondly, the enduring and sustainable success in constitutional complaint depends partly on the ability of the Court to operate an effective filter system and to set the standards for protecting rights in line with the case-law of the Strasbourg Court. Thirdly, the future of the constitutional complaint system depends also on the effective functioning of legal system as a whole.

Finally, it goes without saying that, the ultimate success in protecting constitutional rights depends on fostering and consolidating a rights-based political and legal culture in society. Certainly this takes longer than expected, and therefore requires more work and patience.

13 The relevant part of the Venice Commission is as follows: *"The Constitutional Court will be called upon to interpret the ECHR. In doing so, it will have to avoid as much as possible that its interpretation diverge from that given by the Strasbourg Court. The risk of divergence will be even greater in cases where the Constitutional Court will also interpret the rights and freedoms laid down in the Constitution. The two interpretations of a similar right (the one based on the constitution, and the other based on the ECHR) might diverge, and lead to different conclusions."* See European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), "Opinion on the Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey", CDL-AD(2011)040, Strasbourg, 18 October 2011.