

Prof. Dr. Bertil Emrah Oder
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sayın Başkan, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemelerinin, Venedik Komisyonu'nun değerli üyeleri, değerli Raportörler, Raportör Yardımcıları, değerli katılımcılar hepimizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum.

Bugün sizinle paylaşmayı planladığım sunum, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından bir araştırma projesi olarak desteklenen ve 2015-2017 yılları arasında yürütülerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun ilk 5 yılını değerlendirmeyi hedefleyen projenin ana çıktıları üzerine yoğunlaşacak.

Projenin temel bulgularını sizlerle paylaşırken Anayasa Mahkemesi içtihadının yorumsal örüntülerindeki değişime, Anayasa Mahkemesi'nin karşılaştırmalı anayasacılıkta kendisi ile karşılaştırılabilecek benzer deneyimler bakımından bize sunduğu örneğe ve bireysel başvurunun Mahkeme'nin diğer mahkemeler ile olan ilişkisini nasıl etkilediğine odaklanmaya gayret edeceğim.

Kuşkusuz kısa sürede, bu kapsamlı projenin bütün bulgularını ayrıntısı ile paylaşma imkânı olmayacak. Ancak projenin final raporu da basılacağı için dinleyicilerin daha ayrıntılı gözlemleri bu yayın çerçevesinde yeniden ele alma ve değerlendirme fırsatı olabilir. Aynı zamanda -Anayasa Mahkemesi üyelerimizin ve raportörlerimizin yakından takip ettiği gibi- Koç Üniversitesi uzantılı olmak üzere www.anayasatakip.ku.edu.tr sitesi üzerinden projenin görselleştirilmiş bazı bulgularına ve hem akademiden hem de profesyonel yaşamdan bireysel başvuru üzerinde çalışan meslektaşlarımızın blog yazılarına ulaşmanız da mümkün olabilir.

Temel Bulgular: Yorumsal Değişimden Bireyle Yakınlaşmaya

Bu çerçevede, bireysel başvuru projemiz özelinde, beş temel bulguya öncelikle dikkatinizi çekmek istiyorum.

Bulgulardan birincisi, Anayasa mahkemesinin bireysel başvurunun ilk 5 yılında temel hak yorumu bakımından niteliksel değişim içine girmiş olmasıdır. Bu niteliksel değişimin en belirleyici unsuru aslında, anayasal haklar portfolyosunun genişlemesidir.

İkinci bulgumuz, bireysel başvuruya ilişkin anayasal yorumda, daha önce hiç görülmedik biçimde özgürlükçü yaklaşımların öne çıkmasıdır. Burada özellikle norm denetiminden farklı olarak yeni hak alanlarına açılma eğiliminin ve aynı zamanda hak kategorilerini daha yenilikçi bir şekilde yorumlama örüntülerinin ortaya çıktığını gözlemledik.

Üçüncüsü, norm denetiminden ayrılan büyük yorumsal dönüşümlerin karşımıza çıkmasıdır. Bununla kastettiğim, mevcut yorumsal kalıplarda ve içeriklerde dönüşümlerin yaşanmasıdır. Ek olarak, yepyeni hak somutlaşmalarının da bireysel başvuru ile sağlandığını gözlemledik. Karar sayısı görece az olmasına rağmen dönüşümden etkilenen iki tane büyük alan saptanmıştır. Bunlar, din ve vicdan özgürlüğü ve ifade özgürlüğüdür.

Bireysel başvuru, öncelikle yargı için büyük bir toplumsallaşma yaratmış ve Anayasa Mahkemesi ile bireyleri yakınlaştırmıştır. Yeni hak kategorilerinin çıkması, bununla bağlantılı olabilir. Temel hak odaklı istemlerin özgül biçimde Anayasa Mahkemesi'ne taşınması, temel hak mobilizasyonunu ve bireylerin hak aktivizmini sağlamış gözükmektedir. Temel haklar alanındaki özgül yargısal denetimin varlığı, daha ayrıntılı kararların verilmesine de neden olmaktadır. Sosyal medyadan unutulma hakkına uzanan yenilikçi hak kullanma biçimleri, temel hak somutlaşmasında daha önce görülmemiş bir çeşitlilik ortaya çıkarmaktadır. Bir temel hakkın farklı ve daha önce hiç öngörülmedik somutlaşma biçimlerinin bu süreçte "dinamik yorum"a uygun bir şekilde karşımıza çıktığını da vurgulamamız gerekir.

Dördüncü olarak, bireysel başvuru Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasındaki etkileşimi artırmıştır. Bu etkileşim, "yargısal diyalog" biçimindedir. Yargısal diyalog, anayasa mahkemelerinin diğer mahkemeler ile olan iletişimini ve etkileşimini ifade eder. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru aracılığı ile Danıştay ve Yargıtay'ın temel hak yorumunu daha fazla inceler ve onlara etki eder hale gelmiştir. Diğer yandan, Türkiye'de bireysel başvurunun niteliği, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi'ni çok daha yakın ve çok daha sıkı bir diyaloga sokmuştur. Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi öteden beri, özellikle doksanlı yılları takiben

daha sık biçimde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin yorumunu içtihatlarına katmaktadır. Ancak bireysel başvurunun kabulü ile birlikte buradaki denetim yoğunluğunun ve sıklığının giderek arttığını ve çoğunlukla “sıkı takipçilik” yönünde olduğunu saptamış durumdayız. Sıkı takipçilik, pek örnekte “sıkı bir taklitçiliğe” dönüşmekte ve bu durum özgünlüğü ya da temel hak standardını olumsuz biçimde etkileyebilmektedir (örneğin; adil yargılama hakkının koruma standardının İnsan Hakları Sözleşmesi ile eşitlenerek anayasal standardın altına düşmesi).

Bütün bunlara ek olarak, bireysel başvuru sadece İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları düzeyinde değil, uluslararası hukukun insan hakları alanındaki farklı belgeleri ile daha karmaşık, daha sıkı ve daha yakın iletişim fırsatları da yaratmaktadır. Ancak burada gördüğümüz yoğunluk, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile olan etkileşim düzeyinde değildir ve oldukça sınırlıdır.

Beşinci bulgumuz, bireysel başvurunun birey ve toplum ile Anayasa Mahkemesi arasında kurduğu “yakınlaşma”dır. Bu durum, bireysel başvuru veya benzeri yargı yollarını kabul eden bütün mahkemelerde gözlemlenmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kendinden önceki vakaları teyit eden bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle, bireysel başvuruya ilişkin yerleşik yargı kültürleri olarak temsil edilen Almanya ve İspanya örneklerindeki ilk dönem başarılı sıçrayışların aynısının benzer örüntülerle Anayasa Mahkemesi için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu iki mahkeme gibi karşılaştırmalı hukukta etkili örüntüler oluşturamamaktadır. Özellikle Federal Almanya Anayasa Mahkemesi anayasa hukuku açısından trend koyucu / trend belirleyici mahkeme diye kategorize edebileceğimiz bir özelliğe sahiptir. Başta ölçülülük ilkesi olmak üzere, farklı ilkeler veya özgürlük odaklı yaklaşımlar düzeyinde karşılaştırmalı anayasa hukukunu ve uluslararası insan hakları hukukunu biçimlendirerek etkileyen mahkemelerden birisi olmuştur. Anayasa Mahkemesi açısından bu tarz dikkat çekici ya da trend belirleyici içtihat içeriğini geliştirmesi sıkı takipçilik / sıkı taklitçilik eğilimini özgün, yaratıcı ve ilerlemeci yorumlara dönüştürmesiyle mümkün olabilir.

Bireysel Başvuru ve Yargısallaşmanın Genişlemesi

Bireysel başvurunun, en temel etkisi “yargısallaşmanın genişlemesi” olgusudur. Aslında biz bu olguyu doksanların başından beri, Türkiye’de

giderek artan bir ivmeyle tartışıyoruz. Fakat buradaki “yargısallaşmanın genişlemesi”, daha önce yaptığımız aşırı yargısallaşma, jüristokrasi veya yargıçlar demokrasi tartışmalarına benzemeyen örüntüler sergilememektedir. Çünkü bu genişleme, siyasal kurumlar ve pratiklere ilişkin hukuk açısından değil, temel haklar bakımındandır. Esas itibarıyla bireylerden gelen taleple ilintilidir. Ayrıca, doğrudan yargının üzerinde ve hak odaklı yargısal yorumu belirleyerek gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, hukuksal yönü daha güçlüdür. Yeni yargısal genişleme, Mahkeme’nin haklar bakımından hukuksal yorum tekeli de pekiştirmektedir. Yasama ve yürütmeye ilişkin olarak bireysel başvurunun etkisinin aslında daha dolaylı ve daha siyasal olduğunu tespit etmek durumundayız.

Bununla birlikte, “açık ya da bariz bir keyfilik veya bir takdir hatasını içermeme kriteri” Anayasa Mahkemesi’nin kendisi ile diğer mahkemeler arasındaki yetki dağılımında aslında oldukça duyarlı olduğunu kanıtlamaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafında bu dengeli yaklaşıma rağmen, Mehmet Altan ve Şahin Alpay içtihatlarından sonra yerel mahkemelerin gösterdiği tepkilerin son derece sıra dışı olduğunu ve hiçbir anayasal haklılık payı taşımadığını da zorundayız.

Türkiye’de Bireysel Başvuru ve Karşılaştırmalı Örnekler

Bireysel başvuru yolunun ilk 5 yılında denetim yoğunluğunun artması ile Anayasa Mahkemesi siyasal sistemin göz bebeği haline de gelmiştir. Bu durum, özellikle demokratikleşme süreçlerinde Latin Amerika’da daha önce saptanmıştı. Fakat hiç kuşkusuz burada sadece biçimsel bazı güvencelere bakarak karar vermek ya da 5 yıllık gibi kısa bir süreye bakarak değerlendirme yapmak yeterli olmayacaktır. Daha uzun erimli, takip çalışmaları da yapılmalıdır.

Karşılaştırmalı çalışmaları yaparken, özellikle siyasal bağlamların etkisini de hesaba katacak bir takibin daha faydalı olacağı kanısındayım. Latin Amerika deneyimlerinde Ekvador, Honduras veya Paraguay ya da Venezuela’nın anayasal kurgularında da bireysel başvuru benzeri yargı yolları bulunmaktadır. Bunlar en azından kağıt üzerinde iyi işleyebilecek yollar olarak tasarlanmışlardır. Ancak sözünü ettiğim ülkelerde genel olarak zayıf bir yargı kültürünün bulunması ve yargının müdahaleye açık olması siyasal iktidara daha kolay boyun eğen anayasa yargılarına yol açabilmiştir. Özellikle Venezuela Yüksek Mahkemesi içinde konumlanan anayasal daire

dediğimiz oluşum veya Arjantin örneğindeki yargıya müdahale girişimleri ve bunların bir kısmının başarılı olması, aslında güçlü ve biçimsel hukuksal altyapılara rağmen gerçekleşmiştir. Türkiye’de de demokratikleşme hedefinin zayıflaması, özgürlüklerdeki büyük gerilemeler, zayıf denge ve fren mekanizmaları içeren ve aşırı güçlü yürütmeye dayalı başkanlık sistemi karşısında, bireysel başvuru yolu da aynı risklerle karşı karşıyadır.

Türkiye, karşılaştırmalı anayasacılık bakımından hem bireysel başvurunun zamanlaması hem de siyasal kültürlerin ve yargı kültürünün benzerlikleri nedeniyle Doğu Avrupa’da özellikle Polonya ve Macaristan’la karşılaştırılabilir bir örneklem sunmaktadır. Macaristan, Polonya ve Türkiye’ye güçlü-zayıf yargı spektrumu çerçevesinde bakıldığında Türkiye’nin bireysel başvurudaki hukuksal çerçevesi daha güçlü gözükmektedir. Macaristan güçlü bir *actio popularis*, yani halk davası kültüründen gelmesine rağmen, daha sonra yaptığı değişikliklerle *actio popularis* usulünü kaldırmış ve bireysel başvurunun ölçeğini daraltmıştır. Polonya açısından da dar başvuru usulü söz konusudur. Türkiye açısından, usulen genişliğin daha fazla olması daha güçlü ve etkili bir bireysel başvuru modeli yaratma konusunda avantajdır. Öte yandan, Türkiye’ye baktığımız zaman yine hem davaların ve başvurulardaki iddiaların çeşitliliği hem de başvuruların ve kabul edilebilirlik kararlarının çokluğu açısından daha büyük bir hacim ve zenginlik söz konusudur. Söz gelimi, Macaristan’da Ocak 2016 ve Eylül 2016 tarihleri arasında sadece 5 tane başvuru kabul edilebilir bulurken, 42 tane başvuru kabul edilebilir bulunmamıştır. Böylesi küçük rakamlarla, gerçekçi ve etkili sonuçlara varmak son derece güçtür. Ancak Polonya-Türkiye karşılaştırmasında, Polonya’nın spektrumunda Macaristan’dan biraz daha güçlü olması ve Türkiye’ye yaklaşması gibi bir olguyu önümüzdeki yıllarda gözlemlemek mümkün olabilir. Polonya açısından sosyal ve ekonomik hakların bir kısmı da bireysel başvuruya dahil edilebileceği için, Polonya daha dinamik ve daha zengin bir görünüm sunma potansiyeline sahiptir.

Anayasa Mahkemesi: Kahraman mı, Stratejik ve Telafi Edici mi?

Yargısal genişleme olgusunun günümüz hukuk devleti araştırmaları için en ilgi çekici yönlerinden bir tanesi “kahraman mahkemeler” diye adlandırdığımız bir mahkeme tipolojisidir. Kahraman mahkemeleri çoğunlukla güçlü hukuksal altyapıların üzerine kurulan ve bu kapasitelerini hak alanındaki yargısal aktivizm ile pekiştiren modellerde gözlemliyoruz.

Kosta Rika, Brezilya ve Kolombiya'da anayasa yargısını üstlenen mahkemeler bunların en önde gelenleridir.

Bu örneklere baktığımızda, proje çerçevesinde siyasal kültürlerin benzeşmesini de dikkate alarak Kolombiya ve Türkiye bakımından bir karşılaştırma yaptık. Kolombiya Türkiye'den çok daha geniş, çok daha kolay başvurulabilir, çok daha hızlı işletebilir bir bireysel başvuruya benzer bir mekanizmaya sahip bulunuyor (*accion de tutela*). Kolombiya Anayasa Mahkemesi, bu mekanizmanın öncesinde, özellikle seksenlerde oldukça aktivist bir tutuma sahipti. Bu girişken tutum, *accion de tutela* ile pekişti. Özellikle bireysel özerkli ile sosyal ve ekonomik haklar alanında etkin biçimde kendini gösterdi. Kolombiya ve Türkiye karşılaştırmasında, zenginlik ve çeşitlilik, sınırları zorlama, zaman zaman yargısal popülizme kayma ve siyasal düzende aslında bir veto oyuncusu olmada Kolombiya'nın öne çıkması tartışmasız görünüyor. Güçlü-zayıf spektrumu Türkiye-Kolombiya karşılaştırmasına uygulandığında, Kolombiya Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nden daha güçlü bir yerde konumlanıyor. Anayasa Mahkemesi'ni, bireysel başvuruda kahraman bir mahkeme olmaktan çok stratejik, taktiksel ve telafi edici bir mahkeme olarak tanımlamak daha doğru olur.

Kahraman mahkemelerin, kahramanlığını açıklayabilecek farklı nedenler olabilir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin güçlü ve kahraman tavrı, kimine göre toplumcu kimine göre popülist tutumu, güçlü devlet başkanı karşısında kendisini koruma güdüsüyle de bağlantılı görülmektedir. Türkiye bakımından aslında bu tarz bir yargısal popülizmin özellikle bireysel başvuru bakımından geçerliliği şimdilik oldukça güç gözüküyor. Fakat Türkiye bakımından Anayasa Mahkemesi'nin popülerleşmesi, dolayısıyla siyasal sistemde bireye daha fazla yakınlaşması ve özgürlükçü tutumu gelişirse, bu durum anayasa yargısının meşruluğunu pekiştirebilir. Dolayısıyla bireysel başvuru, anayasa yargısının toplum tarafından daha çok sahiplenilmesine ve siyasal anlamda güçlenmesine aracı olabilir. Bireysel başvuruda niteliği gereği bir asimetrik ilişki söz konusudur (birey ve devlet ilişkisi). Burada siyasal elitler arası bir çatışma söz konusu olmadığı için Anayasa Mahkemesi siyasal tartışmaların veya aşırı yargısallaşmaya ilişkin tartışmaların dışında kalarak, aslında kendi nesnelliğini ve güvenilirliğini kanıtlama konusunda eskiye oranla daha başarılı olabilir. Bu başarı, özellikle denetimsiz ve güçlü yürütme eğilimlerinin ve demokratik gerilemelerin yaşandığı dönemlerde anayasa yargısının da anayasal düzenin de güvencesidir.

Bireysel Başvurunun Yorumsal Sonucu: Daha Amaçsal ve Dengelemeci Mahkeme

Son olarak, yorum yöntemleri bakımından birkaç gözlemde bulunarak sözlerimi tamamlayacağım. İlk olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 1960'ların ortasından beri baskın eğilimi olan "amaçsal yorum"u, bireysel başvuruda da önceliklendirdiği söylenmelidir. Bireysel başvuruda "tarihsel yorum" yok denecek kadar azdır. "Sistematik yorum", norm denetimi içtihadına oranla daha yoğundur ve özellikle adil yargılanma hakkına ilişkin içtihadta bir normu normatif bütünü içinde yorumlama ve bağlantılarını görme yaklaşımı bir örüntü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, genel olarak norm denetiminde dinamik yoruma açık olsa bile, onu az kullanan mahkemelerden bir tanesidir. Bireysel başvuruda da dinamik yorum örneklerine az rastlanmaktadır. Fakat bunlar, son derece çarpıcı konularda olduğu için (örneğin; dinsel amaçlı örtünme, unutulma hakkı, sosyal medya), çok önemli toplumsal ve siyasal etkiler doğurabilecek güce sahiptir.

Temel hak ve özgürlüklerde sınırlamanın sınırına ilişkin ilkelerinin yorumu bakımından, bireysel başvuruda "yıldız kavram" olarak adlandıracağım çok temel bir yaklaşım farklılığına ayrıca dikkat çekmek isterim. Bu farklılık, adil/makul denge yaklaşımıdır. Adil/makul denge, daha önce çoğunlukla mülkiyet hakkına ilişkin norm denetiminde karşımıza çıkan bir kavramsallaştırmaydı ve bu denli yaygın değildi. Bireysel başvuruda, mahkemenin açıkça ve daha fazla "dengelemeci mahkeme"ye dönüştüğünü gözlemliyoruz. Artan dengelemecilik, dengeleme öğretisine ilişkin bütün tartışmaları ve öğretilerdeki bütün eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Dengencilik Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadını büyük ölçüde takip ettiği için ortaya çıkmaktadır. Fakat bu takipçilik adil/makul dengenin opak olması, karışık olması ve özellikle rasyonellik sınırlarını zorlaması gibi İnsan Hakları Mahkemesi'ne yöneltilen birtakım eleştirilerin Anayasa Mahkemesi için de yapılmasını haklı kılacaktır.

Diğer bir nokta, öz ölçütünün bireysel başvuruda tanım olarak yer almasına rağmen somutlaşmasının son derece az olmasıdır. Temel hakların özü, norm denetiminde daha etkin ve daha canlı biçimde kullanılmaktadır. Bireysel başvuruda ise daha geride ve tanımsal düzeyde kalmaktadır. Bunun da büyük çapta İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadını sahiplenmekten ve takipten kaynaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Kanunilik ilkesinin yoğun ve oldukça seçici bir şekilde kullanımı da dikkat çeken bir örüntü olmuştur. Bu seçici kullanıma belirsizlikler, tutarsızlıklar ve bazı karışıklıklar işaret etmektedir. Karışıklıkların aslında bir kısmı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarında geniş anlamıyla kanuniliğin benimseniyor olması, genel olarak Türkiye'deki anayasa öğretisinde ise biçimsel kanun anlayışının yaygınlığı ve bundan kaynaklanan birtakım gerilimlerle ilgilidir. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi bazı kritik ve özgürlük lehine olan içtihatlarında, aslında esas yönünden hak odaklı bir denetim yapmaktan kaçınarak, kanunilik ilkesi yönünden aykırılıklarla yetinmektedir (örneğin; Twitter kararı, evli kadının soyadı kararı). Böylece biçimsel bir ilkeye aslında önemli bir stratejik-taktik anlam kazandırmakta ve esasa girerek daha karmaşık analiz yapmaktan kaçınmaktadır.

İlginize ve sabrınıza çok teşekkür ediyorum.