

Bireysel Başvuru Yoluyla İnsan Haklarının Korunması Filistin'den Dersler

Dr. Feras Milhem

Anayasa Hukuku Uzmanı, Filistin

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine Mahkemenin 52. Yıldönümü ile aynı zamana denk gelen Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin İkinci Kongresine bizi davet ettikleri için teşekkür etmek isterim. Hiç şüphesiz, Türk Anayasa Mahkemesi demokrasiyi gerçekleştirme ve insan hak ve özgürlüklerini koruma yönünde diğer ülkeler için bir kılavuz ve model olmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi hâkimlerinden, çoğunlukla Sayın Başkan Haşim Kılıç'ın doğrudan talimatı altında görev yapan Hâkimler Sayın Dr. Bahadır Kılınç ve Dr. Ali Rıza Çoban'dan edindiğimiz değerli bilgileri Filistin'de minnetle karşılıyoruz.

Seçkin dinleyiciler,

Genelde, anayasal denetim devlet erklerinin faaliyetinin anayasal düzene uygun olmasını temin etmeye yönelik mekanizmalara işaret eder ve bu faaliyetler anayasal düzene uygun düşmediğinde, bunları geçersiz ya da uygulanamaz kılar. Aynı şekilde, bahse konu ülkeye bağlı olarak, anayasal denetime ilişkin işlemler devlet mercilerince (yürütme, yasama, yargı organları, "ombudsman" (kamu denetçisi), vs.) ya da bireylerce başlatılabilir. Normatif ya da bireysel eylemlerin anayasal denetimine ilişkin bu işlemler doğrudan bireylerce başlatılabildiğinde, bunlar, anayasa hâkimlerine doğrudan bireysel erişim yoluyla açılan davalar olarak nitelendirilirler. Benim bugünkü sunumum, anayasa mahkemelerine doğrudan başvuru yoluyla insan haklarının korunması hakkındadır. Bireysel başvuru, anayasal hakların bireysel olarak yapılan eylemler dolayısıyla ihlal edilmelerine karşı belirli bir ikincil hukuk yolu olarak tanımlanabilir ki bu yol, haklarının Anayasa'ya aykırı şekilde

etkilenmiş olduğuna inanan bir kişiye davasını anayasal denetim yapma yetkisi bulunan bir mahkemeye inceletme olanağı sağlar.

Vatandaşlar ve devlet arasındaki anlaşmanın koşullarını yerine getirecek şekilde bir demokratik rejim fikri, genel olarak anayasal kontrol ve anayasal denetimin gelişmesinde önemli bir rol oynamıştır. Devletin demokratik anayasal istikrarının korunması, milletvekili çoğunluğunun ve Devlet mercilerinin anayasal çerçeveyi, daha da önemlisi, anayasal hakları ihlal etmelerini önleyen bir anayasal denetim sistemi kurarak en iyi şekilde temin edilir. Ancak bağımsız bir anayasal denetim, Devlet kurumlarının yetkisinin bireysel haklara tam anlamıyla saygı gösterilerek kullanılmasını güvence altına alabilir. Bu denetim, tüm yetkilerin kanuna tabi kılınması ve hukukun kendisinin üstün olan anayasal çerçeveye uyması ilkesine işaret eder.

Bunlar, yargının anayasal denetim yetkisini ve daha belirgin olarak, bireylerin anayasa yargısı hakkını tanıyan ilk mahkeme kararının dayandığı ifade edilen gerekçelerdir. Meşhur *Marbury v. Madison* (1803) davasında, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi şunu ileri sürmüştür: "... kişisel özgürlüğün mahiyeti, elbette ki bir birey ne zaman zarar görürse o bireyin kanunlarca koruma altına alınmayı talep etme hakkına dayanmaktadır. Devletin başlıca görevlerinden biri, bu korumayı sağlamaktır." Anayasa yargısına doğrudan bireysel erişime ilişkin bu somut mesele hususunda, mahkeme şunu ileri sürmüştür: "...şu genel ve tartışmasız bir kuraldır ki yasal bir hak bulunduğu ve ne zaman o hak ihlal edilse dava şeklinde bir hukuk yolu da bulunmaktadır." ABD Yüksek Mahkemesi kararından sonra, 19. Yüzyılda pek çok başka ülke, anayasal denetim mekanizmalarını incelemeye ve kurmaya başladı. Türkiye bağımsız bir anayasa mahkemesi kuran ilk ülkeler arasında oldu. Filistin'in 2006 yılından bu yana bağımsız bir anayasa mahkemesini düzenleyen bir kanunu bulunmasına rağmen, mahkeme kurulmadı. Bağımsız bir anayasa mahkemesi bulunmadığı sürece, 2003 Filistin Anayasasının (Temel Kanunun) 103 ve 104. maddelerinde, Yüksek Mahkemenin kanunların, düzenlemelerin ve eylemlerin Anayasa'ya uygunluğu ile ilgili meselelerde ve aynı zamanda yetkili organlar arasındaki ilişkileri çözüme kavuşturmak üzere toplandığı ve ayrıca Anayasa'yı (Temel Kanunu) ve yasaları yorumlama yetkisinin bulunduğu görülmektedir.

Kendiniz gibi bilgili insanlara insan haklarının, demokrasinin ve kamu özgürlüklerinin korunmasına ilişkin olarak anayasa mahkemelerinin

önemi hakkında konuşmak yüzeysel kalabilir. Sizinle iki hususu paylaşabilirim. İlk olarak: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birçok kez Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni Avrupa kamu düzeninin anayasal bir aracı olarak nitelendirmiştir. Bu gerçek, pek çok yazarı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir Anayasa Mahkemesi olması gerektiğini önermesi yönünde teşvik etmiştir. Başkalarınca kaşı çıkılmasına rağmen bu tartışma, insan haklarının, demokrasinin ve kamu özgürlüklerinin korunmasına ilişkin olarak Anayasa Mahkemelerinin önemi konusunda açık bir fikir vermektedir. İkinci olarak, Güney Afrika Anayasası'ndaki egemenlik tamamen açıklığa kavuşturulmamıştır ki bu da pek çok yazarın egemenliğin Anayasa Mahkemesinde görülebileceğine inanmasına sebep olmuştur. Yani, bu, artık Parlatentonun bir kanunun geçerli olup olmadığına dair nihai sözü söylememesi anlamına gelir.

Bu sunumda, bireylerin yaptığı doğrudan başvuru ile ilgili Filistin deneyimini ve modelini diğer yerleşmiş tecrübelerle kıyaslayarak sunmaya çalışacağım.

Filistin halkının pek çok insan hakları ihlallerine ve kamu özgürlüklerine ilişkin kısıtlamalara yol açan yabancı işgaller altında bulunmuş olduğu gerçeği dikkate alındığında, Filistin Anayasası'nın (Temel Kanun 2003) mimarları insan haklarının tam olarak korunmasını temin etmeye çalışmışlardır. Anayasa'nın (Temel Kanunun) 2. bölümünde insan hakları ve kamu özgürlükleri düzenlenmiştir. Bu korumalar, kanun önünde eşitliği, cinsiyete, ırka, renge, dine dayalı olarak hiçbir şekilde ayrımcılık yapılmaması hakkını kapsamaktadır. Diğer haklar, sosyal, ekonomik ve siyasi hakları içerecek şekilde sıralanırlar. Bölgedeki diğer Anayasalarla kıyaslayınca bu Anayasa (Temel Kanun) ile şunun açıklandığı görülür: *"Herhangi bir kişisel özgürlüğe, insanların özel hayatının kutsallığına veya kanun ya da bu Anayasa (Temel Kanun) ile güvence altına alınmış herhangi bir hak ya da özgürlüğe yönelik bir ihlal, suç olarak görülür. Bu tür ihlallerden kaynaklanan ceza ve hukuk davaları, zamanaşımını belirleyen kanun veya hükümlere tabi kılınamazlar. Ulusal Yetkili Makam, bu şekilde zarar görenlere adil bir hukuk yolu temin eder."*

Üç hafta önce, Başkan, ağırlıklı olarak insan hakları, kadın ve çocuk hakları hususunda 15 uluslararası anlaşmaya katılmak üzere mektuplar imzaladı. İnsan haklarına ilişkin bu sözleşmelerin olası etkisi, çok önemli, olumlu olacak ve memnuniyetle karşılanacaktır. Bu anlaşmalar, Filistin

Hükümeti'ne milli kanunları uluslararası standartları karşılayacak şekilde uyarlaması yönünde yükümlülükler getirir. Eğer bireyler, anayasal haklarının ihlal edildiğini anarlarsa, bu adım onları bu anlaşmalara başvurmaya teşvik edecektir. Başkanın bu anlaşmaları koşulsuz olarak imzalamış olduğunu öğrenmek çok ilginçtir.

Ne var ki, uluslararası hukukun doğrudan etkisine ilişkin olarak, Filistin Anayasası (Temel Kanunu) ile düzenleme yapılmamaktadır. Bu yüzden ki Filistin'de uluslararası hukukun milli kanunların üzerinde ya da milli kanunlardan üstün olduğunu söyleyemeyiz (monizm sistemi). Bana göre, bu uluslararası anlaşmalara uyum sağlamak için Filistin mevzuatında değişiklik yapma ihtiyacı vardır (düalizm sistemi). Filistin hukukuna göre, Başkanın bu anlaşmaları Başkanlık kararnameleriyle düzenlemesi (çıkarması) ve Filistin Resmi Gazetesi'nde yayımlatması mümkündür; bu durumda, bu anlaşmalar milli kanunların parçası haline gelirler ve mahkemeler bunları uygulayabilirler (Hibrid/ Karma sistem). Her durumda, Filistin'de Anayasa Mahkemesi olarak toplanan Yüksek Mahkemenin uluslararası anlaşmaların Filistin'de doğrudan uygulanmasını nasıl ele alacağını görmek ilginç olur.

Şunu bilmek enteresandır ki Yüksek Mahkemenin kanunların, düzenlemelerin ve eylemlerin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin yargı yetkisini üstlenmesi sebebiyle, başvuruların %95'i bireylerin doğrudan başvurusu yoluyla yapılmaktadır. Bu davaların çoğu, askeri mahkemelerin sivilileri yargılama yetkisinin Anayasa'ya uygunluğu gibi, hassas siyasi meselelerle ilgilidir. Anayasal denetim Filistin'e yeni getirilmiş olduğundan, Yüksek Mahkemenin işi az olmuştur. Mahkeme, insan haklarının ve kamu özgürlüklerinin korunması hususunda henüz etkili olup gerçek anlamda bir değişime gitmiş değildir.

Filistin Anayasası'nın (Temel Kanununun) 103. maddesi şunu öngörmektedir: *“Yüksek bir Anayasa Mahkemesi şu hususları ele almak üzere kanun yoluyla kurulur: (a) kanunların, düzenlemelerin ve başka çıkarılmış kuralların Anayasa'ya uygunluğu; (b) Anayasanın (Temel Kanunun) ve yasaların yorumu; (c) yargı kurumları ve yargı yetkisi olan idari kurumlar arasında ortaya çıkabilecek olan görev uyuşmazlıklarının çözümü”*.

Filistin Yüksek Anayasa Mahkemesinin belirli yetkileri, Filistin Anayasası'nın (Temel Kanununun) 103. maddesinin hükümlerini izleyen (bağlı kalan) Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 24. maddesinde belirlenmiştir. Madde

24 (1), “kanunlara ve düzenlemelere ilişkin anayasal denetim” uygulamak amacıyla mahkeme için genel bir yetki belirler. Madde 27 (1) ve (3) ve madde 25 (1) ile ilgili olarak bu hüküm, bireylerin anayasa yargısına üç tür doğrudan erişimine yönelik gerekçeleri temin eder: İlk olarak, madde 27 (3) şikâyet bağlamında şunu öngörmektedir: “eğer davacılar yargı yetkisi bulunan bir mahkeme ya da kurum önünde davanın görülmesi esnasında kanun hükmünde kararnamede, düzenlemede ya da karardaki bir hükmün Anayasa’ya aykırılığını iddia etmişlerse” soruna ilişkin karar verilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurabilirler. İkinci olarak, madde 27 (1), kanun ve düzenlemelere karşı “bu kanunun 24. maddesi uyarınca mağdur tarafça mahkeme önünde doğrudan dava yoluyla ortaya konan” aracısız normatif bir şikâyeti öngörmektedir. Üçüncü olarak, bu çalışmada Anayasa Mahkemesi Kanunu’na getirilen yorum, özellikle madde 25 (1), (2) ve (3) ile bağlantılı olarak maddeler 24 (1) ve 27 (1)’e getirilen yorum, bu maddelerin yetkili mercilerin eylemlerine karşı mağdur tarafın mahkeme önüne aracısız dava yoluyla getirdiği doğrudan bireysel başvuruyu da öngördüğünü düşünmemize izin verir. Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun mağdur kişinin kısıtlama ya da sınırlama olmaksızın başvuru yapabilmesini öngördüğünü öğrenmek ilginçtir. Bu, Anayasa Mahkemesine fazla yük getirilmesine yol açabilir.

Pek çok kabul edilebilirlik koşulu olabilir. Genelde bunlar, başvurulara yönelik zaman sınırlarını kapsamakta ve başvuranların doğrudan ve gerçek anlamda menfaatini, başvuranların kanuni (avukatla) temsilini gerekli kılmakta ve de eylemin ya da işlemin mahiyetine bağlı olarak diğer gerekli resmi ön koşullardan oluşmaktadır.

Adalet Bakanlığı, bireylerin yaptığı doğrudan başvuruya sınırlama ya da kısıtlama mekanizmaları getirmek için Filistin’de anayasal denetimi düzenleyen kanunda değişiklikler getirmeye çalışmıştır. Fakat bu değişikliklere sivil toplum kuruluşları, esasen insan hakları örgütleri karşı çıkmıştır, çünkü bunlar bireylerin mahkemeye doğrudan başvurabilmelerini sona erdirmeye anlamına gelmekteydi. Önerilen değişiklikler ile bireylerin ancak devlet organları ya da Filistin İnsan Hakları Komisyonu (“Ombudsman”, Kamu Denetçisi) yoluyla dava açabilmeleri öngörülmektedir.

Aslında, diğer tecrübeler göstermektedir ki kabul edilebilir farklı bir sınırlama, mahkemelere fazla iş verilmesini önlemek üzere getirilebilir. Bu sınırlamaların Anayasa Mahkemelerinin kendi rollerini yerine getirmelerine izin vermek için esnek olmaları gerekir. Bu esneklik, 1995 Güney Afrika

Anayasa Mahkemesi İÇtüzüğünde mükemmel şekilde ifade edilerek şu şekilde öngörülmüştür: *“Mahkeme Anayasa’nın 100. bölümü açısından ancak meselenin ivedi olduğu, ya da kamusal alanda önemli olduğu istisnai koşullarda, olağan yöntemlerin kullanılmasıyla icap eden gecikmenin kamu menfaatlerine zarar vereceği ya da adaletin amaçlarına ve iyi yönetime zarar vereceği yerde doğrudan erişime izin verir.”*

Alman ve Türk modelleri de, davaların esasa, geçerli gerekçelere dayanarak ve şeffaf bir şekilde filtrelenmesine ilişkin çok iyi örneklerdir. Bu tedbirler şöyledir:

Zaman sınırları, başvuru işlemlerine ve mahiyetine bağlı olarak belirlenebilir. Herkesin belirli bir süre sonra bir eylemin geçerliliğine yönelik olarak itirazda bulunulamayacağını bilmesi için, bu son tarihler hukuki belirlilik açısından önemlidir.

Anayasa Mahkemesi Kanunu (PLHCC), bireylerce getirilen davalar için herhangi bir zaman sınırı öngörmemektedir.

Alman ve de Türk modelinde bir aylık sınır getirildi. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanununun 93. maddesi ile şu belirtilir: *“(1) Tam kararın şikâyet sahibine tebliği ya da gayri resmi olarak bildirilmesi, beyan edilmesi ya da iletilmesinden itibaren bir ay içerisinde anayasa şikâyeti için başvuru yapılır ve şikâyetin doğruluğu kanıtlanır. Eğer şikâyet sahibine yasal olarak bir tebliğde bulunulmadıysa, şikâyet sahibi isterse bu zaman sınırı ertelenir. Tam karar şikâyet sahibine mahkeme tarafından ya da re’sen ya da davada taraf olanca tebliğ edilene kadar bu zaman sınırı ertelenmeye devam eder.”*

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun (GLFCC) madde 93 (2) uyarınca, eğer bir şikâyet sahibi kendi hatası olmadan bu zaman sınırına uyamadıysa, talebi doğrultusunda restitutio in integrum (eski halin iadesi) ilkesi geçerlidir. Yasal işlemin ihmali nedeniyle başvuru bir zaman sınırı içerisinde yürütülmelidir. Zamanaşımın dolmasından sonra, bir yıldan daha geç bir süre içinde talepte bulunulursa, başvuru geçersiz olur. Şikâyet sahibinin avukatının hatası, şikâyet sahibinin bizzat kendisinin hatasına eşit sayılır.

Madde 93 (3) ile ifade edilen şudur ki eğer şikâyet, doğrudan davanın kabul edilebilir olmadığı bir kanuna ya da hükme yönelikse, bu şikâyet ancak kanunun yürürlüğe girdiği ya da hükmün açıklandığı bir yıl içerisinde getirilebilir.

Başvuranın Doğrudan ve Gerçek (Aktüel) Menfaati

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun madde 27 (1)'i doğrudan başvuruyu kimin getirmesi yasal (meşru) ise o kişinin “mağdur” kimse olduğunu kabul edilmesi gerektiği hususuna işaret etmektedir. Ancak, doğrudan mağdur olan, söz konusu hükmün ya da kanunun geçerliliğinin sona erdiği dava için şahsen başvurmadığında, şikâyeti bir başkası adına getirme imkânı hakkında hiçbir şey söylenmemektedir. Ne var ki, bir sivil toplum kuruluşunun milli menfaat adına dava açtığı görüldü ki burada hâkimlerin görevden alınabileceğini öngören kanun, 2005 yılında geçersiz ve Anayasa'ya aykırı addedildi.

Geçerlilik

Öğretide geçerlilik ifadesi şikâyetin kabulünün söz konusu hak ihlali için uygun bir hukuk yolu olabilme durumuna işaret eder. Eğer şikâyetin kabulü, ihlal edilen hakkın yerine getirilmesinde kayda değer bir etki yaratmayacaksa, şikâyetin kabul edilmeyeceği anlamına gelir.

Başvurunun Şekli Koşulları

Başvurunun şekli koşulları, ilgili dava ve işlem türüne göre değişebilir. Normatif şikâyete ilişkin davalar, sıklıkla yazılı olarak yürütülür ve belirli kurallara bağlı olurlar. Bireysel başvurularda kabul edilebilirlik kurallarının daha az katı ve esnek olmaları gerekir. Kabul edilebilirlik incelemesi, Mahkemenin açıkça dayanaktan yoksun olan ya da şekli, usule ilişkin hataları bulunan ya da yetkisizlik dolayısıyla bir başvuruyu reddetmesine izin veren yararlı bir araçtır.

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 28. maddesi, kabul edilebilirliğe ilişkin genel koşulları belirleyen tek hükümdür. Bu madde, mahkemeye getirilen anayasa şikâyetine ya da havale yoluyla gelen davalara ilişkin çıkarılan kararın “Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilen kanun hükmünü, anılan kanun hükmünün aykırı düştüğü ileri sürülen ilgili anayasal hükmü, aykırılık iddasının gerekçelerini” içermesi gerektiğini öngörür.

Bu maddeye ilişkin olan ilk yorum şudur ki eğer Filistin'deki doğrudan başvuru, kanunu ve bireysel eylemleri kapsamaktaysa, bu maddenin, yalnızca “kanun hükmüne” değil aynı zamanda itiraz edilen eyleme yer verilerek, bireysel başvuru kapsamında açıkça uygulanacak şekilde değiştirilmesi gerekir.

İkinci bir yorum ise Filistin hukukunun kabul edilebilirlik incelemesini belirli bir usul aşaması olarak açıkça addetmemesidir. Almanya'da, Anayasa'nın (Temel Kanununun) madde 94 (2)'si ile kanunun "...şikâyetin karara bağlanmak üzere kabul edilip edilmeyeceğinin tespit edilmesine yönelik ayrı bir kanuni düzenleme öngörebileceği" belirtilmektedir. Kısacası, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun madde 93a'sı "(1) Bir anayasa şikâyetinin kabulünün gerektiğini" tespit etmektedir.

Almanya'da ve Şili'de belirli kabul edilebilirlik şartları ile ilgili olarak, yukarıdaki 48-59, 71-74, 81, 87 ve 95-96 sayılarına atıfta bulunuyoruz.

Kabul edilebilirliğe ilişkin karara gelince, Filistin hukukunda Filistin Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun madde 29 (1)'i hariç olmak üzere hiçbir şey ifade edilmemektedir ki bu anılan madde ise, şikâyet başvurusunun, genel mahkemece kabul edilmediği durumda, bir başvuru yapılmasını öngörmektedir.

Almanya'da, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun madde 93d'si, kabul edilebilirliğe ilişkin kararın duruşma olmadan alınacağını ifade etmektedir. Bu karara itiraz edilemez. Anayasa şikâyetinin kabul edilemezliği için gerekçe istenmez. Almanya'da ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 24. maddesine göre, kabul edilemez ya da açıkça mesnetsiz başvurular Mahkemenin oybirliğiyle aldığı bir kararla reddedilebilirler.

Kabul edilebilirlik yönteminin Filistin hukukunda açıkça belirlenmiş olması gerekir ve kabul edilebilirlik ön koşullarının açıkça tanımlanması ve sistematikleştirilmesi gerekir. Kabul edilebilirlik yönteminin zaman sınırlarını, başvuranın gerçek menfaatini, geçerliliği, hukuk yollarını tüketme ilkesini ve diğer şekli koşulları açıkça kapsamaması gerekir.

Son olarak, mahkemenin bu davaları esasa, kamu menfaatine, müteessir kişinin menfaatine, bütün olarak topluma olan etkisine dayalı gerekçelerle kabul ya da reddetmesi yönünde takdir yetkisinin olmak zorunda olduğuna tekrar değinmeye değer. Bu kurallar, Güney Afrika Mahkemesinin koyduğu kurallara benzer şekilde, hâkimlerce de geliştirilebilir. Kararlarından birinde, Besserglik karşı Ticaret, Sanayi ve Turizm Bakanı davasında, Hâkim O'Regan demiştir ki "...Bu aşamada, başvuranın neredeyse önünde hiçbir uygun başvuru yolu kalmamıştır. Doğrudan erişime yönelik başvurusunu ele alıp yargılama yapmayı reddedecek olursak, başka bir yerde çare bulma ihtimali çok düşüktür."

Protection of Human Rights by Means of Individual Application¹ Lessons from Palestine

Dr. Feras Milhem

Expert on Constitutional Justice, Palestine

I would like to thank the Constitutional Court of the Republic of Turkey for the valuable invitation to the second congress of the Asian Association of Constitutional Courts, which commence as well the 52nd anniversary of the Turkish Constitutional Court. No doubt, that the Turkish Constitutional Court becomes a pillar and a model for other countries strive to achieve democracy and to safeguard human rights and public freedoms. We appreciate in Palestine the valuable expertise we got from the Turkish Constitutional Court's justices, mainly from honorable justices Dr. Bahadir Kilinc and Dr. Ali Riza Coban under the direct instruction of the honorable President Hasim Kılıç.

Distinguished audience,

In general, constitutional review refers to the mechanisms for ensuring that the activity of state powers confirms to the constitutional order, and when they do not to declare them invalidated or inapplicable. In the same way, depending on the country in question, the procedures of constitutional review can be initiated by state authorities (executive, legislative, judicial organs, ombudsman, etc) or by individuals. When these procedures of constitutional control of normative or individual acts can be directly launched by individuals, it is called a case of direct individual access to constitutional justices. My paper today is about the protection of human rights by means of direct application to constitutional courts. The individual complaint can be defined as a specific secondary legal remedy against the violation of

1 This speech is based on some parts on, and inspired by, the work of Dr. Emilio Dabed "Report in Direct Individual Access to Constitutional Justice in Palestine: A comparative Study" 2012.

constitutional rights by individual acts, which enables a person, who believes his/her rights have been unconstitutionally affected, to have the case heard by a court with the competence to perform the constitutional review.

The idea of a democratic regime as fulfilling the conditions of a contract between citizens and the state has been central in the development of constitutional review and constitutional control in general. The safeguard of the democratic constitutional stability of the State is best assured by establishing a system of constitutional review, preventing parliamentary majorities and State authorities to violate the constitutional framework and, more importantly, the constitutional rights. Only an independent constitutional review can guarantee that the power of State institutions is exercised with full respect to individual rights. It implies the principle that all powers are subjected to the law and that law itself conforms to the superior framework of the constitution.

These are precisely the grounds on which the first court decision recognizing the power of the judiciary to constitutional review and, more specifically, the right of individuals to constitutional justice is based. In the famous case *Marbury v. Madison* (1803) the Supreme Court of the United States advanced its reasoning that *"...the very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection"*. Regarding the specific issue of direct individual access to constitutional justice the court asserted that *"...it is a general and indisputable rule, that where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit or action at law whenever that right is invaded."* After the U.S. Supreme Court decision, many other countries during the 19th century started studying and establishing constitutional review mechanisms. Turkey was among the first nations to establish an independent constitutional court. Although Palestine has a law regulating an independent constitutional court since 2006, but the court was not established, in the absence of an independent constitutional court, the Basic Law of Palestine of 2003 in articles 103 and 104 stipulates that the High Court convenes in matters related to the constitutionality of laws, regulations and actions, as well as to solve the relations between organs of the authority, and has the jurisdiction over interpreting the basic law and legislation.

It might be superficial to speak about the importance of constitutional courts in the protection and safeguarding human rights, democracy and public freedoms to knowledgeable people like you. I may share with you two points. First: The European Court of Human Rights has, in several times, characterized the European Convention of Human Rights as a constitutional instrument of European public order. This fact prompted many authors to suggest that the European Court of Human rights should become a constitutional court. This discussion, although was opposed by others, gives us a clear hint on the importance of constitutional courts in the protection of human rights, democracy and public freedoms. Second it is interesting to learn that the sovereignty in the South African Constitution was not made absolutely explicit, which led many authors to believe that the sovereignty can be found in the constitutional court. That means that the Parliament no longer has the ultimate say over whether a law is, or is not, valid.

In this paper I will strive to present the Palestinian experience and model, related to the direct application by individuals, comparing the Palestinian Model with other established experiences.

Given the fact that the Palestinian people has been under foreign occupations, which led to many kind of human rights violations and restrictions on public freedoms, the architects of the Palestinian Basic Law of 2003, strove to ensure that Human rights would be fully protected. Chapter 2 of the Basic Law regulated human rights and public freedoms. Protections guaranteed include the rights of equality before the law, the right of no discrimination based on gender, race, color, religion. Other rights are listed, including social, economic and political rights. Comparing to other constitutions in the region, the Basic Law went to declare that *'Any violation of any personal freedom, of the sanctity of the private life of human beings, or of any of the rights or liberties that have been guaranteed by law or by this Basic Law shall be considered a crime. Criminal and civil cases resulting from such violations may not be subject to any statute of limitations. The National Authority shall guarantee a fair remedy to those who suffer from such damage'*.

Three weeks ago, the President signed letters to join 15 international treaties, mainly in human rights, women and children rights. The prospective impact of these conventions on human rights will be very significant, positive and welcomed. These treaties put obligations on the Palestinian Government

to adapt the local laws to meet the international standards. This move will encourage individuals to resort to these treaties if they feel that their constitutional rights are violated. It is very interesting to learn that the PA signed these treaties without making any kind of reservation.

However, the direct effect of international law is not regulated by the Palestinian Basic Law. This is why we cannot say that international law in Palestine is above or superior local laws (the monism system). In my opinion, there is a need to modify the Palestinian legislation in order to meet these international treaties (dualism system). It is possible, according to the Palestinian law, that the President issue these treaties by Presidential decrees and publish them in the Palestinian Gazette, in this case these treaties become part of the local laws and courts can implement them (Hybrid system). In all cases it will be interesting to see how the High Court in Palestine which convenes as a constitutional court will deal with the direct application of international treaties in Palestine.

It is interesting to know that since the High Court assumed its jurisdictions over the constitutionality of laws, regulations and actions, 95% of applications are made via the direct application by individuals. Most of these cases are related to sensitive political matters, such as the constitutionality of the military courts' jurisdiction over civilians. Since constitutional review in Palestine is newly introduced, the work of the High Court has been modest. The Court is yet to make real change and be efficient in the protection of human rights and public freedoms.

The Article 103 of the Palestinian Basic Law stipulates that: *“A High Constitutional Court shall be established by law to consider: (a) the constitutionality of laws, regulations, and other enacted rules; (b) the interpretation of the Basic Law and legislation; (c) Settlement of jurisdictional disputes which might arise between judicial entities and administrative entities having judicial jurisdiction.*

The specific competences of the Palestinian High Constitutional Court are established in Article 24 PLHCC which follows the provisions of Article 103 PBL. Article 24 (1) establishes a general competence for the court in order to exercise *“constitutional supervision and control on the laws and regulations”*. This provision, in relation with Article 27 (1) and (3) and Article 25 (1), (2) and (3), provide the grounds for three types of direct access to constitutional justice by individuals: First, Article 27 (3)

establishes the complaint sub lite by providing that *“If the litigants pleaded during the hearing of the case before any court or body having judicial authority the unconstitutionality of a provision in the law decree, regulation, or a decision” they can resort to the constitutional court to decide the question. Second, Article 27 (1) establishes a direct normative complaint against law and regulations “through the original direct action that is raised by the aggrieved before the court in accordance to article (24) of this law.”* Third, the interpretation given in this study to the PLHCC, specifically to Articles 24 (1) and 27 (1) in relation to Article 25 (1), (2) and (3), allows us to think that these articles establish as well a direct individual complaint against acts of authority through the original direct action that is raised by the aggrieved before the court. It is interesting to learn that the PLHCC provided that the aggrieved person can apply a case without restrictions or limitations. This might lead to the overburdening of the Constitutional court.

The conditions for admissibility can be many. Generally they include time-limits for applications, and require direct and actual interest of the applicants, legal representation of the applicants, and other formal prerequisites depending on the nature of the action or procedure.

The Ministry of Justice tried to introduce changes to the law regulating constitutional review in Palestine in order to introduce limitation or restrictions mechanisms to direct application by individuals. But these changes were challenged by civil society institutions, mainly human rights organizations, since they meant to end the ability of individuals to address the court directly. The proposed changes stipulate that individuals can only file a case via the organs of the state or via the Palestinian Commission for Human Rights (the ombudsman).

In fact other experiences show us different acceptable limitation can be imposed to avoid the overburdening of the courts. These limitations should be flexible to allow constitutional courts to exercise its role. This flexibility is excellently reflected in the South African Constitutional Court Rules of 1995 which provided that *“the court shall allow direct access in terms section 100 of the Constitution in exceptional circumstances only where the matter is of such urgency, or otherwise of such public importance, that the delay necessitated by the use of the ordinary procedures would prejudice the public interests or prejudice the ends of justice and good government”*.

The German and the Turkish models are also very good example on filtering cases based on merits, good reasons and in transparent way. These measures are:

Time limits may be established depending on the nature and procedures of the applications. These deadlines are important for legal certainty, so that everyone can know that after a certain time the validity of an act cannot be challenged.

The PLHCC does not provide any time limit for cases filed by individuals.

In the German case and the Turkish as well, one month limit was introduced. Article 93 German Law of the Federal Constitutional Court states that "(1) a constitutional complaint shall be lodged and substantiated within one month since the service or informal notification of the complete decision, its proclamation or communication to the • complainant. If the complainant is not legally notified, this time-limit shall be suspended if the complainant requests it. The suspension shall continue until the complete decision is served on the complainant by the court or ex officio or by a party to the proceedings.

According to Article 93 (2) GLFCC, if a complainant was unable to comply with this time-limit through no fault of his own, he shall on request be granted *restitutio in integrum*. The omitted legal action must be carried out within the time-limit for the request. If this is done, the complainant may be granted a reversal without need for a formal request. The request shall be invalid if made later than one year after the expiry of the time limit. The fault of the complainant's attorney shall be seen as equal to that of the complainant himself.

Article 93 (3) states that if the complaint is directed against a law or some sovereign act against which legal action is not admissible, the complaint may be lodged only within one year of the law entering into force or the sovereign act being announced.

Direct and Actual Interest of the Applicant

Article 27(1) PLHCC refers to this condition by providing that who is legitimate to lodge the direct complaint is the "*aggrieved*" person. However, nothing is said about the possibility of lodging a complaint in someone

else's name when the directly aggrieved is unable to personally lodge the action or the case in which the questioned act or law ceases having validity. However, it happened that a civil society institution filed a case in the name of national interest, in this case the judicial authority law deemed void and unconstitutional in 2005. This law provided that judges can be removed, which is against an established constitutional rule.

The Standing

The expression standing in the doctrine refers to the condition that the acceptance of the complaint can be an appropriate remedy for the violation of the right in question. It implies that if the acceptance of the complaint would not have any appreciable effect in enforcing the violated right, the complaint would not be admitted.

Formal Requirements of the Application

The formal requirements of the application can vary depending on the type of action and procedure involved. Cases of normative complaint are often made in writing and follow very specific rules. The rules of admissibility in the case of individual complaints should be less strict and flexible. An exam of admissibility is a useful tool allowing the Court to reject an evidently ungrounded application or one with formal, procedural mistakes or lack of competence.

Article 28 PLHCC is the only provision establishing general conditions of admissibility. It requires that the decision issued with the referral to Court (action sub lite) or the legal pleading (constitutional complaint) submitted before it according to the previous article, should include "the legal provision whose constitutionality is contested, the relevant constitutional provision alleged to be in contradiction with the mentioned legal norm, in addition to the means of contradiction".

A first comment on this article is that if the direct complaint in Palestine includes law and individual acts, the provision should be amended to clearly apply to the individual complaint by mentioning the inclusion not only of the "legal provision" but also the act that is contested.

A second comment is that the Palestinian law does not explicitly consecrate the exam of admissibility as a particular procedural stage. In

Germany, Article 94(2) GBL establishes that the law “...may provide for a separate proceeding to determine whether the complaint will be accepted for decision.” In turn, Article 93a GLFCC establishes that “(1) A constitutional complaint shall require acceptance”.

Regarding the specific requirements of admissibility in Germany and in Chile we refer to numbers 48-59, 71-74, 81, 87, and 95-96 above.

Regarding the decision on the admissibility, the Palestinian law says nothing with the exception of Article 29 (1) PLHCC, which seems to establish an appeal in the case that the application of complaint sub lite is not admitted by the ordinary court.

In Germany, Article 93d GLFCC provides that the decision on admissibility shall be taken without oral proceedings. This decision cannot be challenged. The refusal to accept the constitutional complaint does not require reasons. In Germany and according to Article 24 GLFCC inadmissible or clearly unfounded applications may be rejected by a unanimous order of the Court.

A procedure of admissibility should be explicitly established in the Palestinian law and the prerequisites of admissibility should be clearly identified and systematized. The procedure of admissibility should explicitly include time-limits, actual interest of the applicant, standing, the principle of exhausting remedies, and other formal requirements.

Finally, it is worthy to mention again that the court must have the discretion whether to accept or reject these cases on reasons based on merit, public interest, the interest of the grieved person, the impact on the society as whole. These rules can be developed by justices themselves, similar to what the South African Court established. In one of its decisions, *Besserglik v. Minister of Trade, Industry and Tourism*, where Justice O’Regan said: “*the applicant’s failure to follow the correct procedures may have been influential by the novelty of the Constitution and its procedures. At this stage, the applicant has almost no further recourse available to him. Should we refuse to hear his application for direct access, it is unlikely that he will obtain relief elsewhere*”.