

Anayasa Mahkemesi: Anayasanın Yorumlayıcısı mı Yoksa Bireysel Hakların Koruyucusu mu?

Doç. Dr. Ali Rıza Çoban
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Bölümler Başkanlığı

Sayın Başkanlar, Seçkin Hâkimler, Baylar, Bayanlar,

Burada olmak benim için bir ayrıcalık ve onurdur. Bu Kongreyi düzenleyenlere bana bu fırsatı sundukları için teşekkür etmek isterim.

Sunumuma bir soru ile başlamak isterim: Anayasa mahkemelerinin rolü nedir? Anayasayı yorumlamak mı yoksa bireysel hakları korumak mı? Çoğunuz böyle bir soruyu gereksiz bulabilir çünkü cevap oldukça basittir: her ikisi de! Anayasa mahkemelerinin rolü, bireysel hakların anayasanın yorumu yoluyla korunmasıdır.

Buna karşın, sanırım bu soru anayasa şikâyetlerini ya da bireysel başvuruları karara bağlama yetkisi olan mahkemeler için, özellikle de bireysel başvuru sisteminin tam anlamıyla uygulandığı mahkemeler için son derece önemlidir. Tam anlamıyla bireysel başvuru ile demek istediğim, mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru yapmanın mümkün olduğu sistemlerdir.

Tam anlamıyla bireysel başvuruyu getirmekteki amacın bireysel hakları korumak olduğu doğrudur ve anayasa mahkemeleri bu hakları anayasanın yorumu yoluyla koruyabilirler. Böylece, anayasa mahkemelerinin bireysel başvurularda oynadığı rolün iki yönü vardır. İlk olarak, bireysel başvurunun amacı, başvuranın haklarının ihlalden doğan zararın tazmin edilmesi yoluyla bireysel adaleti sağlamaktır. Bu, bireysel başvurunun subjektif işlevidir. Bireysel başvurunun ikinci işlevi ise, anayasa mahkemesine temel haklarla ilgili anayasal hükümleri yorumlama imkânının sunulması yoluyla anayasal adaleti sağlamaktır. Anayasa mahkemesi kararının bu yönü, somut başvurunun ötesine geçer ve genel mahkemeler dâhil diğer devlet mercilerinin izlemek zorunda olduğu bir yetki oluşturur. Bu, bireysel başvurunun objektif işlevidir. Bu iki işlevi ayırmak mümkün değildir ve her iki işlev de eş zamanlı

olarak gerçekleştirilir. Fakat bu işlevlerden biri, bireysel başvuru kurumunu düzenlerken merkeze alınabilir.

Anayasa mahkemelerinin bireysel hakları korumadaki rolü, ikincildir. Bireysel hakları korumadaki başlıca sorumluluk, yasama, yürütme ve yargı organlarına aittir. Böylece, bireysel haklarının ihlal edilmiş olduğunu düşünen bir bireyin ilk olarak yetkili idari ve yargı organlarına başvurması gerekir. Yani, başvuran, bireysel başvuru yapmadan önce kanunca öngörülen tüm hukuk yollarını genel mahkemeler aracılığıyla tüketmiş olmalıdır. Genel mahkemeler, ihlalin giderme imkânına sahip olmalıdırlar; eğer buna sahip olmazlarsa, o halde anayasa mahkemesinin ikincil bir rolü olur. Başka bir ifadeyle, bireysel başvuru ikincil bir hukuk yoludur. Alternatif bir hukuk yoludur; ihlalden etkilenen şahıs genel mahkemelere gitmelidir ve uğradığı zarar tazmin edilmezse, o zaman anayasa mahkemesine gitmelidir. Böylelikle, bireysel başvuru sistemi, ancak tüm diğer hukuk yollarının işe yaramadığı ortaya çıktığında, uygulanmalıdır. Bu “*subsidiarite (tamamlama)*” ilkesine göre, ayrıca başvuran, ihlal iddiası ile genel mahkemelere başvurmuş olmalıdır. Bu ihlal iddiası ile başvuru yaptıktan sonra eğer başvuranın bir hukuk yolu kalmadıysa, Anayasa Mahkemesine gidebilir.¹

Anayasa mahkemelerinin temel hakların korunmasındaki bu ikincil rolü, bireysel başvuru sisteminin anayasa yargısı odaklı olmasını gerektirir. Eğer sistem bireysel adalet odaklı olarak düzenlenirse, o zaman anayasa mahkemeleri muazzam iş yükü ile karşı karşıya kalabilir. Ülkenin en yüksek mahkemesi olarak anayasa mahkemesi, milyonlarca vatandaşın temel hak şikâyetlerini ele alamaz. Anayasa mahkemesi, anayasayı yorumlar yorumlamaz ve anayasal bir hakkın ihlal edildiğini tespit eder etmez, anayasa mahkemesinin görüşünün yasama, yürütme ve yargı organlarına izlenmesi gerekir ve anayasaya aykırı düzenlemelerin ve uygulamaların ortadan kaldırılması gerekir. Fakat eğer genel mahkemeler, anayasa mahkemesinin içtihadını izlemeyi reddederlerse, o halde benzer başvurular gelmeye devam edecektir ve hangi önlemler alınıralsa alınsın, anayasa mahkemesi çok kısa bir sürede iflasını ilan edecektir.

1 Luis Lopez-Guerra, ECtHR and Turkey-II: Constitutional Complaint and ECtHR, TAA (2010), sf.63

Böylece, bireysel başvurunun başarısını temin etmek için, anayasa mahkemesinin içtihadını izleme açısından anayasa mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler arasında karşılıklı bir anlayış ve işbirliğinin geliştirilmesi gerekir. Bu anlamda, bir yandan, anayasa mahkemesi yetkili yüksek mahkemelerin kanuna ilişkin yaptıkları yoruma müdahale etmekten kaçınmalıdır; diğer yandan, diğer yüksek mahkemeler anayasa mahkemesinin anayasaya ilişkin yaptığı yorum yoluyla oluşturulan anayasa mahkemesi içtihadına uymalıdır. Bir kanunun yorumlanması ve anayasanın yorumlanması arasında kalın bir çizgi çekmenin kolay olmamasına rağmen, hem anayasa mahkemesinin hem de diğer yüksek mahkemelerin kendi yetkilerinin sınırlarının farkında olmaları muhtemel bir yetki uyuşmazlığını önleyecektir.

Anayasa mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler yetki uyuşmazlığından kaçınırsalar ve diğer yüksek mahkemeler anayasa mahkemesi içtihadını harfiyen izleseler bile, yine de anayasa mahkemesi her insan hakları ihlalinin gidermeye kalkışırsa ağır iş yükü altında ezilebilir.

Bu, kesinlikle Almanya, İspanya, Slovenya ve AIHM’de olup bitendir. Bu ülkelerde, giderek artan sayıda başvuru, mahkemelerin gerçekten ilgili davaları ele alma kapasitesine yönelik olarak engel teşkil etti ve gecikmelerin artmasına sebep oldu. Binlerce dava için sadece kabul edilemezlik kararı yazmak, mahkemelerin kaynaklarının ve vaktinin çoğunu aldı. Sonuç olarak, sistemin sürdürülemezliğini görerek, yukarıda anılan tüm ülkeler, son yirmi yılda sistemlerini yeniden düzenlediler ve bireysel başvuru kavramını, anlamını önemli ölçüde değiştirdiler.

Bu eğilim, bireysel başvurunun anayasaya uygun hale getirilmesi olarak tanımlanabilir. Başka bir ifadeyle, bireysel başvurunun en önemli rolü, hakların korunması olmaktan çıkıp anayasaların yorumlanması şeklinde değişti. Bu değişimin İspanya’da en radikal, Almanya’da daha ılımlı ve AIHM’de en ılımlı değişim olduğu görüldü. Tüm bu sistemlerde, sistemin etkililiğini artırmak ve mahkemelerce verilen karar sayısını artırmak için birkaç yapısal reform yapıldı. Bu reformlarda kabul edilebilirlik kriterleri de daha katı hale getirildi. Fakat bu tedbirler sistemin etkililiğini temin etmek üzere yeterli olmadıklarından, bireysel başvuruyu daha anayasa yargısı odaklı kılan yeni önemli kabul edilebilirlik kriterleri getirildi. Bu önemli kabul edilebilirlik kriterlerinden biri, başvurunun “*temel olarak anayasal önemi*” (Almanya’da) veya “*özel anayasal bağımıtsı*” (İspanya’da) şeklindedir. Bu kriter

göre, ancak temel anayasal önemi haiz başvurular kabul edilebilirler. Benzer bir kriter ise, başvurunun kabulü için başvuranın uğradığı zararın asgari ağırlık eşiğini geçmesini gerektiren *de minimis non curat preator* (küçük şeyler hâkime götürülemez) ilkesidir.

Avrupa İnsan Hakları Koruma Sistemi ile başlamak gerekirse, 1998 yılındaki 11 No.lu Protokolün getirdiği önemli yapısal değişikliklerin ardından, 14 No.lu Protokol ile de usule ve esasa ilişkin olarak sistem üzerinde bazı ek değişiklikler yapıldı. 14 No.lu Protokol ile yapılan esas değişiklik, yeni bir kabul edilebilirlik kriterinin getirilmesidir. Sözleşme'nin madde 35(3) (b)'sine eklenen yeni hükme göre:

“Aşağıdaki hallerde Mahkeme, 34. madde uyarınca yapılan bireysel başvuruları kabul edilemez bulur:...

b) Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması; meğerki Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esasın incelenmesini gerektirsin. Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez.”²

Bu kabul edilebilirlik kriteri, uzun vadede mesnetsiz davaların daha hızlı bir şekilde sonlandırılmalarını sağlamak için Mahkemeye başvuruların kabulünde daha fazla esneklik getirmek ve Mahkemeye kaynaklarını Sözleşme'nin yorumu açısından önemli olan davalara yoğunlaştırma imkânı vermek üzere getirildi³.

Bu hüküm, AIHM koruma sisteminin anayasayallaşmasına yönelik en önemli adımlardan biridir. Fakat Strazburg koruma sisteminin bu değişikliklerle anayasallaşmış olduğu söylenemez. Daha ziyade, temel hakların korunması ve anayasallaştırılması arasında bir orta yol bulunmuştur. Bu hükme göre, Mahkeme yalnızca başvuranın önemli bir zarara uğradığı başvuruları inceleyecektir. Fakat eğer insan haklarına yönelik saygı başvurunun esasına ilişkin bir inceleme gerektirirse, kabul edilemezlik kararı bu kritere dayanarak verilemez.

2 Bu konudaki raporu görünüz, www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D4E1DEBF-BC2B-4BB8-93FD-2A4956731E0F/0/RAPPORT_RECHERCHE_New_admissibility_criterion_EN.pdf

3 Xavier-Babtiste Ruedin, *“De minimis non curat the European Court of Human Rights: The Introduction of a New Admissibility Criterion (14 Nolu Protokol Madde 12)”* (2008) E.H.R.L.R. Sayı 1, sf. 81.

Haziran 2010 tarihinde 14 No.lu Protokolün yürürlüğe girmesinden bu yana, yeni kabul edilebilirlik kriteri beklenen etkiyi yaratamadı, ama giderek Mahkeme bunu daha da fazla uygulamaktadır.

Fakat Strazburg sisteminde tam olarak anayasallaşmış bir alan vardır. AİHM, Büyük Daire'ye havale edilmiş olan davaların kabulünde anayasal önem testini uygulamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 43. maddesine göre, davadaki bir tarafın davanın Büyük Daireye havale edilmesi yönündeki talebi, ancak dava Sözleşme ve protokollerinin yorumunu ya da uygulanmasını etkileyen ciddi bir sorun doğurur veya genel anlamda önem teşkil eden ciddi bir meseleyi içerirse, kabul edilir. Böylece, AİHM sisteminin bazı davaların Büyük Daire tarafından incelenecek kadar önemli olmadığını kabul ettiği ileri sürülebilir⁴.

Strazburg koruma mekanizmasının giderek anayasallaştığını öne sürebilir ve bu mekanizmanın gelecekte daha da anayasa yargısı odaklı hale geleceğini umabiliriz. Herhangi bir mahkeme veya yargı niteliğinde yetki kullanan herhangi bir makamın kararının iptali için emirname/müzekkere (certiorari) çıkarma yetkisinin ABD Yüksek Mahkemesine verildiği gibi AİHM' e verilmesini savunan hukukçular bile vardır.⁵

Benzer bir anayasallaşma eğilimi de ulusal düzeydeki anayasa yargılarında görülebilir. İş yükü sorununun üstesinden gelmek amacıyla, iç hukukta Anayasa Mahkemelerine ilişkin kanunlar, bireysel başvuruların kabulünün daha da zorlaştırılması için değiştirilmişlerdir.

1990'lı yıllarda yeni bir kabul edilebilirlik kriteri, Federal Anayasa Mahkemesi Kanununa eklendi. Madde 93a uyarınca, bir anayasa şikâyeti temel anayasal önem taşıdığı ölçüde kabul edilir. Eğer şikâyet sahibi, şikâyeti karara bağlamanın reddedilmesi sonucunda özellikle ciddi bir zarar görecektense olursa durum yine böyle olabilir. Başka bir ifadeyle, bir şikâyet ancak temel olarak anayasal önem taşıyorsa veya şikâyetin ele alınmasının reddedilmesi büyük bir zarara sebep olabiliyorsa kabul edilebilir.

Federal Anayasa Mahkemesi, bu kritere açıklık getirmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, bir şikâyet, Temel Kanuna dayanarak

4 Xavier-Babtiste Ruedin, sf. 97.

5 Temyiz Başvuru Müzekeresi hakkındaki açıklamayı görünüz, www.techlawjournal.com/glossary/legal/certiorari.htm

otomatik olarak yanıt verilemeyecek ve Federal Anayasa Mahkemesi içtihadı ile açıklığa kavuşturulmamış ya da koşulların değişmesi nedeniyle yeni bir açıklık getirme ihtiyacının ortaya çıkmasına yönelik bir anayasal sorun ortaya koyarsa, temel olarak anayasal önem taşır. Böylelikle anayasal sorunun cevabına ilişkin ciddi şüpheler olmalıdır. Anayasal bir sorunun temel olarak anayasal önem taşıdığına bir göstergesi, bilhassa hukuk literatüründe konu ile ilgili bir anlaşmazlık olduğu veya Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelerin içtihadında bunun farklı cevapları olduğu olabilir⁶. Bir anayasa şikâyetinde ele alınan meseleler, anayasa içtihadında daha önceden ele alınmışsa, bu anayasa şikâyetinin temel olarak önem taşımadığı söylenebilir.

Anayasa şikâyetinin temel olarak anayasal önem taşıdığını kanıtlamak başvurana düşer⁷. Anayasa şikâyeti sisteminin sübjektif işlevini kaybetmiş olduğu ve objektif işlevinin bu değişikliklerle öne çıkmış olduğu genel olarak ileri sürülmektedir⁸.

İspanyol sistemindeki gelişmeler benzer şekilde ilerledi ve daha radikal bir değişim oldu. Amparo başvurusu (Anayasa şikâyeti) ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi önündeki prosedüre ilişkin birkaç reformdan sonra, 2007 yılında İspanya Anayasa Mahkemesi Kanununda önemli bir değişiklik yapıldı. Madde 50 (1) (b) uyarınca, anayasal korumaya yönelik anayasa şikâyeti (amparo), ancak Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanmasına veya etkililiğine ve temel hakların içeriğinin ya da kapsamının belirlenmesine yönelik ayırıcı özelliği açısından özel anayasal önem taşıdığına görülmesi sebebiyle kabul edilebilir. Başvuranın, usule ilişkin şekli şartlara ilâveten, başvurusunun anayasal önemini de gerekçelendirmesi gerekir. Usul şartlarını karşılamak, bir başvuranın anayasal hakları ihlal edilmiş olsa bile başvurusunun Anayasa Mahkemesince incelenmesini sağlaması için yeterli olmayacaktır. Böylece, Kanun metninde başvuranın başvurusunu yaparken şikâyetinin anayasal önemini gerekçelendirmek zorunda olduğu belirtilerek ek bir şart getirilmiştir. Aksi takdirde, eğer gerekçelendirmezse, mahkeme, başvurunun hiçbir şekilde özel önem taşımadığını ifade ederek (başvurunun) kabul edilebilirliği hakkında ret kararı verebilir.

6 BVerfGE 90, 24-25 (8.2.1994)

7 Ece GÖZTEPE, *Anayasa Şikâyeti*, AUHF Yayınları no.530, Ankara, 1998, s.97

8 Ece GÖZTEPE, *a.g.e.*, s. 112-113

2007 reformu, amparo başvurusunun işlevine ilişkin olarak tam bir değişim getirdi. 2007 reformuna kadar, bu şikâyet temel haklara yönelik bir ihlale karşı bir hukuk yolu olarak görülmekteydi. Mahkemenin, böylece, kanunda belirlenmiş şekil şartlarına uyan ve temel hakların ihlaline işaret eden davaları kabul edip karara bağlaması gerekirdi. Fakat 2007 reformundan sonra, amparo başvurusuna yaklaşım tamamen değişti. Yeni yaklaşım objektif yaklaşım olarak tanımlanabilir.

Yeni yaklaşımın ardındaki felsefe, temel hakların korunmasının genel mahkemelerce yerine getirilecek bir görev olmasıdır. 12 kişilik bir mahkeme için 45 milyon İspanyol vatandaşın temel haklarının gerçek bir teminatı olmak imkânsız bir görevdir. Eğer bu haklar güvence altına alınacaksa, bu, genel mahkemeler aracılığıyla olmalıdır. Genel mahkemelerin başvuranlarla doğrudan, anında ve daha geniş bir teması vardır ve böylelikle önemli olan, bu temel haklara yönelik genel koruma sağlamaktır.

Sonuç olarak, yeni yaklaşıma göre, Anayasa Mahkemesinin rolü, özel anayasal önem arz eden davalara ilişkin karar vermek olacaktır ki bu davalarda verilen mahkeme kararına, temel hakların uygulanması ve yorumlanması konusunda diğer mahkemelere ve aynı zamanda hükümete ve hatta yasama organına bir kılavuz, bir yönerge olarak gerek duyulmaktadır. Böylece, mahkemenin rolü, Anayasayı yorumlamak, kılavuzluk etmek, koordine etmek, birleştirmektir, ancak bu tür davalara ilişkin karar vermek özel önem arz eder.

Bu anlamda İspanyol sisteminin özelliği, özel anayasal önemin mutlak bir gereklilik olduğu ve başvuranın uğradığı zararın büyüklüğünün başvurunun Mahkemece kabul edilmesini etkilemeyeceğidir. Başvuran temel haklarının ihlali sonucunda büyük zarar görmüş olsa bile, başvuru, anayasal önemi gerekçelendirilmedikçe, kabul edilmeyecektir. Böylece, İspanyol amparosunun (anayasa şikâyetinin) tamamen Anayasa'ya uygun hale getirildiği söylenebilir.

İspanyol Anayasa Mahkemesi, 2009 yılında bir emsal karar ile yeni kabul edilebilirlik kriterine açıklık getirdi⁹. Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre, bu davalarda özel anayasal önem aşağıda belirtilen unsurlardan oluşur;

9 25.6.2009 tarihli 155/2009 sayılı kararın İngilizce çevirine bakınız www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/JCCI1552009en.aspx

a) Anayasa Mahkemesinin herhangi bir içtihadının bulunmadığı, korumaya tabi temel bir hakkın bir yönünü ya da bu hakka ilişkin bir sorunu ortaya koyan bir başvuru,

b) veya söz konusu davada olduğu gibi, iç yansıma sürecinin bir sonucu olarak veya ortaya çıkan yeni sosyal gerçekler, ya da temel hakkın içeriğinin düzenlenmesi ile ilgili düzenleyici değişiklikler, ya da İspanya Anayasası'nın madde 10.2'sinde belirtilen uluslararası anlaşmaların ve sözleşmelerin yorumlanması ile görevlendirilmiş kurumların kuramı ve öğretisindeki bir değişiklik nedeniyle, Anayasa Mahkemesinin öğretisini değiştirmesini ya da açıklığa kavuşturmasını gerektiren bir durum;

c) veya temel hakların ihlal edildiği iddiası, bir kanundan ya da genel mahiyetteki başka bir hükümden kaynaklanıyorsa;

d) veya eğer temel hakka yönelik bir ihlal, kanunun yinelenen yorumundan kaynaklanıyorsa ki Anayasa Mahkemesi bu yorumun temel hakka hâlel getirdiğini addeder ve Anayasa'ya uygun başka bir yorum açıklamanın gerekli olduğuna inanır;

e) veya başvuruda ileri sürülen temel hakka ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadına olağan yargı mercileri tarafından genel ve mükerrer olarak uyulmadığında, veya ya anayasa öğretisini farklı bir biçimde yorumlama ya da anayasa öğretisini bazı davalarda uygulayıp diğerlerinde kabul etmeme şeklinde temel hakka ilişkin çelişkili kararlar olduğunda;

f) veya bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi içtihadına itibar etme yönündeki yükümlülüğünü açıkça reddetmesi halinde (OLJ (Yargıya İlişkin Temel Kanun) madde 5);

g) veya kısacası, ileri sürülen konu, genel, sosyal ya da ekonomik yansımaları olan ya da, yalnızca değil ama bilhassa, hakların belirli biçimde seçim ya da parlamento yoluyla korunmasına yol açabilecek genel siyasi sonuçları ve etkileri bulunan hukuki bir meselenin ortaya konmasına sebep olduğu için söz konusu davanın ötesine geçtiği zaman.

Türk Anayasa Mahkemesi Kanunu (2011) bu örnekleri izledi ve madde 48 (2)'de önemli bir kabul edilebilirlik kriterine yer verdi. Bu hükme göre, Mahkeme Anayasanın uygulanması ve yorumlanması açısından ya da temel hakların kapsamı ve sınırlarının tespiti için önem taşımayan ve de başvuranın uğradığı önemli bir zararı içermeyen başvuruları reddedebilir.

Bu hüküm Alman mevzuatına daha yakın olup, bu hükümle bireysel başvurunun objektif ve sübjektif işlevleri arasında bir orta yol bulmaya çalışılır. Dolayısıyla, Anayasanın yorumlanması açısından herhangi bir önemli mesele ortaya koymayan başvurular, başvuran önemli bir zarara uğrayıncaya kadar, reddedilecektir.

Türk Anayasa Mahkemesi şimdiye dek hiçbir başvuruyu anayasal önem arz etmemesi nedeniyle reddetmiş değildir. Bu, oldukça normal görülmelidir çünkü bireysel başvuru sistemi çok kısa bir süre önce getirildi ve Mahkeme henüz hiçbir alanda içtihadını net olarak oluşturmadı. Fakat bazı alanlarda Mahkeme içtihadı oluşturulunca gelecekte bu kriter bazında bazı kabul edilemezlik kararları görürsek şaşırılmamalıyız.

Sonuç itibarıyla, dünyada hiçbir yerde Anayasa Mahkemelerinin vatandaşların temel haklarını koruyamadıklarını söyleyebilirim. Temel hakların korunması, genel mahkemelerin görevi olmalıdır. Anayasa Mahkemelerinin rolünün, Anayasaları yorumlamakla ve genel mahkemelere yol göstermekle sınırlı olması gerekir. Anayasal önem arz eden davalarda temel hakların objektif savunucuları ve yorumlayıcıları olarak Anayasa Mahkemeleri, daha alt ya da genel mahkemeler için Anayasanın kesin yorumunu sağlamalıdır.

Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

Constitutional Court: Interpreter of Constitution or Protector of Individual Rights?

Ali Rıza Çoban
Associate Professor, Chief Rapporteur of Sections,
The Constitutional Court of Turkey

Honourable Presidents, Distinguished Judges, Ladies and Gentlemen,

It is great privilege and honour for me to be here. I would like to thank organisers for this opportunity.

I would like to start my presentation with a question: what is the role of constitutional courts? Is it to interpret the constitution or to protect individual rights? Most of you may find such a question unnecessary because the answer is quite simple: both! The role of constitutional courts is protection of individual rights through interpretation of constitution.

Nevertheless, I think this question is extremely important for the courts which have jurisdiction to decide individual applications or constitutional complaints, especially for those which have full individual application system. I mean by full individual application the systems where individual application against court judgments is possible.

It is true that the aim of introduction of full individual application is to protect individual rights and constitutional courts may protect those rights through interpretation of the constitution. So we can say that there are two aspects of the role constitutional courts playing in individual applications. Firstly, the aim of individual application is to provide individual justice through redressing violation on the applicant's rights. This is the subjective function of the individual application. Second function of individual application is to provide constitutional justice through creating an opportunity for constitutional court to interpret constitutional provisions relating to fundamental rights. This aspect of the judgment of the constitutional court transcends the concrete application and creates an authority which must be

followed by other public authorities including ordinary courts. This is the objective function of individual application. It is not possible to separate these two functions and both functions are realized simultaneously. But one of these functions can be put into the center when organising the institution of individual application.

The role of constitutional courts in protection of individual rights is subsidiary. The primary responsibility in protecting individual rights belongs to the legislative, executive and judicial organs. Therefore, an individual who thinks that his/her individual rights have been violated, firstly should apply to the competent administrative and judicial organs. That is, the applicant must have exhausted all the remedies provided by law by means of the ordinary courts before filing an individual application. The ordinary courts must have the opportunity to remedy the violation; if they don't do that, then the Constitutional Court has a subsidiary role. In other words, the individual application is a subsidiary remedy. It is not an alternative remedy; the affected person cannot choose between going to ordinary courts and going to the Constitutional Court. The affected person must go to the ordinary courts and if he doesn't get remedy, then he must go to the Constitutional Court. So, the individual application will be employed only when all other judicial remedies have been proven useless. According to this principle of subsidiarity, also, the applicant must have invoked the alleged violation at the ordinary courts. It has to be demonstrated to tell the ordinary courts that this fundamental right has been violated. Then, after invoking this violation, if the applicant does not have a remedy, he can go before the Constitutional Court¹.

This subsidiary role of constitutional courts in protection of fundamental rights requires individual application system to be constitutional-justice-focused. If the system is organised as individual-justice-focused then constitutional courts can face enormous workload. The constitutional court as the highest court of the country can not deal with all fundamental rights complaints of millions of citizens. As soon as the constitutional court interpreted the constitution and found violation of a constitution right, the opinion of the constitutional court should be followed by legislative, executive and judicial organs and unconstitutional regulations and practices

1 Luis Lopez-Guerra, ECtHR and Turkey-II: Constitutional Complaint and ECtHR, TAA (2010) s.63

should be eradicated. But if ordinary courts refuse to follow the precedence of the constitutional court, then similar applications will inevitably continue to come and whatever precautions are taken, the constitutional court will declare bankruptcy in a very short time.

Therefore, in order to guarantee the success of individual application, a mutual understanding and cooperation should be developed between the constitutional court and other high courts in terms of following the precedence of the constitutional court. In this regard, on the one hand, the constitutional court should refrain from interfering with the interpretation of law by competent high courts; on the other hand, other high courts should obey the precedence of constitutional court established by interpretation of constitution by the constitutional court. Although it is not easy to draw a bold line between interpretation of a law and interpretation of constitution, self-consciousness of both constitutional court and other high courts of limits of their competences will prevent a possible conflict of competences.

Even if the constitutional court and other high courts refrain from conflict of competence and other high courts strictly follow the precedence of the constitutional court, still constitutional court may be squeezed under heavy workload if it dares to redress every human rights violation.

This is exactly what happened in Germany, Spain, Slovenia and the ECtHR. In those countries, growing number of applications hampered the capacity of the courts to deal with the really relevant cases and provoked growing delays. Just writing an inadmissibility decision for thousands of cases took most of the time and resources of the courts. As a result, seeing the unsustainability of the system, all the above mentioned countries reformed their systems in last two decades and changed considerably the very concept, the very meaning of individual application.

This trend can be defined as the constitutionalisation of individual application. In other words, the prime role of individual application changed from protection of rights to interpretation of constitutions. This change was most radical in Spain, more moderate in Germany and most moderate at the ECtHR. In all of those systems several structural reforms were made to increase the effectiveness of the system and to increase the number of decisions delivered by the Courts. Admissibility criteria were also made much stricter in those reforms. But since those measures were not enough to guarantee the

effectiveness of the system, new substantive admissibility criteria which made individual application more constitutional justice focused were introduced. One of those substantive admissibility criteria is “*fundamental constitutional significance*” (in Germany) or “*special constitutional relevance*” (in Spain) of the application. According to this criterion only the applications which have fundamental constitutional significance can be admitted. A similar criterion is the maxim of *de minimis non curat preator* which requires a minimum level of severity of disadvantage suffered by the applicant for admission of the application.

To start with European Human Rights Protection System, following the substantive structural changes by Protocol No. 11 in 1998, Protocol No. 14 made some extra procedural and substantive changes in the system. One of the main innovations of Protocol No. 14 is the introduction of a new admissibility criterion. According to new provision added in Article 35(3) (b) of the Convention:

“The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:...

(b) the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal.”²

This admissibility criterion was introduced to give the Court more flexibility in the admission of applications in order to enable a more rapid disposal of unmeritorious cases in the long term and to give the Court the possibility to concentrate its resources on cases which are significant for the interpretation of the Convention³.

This provision is one of the most important steps towards constitutionalisation of ECtHR protection system. But it can't be said that Strasbourg protection system has been constitutionalised by this change.

2 See for a report on this issue, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D4E1DEBF-BC2B-4BB8-93FD-2A4956731E0F/0/RAPPORT_RECHERCHE_New_admissibility_criterion_EN.pdf

3 Xavier-Babstiste Ruedin, “*De minimis non curat the European Court of Human Rights: The Introduction of a New Admissibility Criterion (Article 12 of Protocol No.14)*” (2008) E.H.R.L.R. Issue 1, p.81.

Rather a compromise was established between constitutionalisation and protection of fundamental rights. According to this provision the Court will examine only applications which the applicant suffered a significant disadvantage. But if respect for human rights requires examination of the merits of the application, inadmissibility decision cannot be given on the basis of this criterion.

Since the entry into the force of Protocol No.14 in June 2010, new admissibility criterion could not created the expected effect, but gradually the Court is applying it more and more.

But there is an area which is fully constitutiolised in the Strasbourg system. ECtHR is applying constitutional significance test in admission of cases referred to the Grand Chamber. According to Article 43 of the ECHR, the request of any party to a case that the case be referred to the Grand Chamber shall be accepted only if the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the ECHR of the protocols thereto, or a serious issue of general importance. So it can be argued that the sysyem of the ECHR considers that some cases are not important enough to be considered by the Grand Chamber⁴.

We can argue that Strasbourg protection mechanism is getting gradually constitutionilised and we can expect it will be more constitutional justice focused in the future. There are even some people who defend the power of Certiorari to be given to the ECtHR like US Supreme Court⁵.

Similar constitutionalisation tendency can also be observed in national constitutional jurisdictions. In order to tackle with workload problem national constitutional court laws have been amended to make admission of individual complaints more difficult.

In 1990s a new admissibility criterion was added to the the Federal Constitutional Court Act. According to Article 93a a constitutional complaint shall be accepted in so far as it has fundamental constitutional significance. This can also be the case if the complainant suffers especially grave disadvantage as a result of refusal to decide on the complaint. In other words, a complaint can

4 Xavier-Babtiste Ruedin, p.97.

5 See for explanation about Writ of Certiorari, <http://www.techlawjournal.com/glossary/legal/certiorari.htm>

be accepted only if it has fundamental constitutional significance or refusal may cause grave disadvantage.

The Federal Constitutional Court clarified this criterion. According to the Constitutional Court's established case-law a complaint has fundamental constitutional significance if it raises a constitutional question which cannot be automatically answered on the basis of Basic Law and has not been clarified by the case-law of the Federal Constitutional Court or with respect to which new need for clarification has arisen due to the change of circumstances. There must therefore be serious doubts as to the answer to the constitutional question. An indication that a constitutional question has fundamental constitutional significance may in particular be the fact that there has been a dispute about the question in the specialised literature or there has been different answers to it in the case-law of the nonconstitutional courts⁶. It can be said that a constitutional complaint has no fundamental constitutional significance if the issues that it addresses have already been dealt with in constitutional case-law.

It is for the applicant to prove that constitutional complaint has fundamental constitutional significance⁷. It is generally argued that constitutional complaint system has lost its subjective function and objective function of it has come to the fore by this change⁸.

The developments in Spanish system has also followed a similar pattern and change was more radical. After several reforms relating to the procedure before constitutional court relating to the amparo, a substantive change was made in the Spanish Constitutional Court Law in 2007. According to Article 50 (1)(b) a constitutional protection claim (amparo) can only be accepted if it justifies a decision about the content by the Constitutional Court because of its special constitutional significance (*especial transcendencia constitucional*), which shall be seen in terms of its relevance for the interpretation and application of the Constitution, or for the effectiveness thereof, and for determining the content or scope of fundamental rights. The applicant should also justify constitutional relevance of his application in addition to formal

6 BVerfGE 90, 24-25 (8.2.1994)

7 Ece GÖZTEPE, *Anayasa Şikayeti*, AUHF Yayınları no. 530, Ankara, 1998, s. 97

8 Ece GÖZTEPE, *a.g.e.*, s. 112-113

procedural requirements. Meeting procedural requirements will not be enough for an applicant to make his claim be examined by the Constitutional Court even if his constitutional rights were violated. So, the text of the Law established an additional requisite saying that the applicant, when presenting his application, must justify the constitutional relevance of his claim. Otherwise, if it is not justified, then the court might reject the admissibility saying that it has not any kind of special relevance in it.

The reform of 2007 introduced a complete change on the function of amparo complaint. Until the reform of 2007, this complaint was conceived as a remedy against any violation of fundamental rights. The court, therefore, should admit and decide on those cases which complied with the formal requirements of the law and presented signs of a violation of fundamental rights. But after the reform of 2007 the approach to amparo complaint has completely been modified. The new approach can be defined as objective approach.

The philosophy behind the new approach is that protection of fundamental rights is a task to be performed by the ordinary courts. It is an impossible task for a court of 12 persons to be a real guarantee of fundamental rights of 45 million Spanish citizens. If these rights are guaranteed, this must be via ordinary courts. They have a direct, immediate and wider contact with the applicants and therefore, what is important is to have a general protection of these fundamental rights.

Consequently, the role of the Constitutional Court, according to the new approach, would be to decide on those cases which present a special constitutional relevance, on which a decision of the court is needed as an orientation, as a guideline, as a directive to the other courts, as well as to the administration and even to the legislative power on the application and interpretation of fundamental rights. So, the role of the court would be to interpret the Constitution, to give guidelines, to coordinate, to unify, but deciding on those cases would present a special relevance.

The peculiarity of Spanish system in this regard is that special constitutional relevance is an absolute requirement and severity of disadvantage suffered by the applicant would not affect admission of the Court. Even if the applicant suffered grave disadvantage as a result of violation of his fundamental rights, the application will not be admitted

unless constitutional relevance of it is justified. So it can be said that Spanish amparo has completely been constitutionalised.

The Spanish Constitutional Court clarified new admissibility criterion by a leading case in 2009⁹. According to this judgment of the Constitutional Court in these cases would be special constitutional relevance;

a) that of an appeal which raises a problem or facet of a fundamental right subject to protection on which there is no case law of the Constitutional court,

b) or that the occasion requires that the Constitutional Court clarify or change its doctrine, as a consequence of a process of internal reflection, as occurs in the case in question, or due to the new social realities which have arisen, or regulatory changes relevant for the configuration of the content of the fundamental right, or a change in the doctrine and theory of the guarantee bodies entrusted with the interpretation of the international treaties and agreements referred to in art. 10.2 SC;

c) or when infringement of the fundamental rights claimed originates from the law or another provision of a general nature;

d) or if the violation of the fundamental right derives from reiterated case law interpretation of the law that the Constitutional court deems to be damaging to the fundamental right, and on which it believes it necessary to declare another interpretation pursuant to the Constitution;

e) or when the Constitutional Court case law on the fundamental right alleged in the appeal is not being complied with in a general and reiterated manner by ordinary Jurisdiction, or there are contradictory judgments on the fundamental right, either by interpreting the constitutional doctrine in a different manner, or by applying it in some cases and not recognising it in others;

f) or in the event that a court clearly declines its duty to respect the case law of the Constitutional Court (art. 5 OLJ);

g) or, in short when the matter raised, despite the fact that it is not included in any of the aforementioned cases, transcends the case in question because it raises a legal issue which has general and relevant, social or

⁹ See for English translation of the judgment dated 25.6.2009 No. 155/2009 <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/JCC1552009en.aspx>

economic repercussions, or has general political consequences, effects which above all could lead in particular, although not exclusively, to specific electoral or parliamentary protection of rights.

The Turkish Law of Constitutional Court (of 2011) has followed these examples and enshrined a substantive admissibility criterion in Article 48(2). According to this provision, the Court may dismiss applications which do not bear significance for the enforcement and interpretation of the Constitution or for the determination of the scope and limits of fundamental rights, and which do not involve significant damage sustained by the applicant.

This provision is more close to German regulation and tries make a compromise between objective and subjective functions of individual application. Accordingly the applications which does not raise any significant question in terms of interpretation of constitution will be rejected unless the applicant suffered a significant damage.

The Turkish Constitutional Court has not rejected any application up to now because the application does not have constitutional significance. This must be considered quite normal since individual application was introduced a very short time ago and the Court has not established case-law in any field clearly yet. But it must not be suprising if we see some inadmissibility decisions on the basis of this criterion in the future once the case-law of the Court is established in some areas.

As a result I can say that constitutional courts nowhere in the world are capable of protecting fundamental rights of citizens. Protection of fundamental rights must be the task of ordinary courts. The role of constitutional courts should be limited to interpreting constitutions and guiding ordinary courts. As an objective defender and interpreter of fundamental rights in cases which have constitutional significance, constitutional courts should provide decisive interpretation of the constitution to the inferior or ordinary courts. Thank you very much for your patience.