



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASAL HAKLARIN YORUMU: KURUMSAL VE KURAMSAL AÇILIMLAR

Doç. Dr. Saadet YÜKSEL*

Sayın Başkan, Saygıdeğer Üyeler, Değerli Katılımcılar,

Hepinizi saygı ve sevgi ile selamlıyorum. Anayasa Mahkemesi ev sahipliğinde düzenlenen bu anlamlı konferansa katılmak kariyerinin bir kısmını Türk anayasa hukuku ve karşılaştırmalı anayasa hukuku üzerine düşünmek ve yazmakla geçirmiş biri olarak benim için son derece anlamlı. Sayın Başkan Zühtü Arslan başta olmak üzere Anayasa Mahkemesinin değerli Üyelerine ve tüm çalışanlarına çok teşekkür ederim.

Anayasa Mahkemesine nice 60. yıl dönümleri kutlamayı temenni ederken Mahkemenin yaş ve birikiminin Avrupa'daki benzerleri arasında da öncülerden birini teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Hatta biraz daha ileri giderek dün de ifade edildiği üzere Osmanlı-Türk anayasacılık geleneği ve birikimi de göz önüne alındığında aslında kanunların anayasal denetim fikrinin 1960'lı yıllarda yoktan türemediğini, erken Cumhuriyet döneminden beri siyasal ve hukuksal düzlemde bir Anayasa Mahkemesi kurulması düşüncesinin derinlikli olarak tartışıldığını gözlemlemek isabetli olabilir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin 60. yılını kutlarken anayasal denetim fikrinin düşünsel bazda bu topraklarda yüz yaşını da aştığını hatırlatmak yanlış olmayacaktır. Tabii bu uzun hukuksal hafıza ve miras beraberinde anayasal yorumla ilgili birçok soru ve sorunu da getirmektedir. Bu konferans boyunca tartıştığımız anayasa yorumu ve insan hakları hukuku arasındaki bağlantıya ben de kendi mahkemem olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından farklı bir bakış açısı sunmayı umuyorum.

Katılımcılar arasında çeşitli yüksek mahkemelerin saygıdeğer başkanları, üyeleri var; yargıçlar, kıymetli akademisyenler bulunmakta. Umuyorum meslektaşlarımız da aynı fikirde olacaklardır. Dün de ifade edildiği üzere anayasa yorumu aslında derece mahkemesinden başlayarak

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hâkimi.

her hâkimin doğrudan veya dolaylı olarak katılımcısı olduğu çok aktörlü bir faaliyet olarak görülebilir. Özellikle Anglo-Sakson sisteminde “*extrajudicial constitutional interpretation*” olarak adlandırılan ve aslında anayasanın yargı dışı yorumuna işaret eden bu metot dikkate alındığında ortaya çoğul bir yapı çıkmaktadır. Tabii Strazburg Mahkemesinin anayasa yorumu da çok aktörlü çoğul yapının bir parçası olarak görülebilir. Bu noktada mahkemenin hukuksal ve yargısal yorumu kendisine rehber edindiği “*subsidiarity*” dediğimiz ikincilik ilkesinden bağımsız düşünülemez. Dolayısıyla Strazburg Mahkemesi nezdinde ikincilik ilkesinin gelişimini ve bugünkü uygulamasını aktarmanın faydalı olacağı kanısındayım.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin anayasa yorumunu yerel mahkemelerin anayasayı yorumlayışlarında ayıran pek çok yönü bulunmaktadır. Konuşmamın başlığından da anlayacağınız üzere bu yönlerden ilki aslında Strazburg Mahkemesinin kurumsal özelliğini ilgilendirmektedir. Nitekim mahkemenin üye devlet mahkemelerine nazaran sahip olduğu ve “*supranational*” olarak adlandırdığımız ulusüstü yönü kurumsal bir fark olmakla birlikte, aynı zamanda kuramsal planda da anayasa yorumuna yaklaşımını belirlemektedir. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin üye devlet anayasalarının yorumuna yaklaşımını ikincilik ilkesi bağlamında değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü Mahkemenin ikincilik ilkesinin gereği olarak bir temyiz mahkemesi olmayışı ve dolayısıyla üye devlet mahkemelerinin yapısından farklılık gösterişi şeklinde tezahür eden kurumsal konumlanışının aynı zamanda kuramsal bir sonucunun da olması kaçınılmaz. Peki prensip olarak nasıl bir kuramsal sonuçtan bahsediyoruz? Bir cümle ile özetlemek gerekirse söz konusu kuramsal sonuç kendini ‘esaslı bir sebep olmadıkça üye devlet mahkemelerin anayasaları yorumlayışı uygulamalarından ayrılmama’ şeklinde gösteriyor.

Doğal olarak Strazburg Mahkemesinin bu kuramsal neticeye bir günde varmış olması düşünülemez. Bu noktada Strazburg Mahkemesinin yargılaması bakımından zaman zaman mihenk taşı olarak da nitelendirilen ikincilik ilkesinin içtihadı bir yönünün olduğu; diğer bir deyişle Mahkemenin bugünkü ikincilik içtihadına evrimsel bir sürecin sonucunda geldiğini ifade etmek gerekir. Ben aslında bu evrimsel süreci üçe ayırarak izah etmeye çalışacağım, ancak öncesinde belki şunu söylemekte fayda olacaktır: İkincilik ilkesi pratik anlamda mahkemenin “*margin of appreciation*” olarak adlandırdığımız takdir marjı doktrini olarak kendini

göstermektedir. Buna göre Sözleşme hak ve özgürlüklerine müdahalenin gerekliliği ve ölçülülüğünü değerlendirmede millî makamlar mahkemeye göre daha avantajlı konumdadır ve fakat önemle vurgulanmalıdır ki Strazburg Mahkemesinin temel aldığı ikincillik ilkesi ve buna bağlı takdir marjı doktrini Sözleşme'nin esas yorumlayıcısı konumundaki ve kararları bağlayıcı olan Strazburg Mahkemesinin yargısal denetim yetkisinin özelliklerini azaltmamakta, belli ölçülerde davaya konu müdahalenin iç hukuka uygunluğunun incelenmesini engellemektedir. Çünkü evrimsel süreç bağlamında 2000'li yılların başındaki geleneksel yaklaşıma baktığımızda daha içerik odaklı, Sözleşme hak ve hürriyetlerinin somut olaylara uygulanmasında daha "in concreto" denetimi kabul eden bir anlayışın hakim olduğu görülmektedir. Aslında bu anlayış altında yerel makamların yargılama esnasında uyuşmazlığa konu olayla ilişkili bütün vakaları değerlendirip değerlendirmedikleri, Sözleşme prensiplerini doğru uygulayıp uygulamadıkları gibi hususlara bir yoğunlaşma olduğunu görüyoruz. 2010 sonrasında ise literatürde "procedural term" ya da "process-based review" diye belirttiğimiz yargısal süreç temelli denetim olarak adlandırılabilir bir denetime, bir anlayışa evrilişi görmek mümkün denebilir.

Bu yaklaşım Mahkemenin daha ziyade millî makamların Sözleşme'yi yorumlarken ve uygularken takip ettikleri usulleri ve süreçleri merkeze aldığı ve yargısal olarak denetlediği bir anlayışı içermektedir. Bir önceki oturumda da aslında Özgür Bey'in sunumunda kısaca değinilen husus buydu. Bu anılan evrimin 2010 Interlaken Konferansı'yla başlayan ve Sözleşmesisteminin reformuna odaklanan bir dizi konferansın gerçekleştiği dönemlerde başladığını gözlemlemek mümkündür. Devamında 2012 Brighton Konferansı ve 2015 Brüksel Deklarasyonu olmak üzere benzer şekilde Sözleşme hak ve hürriyetlerinin millî düzeyde uygulanması esasının vurgulandığı görülmektedir. Bu gelişmeler ışığında Sözleşme sisteminin temel prensiplerinden birini her zaman oluşturan ikincillik ilkesinin pratikte uygulanışı meselesinin daha fazla ön plana çıktığını görmek mümkün olmaktadır. Bir çoğunuzun da bileceği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Sayın R. Spano Sözleşme sisteminin içinden geçtiği bu dönemi 'ikincillik çağı' olarak nitelendirmektedir. Bu yargısal süreç temelli denetim "-process-based review-", özellikle millî mahkemelerin Sözleşme prensiplerini yorumlayıp uyguladıkları durumlarda gerekçelendirme süreçlerinin yargısal kalitesine özel önem atfetmektedir. İşte bu nedenle gerekçeli karar ve bu kararlardaki gerekçelerin niteliğinin daha fazla tartışıldığı görülmekte ve haklı

sebeplerin var olmadığı durumlarda aslında Strazburg mahkemesinin millî mahkemelerin görüşünü kendi görüşüyle ikame etmeye de çok yanaşmadığı söylenebilir. Birçok kararda dile getirildiği üzere kısa bir alıntı yapmak gerekirse yerel makamların Mahkemenin içtihadında yer alan kriterlere uygun olarak bir yasal tartıma gittiği durumlarda Mahkeme kendi görüşünü millî mahkemelerin görüşü yerine ikame etmek için güçlü sebeplerin varlığını aramaktadır.

Bu 2010 sonrası gördüğümüz yargısal süreç temelli denetim aslında yerel mahkemelerin gerekçelendirme süreçlerinin incelenmesini kapsamakla birlikte aslında onu da aşan bir içeriğe sahiptir. Mahkeme kimi zaman aslında bir olayın yasama organı tarafından da uygun bir şekilde ele alınıp alınmadığını da inceleyebilmektedir. Son zamanlarda mahkemenin bu içtihadının söz konusu evrimsel sürecin bir sonucu olarak durduğu, veya durağanlaştığını söylemek isabetli olmaz. Son süreçte daha fazla hukukun üstünlüğü (“*rule of law*”) bazlı denetime doğru bir evrimin olduğunu gözlemlemek yanlış olmayacaktır. Evrimsel süreçte üçüncü ayaktan aslında kastım budur. Hukukun üstünlüğü temelli denetim, yargısal süreç odaklı denetime nazaran daha fazla içeriğe hatta muhtemelen sonuca daha fazla dikkati çeken bir denetim türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Peki içtihadı bakıldığında bu tür denetim daha çok hangi kararlarda karşımıza çıkmaktadır? Üye devletlerin yargı sistemlerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının detaylıca incelendiği kararlarda, yargı bağımsızlığı tarafsızlığı ile ilgili kararlarda ve yargı mensuplarının ifade hürriyetlerine müdahale teşkil eden olaylarda aslında hukukun üstünlüğü bazlı bu denetim anlayışının daha fazla ön plana çıktığını görebiliriz. En güncel olarak belki *Grzeđa/Polonya* kararında Büyük Daire’nin bu hukukun üstünlüğü temelli denetim modeline açıklık getirme imkânı bulduğu söylenebilir. Kararda önceki Büyük Daire kararlarına da atıf yapılarak yüksek mahkeme üyesini ilgilendiren bu davada kısaca mahkemeye erişimi dışlayan herhangi bir yargısal düzenlemenin Sözleşme’nin 6. maddesi bağlamında geçerli olabilmesi için hukukun üstünlüğü ile uyum içerisinde olması gerektiğine hükmedilmiştir. Aslında bu kararda hukukun üstünlüğünü bazlı denetim yerel düzeyde hem içeriğe dönük hem de bu yargısal süreç temelli denetimin bir parçası olarak -bir bakıma karşılıklı etkileşim hâlinde- uygulanmış bulundu.

Konuşmaya son vermeden önce mahkemenin ikincilik ilkesi bağlamında anayasa yorumunun üye devletlerin yorumlarıyla ne zaman bağdaştığını, ne zaman bu yorumlardan ayrıldığını belki Türkiye

üzerinden belirli örneklerle somutlaştırmak faydalı olabilir. Tabii yorum farklılıkları durağan ve değişmez değildir, başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesinin Strazburg Mahkemesi'ni yakından takip etmesi, Strazburg Mahkemesinin Anayasa Mahkemesinin yaptığı hukuksal yorumları devamlı değerlendiriyor oluşu, bu iki Mahkeme arasında yorumsal bazda devingen ve değişken bir ilişkinin de olduğunu ortaya koymaktadır. Aslında buna belki yorumsal iletişim de denilebilir. Yorumsal mutabakatın olduğu belirli konulardan en çarpıcı, en bilinenlerden birine örnek verecek olursak konuyu daha çok 8. ve 10. madde bağlamında örneklendirebiliriz. Örneğin kişilik haklarına saldırıya ilişkin davalarda ilke olarak tüketilmesi gereken yolun tazminat davası olduğu kriteri bakımından Strazburg Mahkemesi Anayasa Mahkemesi içtihadına benzer bir uygulama göstermektedir. Yine mahkûmların mektuplarına benzer kişisel yazışmalara dair özel hayata müdahale teşkil eden olaylarda iki Mahkemenin, özellikle Anayasa Mahkemesinin içtihat değişimini dikkate aldığımızda benzer bir yaklaşım görülebilir.

Yine yorumsal iletişime örnek verilebilecek alanlardan Sözleşme'nin 5. Maddesi altında kişi özgürlüğü güvenliği hakkı ile ilgili davalarda çokça rastladığımız şekilde -örneğin- Anayasa Mahkemesinin başvuru lehine vermiş olduğu ihlal kararını gerekçe göstererek hukuki meselenin çözüme kavuşturulduğundan bahisle Strazburg Mahkemesi nezdinde başvurucağının mağdur sıfatını kaybettiğine hükmettiği de bilinmektedir. Bu tür davalarda bilindiği üzere aslında pratik bakımdan Anayasa Mahkemesinin hukuksal yorumunu ve bu yorumla meseleyi çözüme kavuşturmasını -artık Anayasa Mahkemesinin hukuksal yorumunu ayrıca değerlendirmeden- bir nevi kabul edilmiş bulunmaktadır. Tabii yorum uyumsuzluklarının olduğu hâlleri de zikretmek mümkündür. Yine en çarpıcı olanı, belki özellikle ifade hürriyeti ile ilgili davalarda hürriyeti bağlayıcı cezalara başvurulmuş ya da bir ceza davası açılmış olmasını Strazburg Mahkemesi Sözleşme bağlamında Anayasa Mahkemesinin birtakım kararlarından farklı olarak orantısız bulabilmektedir.

Bana ayrılan süreye sadık kalmayı göz önünde bulundurarak netice itibarıyla şunu söylemekte fayda görüyorum: İkincilik ilkesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumsal yaklaşımını belirlemekte ve her zaman onun bel kemiğini teşkil etmekle beraber, bu yaklaşımın yerel mahkemelerin kendi yorumları ve bu anlamda anayasa yorumlarıyla benzeşebileceği gibi gördüğümüz üzere farklılaşabilmesi de mümkündür. Ama bu aslında daha önce söylediğim çoğul yapının -yani yorum

faaliyetinin birbirinden farklı birden çok aktör tarafından yerine getiriliyor oluşunun- doğal sonucudur.

Ben sözlerimi burada noktalarken Anayasa Mahkemesinin 60. senesini tekrar tebrik ediyor, 60 senedir Anayasa'yı yorumlayan, kurumsal kapasitesi her geçen gün artan, dünyadaki yüksek mahkemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemelerle yargısal diyalog hâlinde bulunan Anayasa Mahkemesine daha nice 60. yıllar diliyorum. Sayın Başkan'ım teşekkür ederim.