

Bireysel Başvuru ve Anayasal Denetimde Anayasal Yorum: Anayasa Yargısı Sistemini İki Farklı Boyut Aracılığıyla Anlama

Doç. Dr. Serdar Güleener

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raportör Hakim

Giriş

Temel hakların ve özgürlüklerin korunmasında anayasa mahkemelerinin üstlendikleri rolün bu zamanda ikili bir yapısı vardır. Bir yandan, Anayasaların üstünlüğünü en üst düzeydeki norm olarak temin etme suretiyle siyasi güçlerin keyfi eylemlerinin önlenmesi, öte yandan, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak ortaya çıkan ihlallerin tespiti vardır. Mahkemeler, her iki işlevi de yerine getirmek için, anayasaları yorumlayarak açık olmayan ve muğlak olan normları anlaşılır kılma görevini üstlenirler. Bu noktada ortaya çıkan esas sorunlar, norm denetimi ve bireysel başvurulara ilişkin olarak yapılan yorumlardaki farklılıktır. Anılan farklılığın ortaya çıkışı, bu incelemede referans noktası olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine değinerek anlatılacaktır. İlk olarak, Anayasa yargısınca üstlenilen ikili rolden bahsedilecek ve daha sonra Mahkemenin kısa bir süre önce “kadının evlenmeden önceki soyadını” kullanmalarına ilişkin vermiş olduğu bireysel başvuru kararı ile ilgili bir değerlendirme yapılacaktır.

Bireysel Başvuru Sarkacında Anayasal Yorum-Anayasal Denetim

Devlet, hiyerarşik normlar sistemine dayanan merkezi bir hukuk düzenidir. İş bölümü temeli üzerine kurulu olan Devlet organları, bu normları oluşturur ve uygularlar. En alt düzeyde mahkemelerin, yani kanun uygulayıcı kurumların normları yer alırken, kanunlar yasa koyucularca çıkarılan genel normlardır. Örf ve adet kuralları ikinci konumdadırlar. Ne var ki, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan norm anayasadır.¹ Anayasayı temel norm

1 Bakınız, H.Kelsen, *Pure Theory of Law*, Max Knight, Çeviri, İkinci Alman Baskı, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey-2005

yapan hukukun etkililiği ilkesidir ve tüm normların geçerliliğini sağlayan yine bu ilkedir.² Böylece, anayasanın en üst düzeyde olduğu bir normlar hiyerarşisi mevcuttur. Diğer normların en üstün norm olan anayasaya uygunluğu gerekliliği temelinde yatan bu hiyerarşi, anayasa yargısının ortaya çıkmasına da neden olmuştur. Bu çerçevede, anayasal denetim yasama organınca yapılan yasal düzenlemeleri en üstün norm olan anayasa açısından değerlendirmek ve anayasaya aykırı düzenlemeleri iptal etmek olarak tanımlanabilir.³ Söz konusu denetimin ön koşulu, “*yorum*” yoluyla uygulanacak anayasa normunun anlamını ortaya koyarak oluşturulur. Açık olmayan ve muğlak olan bir anayasa normunun anlamı açık hale getirilir.

Modern anayasacılığın bir ürünü olan anayasal denetim, kapsamı yukarıda açıklanan denetimin yürütüldüğü başlıca mekanizma olarak anayasal düzendeki yerini almıştır. Başlangıçta ABD’de ortaya çıkan ve 20. yüzyıl itibarı ile hızla Avrupa geneline yayılan anayasal denetim, günümüzde norm hiyerarşisinin en üst düzeyine yerleştirilen anayasanın üstünlüğünü temin etmek suretiyle iktidar partisinin keyfi eylemlerini önlemeye yönelik olarak anayasacılığın bir aracı olarak pek çok ülke tarafından istifade edilmektedir.

Anayasal denetimin bu özelliği, bu denetimin temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olma işlevini üstlenmesini de sağlamıştır. Anayasal denetim, siyasi güç üzerinde bir denge sağlamayı hedefleyen bu işlevi başarılı şekilde yerine getirdiği ölçüde demokratik meşruiyetini sağlar ya da sağlamlaştırır. Anayasa yargısı sisteminin kurulması şeklinde tanımlanabilecek olan bu durumun norm denetimi ve bireysel başvuru yoluyla temin edilme potansiyeli bulunmaktadır. Böylece, hem temel hak ve özgürlüklerin korunması hem de anayasal denetimin demokratik meşruiyeti güvence altına alınmış olur.⁴

İnsan haklarının uluslar üstü anlamda korunması, İkinci Dünya Savaşı sonrası bilhassa Avrupa’nın yeniden yapılanmasının temel unsurlarından birini teşkil etmiştir. Bu kapsamda, atılan en önemli adımlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) kabul edilmesi ve bu Sözleşme yoluyla

2 Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara-1999, s.343.

3 Alec Stone Sweet, “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy”, *West European Politics*, Cilt. 25, No.1, 2002, s.77.

4 Bu konuyla ilgili olarak bakınız Serdar Güleler, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul-2012.

bölgesel düzeyde çalışacak bir insan hakları mahkemesinin (AİHM) kurulması olmuştur. Avrupa modelinin öne çıkmasını sağlayan başlıca özelliği, temel hak ve özgürlüklerinin ulusal düzeyde ihlal edilmiş olduğunu ileri süren bireylere AİHM'e doğrudan başvuru hakkını vermesidir. Bireysel başvuru olarak adlandırılan bu mekanizma, zaman içinde pek çok ülke tarafından kabul edilmiş ve bu ülkelerin vatandaşlarına bireysel başvuru hakkı tanınmıştır.

Kapsamı açısından bir fark varmış gibi görünmesine rağmen, bireysel başvuru yolu özü itibarıyla, mahkemelerin önlerindeki somut davalarla ilgili yorumlarını temel hak ve özgürlüklerin anlamını ortaya koyacak biçimde yapmalarına imkân verir ki böylece anayasanın bağlayıcı niteliğinin yargı sisteminin tüm unsurlarınca kabul edilmesini sağlamış olur.⁵ Bireysel başvurunun sübjektif işlevi olarak adlandırılabilir olan bu durumda, hem bireyin hak ve özgürlükleri korunur hem de anayasa yargısına ilişkin içtihat geliştirilir.⁶

Belirli bir dereceye kadar bir ideal üzerine ele alınmış olan *Anayasal denetim ve bireysel başvuru arasındaki ilişki*, anayasal yoruma ilişkin olarak gerçek anlamda bir görüş birliğine vararak değerlendirilebilir mi? Bu soruya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ulusal hukuktaki konumuna atıfta bulunarak cevap vermenin faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Sweet'in ifade ettiği üzere, Devletler Sözleşme'yi anayasaya uygun hale getirirler, Sözleşmeyi bir "*gölge anayasaya*" dönüştürerek anayasal sistemlerine dâhil ederler⁷. Sweet bu konudaki örnekleri şöyle açıklar:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin etkisi ülkeden ülkeye değişmektedir. Bazı ülkelerde (Belçika, Fransa, Birleşik Krallık, Hollanda, İsviçre gibi) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukta atılan her adımda bir etki bırakırken, diğer bazı ülkelerde ise (Almanya, İtalya, İrlanda, İspanya gibi) ulusal düzenlemelerin gelişmesine yardım etmektedir. Ayrıca, bazı

5 Musa Sağlam, *Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması: Norm Denetimi ve Bireysel Başvuruyu İnceleyecek Kurullar*, s.2.

6 Bu işleve ilişkin olarak bakınız Bahadır Kılınç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 25, 2008, s.26-28.

7 Alec Stone Sweet'i görünüz, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, 2009, www.works.bepress.com/alec_stone_sweet/33.

ülkeler (Norveç ve İsveç gibi) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini kendi ulusal yapıları için örnek almaktadırlar.

Türk Anayasa Mahkemesinin “Evli Kadının Soyadı” Kararı

Türk hukuk sisteminde, Anayasa normlar hiyerarşisinde en üst düzeydedir. Kanunlar Anayasa'nın altında yer alırlar. Türk Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim bazında kanunların Anayasa'ya uygun olup olmadıklarını incelemesi gereklidir. Ne var ki, Anayasa'nın 90. maddesi yukarıdaki duruma bir istisna getirir:

Madde 90: ...

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 Md.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”

7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun gücünde oldukları belirtilerek, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ulusal kanunlar ve uluslararası anlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi oluşturulmuş ve aralarındaki bir uyuşmazlık durumunda, anlaşmalara öncelik verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası anlaşma ve kanun hükmü arasındaki bir uyuşmazlık durumunda, uluslararası anlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu da Sweet'in yukarıda belirttiği gibi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi artık ulusal hakların bir tamamlayıcısı şeklinde işlev görmektedir” durumuna uygun düşmektedir.

“Başvurucu, evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 187. maddesine istinaden yapılan uygulama neticesinde, cinsel olarak ayrımcılığa maruz tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmemesi nedeniyle Anayasanın 2., 10., 12., 17., 20., 41. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek, ihlalin tespiti yoluyla, uğradığı manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etti. İlgili ilk derece mahkemesince yapılan başvuru, ihlal iddiasının konusunu teşkil eden 4721 sayılı

Kanununun 187. maddesinin Anayasanın 17. maddesine aykırı bulunmadığının ifade edildiği 10/3/2011 tarihli, 2011/49 sayılı, 2009/85 esas sayılı Anayasa Mahkemesi kararı yoluyla reddedildi. Ne var ki, başvuruda incelenen konu, kanun hükmünün Anayasaya uygun olup olmadığıdır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına hükmetti. Diğer yandan bireysel başvuru incelemesinin konusu, bireyin haklarının mevcut kanun hükmü nedeniyle ihlal edilip edilmediğidir. Bu çerçevede, temel bir hakka yönelik bir müdahalenin tespiti halinde, bu müdahalenin Anayasada belirtilen kanunilik ilkesine uygunluğu zaruridir. Yukarıda anılan tespitler sonucunda, somut başvurudaki hukuki sorunun ilgili Kanundaki düzenlemenin Anayasaya uygun olup olmadığından değil ancak Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca dikkate alınması gereken Sözleşme hükümlerine bakılmaksızın yerine getirilen hükümden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbirine aykırı düşen temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası anlaşma hükmü ile bir kanun hükmünün önlendeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası anlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.⁸

“Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan ve Türkiye’nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanabilir. Sözleşmenin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken, 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. AİHM’in, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan “özel hayatın ve aile hayatının korunması” ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varıldı (bkz. Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16/11/2004; Levontoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, B. No: 7971/07, 28/5/2013; Tuncer Güneş/Türkiye, B. No: 26268/08, 3/10/2013; Tanbay Tüten/Türkiye, B. No: 38249/09, 10/12/2013).⁹”

“Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine

8 Paragraf 41.

9 Paragraf 42.

aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerine aykırı düşen kanun hükümlerinin uygulanabilme durumunu ortadan kaldırmaktadır.¹⁰

"Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanununun 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümlerine aykırı düştüğü görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları anlaşmalarına aykırı düşen 4721 sayılı Kanununun 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasanın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır."¹¹

"Somut başvuru açısından, başvurusunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası anlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşmenin ve AİHM içtihadının uyumsuzluğun karara bağlanmasında nazara alınması noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır."¹²

"Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşme hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvuranın manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik ilkesini sağlamadığı anlaşılmaktadır."¹³

"Yapılan bu tespit çerçevesinde, söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir."¹⁴

10 Paragraf 44.

11 Paragraf 45.

12 Paragraf 46.

13 Paragraf 47.

14 Paragraf 48.

Belirtilen nedenlerle, başvuruçunun Anayasa'nın 17. maddesinde¹⁵ güvence altına alınan manevî varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.¹⁶

Sonuç

Türk Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların ve Türk Anayasa Mahkemesince verilen kararların farklı yorumlara açık olma olasılığı vardır. Yukarıdaki duruma yönelik söz konusu davalardan biri kadının “*evlenmeden önceki soyadına*” ilişkin karardır. Bu karar, aynı konuda mahkemenin vermiş olduğu önceki bir karara tamamen aykırı düşmektedir.

Sonraki kararda, anlaşma bireysel başvurunun mahiyetine uygun bir norm olarak dikkate alınmaktadır. Bu tür bir anlayıştan kaynaklanan yorum yoluyla, başvuranın iddiaları doğru bulundu ve bu hakkın ihlal edildiği sonuç olarak ifade edildi. Bu karar, mahkemelerin Sözleşme'yi uygulamalarına yol açtı. Ne var ki, başvuru konusu norm *tamamlayıcı norm* olarak dikkate alındı. Yine, burada yalnızca anayasal denetim neticesi varlığını sürdürmekte ve norm Anayasa'ya aykırı görülmemektedir.

Son olarak, anayasal denetimin mahiyeti ve bireysel başvurunun mahiyeti arasındaki fark itibarıyla farklı yorumlara ilişkin olarak farklı bir sonuç alınabilir. Bireysel hak ve özgürlüklerin her halükarda korunmaları çok önemlidir.

15 Anayasanın 17. maddesinin “*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*” başlığı altındaki 1. fıkrası şu şekildedir:

“*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*”

Sözleşmenin “*Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı*” başlığı altındaki 8. maddesi ise şu şekildedir:

“*1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*

2. *Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.*”

16 Paragraf 49.

The Constitutional Interpretation in the Constitutional Review and Individual Application Reading Constitutional Jurisdiction System Through Two Different Dimensions

Serdar Gülener

Associate Professor, Rapporteur-Judge, Turkish Constitutional Court

Introduction

The role assumed by constitutional courts in the protection of fundamental rights and freedoms has a dual structure in this day and age. On one side, there is the prevention of arbitrary acts of political powers by ensuring the supremacy of constitutions as the highest norm, whereas on the other side, there exists the determination of violations emerging as regards fundamental rights and freedoms of individuals. Courts assume the function of making unclear and obscure norms intelligible by interpreting constitutions in order to fulfill both functions. The main problems emerging at this point are norm review and the difference in interpretations made concerning individual applications. The emergence of the above-mentioned difference shall be explained in this study by touching upon the Constitutional Court of the Republic of Turkey as the reference point. Initially, the dual role assumed by Constitutional jurisdiction shall be mentioned and then an assessment shall be made concerning the individual application judgement recently rendered by the Court concerning the usage of “maiden name by women”.

Constitutional Review-Constitutional Interpretation in the Pendulum of Individual Application

The state is a centralised order of law based on a system of hierarchical norms. The state organs, founded on the basis of labour division, create and implement these norms. While there are the norms of courts, that is to say, law enforcement bodies, at the lowest level, the laws are the general norms issued

by the legislators. Customary rules take the second position. However, the norm located at the top of the hierarchy of norms is the constitution.¹It is the principle of the efficiency of law which makes the constitution the basic norm and it is this principle again which ensures the validity of all the norms.²Therefore, there exists a hierarchy of norms in which the constitution is at the highest level. This hierarchy, which lies behind the requirement of the conformity of other norms with the constitution as the highest norm, has also given rise to the emergence of constitutional jurisdiction. Within this framework, the constitutionality review can be defined as assessing the legal regulations made by the legislative organ in terms of the constitution, which is the highest norm and annulling the regulations which conflict with the constitution.³ The pre-condition of the review in question is constituted by putting forward the meaning of the norm of the constitution which is to be enforced through "interpretation". The meaning of an unclear and obscure norm of the constitution is made explicit.

Constitutional review, which is a product of modern era constitutionalism, has taken its place in constitutional orders as the primary organ conducting the review whose framework is noted above. Constitutional review, which initially emerged in the USA and rapidly spread throughout Europe as of the 20th century, is nowadays utilized by many countries as an instrument of constitutionalism aiming to prevent the arbitrary acts of ruling power by ensuring the supremacy of the constitution, which is located at the highest level of the hierarchy of norms.

This feature of constitutional review has also enabled it to assume the function of being the protector of fundamental rights and freedoms. It ensures or consolidates its democratic legitimacy to the extent that it successfully fulfills this function, which targets to maintain a balance over the political power. This situation, which can be defined as the establishment of constitutional justice, has the potential of being ensured by norm review and individual application. Thus, both the protection of fundamental rights and freedoms and democratic legitimacy of constitutional review shall be guaranteed.⁴

1 See, H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Translation from the Second German Edition by Max Knight, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey-2005

2 Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara-1999, s. 343.

3 Alec Stone Sweet, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", *West European Politics*, Vol. 25, No. 1, 2002, p. 77.

4 Regarding this matter see Serdar Gülener, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul-2012.

The supranational protection of human rights has constituted one of the basic components of notably Europe's reconstruction in the aftermath of the Second World War. Within this scope, the most prominent steps taken are the adoption of the European Convention on Human Rights (ECHR) and through this Convention, the establishment of a human rights court (ECtHR) to function at regional level. The primary feature of the European model bringing it to the forefront is that it grants the right to direct application to ECtHR to individuals alleging that their fundamental rights and freedoms have been violated at national level. This mechanism, which is called individual application, has been adopted by many countries over time and their citizens have been granted with the right to individual application.

Although it seems as though there exists a difference in terms of its scope, in its essence, individual application shall enable the Courts to make their interpretations concerning the concrete cases before them in a way that will determine the meaning of fundamental rights and freedoms, thereby ensuring the adoption of the binding nature of the constitution by all the elements of the judicial system.⁵ In this case, which can be named as the subjective function of individual application, both rights and freedoms of the individual are protected and the caselaw of constitutional jurisdiction is improved.⁶

Can the relationship between constitutional review and individual application, which has been dealt upon an ideal insofar, be utilised in consensus in the real sense concerning constitutional interpretation? We are of the opinion that it shall be beneficial to respond to this question by referring to the position of the ECHR in national law.

As Sweet puts it, States constitutionalize the Convention, include it in their constitutional systems by transforming it into a "shadow constitution"⁷. Sweet explains the examples in respect thereof as:

Effect of ECHR at national level changes from country to country. In some countries (such as Belgium, France, UK, the Netherlands, Switzerland)

5 Musa Sağlam, *Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması: Norm Denetimi ve Bireysel Başvuruyu İnceleyecek Kurullar*, s. 2.

6 Regarding this function see Bahadır Kılınç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 25, 2008, pp. 26-28.

7 See, Alec Stone Sweet, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, 2009, http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/33.

ECHR has an effect in every step of law while in some other countries (such as Germany, Italy, Ireland, Spain) it promotes national regulations. Moreover, some countries (such as Norway and Sweden) take ECHR as a sample for their own national structures

Turkish Constitutional Court's Judgement: "Surname of Married Women"

In Turkish law system, constitution is at the highest level in hierarchy of norms. Acts take place below the constitution. It is essential of Turkish Constitutional Court (TCC) in basis of constitutional review, to examine whether acts are in confirmity with constitution. However, Article 90 in constitution brings an exception for the above situation:

Article 90: ...

International agreements duly put into effect have the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. (Sentence added on May 7, 2004; Act No. 5170) In the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.

Stating that the regulations included in international agreements regarding fundamental rights and freedoms duly put into effect bear the force of law, with the last sentence added to the paragraph with the amendment made on 7/5/2004, a type of hierarchy has been formed between the domestic laws and international agreements concerning fundamental rights and freedoms, and in case of a conflict between them, it has been ensured that it shall be given priority to agreements. In accordance with this regulation, in case of a conflict between a provision of law and an international agreement concerning fundamental rights and freedoms, the provision of the international agreement should be primarily implemented. Bu da Sweet'in yukarıda belirttiği gibi "protection" durumuna uygun düşmektedir. As Sweet mentions above, it is also proper to "ECHR now functions as a supplement to national rights" Condition.

Turkish Constitutional Court's (TCC) *Surname of Married Women (Judgement of maiden name)* is one of the made in relation with the mentioned situation.

The applicant has asserted that her rights defined in Articles 2, 10, 12, 17, 20, 41 and 90 of the Constitution have been infringed due to the fact she is exposed to gender discrimination and that her private life and family life are not respected, in consequence of the implementation made based on Article 187 of the Turkish Civil Code numbered 4721 which prevents a married woman from using her pre-marital surname alone, and she has requested for award of compensation of the spiritual damage she suffered, by way of determination of the infringement. The application for appeal made by the related court of first instance was rejected through the judgement of the Constitutional Court dated 10/3/2011 and numbered 2011/49 with principal number 2009/85, in which Article 187 of the Law numbered 4721 constituting the grounds for the act which is the subject of the allegation of violation was not found contrary to Article 17 of the Constitution. However, the matter reviewed in appeal is whether the provision of law was in conformity with the Constitution. Within this context, the Constitutional Court held that the provision in question was not unconstitutional. The subject of individual application review, on the other hand, is whether the rights of the individual were violated due to the concrete act. Within this framework, in case of determination of an intervention against a fundamental right, the conformity of this intervention with the condition of lawfulness provided in the Constitution is obligatory. As a result of the findings mentioned above, it is understood that the legal question in the concrete application does not stem from whether the regulation in the related Law is constitutional, but from the act performed without considering the Convention provisions to be taken into account in accordance with paragraph five of Article 90 of the Constitution instead of the noted law provision.

In this case, the implementers, being the judicial authorities first, who are supposed to apply a provision of law and a provision of an international agreement concerning fundamental rights and freedoms, which conflict with one another, to the event before themselves, have the obligation to implement the international agreement, ignoring the law.⁸

In accordance with the stated regulation, the Convention, which is one of the fundamental documents of international human rights and which Turkey has approved duly and has become a party to, has the capacity to be directly enforced in domestic law. While Article 8 of the Convention implies respect for private life and family life, Article 14 prohibits discrimination based on gender. With regard to many decisions of

8 Para. 41.

ECtHR in which it evaluates the surname of a person within the scope of private life and regards the obligation of a married woman to use her husband's surname as an intervention in private life, the applications related to the use of surname have been reviewed within the context of "protection of private life and family life" included in Article 8 of the Convention, and it has been concluded that a woman's not being given permission by the national authorities to use only her pre-marital surname after marriage is contrary to Article 14 where discrimination is prohibited, in connection with Article 8 of the Convention where privacy is provided for (See Ünal Tekeli/Turkey, Appl.No:29865/96, 16/11/2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Turkey, Appl. No:7971/07, 28/5/2013; Tuncer Güneş/Turkey, Appl.No:26268/08, 3/10/2013; Tanbay Tüten/Turkey, Appl.No:38249/09, 10/12/2013).⁹

In accordance with the fifth paragraph of Article 90 of the Constitution, conventions are part of our legal system and they have the feature to be enforced like the laws. Likewise, according to the same paragraph, in case of a conflict in practice between a provision of law and provisions of the Convention concerning fundamental rights and freedoms, it is imperative that the provisions of the Convention prevail. This rule, being an implicit rule of annulment, removes the capacity of provisions of law conflicting with provisions of the Convention concerning fundamental rights and freedoms to be enforced.¹⁰

It is understood that the decision rendered within the context of the trial constituting the subject matter of the application has been made based on Article 187 of the Law numbered 4721. However, in the light of declarations stated above, it is seen that the relevant provision of law conflicts with the mentioned provisions of the Convention. In this case, it is concluded that, in respect of the conflict constituting the subject matter of the application, the Courts settling the conflict should take into consideration the provisions of the international agreement to be enforced in accordance with Article 90 of the Constitution, not predicating in their decisions on Article 187 of the Law numbered 4721 conflicting with ECHR and the other international human rights agreements.¹¹

With regard to the concrete application, it is understood that the objections of the applicant, concerning the fact that international agreements on fundamental

9 Para. 42.

10 Para. 44.

11 Para. 45.

rights and freedoms shall be primarily enforced as compared to provisions of law and that in this context the Convention and the case-law of ECtHR shall be taken into account in settlement of the conflict, have not been taken into consideration and discussed by the judicial authorities.¹²

Due to the fact that international agreements prescribing a married man and woman's having equal rights in terms of their surnames after marriage, and arrangements of domestic law prescribing the obligation of a married woman to use her husband's surname involve different provisions on the same matter, it is understood that the intervention in the right to use name guaranteed within the scope of spiritual entity of the applicant does not meet the condition of legality, by deducing that provisions of the relevant convention are the legal rules to be predicated on with regard to the concrete conflict.¹³

Within the frame of the determination made, it has not been considered necessary to evaluate further whether or not the other criteria of guarantee are observed, with regard to the mentioned intervention.¹⁴

For the stated reasons, it should be decided that the right to protect and develop the spiritual entity guaranteed in Article 17¹⁵ of the Constitution has been infringed.¹⁶

Conclusion

It is of probability that individual applications to TCC and judgements made by TCC are open to different interpretations. One of the cases given for above situation is judgement on "maiden name". This judgement is totally in opposition with a previous judgement made by the court on the same topic.

12 Para. 46.

13 Para. 47.

14 Para. 48.

15 The first paragraph of Article 17 of the Constitution, sideheaded as "Personal Inviolability, Material and Spiritual Entity of the Individual" is as follows: "Everyone has the right to life and the right to protect and develop his material and spiritual entity."

Article 8 of the Convention, sideheaded as "The right of respect for private and family life" is as follows:

"(1) Everyone has the right of respect for his/ her private and family life, dwelling house and correspondence.

(2) Intervention of a public authority in the exercise of this right can only be in question only in case the intervention is a necessary measure for protection of health or morality or others' rights and freedoms, prevention of committing crime, protection of the order, economic welfare of the country, public security, national security in a democratic society provided by law."

16 Para. 49.

In later judgement, the agreement is taken into consideration as a norm in confirmity with nature of an individual application. By interpretation originates from this kind of understanding, claims of the applicant have been found right and violation against this right has been stated as a conclusion. The decision has paved courts way for implimentation of the Agreement. However, norm as subject of the application has taken into account as *supplement norm*. Again, here takes place only constitutional review and norm is not found in coflict with the constitution.

Finally, difference between nature of constitutional review and nature of individual application may have different result with regards to different interpretations. It is of great importance that individual rights and freedoms should be protected in any case. It can be achieved only with increasing support between Constitutional justice and individual justice.