

**BİR MAHKEME KARARININ ANALİZ (ÇÖZÜMLEME)
METODUNA DAİR BİRKAÇ SÖZ:
MOUSSERON YÖNTEMİ İLE BİR KURALIN YARGISAL
ANLAMINI ORTAYA KOYMAK**

*(A FEW WORDS ON THE METHODOLOGICAL ANALYSIS OF A COURT
DECISION: PUTTING FORWARD THE JUDICIAL MEANING OF A RULE BY
USING THE MOUSSERON METHOD)*

Nesrin Yılmaz Sales*

ÖZET

En üst mercilerin vermiş oldukları kararları analiz etmek, bir başka deyişle yorumlamak, yargıç tarafından uygulanan hukuk kuralının içerdiği “yargısal anlam”ın öne çıkmasına katkıda bulunmaktadır. Bu yüzden, hukuk kuralının içerdiği anlamın anlaşılmasına katkıda bulunan yargıcın belirli bir anda, belirli bir konuda ve belirli bir uyuşmazlık hakkında vermiş olduğu kararı anlayabilmek çok önemlidir. Bu çerçevede, Montpellier Üniversitesi’nde Profesör Mousseron’un ortaya koyduğu mahkeme kararlarının inceleme yöntemi ele alınacaktır. Yapısal bakımdan yakın olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının incelenmesinde ve değerlendirilmesinde bu metodun uygulanabilir ve uygun olduğunu göstermektedir. İlk bölümde Mousseron analiz metodunun basit, fakat elverişli yapısı sunulacak; ikinci bölümde ise, metodun bir AİHM kararının analizinde (yorumlamasında) ne kadar uygun olduğu gösterilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yorum tekniği, mahkeme kararları, yargısal anlam, AİHM

* Fransız Devleti memuru, Montpellier Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu

ABSTRACT

The analysis of the decisions of the highest court, in other words interpreting the decisions, contributes to understand the “judicial meaning” of the rules of law applied by the judge. So, it’s very important to be able to understand the decision given by the judge about a particular subject, in a particular case and at a precise moment. In this context, the method of analysis developed by Professor Mousseron of Montpellier University will be examined. Regarding his structures, this method will be adapted to the analysis and interpretation of the decisions of the European Court of Human Rights (EctHR). The article has two parts: in the first part, we will present the method of the Professor Mousseron; and in the second part, we will apply the method to a judgment of the European Court.

Keywords: *Interpretation technique, decisions of courts, judicial meaning, ECtHR*

Bir mahkeme kararını analiz etmek, yani bir başka deyişle yorumlamak, yargıç tarafından uygulanan hukuk kuralının içerdiği “yargısal anlam”ın öne çıkmasına katkıda bulunmak demektir. Burada söz konusu hukuk kuralının yargısal anlamıyla, diğer “otoritelerin” belirlediği anlamdan farklı olarak, **uygunluğunu denetlemekle yükümlü kuruluşların**, yani “mahkeme” niteliği taşıyan kurumların, **ortaya koydukları bir anlam türü ve düzeyini** kastetmekteyiz (Bkz Tablo 1). Bu anlam türü yargı yorumu dediğimiz işlev sonucu elde edilmektedir. Birçok yorumda olduğu gibi bir kuralın söze dayalı anlamını kapsayan yargısal anlam, bir şekilde diğer anlam türleri ve düzeylerinden az ya da çok esinlenerek, az ya da çok uzak kalarak, yorum yapanın yer aldığı hukuki düzene ve sisteme, bulunduğu mercii, yetkisi, çekişmenin konusu, tercih edilen yorum yöntemi ve tekniği, zaman ve yerine göre derin farklılıklara yol açabilmektedir. Bu nedenle, bize göre, hukuk devletindeki görev ve pozisyonları nedeniyle, mahkemelerin ve özellikle en üst mercilerin vermiş oldukları kararlara dayanarak bir kuralın yargısal anlamını belirleyebilmek hukuk bakımından ve özellikle hukuk ile uğraşanların çalışmaları bakımından çok önemlidir. Çünkü unutmamak gerekir ki, uygulanması istenen veya gereken hukuk kuralının anlamı ve içeriği hiçbir zaman “o ka-

dar” açık veya düşünüldüğü kadar açık değildir. Bazen **mahkeme tarafından “tercih edilen” anlam**, beklenilenin ötesinde sonuçlar doğurabilmekte ve bir hukukçunun düşündüğü veya savunduğu anlamdan çok uzak kalabilmektedir. Bu yüzden, **hukuk kuralının içerdiği anlamın anlaşılmasına katkıda bulunan yargıcın belirli bir anda, belirli bir konuda ve belirli bir uyumsuzluk hakkında vermiş olduğu kararı (sonucu)** uygun bir analiz-çözümleme yöntemi ile doğru eksenler çerçevesinde anlayabilmek çok önemlidir.

**TABLO 1:
BİR KURALIN ANLAM DÜZEYLERİ**

ANLAM TÜRÜ	KAYNAK	NİTELİK
➤ Siyasi anlam	Kuralı koymakla yükümlü makam veya kuruluş (yani geniş anlamda “kural koyma işleminde” yetkili otorite(ler) ¹).	Bir kuralın var olması (yazılması (tasarı) ve oylanması) belirli amaç ve hedeflere dayanmaktadır. Bunlar kuralın içinde yer aldığı düzenlemenin (açık veya saklı) gerekçelerinde yansımaktadır.

¹ Burada sözü geçen otoriteler, işlevsel açıdan, hukuk kuralı niteliğinde bir düzenlemenin var oluşundaki otoritelerin tümünü kapsamaktadır (örneğin Kurucu Meclis, yasa koyucu veya düzenleme yetkisine sahip kuruluşlar).

<p>➤ İdari anlam</p>	<p>Kuralı uygulamakla yükümlü makam ya da kuruluş² (yani geniş anlamda “İdare”).</p>	<p>Bu anlam türü ve düzeyi, genel olarak, İdare ve iktidar arasında var olan ilişkinin tipi ve yoğunluğuna göre değişmektedir; kuralı koyan veya belirleyen makam yeterince bağlayıcı bir erke sahip ise, kuralı uygulamakla yükümlü makamın işlevini kısıtlayıp, onun belirli bir eylemde bulunmasını sağlayacaktır. Her iki makam da kurala aynı anlamı yükleyecektir. Aksi koşullarda, idari anlam, siyasi anlamdan tamamen değişik olabilmektedir³.</p>
-----------------------------	---	--

² Burada sözü geçen makamlar, dar anlamda, yargısal işlevden önce iş gören makamlardır (örneğin güvenlik kuvvetleri, maliye memurları).

³ Tarihte görüldüğü gibi, siyasi, ekonomik veya sosyal krizler sırasında, meşruluğuna itiraz edilen bir “otoritenin” karşısında, İdare ondan “bağımsız” biçimde ve yönde anlam belirleme eğilimindedir. Örneğin, demokrasiye aykırı yöntemler ile iktidarı ele geçiren kişi ve makamlar karşısında (darbe) olduğu gibi ya da demokratik yollar ile iktidarı elde etmiş kişi veya makamların belirlediği kurallar İdare’ye el koyan kısmın ve kişilerin çıkarları ve felsefeleri ile çekişiyor ise, idari anlam siyasi anlamdan değişik olabilmektedir.

<p>➤ Teorik anlam</p>	<p>Bulunduğu hukuk düzeni veya uyuşmazlık bakımından kuralın anlamına “açıklık” getirmekle görevli otorite ve şahıs(lar).</p>	<p>“Ekol tartışmalarında” olduğu gibi, bu anlam türüne hukuk bilimi ile uğraşanların çalışmalarında (araştırma, makale...) rastlanır ve en başta öğretim üyeleri gelir. Bir uyuşmazlık sırasında sundukları “görüş” doğrultusunda, bilirkişi raporlarında da yer almaktadır. Bilirkişi olarak görevlendirilen şahısların, akademik dünyadan gelmeleri sonucu, bu otoritelerin sundukları anlam aynı olur.</p>
<p>➤ Yargısal anlam</p>	<p>Kuralı uygulamak veya kuralın hukuka uygunluğunu denetlemekle yükümlü kuruluş (yani dar anlamda yargılama işlevinde yer alan yargı organı).</p>	<p>Yargısal anlam, temyiz mercilerinin vermiş olduğu kararlarda⁴ belirtilmektedir. Yasal olarak yargıçların görevlerini bağımsız olarak yerine getirdikleri kabul ediliyor olsa da, gerçekte, yargılama işlevi süresince, özellikle dış etkenlerin etkileri, yargıcın yetkisi, yer aldığı mercii, ve de yeteneğine</p>

⁴ Burada “kesinleşmiş” kararlardan bahsetmekteyiz.

		<p>göre, bu anlam düzeyi az ya da çok şekilde diğerlerinden farklı olabilmektedir. Yargısal işlevin siyasi güçlerin etkisi altında bulunduğu durumlarda, yargısal anlam, siyasi anlama daha yakın durmaktadır. Aynı doğrultuda, yasal görevinin içerdiği yorum yetkisini, kolaylık, itiyat veya kendi yetki sınırlarını aştığını düşünmesi nedeniyle, akademisyen veya bilirkişilere devreden bir yargıç karşısında, yargısal anlam ve teorik anlam iç içe geçebilmektedir.</p>
--	--	---

Bir mahkeme kararını incelemek **kararın içerdiği bilgileri ve temel öğeleri (verileri)**, genel değerlendirmelerden çok uzak, **köklü ve özel bir yaklaşıma göre düzenlemek** demektir. Bu çerçevede, bu makalenin amacı, hiçbir zaman üstün görmekte olduğumuz bir yöntemi sunmak değildir. Sadece bir mahkeme kararının incelemesinde alışıldık yaklaşımlardan uzak, daha sistematik, yapıcı ve kapsayıcı ve bir kuralın yargısal anlamının öne çıkmasında daha başarılı olduğunu düşündüğümüz bir inceleme yöntemini tanıtmaktır: Bu çerçevede, Montpellier Üniversitesi'nden⁵ Profesör Mousseron⁶'un ortaya koyduğu ve

⁵ Fransa'da çoğu hukuk fakültelerinin kendilerine özgü bir analiz metodu bulunmaktadır. Analiz metotların işleyişi ve düzenleri birbirlerine yakın gözükse de farklılıklar içerir.

“**Mousseron metodu veya yöntemi**” olarak adlandırılan, **mahkeme kararlarının inceleme yöntemi ele alınacaktır**. Hemen belirtmek gerekir ki, Mousseron yöntemi Fransız Yargıtayının medeni hukuk alanında vermiş olduğu kararlar için oluşturulmuş ve bu yüksek yargı organının verdiği mahkeme kararlarının yapısına göre düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu inceleme yönteminin takdiminde amacımız değişik bir yapıya sahip Türk yargıçlarının verdiği kararlara uygulanabilirliği üzerinde yoğunlaşmak yerine, Türk hukukunda etkisi gittikçe artan ve yapısal bakımdan, yani bilgilerin ve verilerin sunum sıraları bakımından yakın olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının incelenmesinde ve değerlendirilmesinde bu metodun uygulanabilir ve uygun olduğunu göstermektedir.

Düşüncelerimizi daha açık bir biçimde ortaya koymak amacıyla bu makale iki bölümde tasarlanmıştır: ilk bölümde Mousseron analiz metodunun basit, fakat elverişli yapısı sunulacak; ikinci bölümde ise, metodun dayandığı genel esaslar göz önünde bulundurularak bunların bir AİHM kararının analizinde (yorumlamasında) ne kadar uygun olduğu gösterilecektir.

I. MOUSSERON İNCELEME YÖNTEMİNİN GENEL ESASLARI

Yukarıda değindiğimiz gibi Fransız Yargıtayının medeni hukuk alanında vermiş olduğu kararlar için düşünülmüş bu çözümleme yöntemi, biçim ve içerik bakımından, bu temyiz mahkemesinin vermiş olduğu kararların yapısına göre düzenlenmiştir. Bilgilerin ve temel öğelerin sunum sıraları yargıcın temyiz talebini kabul veya reddetmesine göre değişkenlik içerse de⁷, yapısal olarak bunlar her zaman iki genel bölüm

⁶ Profesör Jean-Marc MOUSSERON (1931-2000) Fransız Borçlar Hukukuna büyük katkılarda bulunmuş ve kendi adını taşıyan mahkeme kararlarının bir incelenme yöntemini ortaya koymuştur. Bu yöntemi ayrı ve özel bir esere aktarmıştır: Jean Marc MOUSSERON, “Inventer”, Centre du droit de l’Entreprise, 2001, in-8, rel. Ed., p.429. Bu inceleme yöntemi ayrıca internet üzerinden de yayınlanmıştır. Bu doğrultuda, bu konuya ilişkin bilgi ve açıklamaları başka öğretim üyelerinin yayınlarında da karşılaşılabilmektedir. Örneğin, Profesör Daniel MAINGUY’nin eserlerinde olduğu gibi (<http://ddata.over-blog.com/xxxxyy/3/61/42/26/civil-II/TD-1.pdf>)

Ayrıca bakınız: <http://coursiejmontpellier.blog.mongenie.com/index.php?idblogp=210097>.

⁷ Fransız Yargıtay’ı bir temyiz talebini kabul ettiği, başka bir ifadeyle, bir alt merciinin vermiş olduğu kararı bozduğu zaman, bozma kararları daima yargıcın bozulmaya se-

altında toplanmaktadır: gerekçeler (*les motifs*) ve hüküm fıkrası (*le dispositif*). Mahkeme kararlarının genel yapısını oluşturan bu paragraflar ise belirli bir mantık kalıbına uymaktadır; öyle ki bu iki genel bölüm, özellikle gerekçeler bölümü, belirgin ve özlü dört ya da beş ayrı alt kısma ayrılabilir. Mahkeme kararının içerdiği alt kısımlar Mousseron yönteminin temel noktalarını oluşturmaktadır.

Mousseron inceleme yöntemine göre, bir kararı doğru şekilde çözümlmek için, **okur mantığının belirli bir sorgulama akışı ve biçimi altında tutularak aşama aşama ilerlemesi gerekmektedir**. Analizin aşamalı yapısı bir yandan kararda mevcut tüm bilgilerin belli bir sıraya göre düzenlenmesini ve nitelenmesini sağlarken, bir yandan da **yargıcın göstermiş olduğu gerekçeleri inceleyerek, kararın özüne değinip, varılan sonuçtan ziyade, o sonuca nasıl ulaşıldığını da ortaya koymaktadır**. Çünkü unutmamak gerekir ki bir hukukçu için söylenenler kadar onların nasıl söylendiği, elde edilen sonuç kadar ve belki daha fazlasıyla **“yargıya varma” işlevi sırasında bir sonuca nasıl ulaşıldığını anlayabilmek** de önemlidir. Böylelikle, analizin değişik kısımlarında, okurun, yani analize başvuran kişinin, belirli sorulara cevap vermesi gerekmektedir: Dava hangi olay üzerinde açılmıştır? İddialar nedir? Yargıç hangi hukuki sorunu çözmelidir? Yargıcın hukuki cevabı nedir? Davada uygulanan çözüm yolu nedir?

Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki, sunuş şekline rağmen (birbirinden ayrı görülen kısımlar açısından) bu çözümleme yönteminin her bir kısmı öncesinde ve sonrasında yer alan kısımlara bağlıdır ve birbirini etkilemektedir. Formel olarak bir bölünmeye başvuran bu inceleme yöntemi, sonuçta tek bir mantık dizisi çerçevesinde parçaların ayrı algılanışı ve gözlemlenmesi sonrası *bütünüün*, mahkeme kararının, genel anlamını sağlamaktadır.

A. Olaylar ve Prosedür (Usul) (birinci bölüm):

Tüm mahkeme kararları, taraflar arasındaki uyuşmazlığın özünde bulunan ve tarafları davaya götüren veya tarafların dava açmalarına sebep olan belirli olaylar ve olgular çerçevesinde gelişmekte ve buna da-

bep hukuk kuralın bildirmesiyle başlamaktadır: Kararda, “(*hukuk kuralı*)na bakılarak” ifadesiyle başlanmaktadır. Aksi durumda, yani temyiz kararına böyle bir cümle ile başlanılmamışsa, sonucuna bakmaksızın, yargıcın talebi reddettiğini anlayabiliriz.

yanmaktadır⁸. Bunları uygun biçimde (net bir şekilde) tespit etmek ve nitelendirmek (yani hukuksal anlamlarını belirlemek), analizin doğru temeller üzerinde kurgulanmasını sağlar. Çünkü yargı kararının içine aldığı yani kapsadığı **olaylar unsuru, o yargı kararının anlamını destekleyip analizin en “dış sınırlarını” belirtir**. Başka bir deyişle, incelenen mahkeme kararının dayandığı olayların dışında bir anlam çıkartmak verimsiz kalabilir. Elbette, mahkeme kararları arasında olay, talep ya da çözüm açısından bir yakınlık söz konusu olabilir, ancak her ne kadar içtihadın incelenmesi bütüncül bir yaklaşım gerektiriyor olsa da **her bir kararın kendine özgü bir “ifadeye” ve “anlama” sahip olduğunu** da gözden uzak tutmamamız gerekir.

Olayların ve olguların tespiti ve niteleme işlevi çerçevesinde, olayların birbirleri üzerindeki nedensel etkilerini göz ardı etmeyerek, gerçekleştikleri zaman dilimi (tarih), türleri (biçim), nitelikleri ve önemleri açısından birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Burada yapılabilecek ve analizin geri kalan kısımlarına yayılabilecek en basit anlam hatalarını engellemek için, elde edilen verilerin çokluğu ve karmaşıklığı karşısında, her satır başı başlayan ve doğru kelime ve terminoloji⁹ üzerine oturtulmuş basit cümlelerin kullanılmasına (oluşturulmasına) önem göstermek gerekmektedir. Belirttiğimiz noktaları daha anlaşılır kılmak amacıyla, aşağıda bir tablo oluşturduk. Olayların sunuluş ve gelişim biçimi bu tabloda belirttiğimiz “genel kalıba” uymalıdır ya da en azından buna yakın olmalıdır:

⁸ Bunlar geniş anlamda davanın “kökünde” bulunan hukuki olaylar, hukuki fiiller veya hukuki işlemlerden oluşmaktadır.

⁹ Çoğunluk tarafından daha anlaşılır olması gerektiği için medyanın yaydığı sözcüklerin tersine, analizde kullanılan sözcüklerin hukuk terminolojisinden alınmış, ya da en azından ona uygun olmaları gerekmektedir. Örneğin, mahkemeye gitmek ve mahkemeye başvurmak gibi anlam ayrımlarına özen göstermek gerekir.

TARİH	OLAY VE OLGULAR
1.olay: (...) tarihinde	Uyuşmazlığa sebep olan bir hukuki olayın, fiilin ya da işlemin gerçekleşmesi. Gerçekleşen eylemin tarafları ve her birinin uyuşmazlıkta oynadığı rol belirlenmelidir ¹⁰ .
2.olay: (...) tarihinde	Genel anlamda yargısal sürecin başlaması. Burada özellikle kimin davacı olduğunu, kime karşı dava açtığını, hangi mahkemeye başvurduğunu, başvuru sebebinin tam olarak ne olduğunu ve genel anlamda, kanunun hangi maddesine dayandığını belirtmek gerekir.
3.olay: (...) tarihinde	İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın sonucu, yani talebin kabulü ya da reddi açıklanır. Sadece gerektiği takdirde (analizi daha anlamlı kılmak ya da başka bir olgu ile çatıştığı için) mahkemenin göstermiş olduğu gerekçe açıklanabilir ¹¹ .
4.olay: (...) tarihinde	Bir tarafın üst mercie, yani istinaf mahkemesine, başvurması ve bunun hukuki dayanağı.
5.olay: (...) tarihinde	Üst mercinin ¹² (istinafın) verdiği kararın ilk derece mahkemesiyle aynı yönde olup olmadığı ve eğer var ise, çekişme noktaları açıklanır.

¹⁰ Örneğin, bir kaza söz konusu ise, kimin kime zarar verdiğini, nasıl zarar verdiğini ve ne tür zarar verdiğini tam olarak saptamak önemlidir.

¹¹ Analizin bu aşamasında detaya girmek lüzumsuz olabilir çünkü sonuçta incelenen mahkeme kararı ilk derece mahkemesinin verdiği karar değil, okumakta olduğumuz, temyiz mahkemesinin kararıdır.

¹² Fransız hukuk sisteminde, bu üst merci yani İstinaf mahkemesi davayı yeniden hem hukuk açısından hem olaylar açısından tekrar incelemektedir. Verdiği karar ilk derece mahkemesinin yerini doldurmaktadır.

6.olay: (...) tarihinde	Bir tarafın temyiz mahkemesine başvurusu.
7.olay: (...) tarihinde	Temyiz mahkemesinin temyiz itirazını kabul veya reddetmesi ¹³ ; incelemekte olduğu mahkeme kararını bozup bozmaması açıklanır.

Yukarıda sunduğumuz bu genel kalıp uyuşmazlığın konusu¹⁴ ya da bu metodun uygulandığı hukuki düzen¹⁵ açısından daha uzun ya da daha kısa olabilmektedir. Ayrıca, burada bazı **ayrıntılarının varlığına ve gerekliliğine** değinmeksizin (örneğin genel anlamda hukuki dayanağın ya da merciler arasındaki sonuç farklılıklarının belirtilmesi), bunların ölçülü **biçimde ve yerinde yapılmasına** dikkat etmek gerekir¹⁶. Ayrıca, yargıç bir uyuşmazlığı karara bağlarken uyuşmazlık ile ilgili tüm verileri her zaman yazılı metne detaylı bir şekilde aktarmamaktadır; bu hem adaletin verimliliği hem mahkeme kararlarının ulaşılabilirliği ve anlaşılabilirliği açısından da açıklanabilir. Bundan dolayı, incelemenin gerektirdiği kesinliğe zarar vermemek amacıyla bu bilgilerin eksikliği ya da belirsizliği durumunda, bu durum aynen analizde belirtilmelidir (örneğin bilinmeyen bir tarihte veya bilinmeyen bir maddeye dayanarak yazmak daha anlamlıdır ve sonuçta ortaya çıkabilecek hukuki hataların birçoğunu engellemektedir).

¹³ Türk hukuk dilinde kullanılan “onaylamak” kavramı, Fransız hukuk dilinde sadece istinaf mahkemelerinin istinaf talebinin reddi için kullanılmakta olması nedeniyle, çalışmamızda her tür kavram karmaşıklığını engellemek amacıyla, temyiz mahkemesi için onaylamak kavramı yerine “temyiz talebini reddetmek” ifadesi tercih edilecektir.

¹⁴ Belirli bir hukuk düzeni içinde, bir çekişme değişik hukuk kurallarına tabi tutulup, değişik hukuk süreçleri ve yargıçlar önünde incelenmesi bu kısmı hayli uzatabilir. Örneğin, bir kaza sonrası bir kişinin mesuliyeti hem ceza yargıçları hem medeni hukuk yargıçları (tazminat) önünde incelenebilir. Ayrıca, bir uyuşmazlığın sonuçlanması, kanunen daha kısa bir prosedüre tabi tutulabilir. Örneğin kanun, değişik nedenlerden dolayı ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın, istinaf mahkemesine başvurmadan, doğrudan temyiz mahkemesi önünde incelenmesini öngörebilir.

¹⁵ Mousseron yönteminin Fransız hukukuna göre düzenlendiğini göz önünde tutarak, kimi devletlerin hukuki düzeninde istinaf mahkemesinin bulunmadığını unutmamak gerekir.

¹⁶ Örneğin bir sözleşmeye karşı açılmış iptal davasında, mahkeme iptal kararı verdiğinde tam olarak neyi iptal ettiğini yazmak gerekir; tartışılmakta olan cümleyi, maddeyi mi, yoksa tüm sözleşmeyi mi iptal etmiştir?

B. Tarafların İddiaları ve Savunmaları (ikinci bölüm):

Olayların ve olguların yanı sıra, bir uyuşmazlığı özel kılan, tarafların, özellikle de yargıca başvuran tarafın, sunduğu iddialardır. Çünkü yargıç, yargılama işlevi süresince, re'sen dikkate alması gereken itirazlar dışında, tarafların beyanlarına ve sundukları kanıtlara bağlı kalmak zorundadır; bir tarafın hazırladığı ve sunduğu iddialar ne kadar yetersiz, eksik, hatalı veya yanlış olsa da veya öyle olduğu düşünülse de, yargıç sunulanların dışında başka iddia ve savunmaları değerlendiremez. Yargıç kendi sorumluluğunu (tam) yerine getirmeyen bir tarafın yerini alamayacağı gibi¹⁷, sunulmuş tüm iddiaları değerlendirmekle yükümlüdür. Bu doğrultuda, olaylar ve olgular ile birlikte, iddialar uyuşmazlığın, dolayısıyla mahkeme kararının dış sınırının tespitine katkıda bulunmaktadır.

Başka bir deyişle, taraflar arasında bir ihtilafın bulunması, ilk önce dava ve sonrasında yargı kararının nedenini oluşturmaktadır. Bu nedenle, Mousseron inceleme yönteminin öngördüğü gibi, savunma ve iddiaların anlamı, analiz edilen mahkeme kararının anlamını ve çözümlemesini de etkilemektedir; mahkeme kararının yapısı ve içeriğinden daha çok, uyuşmazlığın kilitlendiği noktaları belirtir. Böylelikle, davacının istemlerini iyi algılamak gerekir: onun tam olarak neyi talep ettiğini, hangi olguya, maddeye, ilkeye ve delile dayandığını ve savunmanın temelindeki mantık silsilesini doğru biçimde saptayarak ve değerlendirerek incelenen mahkeme kararına ayrı bir açıklık getirir.

Genelde, temyiz mahkemesinin verdiği kararlarda temyize başvuran tarafın (metni daha anlaşılır kılmak amacıyla “davacı” olarak adlandıracağımız tarafın¹⁸) iddiaları bir paragraf oluşturabilecek şekilde birkaç cümlede metne aktarılmıştır¹⁹. Uyuşmazlığın konusuna göre değişiklik içeren sunum ve yazım biçimlerine rastlamak mümkün olsa bile, temyiz yoluna başvuran tarafın iddiaları ya art arda gelen ve noktalı virgül ile ayrılmış cümleler olarak ya da alt sav ve fikirlerin belirtildiği fıkralar

¹⁷ Her ne kadar kendiliğinden bir savunmayı geniş anlamda düzeltemiyor ise de, kanunun öngördüğü hallerde yargıcın re'sen ortaya koyabildiği iddiaları göz önünde bulundurmamak gerekir.

¹⁸ Burada kullandığımız “davacı” kelimesi, yargısal sürecin başlangıcındaki rolü nedeniyle ilk mercie başvuran, dar anlamdaki davacı kavramı ile karıştırılmamalıdır. Buradaki davacı kelimesi, temyiz yoluna başvuran taraf için kullanılmaktadır.

¹⁹ Danıştay kararlarında davacının iddialarını çok az açıklıyor olmasına karşın, Fransız Yargıtay'ı bunları kararına aktarmak için ayrı bir özen göstermektedir.

halinde sıralanmaktadır. Bunlar alt merciin verdiği kararın (temyize başvuran tarafın görüşü açısından) neden hukuka aykırı olduğunun, yani neden bozulması gerektiğinin bir anlatımıdır. Daha önce belirttiğimiz gibi, kanunun öngördüğü durumlar hariç, temyiz mahkemesinin kararı bu iddialar üzerinden oluşturulmuştur. Çoğu mahkeme kararında olduğu gibi, karşı tarafın iddiaları yine yukarıda açıkladığımız nedenlerden dolayı (verimlilik ve anlaşılabilirlik doğrultusunda) metne aktarılmamaktadır. Basit bir teorik akademik çalışma (kurgusu) sonucu (örneğin, değişik mantık silsilesine başvurarak veya en azından, karşıt yorum tekniğini kullanarak), bunları da kaleme almamız mahkeme kararının bütünlüğünün anlaşılabilirliğini destekleyebilir. Çünkü yargıç, bir iddiayı incelediğinde karşı tarafın iddiasını da göz önünde bulundurur.

Her iki tarafın iddiaları kaleme alınırken, basit bir kopya işinden uzak, en ince noktalarına değinerek genel olarak mantık dizgesini ve özellikle kullanılan yorum tekniğini ortaya çıkaracak şekilde analize aktarmak gerekir. Genelde, iddiaların içeriği ve aralarındaki neden-sonuç ilişkileri bakımından, temyiz yolu başvurusunda ileri sürülen geniş nitelikteki iddialardan başlayarak (genel talep = kararın bozulması) uyumsuzluğun özüne ilişkin iddiaya (alt veya “öz” sorun) kadar bir değerlendirmede bulunmak elverişli bir bakış açısını elde etmek için gereklidir. Böylelikle, iddia ve savunmaların sunumu aşağıda açıkladığımız şemalar doğrultusunda gerçekleştirilebilir:

DAVACININ İDDİALARI	
Davacının genel talebi	Yasaya²⁰ aykırı hükmün bozulması. Not: Bu talep birden fazla iddiaya dayandırılabilmesi gibi, her iddia ayrı ayrı incelenmelidir. Bu talep, yasallığı tartışılan hükme ilişkin genel iddiaları kapsamaktadır. Başka bir deyişle, alt mercinin aldığı kararın bozulma sebe-

²⁰ Yasa kavramı geniş anlamda kullanılmaktadır.

	<p>binin genel anlatımıdır.</p> <p>Genel Talebin Dayanağı: yanlış yorum, yanlış dayanak, gerekçe eksikliği veya yetersizliği...</p>
Davacının alt talebi	<p>Temyiz edilen kararlar temyiz edenin bir hakkı üzerindeki olumsuz etkinin durdurulması.</p> <p>Not: “Alt talep” olarak adlandırdığımız bu talep esas olarak genel talebin içeriğine ve sebebine gönderme yapmaktadır. Bu yüzden bunları bir bütün olarak okumak gerekmektedir. Bu daha çok uyuşmazlığın sonuçlandırılması sırasında bir hakkın tanınmamış veya korunmamış olmasını kastetmektedir. Tartışılan hükmün, örneğin yanlış maddeye dayanması veya doğru dayanağın yanlış yorumu nedeniyle, sonuçta bir hakkın kaybına sebep olduğunu unutmamak gerekir. Bu talebin içeriğini tam kavrayabilmek için, temyiz edilen kararın varmış olduğu sonucu ve temyiz edenin çıkarlarını birlikte incelemek gerekir²¹. Böylelikle, uyuşmazlığın özündeki maddeleri göz önünde bulundurmak gerekli olabilir.</p>

²¹ Örneğin, temyiz edilen kararda bir tarafın istemi doğrultusunda bir sözleşmenin iptaline yönelik bir hüküm verildiyse ve karşı taraf bu sebeple temyize başvuruyorsa, bu tarafın alt talebinin iptal koşullarının bulunmadığına yönelik olması büyük bir olasılıktır.

Buna karşın, davalının savunması aynı sunum biçimine dayandırılabilir:

DAVALININ İDDİALARI	
Davalının genel talebi	Temyiz talebinin reddi.
Davalının alt talebi	Temyiz edilen kararın, temyiz edenin bir hakkı üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunmadığı.

Bu noktada ayrıca iki unsura işaret etmek gerekir: ilki, hem genel talebin hem de alt talebin, her ikisinin de sadece hukuksal iddialardan²² oluşmasıdır, çünkü temyiz mahkemesi ayrı bir mercii oluşturmamaktadır; ikincisi ise, talepler arasında belirgin bir ayırım sağlamaktan ziyade, önemli olan iddiaların belirli, tutarlı ve tutumlu biçimde aktarılmasıdır.

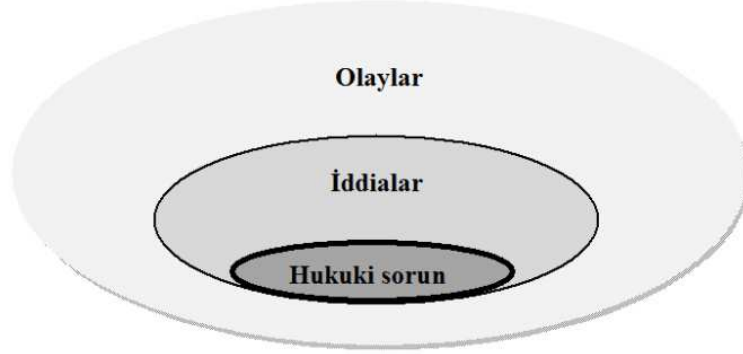
C. Hukuki Sorun (üçüncü bölüm):

Olayların ve iddiaların muhtelif, karmaşık ve değişken unsur ve veriler içermeleri nedeniyle, yukarıda açıkladığımız bölümler birden fazla cümleden oluşurken, sunmakta olduğumuz bu üçüncü bölüm Mousseron metodunun öngördüğü analiz tekniğinin ve yönteminin en kısa bölümlerinden biridir. Genelde bir cümleden oluşan bu kısım, her ne kadar kısalığı nedeniyle ilk bakışta kolay olarak gözükse de, tam tersine kararın doğru çözümlenmesinde en çok dikkat, özen ve incelik gerektiren bölümdür. Çünkü şimdiye kadar belli bir sıra veya diziye göre düzenlenen bilgilerin yanı sıra, davayı ayrı kılan olguları göz önünde bulundurarak incelenen **mahkeme kararının en iç sınırını belirtmek gerekir**. Bu “iç sınır” doğrultusunda yargıcın ulaştığı sonucun bir anlamı

²² Hemen hatırlatmak gerekir ki, yargı önünde taraflar sadece hukuka ilişkin iddialar ileri sürebilirler. Olaya ilişkin bir iddia temyiz mahkemesi tarafından incelemeye alınmaz.

vardır ve bu anlam geçerlidir. Böylelikle, analizin doğruluğu ve yerindeliği bu “iç sınır” doğrultusunda belli olmaktadır.

UYUŞMAZLIĞIN ANLAM VE YORUM SINIRLARI²³



Buradaki zorluk iki nedene bağlıdır: ilki, içerik olarak, hukuki sorunun ne olduğunu doğru biçimde saptayabilmek, ikincisi ise, şekil açısından, bunu doğru biçimde aktarabilmektir.

İçerik olarak, bu kısımda, ilk önce davanın ve dolayısıyla mahkeme kararının özünde bulunan temel sorunu, yani söz konusu uyuşmazlığı sonuçlandırmak için, yargıcın cevap vermesi gereken hukuki sorunu doğru biçimde tespit etmek gerekir. Uyuşmazlığın kilitlendiği o hukuki sorunu ortaya koymaya çalışırken bunun basit bir teorik tartışma olmadığını göz önünde bulundurmak ve unutmamak gerekir. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi içtihatındaki bir eğilimi ortaya koymak amacıyla, öğreti mahkeme kararlarını genelde toplu olarak inceliyor ise, bu çalışma metotlarının içerdiği ve dayandığı bütünlük ve genelleme gereği dışında, değişik, ayırıcı veya farklılık gösteren öğeler üzerinde kurulmuş olan bir mahkeme kararının kendine özgü bir anlamı vardır. Dolayısıyla, bir doktrin tartışmasına konu olsa bile, tüm mahkeme kararları kendisine özel bir soruya cevap vermektedir. Burada hemen belirtmek gerekir ki açıkladığımız çözümleme yönteminin aşamalı takdi-

²³ Çalışmamızın bu aşamasında önemle belirtmek gerekir ki Mousseron analiz metodu bu anlam sınırlarından bahsetmemektedir. “Anlam sınırları” kavramı ve şeması, sadece bizim makalemizi daha anlaşılır kılmakta ve doğru olduğunu düşündüğümüz öğreti aracı olarak başvurduğumuz bir anlatma yöntemi olarak kullanılmaktadır.

miyle uymuyor olsa da, düşünme işlevinin mantıklı akışı gereğince, analizin temelinde bulunan bu sorunu en sağlıklı şekilde ortaya koymak için, genelde analizin diğer bölümlerini incelemiş olmamız gerekiyor. Yani analizin tüm öğelerini belirledikten sonra, hukuki sorunu tespit etmek daha verimli bir çalışmaya yol açabilir. Çünkü olaylar ve tarafların savları, kararın kilit noktalarını net bir şekilde ortaya koymayabileceği gibi, o noktalar üzerinde yoğunlaşan diğer bölümleri, özellikle verilen cevap ve uygulanan çözümün tetkik edilmesi, davaya özgü hukuki sorunun doğru tespitinde yardımcı olacaktır.

Bu kısımda karşılaşılan ikinci zorluk ise biçimsel olarak bu hukuki sorunun yansıtılmasıdır: Gereksiz ve anlamı belirsiz tüm kelimelerden arınmış, basit, anlamı belli ve bir soru şeklinde tek bir cümle aracıyla, tam ve eksiksiz şekilde ifade etmek gerekmektedir. Yazım açısından, bir hukukçu için hukuk terminolojisini bilmemek nasıl düşünülemez ise, aynı şekilde, daha az da olsa, dil bilgisi kurallarına hakim olunmaması da düşünülemez. Yanlış yerde kullanılan bir kelime veya bir noktalama işareti, yanlış anlamlara yol açabilir. Çünkü unutmamak gerekir ki hukuk dünyasındaki çoğu tartışmalar bir olgunun, düzenlemenin, maddenin veya sonucun karışık ve zımni (kapalı) anlamı ve ifadesi, dolayısıyla yorumuyla ilgilidir.

D. Hukuki Çözüm (dördüncü bölüm):

Şimdiye kadar açıklanan bölümlerde, Mousseron yönteminin öngördüğü gibi uyuşmazlığın yer aldığı dış “sınırlar” açıklanmıştır. Bu bölüm ve gelecek bölümde ise, yani dördüncü ve beşinci bölümlerde, yargıcın vermiş olduğu kararı bu dış sınırların çerçevesinde incelemek gerekmektedir. Bu doğrultuda bu iki bölüm, hukuk mantığına yakın bir kıyasın (*sylogisme*) ayrı aşamalarını (yargılarını) oluşturmaktadır; Hukuki Çözüm bölümü kıyasın büyük önermesini ve Olaya Dayalı Çözüm bölümü ise kıyasın ikinci ve üçüncü önermesini (küçük önerme ve sonucunu) oluşturur.

Hukuki Çözüm bölümü yargıcın uyuşmazlığı sonuçlandırmak için dayandığı “hukuk kuralının” anlatımından oluşmaktadır. Bu hukuk kuralı ya bir maddeden, bir hukuk ilkesinden ya da nadiren görülse de bir içtihattan (AIHM içtihadı) oluşmaktadır. Bu, taraflar arasında kimin haklı olduğunu belirlemek değildir. Örneğin, bu bölüm çoğu zaman bir maddenin uygulanmasına götüren bir kavramın betimlenmesi veya açıklanmasından oluşmaktadır. Fransız Yargıtay kararlarında bu dayanak

bozma kararlarının başında bulunan bölümde²⁴ veya temyiz talebini ret kararlarında olay ve talepleri açıklayan paragraflardan sonra gelen paragrafta²⁵ açık şekilde yazılmaktadır. Her ne kadar metinde “çözüm maddesine”, yani yargıcın dayanağına erişmek kolay olsa da, yukarıda söylediğimiz gibi kararı analiz eden okur kopyalama işlevinden sakınmalıdır. Yargıcın dayandığı hukuki çözümü olduğu gibi yazmak yerine, bu çözümü hukuk terminolojisine uygun şekilde, hem hukuk dünyasındaki bir tartışmanın içinde yer aldığını dikkate alarak, hem de davanın özelliklerini göz ardı etmeyecek biçimde değerlendirerek, analize aktarmak gerekir. Çünkü bu çözüm kuralı incelenen davaya ilişkin ise, hukuk dünyasında, sonuçlanmış ya da sonuçlanmamış, bir tartışmaya da değinmektedir. Davanın özellikleri nedeniyle uyuşmazlığı sonuçlandıran bir cevap oluştursa bile, yine de benzer ya da yakın olgu ve iddialar üzerinde kurulmuş bir uyuşmazlıkta da uygulanabilmelidir. Böylelikle, hukuki çözümün açıklanması hem genel hem de davaya ilişkin özel ifadelerle dayanmalıdır. Belirli bir duruma özgü olma ile genelleme arasında bir yerde ifadelerle yer verilmelidir.

Ayrıca, hatırlatmak gerekir ki yargıcın hukuki dayanağı yargıcın hukuki yöntemi ile karıştırılmamalıdır; ilki, genel ve objektif olgular ve nötr terimler üzerinde kurulmuş yargısal gerekçelerin bir ifadesidir; ikincisi ise, bu gerekçelerin temelinde bulunan olgular bakımından, yargıcın hukuki dayanağını uygulamak amacıyla kullandığı teknik ve metotlardan oluşmaktadır.

E. Olaylara İlişkin Çözüm (beşinci bölüm):

Mousseron inceleme yönteminin bu son kısmında, okur, yargıcın karara varmak için yaptığı gibi, yukarıda belirtilen hukuki çözümü uyuşmazlığı oluşturan olay, olgu ve verilere tek tek uygulamalıdır.

Bu kısım yargıcın “karara varma” yolundaki muhakeme düzenini ve mantığını ortaya koymaktadır. Başka bir deyişle, **yargıya varma yolunda yargıcın belirttiği** hukuki çözüm (sebepleri) ve bunun uygu-

²⁴ Bozma kararlarının başında bulunan ve kararın dayanağını oluşturan bu bölüm “vize” (*le visa*) bölümü olarak adlandırılır.

²⁵ Genel olarak, temyiz talebinin reddi kararlarında hukuki çözümü içeren paragraf olumsuz bir kelime veya bir kavram ile başlamaktadır (*Oysa ki, -diği halde, -sine karşı...*).

lanmasına dair ayrıntılar açıklanmalıdır. Bu bölüm “genel ve soyut” bir kuralın nasıl belirli bir vakaya uygulandığını göstererek, elde edilen sonucun incelemesine önemli katkıda bulunur. Özellikle, okurun bir karar üzerinde kendi yargısının oluşmasına destek olan bu kısım, yargıcın yorum teknikleri ve terimler arasında yapmış olduğu açık ya da kapalı seçimlerini ortaya koymaktadır. Başka bir deyişle, yargıya varma yolunda yargıcın “**yargısal seçimlerini**” sergilemeye katkıda bulunmaktadır. Ve bu yargısal seçimlerin incelenmesi **yargılama işlevinin o kadar objektif bir işlev olmadığını göstererek**, bir mahkeme kararının yorumunun temellerini oluşturmaktadır.

II. AİHM’NİN BİR KARARI ÜZERİNDE MOUSSERON İNCELEME YÖNTEMİNİN UYGULANMASI

Sözleşmeye üye devletlerin hukuk sisteminde etkisi gittikçe artan AİHM’nin kararlarının analizi insan hakları konusunda Avrupa standartlarına ulaşmayı hedeflemiş bir hukuk düzeni ve toplum için çok önemli bir mesele olarak görülmektedir. Bu nedenle, AİHM’nin kararlarının yapısının sunduğumuz yöntemin genel çerçevesine yatkınlığı, bu analiz metodunun takdimini desteklerken, bu özel yargıcın vermiş olduğu kararların anlamının algılanmasına da katkı sunmaktadır. Çünkü AİHM yargıçları ortaya koydukları gerekçeleriyle, sonuca ulaşmakta kullanılan özgün yorum tekniklerinin ayrıntılarının öne çıkmasını sağlamaktadır. Hatırlatmak gerekir ki, bu çalışmamızın amacı Türkiye’de şimdiye kadar bu konuda var olan çözümleme metotlarının eksik ya da geçersiz olduğunu savunmak değil, yalnızca bu konuda en az diğerleri kadar geçerli olduğunu düşündüğümüz ve kimilerinin sadece önemsiz ya da uygun olmayan, kimilerininse “işlevsel” ya da tamamen yeni olarak değerlendirebilecekleri değişik bir bakış açısına yer vermektir.

Bu makalenin ikinci bölümünde analiz edilecek AİHM kararı 16 Eylül 1996 tarihinde verilmiş, 20024/92 sayılı “Süssmann” kararıdır. Bu karar Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6. maddesine tabi tutulup tutulmaması ile ilgilidir. Verildiği tarihte AİHM’nin bu mevzu üzerinde yoğun tartışmalar sonucu daha önceden alınmış birçok kararının bulunması (Ruiz Mateos²⁶ gibi), bu maddenin anayasa yargıcına uygulanabilirliği

²⁶ AİHM, *Ruiz Mateos/ İspanya*, 23 Nisan 1993, seri A-262.

sorusunu klasikleştirmiş olsa da, Avrupa yargıcının bu davada sorunu çözmek için kullandığı yorum yöntemlerinin özelliklerini ortaya koyduğu için ayrı değerlendirme gerektiren bir karardır.

A. Olaylar ve Prosedür:

Uyuşmazlığı daha anlaşılır kıldığı için Mousseron inceleme yönteminin öngördüğü bu ilk kısmı AİHM'nin verdiği kararlara uygulamak gereksiz görülebilir. Çünkü meselelerin uzunluğu, karmaşıklığı ve yer aldıkları hukuki düzen ve usullerin çeşitliliği karşısında, AİHM kendiliğinden, davayı sonuçlandırmadan önce, uyuşmazlıkla ilgili tüm olay ve olguları tek tek kararında belirtmektedir. Bu durum karara ayrı bir açıklık getirirken söz konusu devlet sisteminin özelliğini de ortaya koyarak verilen kararın tam yerine oturması ve böylelikle daha anlaşılır olmasına katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle, AİHM uyuşmazlık ile ilgili tüm bilgi ve olguları "OLAYLAR" başlığı altında sıralamış, basit ancak detay içeren cümleler aracılığıyla karara aktarmıştır.

Alınan kararı destekleyen AİHM'nin bu *ön yargısal* işlevi genellikle belirli bir kalıp üzerinden aktarılmaktadır (davacının kimliği, davalının kimliği ve davaya sebep davalı devletin davranışı ya da hükmü, ulusal yargıçların kararları ve AİH Komisyonunun pozisyonu). Bütün kararlarında olduğu gibi, Süßmann davasında da AİHM göz önünde bulundurduğu olayları ve olguları metinde özenle belirtmektedir. Bu sebeple, bunları analizde tekrarlamak yerine, söz konusu verilerin çokluğu ve uzunluğu karşısında, *temel* olarak niteleyeceğimiz olguların değerlendirilmesi sonucu, bunların özelliklerini ortaya koyarak analize yansıtma Mousseron analiz metodunun dayandığı ve savunduğu bakış açısına yakın kalmamızı sağlarken, bu tür kararların analizi için daha elverişli ve yerinde bir işlem olacaktır.

Bu doğrultuda, davanın temelinde yatan olayları özetleyip sıraladıktan sonra, bir tablo aracılığıyla bunların *hukuki anlamlarını* çıkartmak daha uygun görünmektedir.

I- 1982 ve 1984 yıllarında Alman makamlarının yapmış olduğu düzenleme²⁷ değişiklikleri sonrasında, emekli memurların aldıkları maaşın tutarı düşürülür. Bu değişiklik, 1980 yılında Devlet kurumundan emekli olan Süßmann isimindeki şahsın maaşının azalmasına neden olur.

²⁷ "Kanun" kelimesi geniş anlamda kullanılmaktadır.

II- Bu değişikliklerin yasal olmadığını düşünen Süßmann yargıca başvurur.

III- Aynı konuya ilişkin Alman Yargıtayının (*Bundesgerichtshof*) 1988’de vermiş olduğu hüküm doğrultusunda, Süßmann tahkim yoluna başvurur. Tahkim organları (*Schiedsgericht der VBL* ve *Oberschiedsgericht der VBL*) 1987 ve 1989 tarihli kararlarında öngörülen değişikliklerin yasal olduğu yönünde karar verirler.

IV- 11 Temmuz 1988 tarihinde, bu yasa dışı düzenlemenin mülkiyet hakkı üzerinde olumsuz etkisi olduğunu savunarak, Süßmann Federal Anayasa Mahkemesine (*Bundesverfassungsgericht*) başvurur.

V- 6 Kasım 1991 tarihinde, Federal Anayasa Mahkemesi bu değişikliklerin yasal olduğu ve bir temel hakkı ihlal etmediğini düşünerek başvurunun yeterince kazanma şansı bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddeder.

VI- Mayıs 1992’de, Süßmann davasının Federal Anayasa Mahkemesi tarafından AİHS 6. maddesinde öngörülen “makul süre içinde” karara bağlanmadığı gerekçesiyle AİHM’ne başvurur.

Ana hatlarıyla yukarıda sıraladığımız bu verilerin “bir”²⁸ hukuki değerlendirmesi aşağıda belirttiğimiz doğrultuda gerçekleşebilir.

OLAYIN İÇERİĞİ	OLAYIN HUKUKİ BOYUTU
1982 ve 1984’te emekli memur maaşları ile ilgili değişiklikler, 1980’den beri emekli olan Süßmann’ın emekli maaşını etkilemektedir.	Kazanılmış bir hakkın etkilenmesi.
Süßmann bu değişikliklerin yasal olmadığını ve mülkiyet hakkını ihlal ettiğini savunur.	İddialar hem objektif (yasa değişiklikleri) hem subjektif hukuka (özel bir hak) değinmektedir.
Federal Anayasa Mahkemesi başvurunun yeterince kazanma şansı bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddeder.	Federal Anayasa Mahkemesi davanın özüne (esas) değinmemiştir; talebi kabul edilebilirlik aşamasında reddetmiştir.

²⁸ Unutmamak gerekir ki, aralarında az ya da çok farkla, bir olay birden fazla hukuki anlama sahip olabilmektedir.

B. Tarafların İddiaları:

Ulusal yargıçların verdiği kararların aksine, AIHM yargıçlarının kararlarını farklı kılan bir özellik de, her iki tarafın iddialarının, genel ifadeler ve ana hatlarıyla da olsa, karar metninde yer almasıdır. Her bir tarafın iddiası, ayrı paragraflarda açıklanmaktadır. Bunların analizinde, olaylar ve olgular kısımda olduğu gibi, kelime kelime aktarmak yerine, dayandıkları mantık dizgesi ve içerdikleri ana fikrin altını çizerek ön plana çıkarmak önemlidir.

Süssmann davasının ana konusu AIHS'nin 6.maddenin öngördüğü hakların (davanın makul bir süre içinde incelenmesi hakkı) bir (Federal) Anayasa Mahkemesi huzurundaki bir davaya²⁹ uygulanabilir olup olmamasıdır. Davacı, 6. maddenin öngördüğü sürecin tüm yargıçları ilgilendirdiğini öne sürerken, davalı taraf olan, devlet ise diğer yargıçların tersine 6. maddenin Anayasa Mahkemesine uygulanamaz olduğunu savunmaktadır. Her iki taraf da değişik kavram ve ölçütlere dayanarak savlarını geliştirmiştir.

Analizin bu bölümünü daha anlaşılır kılmak amacı ile her iki tarafın iddialarının özeti ve özü bir tablo biçiminde sunulacaktır.

TARAFLARIN İDDİALARI	
DAVACI SÜSSMANN	DAVALI ALMAN DEVLETİ
<p>İddianın özeti (§35, 1. ve 2. cümle): Tartışılan süreç ve sonuç, Federal Anayasa Mahkemesinin ayrı ve özel görevine bağlı değildir.</p> <p>Yorum: Davacı karşı tarafın iddiasını temelinden çürütmeye ve sınırlamaya çalışmaktadır. Söz konusu davanın Federal Anayasa Mahkemesi-</p>	<p>1. iddianın özeti (§34, 1'den 4. cümleye kadar): Diğer yargıçlara nazaran, Federal Anayasa Mahkemesinin ayrı ve özel bir görevi vardır.</p> <p>Yorum: Davalı, organik ve işlevsel kriterlerin geniş yorumuna başvurmaktadır. Davalıya göre, hukuk düzeyinde sahip olduğu pozisyon nedeniyle bu yargıç 6. maddeyle (hükümün</p>

²⁹ Buradaki “dava” kelimesi hem Federal Anayasa Mahkemesi huzurunda geçerli yargılama evrelerini (prosedür) hem de bu yargıcın vermiş olduğu kararı (sonuç) kapsamaktadır.

<p>nin “olağan” görevinin (anayasaya uygunluk denetimine ilişkin) dışında bulunduğunu, dahası temyiz mahkemesine düşen görevler ile aynı ya da buna yakın olduğunu göstermeye çalışmaktadır. Bir başka deyişle, bir Anayasa Mahkemesinin anayasal denetimi çerçevesinde görevine ilişkin tartışmadan uzak kalarak, sadece belirli bir işlevinden dolayı anayasa yargıcının vermiş olduğu kararın bu maddeyle yükümlü olduğunu savunur. Organik kriteri tam olarak reddetmiyor olsa da, yargıcın işlevsel özelliğini, dar anlamda yorumlayarak bunun bu davada geçerli olmadığını gösterir.</p>	<p>tamamına) bağlı tutulamaz. Objektif hukuk normlarından sorumlu olması, bu yargıcı diğer yargıçlardan (“herhangi” ve “sıradan” kavramlarına gönderme yapan “<i>ordinaire</i>”³⁰ kelimesi ile nitelendirdiği diğer yargıçlara kıyasla) farklı kılmaktadır. Ayrıca, davalı bu kriterleri bu mahkemenin huzurundaki tüm davaları (karar ve usul anlamında) kapsayacak şekilde çok geniş yorumlamaktadır.</p>
--	--

³⁰ Anayasal denetimin özel bir yargıca devredildiği bazı hukuk sistemlerinde, örneğin Fransız sisteminde, anayasa yargıcını diğer yargıçlardan ayırmak amacıyla diğerlerine “*jurisdiction ordinaire*” denir. Metinde açıkladığımız gibi, değer yargısı içeren bu kavram “basitleşme” ve “küçültme” duygu ve olgularını kapsamaktadır. Fransız hukuk devletinde, anayasa yargıcı özel bir yetkiyi kullanırken (bir kanunun anayasaya uygunluk denetimi), “*ordinaire*” sıfatıyla adlandırılan yargıç ise genel bir yetkiye sahiptir (özel ya da idare hukukuna bağlı meselelerden sorumludur; Yargıtay ve Danıştay gibi). Gerçekte temyiz mahkemeleri içtihatlarında her ne kadar anayasal denetimden etkileniyor ve bu konuda doğrudan (kanun dışındaki normların anayasal denetimi) veya dolaylı olarak (anayasa dışındaki kanunlara üstün normlara dayanarak) müdahalede bulunuyor ise de, anayasa yargıçları ve diğer yargıçlar arasındaki bu ayırım teorik ve kavramsal bir sunuma dayanmaktadır. (Not: unutmamak gerekir ki bazı hukuk devletlerinde, İtalya’da olduğu gibi, “*ordinaire*” kelimesi sadece medeni veya ceza hukukundan sorumlu yargıçlar için kullanılmaktadır. Bu doğrultuda, diğer yargıçlara (anayasa mahkemesi, idari yargıç, vs...) “özel yargıç” denir.)

	<p>2. iddianın özeti (§34, 5. cümle): 6. maddenin uygulanabilirliği için belirtilen “normal kriter” (verilmiş kararın diğer yargıçları etkilemesi ve etkileyebilecek olması) geçerli değildir. Yukarıda açıklanan işlevsel özelliğe dayanarak, davalı, AIHM’nin, içtihadında öngördüğü denetim tekniklerinin (özellikle uygulanabilirlik için belirttiği kriterlerin) bu yargıç için uygun olmadığını kastetmektedir. Yani anayasa yargıcının için farklı oluşturulmuş, ya da var olan kriterlerin daha dar anlamda yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Başka deyişle sistematik bir işleyişten uzak anayasa yargıcının vermiş olduğu kararların daha özel, belirli ve sıkı koşul ve durumlarda 6.maddeyle bağlı kalması gerektiği ileri sürülmektedir.</p>
	<p>3. iddianın özeti (§34, 6. cümle): 6. maddenin öngördüğü yargısal süreç, davada tartışılan süreç ile bağdaşmamaktadır. 6. maddenin öngördüğü “süre” kavramını geniş yönde yorumlayarak (tüm usulü kapsayacak şekilde) davalı, AIHM’nin denetim alanının sınırlarını tek bir yargıç huzurundaki sürece daraltılmasını engellemeye çalışmaktadır. Başka bir deyişle, “makul süre” ilkesini uygulanabilir kılan, yargısal sürecin maddi, zamansal ve yerel olarak betimlemesini daha geniş duruma getirerek, davalı Federal Anayasa Mahkemesinin, özel görevi</p>

	nedeniyle (1.iddia), ayrıcalığını korumaya çalışmaktadır.
	<p>4.İddianın özeti (§34, 7. cümle): 6.maddenin öngördüğü düzenleme, Federal Anayasa Mahkemesinin kabul edilebilirlik açısından vermiş olduğu karara uygulanamaz.</p> <p>Verilen kararın niteliğine dayanarak ve maddede öngörülen “karar” kelimesini dar anlamda yorumlayarak, davalı 6. maddenin uygulanabilirliğinin sınırlı olduğunu göstermeye çalışmaktadır. Bu doğrultuda, 6. maddenin öngördüğü düzenleme sadece esasa ilişkin kararları kapsamaktadır.</p>

Tabloda vurgulamaya çalıştığımız gibi davacı daha **basit ve köklü bir savunmaya** başvurmakta iken, davalı devlet ise, 6. maddenin uygulanabilirliğini engellemek amacıyla, genel olarak, iki tür iddiaya başvurmuştur:

- Davanın özelliğine değinmeyip, sadece yargıcın işlevsel özelliğine dayanan iddialar (birinci ve ikinci iddia), 6. maddenin **tamamen uygulanamaz** olduğunu ele almaktadır;

- Tersine, yargıcın işlevsel özeliğini göz önünde bulundurmayarak, davanın özelliklerine (söz konusu süreç ve kararın betimlemesi) dayanan iddialar, 6. maddenin **uygulanabilir kılan koşulların bulunmadığını** ileri sürmektedir.

C. Hukuki Sorun:

Geçmiş yıllarda, AİHM 6. maddenin öngördüğü makul süre ilkesinin uygulanabilirliğine ilişkin bu hükmün ne tür yargıç ve mahkemeleri kapsadığına ve özellikle anayasa yargıcının konumuna dair bir dizi kararlar vermiştir. Ancak, içtihadın varlığı ve yoğunluğuna rağmen, 6. maddenin uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalar değerini yitirmemiştir. Bu konu her ne kadar “genel ve klasik” görünse de, Süßmann davası, söz konusu yargıcın değişik görevleri ve verilmiş kararın öğeleri nedeniyle ayrı ve özel bir hukuk sorununu içermektedir. Bu doğrultuda, bunu

doğru şekilde saptayabilmek için, genel bir bakış açısından başlayıp, söz konusu davanın özelliklerini göz önünde bulundurmak gerekir. Genel öğelerden başlayıp, özel öğeleri değerlendirmek hukuki sorunun kapsamının ve içeriğinin belirtilmesi bakımından, her zaman daha elverişli sonuçlar elde etmemizi sağlamaktadır.

Makalenin bu aşamasında hemen hatırlatmak gerekir ki, hukuki sorunu ortaya koymak amacıyla açıkladığımız bu alt düşünme biçimi, Mousseron inceleme yöntemine göre açık şekilde belirtilmemelidir. Ancak, bu metodun tersine, anlatılanları daha anlamlı ve AİH sisteminin hedef ve niteliklerine daha yakın kıldığımızı düşündüğümüz için, mantıken uyguladığımız yöntemleri ve ulaştığımız sonuçları açıklamak bize göre önemlidir. Çünkü ne de olsa, elde ettiğimiz doğruluk her ne kadar zıt yorumlara ve doktrinde tartışmalara yol açabilse de, içerik kadar önemli olan, bu doğruluğun ortaya çıkış biçimidir. Bir başka deyişle, analizin sonucunda ortaya çıkan doğruluğun dayanağını ve mantığını denetleyebilmek için, bu doğruluğun temelinde bulunan biçimsel yöntemi de denetlemek gerekir. Bu nedenle, düşünce yöntemimiz bir şema şeklinde açıklanacaktır.

UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN GENEL VERİLER:

AİHS. 6.maddesinde öngörülen “makul süre” ilkesinin Alman Federal Anayasa Mahkemesi önündeki bir davada uygulanabilirliğine ilişkin soru.



UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN ÖZEL VERİLER:

- “Makul süre” hükmün ihlal iddiası **sadece**

Alman Federal Anayasa Mahkemesi önündeki sürece ilişkindir.

- Makul süre ilkesinin ihlal iddiası

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin **normal görevi** (anayasal denetimin) **dışındadır**.

- Alman Federal Anayasa Mahkemesinin verdiği karar **esasa değinmemektedir**.



HUKUKİ SORUNUN BİR İFADESİ³¹:

AİHS 6.maddesinin düzenlediği “makul süre” ilkesi klasik anayasal denetimin dışında, tek bir anayasa yargıcının kabul edilebilirlik üzerinden vermiş olduğu bir karara uygulanabilir mi?

Burada ortaya koyduğumuz hukuki problemin ne kadar doğru olduğunu anlamak için, kararın diğer kısımlarını değerlendirip, analizi tamamlamak gerekmektedir.

D. Hukuki Çözüm:

Hukuk kurallarının yazım tekniğinde gözetilmesi gereken bazı gereksinimler nedeniyle, bir maddede açıklanan ve tanımlanan haklar ve yükümlülükler genel ve soyut kavramlar ve konusuna göre olabildiğince nötr ya da kabul gören terimler üzerinden açıklanır. Bu duruma özellikle, devletleri bağlayan uluslararası nitelikteki hukuk kurallarının açıklanmasında karşılaşılar. Çünkü devletler arasında ortak bir metnin kabul edilmesi için metinde yer alan kelime ve cümlelere “ortak” bir anlam yüklenmiş olması gerekmektedir ve bu durum uzun ve zorlayıcı bir süreç sonucunda elde edilir.

Yazım sürecinde, bu terimlerin seçimi ve tercihiyle ilgili sorunların birçoğu gözden geçiriliyor olsa da³², uygulama ve denetim sırasında kullanılan terimlerin anlamı ve tanımlaması tartışmalara yol açabilmektedir; özellikle de o terimin anlamı ve tanımlanması maddenin uygulanabilirliğini etkiliyor ise. Çünkü kanaatimizce, konusu ve içeriği ne olursa olsun, belirli bir maddenin belirli bir olayda uygulanabilirliğini ve saygınlığını betimler ve denetlerken, “denetim organı”³³ maddenin özünde bulunan ve cümlede yazılı olarak yansıyan “**anahtar kelimelere**” dayanmaktadır. Sözünü ettiğimiz “anahtar kelime(ler)”, genelde,

³¹ Sunduğumuz bu hukuki sorunun değişik ifadeleri bulunmaktadır. Bunlar her ne kadar farklılıklar içerse de, aynı hukuki terim ve kavramları içermektedirler.

³² Uluslararası hukukta, devletler bir sözleşmenin imzası sırasında ihtiyat kaydında bulunabilmektedir.

³³Uluslararası düzeyde bir kuralın saygınlığını denetlemekle yükümlü çeşitli organlar bulunmaktadır (uluslararası mahkemeler, komiteler, konseyler, gruplar, vb...).

hükümde yazılı³⁴ olarak var olan, bir terim ya da ifadeden oluşan, öngörülen hakkın veya yükümlülüğün varoluş veya geçerlilik koşullarını belirtir ve açıklar. Denetim organının yetkisi ve yeteneğine göre, bu tür kelimelerin tespiti ve tanımı hükmün uygulanabilirliğini ve uygulanmasını doğrudan etkilemektedir.

Herkesin bildiği gibi AİHM işlevi gereği “kendine özel” **karara varma yöntemi** oluşturmuştur. Bunların tek tek açıklanmasının makalemizi amacından uzaklaştırdığını düşündüğümüz için, bu konuyu daha derin ve uygun biçimde incelemekte olan ilgili hukuk bilimi eserlerine atıfta bulunmak daha uygun görülmektedir. Burada sadece devamıza ilişkin yargıcın yararlandığı karara varma yöntemi açıklanacaktır. 6. maddenin öngördüğü hükmün basit incelenmesi sonrası, maddeyi oluşturan “anahtar kelimeler” aşağıdaki şemada belirtilmiştir:

6. MADDENİN İÇERİĞİ:	
<i>“ Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, (...) konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde... görülmesini istemek hakkına sahiptir.”</i>	
➤ Öngörülen hakkın tespiti (maddenin özü):	<i>“davanın makul bir süre içinde görülmesi hakkı”</i>
➤ Hak sahibin tespiti:	<i>“Herkes”</i> Not: Çok geniş anlamı olması nedeniyle, bu kelime söz konusu hukuk kuralının anlamı, ve uygulanabilirliği açısından yetersiz kalmaktadır. Bu durumla AİHS'nin tüm maddelerinde karşılaşılmaktadır.

³⁴ Davanın konusu, hükmün kapsamı ve içeriği, içtihadın gelişimi ve yargıcın “otoritesi”ne göre, söz konusu “anahtar kelimeler” maddede yazılı olarak bulunmayabilir. Bu durumda, daha çok maddenin yer aldığı düzenlemenin “özüne” bakılmalıdır.

<p>a) Yükümlü tarafın tespiti:</p>	<p>“ <i>bir mahkeme</i>”</p> <p>Not: AİHS’ne üye devletlerin sorumluluğunda bulunan, ve belirli bir görevi yerine getiren bir makamdan söz edilmektedir.</p>
<p>b) Hakkın geçerlilik koşulları:</p>	<p>1) “<i>medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir niza</i>”nın bulunması.</p> <p>2) “<i>yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme</i>”nin bulunması.</p> <p>Not: İlk koşul hak sahibinin talep alanını ve konusunu sınırılıyor iken (<i>medeni haklar</i>), ikincisi yükümlü tarafın hangi niteliklere sahip olması gerektiğini açıklamaktadır. Yani ikinci koşul kuruluş koşulları ve işlevi süresince uyulması gereken ilkeleri belirterek mahkeme kavramının anlamına katkıda bulunmaktadır.</p>

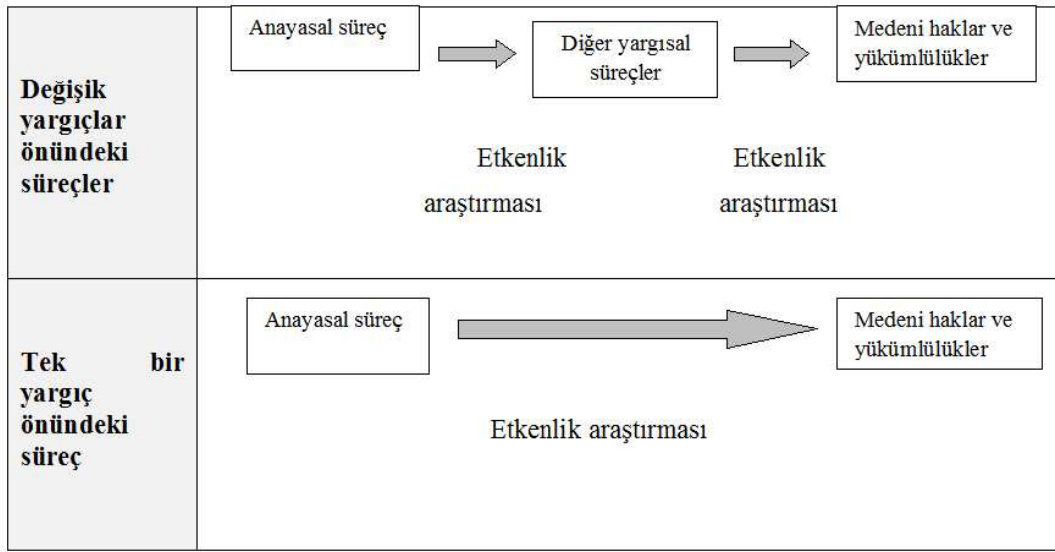
Görüldüğü gibi, makul süre ilkesi iki anahtar ifadeye dayanmaktadır: *mahkeme* ve *medeni hak ile ilgili nizalar* (uyuşmazlıklar). Davamızda iddiaların yoğunlaştığı noktayı göz önünde bulundurursak, Avrupa yargıcı geçmiş içtihadında, genelde, kararlarını “*mahkeme*” terimi üzerine oturtmaktadır: bazı devletlerin ileri sürdüğü “normal yargıç” ve “anayasa yargıcı” arasındaki ayrıma ilişkin tartışmaları aşmak ve yetki ile denetim alanının daralmasını engellemek amacıyla, AİHM maddede yer alan “*mahkeme*” teriminin içerdiği bir olguya, yani “**yargısal süreç**” kavramına, dayanmaktadır. Ve yerleşmiş gerekçesinde, AİHM anayasa yargıcının önündeki süreci “yargısal sürecin” bir parçası olarak görmektedir. Ancak, bazı devletlerin itirazlarını göz ardı etmemek ve bu yargıcın özelliğinin altını çizmek adına, AİHM anayasal sürecin 6. maddeye tabi tutulmasını koşullandırmıştı. Bu koşula göre diğer süreçleri etkilediği takdirde anayasal süreç 6. maddeye tabi tutulabilmekteydi.

Böylelikle, AİHM anayasal sürecin denetimini “etkenlik kriteri” ile gerçekleştirir. Süreçler arasında bir zincir (silsile) oluştuğunu farz ederek, AİHM geniş bir süreci dikkate alır. Öyle ki, anayasal süreci bir bütünün içine almış, doğrudan “anayasal sürecin” haklar üzerindeki etkisini incelememiştir.

Oysa bizi ilgilendiren davada, değişik yargıçların önündeki süreçler sonucu verilmiş kararlar arasında bir silsile söz konusu olmadığından, tartışılan “yargısal süreç” sadece anayasa yargıcının önündeki süreçten ibarettir. Bu durumun farkı nedeniyle AİHM’nin daha uygun bir çözümleme yoluna başvurması gerekmektedir. Bu doğrultuda içtihat “yargısal süreç” kavramı ile “mahkeme” terimi üzerine kurulmuş iken, AİHM bu sefer, 6. maddede öngörülen ikinci anahtar kelimeye başvurur. “Mahkeme” terimi makul süre ilkesinin uygulanabilirliğini sınırlayıcı olması nedeniyle, Avrupa yargıcı kararını verirken daha geniş ve basit sonuçlara yol açan “medeni hak ve yükümlükler” ifadesine dayanmaktadır. Ve bu kavramı temele alarak, etkenlik kriterini uygulamaktadır.

Bu çerçevede, “bilinen ve klasik gerekçesini” hatırlattıktan sonra (§38 ve 39) AİHM “etkenlik kriterini” sadece anayasa sürecine uygulayarak anayasal süreç ve medeni haklar ve yükümlülükler arasındaki ilişkiye doğrudan aktarır (§41). Anahtar kelimenin seçimi ve etkenlik kriterinin uygulaması bazı farklılıklar içerse de, sonuç olarak bir değişikliğe yol açmamaktadır. Davadaki olayların özelliklerini sebep göstererek önceki kararlarında belirtmekten çekindiği anayasal süreç ve haklar arasındaki ilişkiyi bu sefer açık şekilde ortaya koymaktadır.

Çözümleme koşullarının farklılıklarını bir şema şeklinde aktarırsak, aşağıdaki tabloyu elde etmekteyiz.



Avrupa yargıcının içtihadını genel bir bakış açısından incelediğimizde bu sonuca ulaşmaktayız: Bir yargısal süreç “medenî hak ve yükümlülükler” (sivil hak) üzerinde belli bir etkide bulunduğu takdirde, 6. maddenin öngördüğü “makul süre” hükmü, niteliği veya özelliği her ne olursa olsun **tüm yargıçlara** uygulanır. Bu hukuki çözüm ile Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar sistematik olarak 6. maddeye hükümlü tutulmuyor iken (etkenlik araştırması), AİHM kendi yetki alanını genişletmektedir. Bunu olaylara dayalı çözüm kısmında da görebiliriz.

E. Olaylara Dayalı Çözüm:

AİHM “makul süre” ilkesinin uygulanabilirliğini incelerken yukarıda açıkladığımız ve maddenin yorumu sonucu belirttiğimiz hukuki çözümü oluşturan “anahtar kelimeleri” davadaki öğelerle karşılaştırmaktadır. AİHM Süßmann davasında kararını iki gerekçeye dayandırmaktadır. Bunlar yargıya varma yolunun iki ana aşamasını oluşturmaktadır, Avrupa yargısının belirtmiş olduğu denetim koşullarının belirli bir hedefe göre seçilmiş olduğunu göstermektedir.

1.- İlk olarak, AİHM davada söz konusu ihlal edilmiş hakkın niteliğini saptamaktadır (§42). Bu hak 6. maddenin öngördüğü “anahtar kelime” ile bağdaşıyor ise, 6. maddenin uygulanabilirliğini etkileyebilmektedir.

Uyuşmazlığın içerdiği parasal boyutun altını çizerek, AİHM, emekli maaşları ile ilgili yasal değişikliklerin 6. maddenin öngördüğü anlamda medeni (sivil) bir hakkı etkilediğini iki yöntem kullanarak

açıklamaktadır: “*In abstracto*” yorum tekniği ve de gereklilik kriterinin araştırması.

Hakkın niteliğini belirtme işlevinde Avrupa yargısı **hak bakımından objektif olgulara dayanır, yani “in abstracto”³⁵, dediğimiz yorum tekniğini kullanır**. Bu yöntemle göre yorumcu yorum sırasında kişisel, belirli bir çıkara dayalı ya da yönlendirilmiş olgu ve anlamlardan çekinmelidir. Hiçbir ayrımcı olguya başvurmadan, genel bir bakış açısından, hukuk kuralının anlamını belirlemekte ve de kararını vermektedir. Bu doğrultuda Sözleşmenin özünü oluşturan hak ve yükümlülüklerin tespiti sırasında, bu hakların korunmasında görevli olarak, AİHM, tarafların ve özellikle devletlerin iç hukuk düzenlerinde bu tür uyuşmazlığa konu haklara verilmiş anlam ve nitelik ile bu hakların tabii olduğu işlemin biçimi veya özelliğinden bağımsız şekilde değerlendirme ve nitelendirme işlevini yerine getirmektedir. Böylelikle hakkın niteliğini saptarken AİHM iç hukuk düzeyinde uyuşmazlığın sonuçlandırılmasında yer alan yargıcın “ayrıcalığını”, yani görev bakımından özelliğini göz önünde bulundurmamaktadır.

Bu yöntem ile “makul süre” ilkesinin tüm yargıçlara uygulanabilir olduğunu ifade edebiliyor olsa da, AİHM geçmiş içtihadından farklı olarak davanın özelliği nedeniyle anayasa şikayeti yolunun gerekliliğini vurgulamaktadır. Anayasa şikayeti yolunun söz konusu **hakkın korunmasında var olan son ve tek itiraz yolu olduğunu hatırlatması**, davanın özelliği haricinde (başka yargısal sürecin bulunmaması), anayasa yargıcının huzurundaki sürecin ve sonucun **davacının subjektif hakkı üzerindeki etkinliğinin büyük olduğunu bir işarettir**. Yani denetimin ikinci aşamasının bir göstergesidir.

2.- İkinci aşamada, AİHM tartışılmakta olan yargısal sürecin **hak üzerindeki etkinliğini** araştırır (§43 ve 44). Başka bir deyişle, anayasal sürecin hakkı ne kadar etkilemekte olduğunu değerlendirir. Denetimin bu sırasında AİHM “etkenlik derecesini” ön plana çıkarmak suretiyle daha önce açıkladığı **şikayet yolunun gerekliliğinden sonra bu yolun kullanımında elde edilebilen sonuçları** inceler. Bu tür değerlendirmeler şikayet yolunun sonuç açısından **gerçekliğini** incelemek demektir.

³⁵“*In abstracto*” yorum tekniği gerçek ve özel yerine, genel ve soyut olgu ve veriler bakımından yapılan bir yorumdur.

Genelde, şikayet yolunun hak üzerindeki etkenliği, verilmiş kararın sonucunu göz önünde bulundurarak değerlendirilir. Oysa denetimin bu aşamasında, önemle hatırlatmamız gereken bir olgu bulunmaktadır: İncelediğimiz davada Federal Anayasa Mahkemesi esasa dayalı bir karar vermemiştir. Alman yargıcı, ortaya konulan delillere bakıldığında, söz konusu hakkın ihlali ile ilgili yeterince kanıt bulunmadığını ifade ederek, davacının talebini kabul edilebilirlik açısından reddetmiştir. Bu koşullar altında itiraz yolunun kullanımında elde edilebilen sonuçların hak üzerindeki etkenliğinin değerlendirilmesi düşünülemez. AİHM'nin göstermiş olduğu kriteri basit şekilde uygularsak, burada etkinlik açısından bir sorunun bulunmadığını düşünebiliriz, çünkü ne de olsa esasa ilişkin olmayan bir karar, bir medeni hak üzerinde ne derece etkili olabilir ki? Daha doğrusu, etkili olduğunu söylemek zordur.

Ancak, kendi yetki alanının sınırlarının genişletilmesi için sunulmuş imkan karşısında, bu davanın özelliğine dayanarak, AİHM anayasa şikayeti yolunun varlığını pozitif ve de **kullanabileceği bir olguya dönüştürmek üzere, iki varsayıma dayanır**: Talebin kabul edilmesi durumu ve kanun değişikliklerinin anayasanın koruduğu hakları ihlal ettiğinin tespit edilmesi durumu. Yani AİHM Federal Anayasa Mahkemesi belirli bir yönde karar vermiş olsaydı, hak üzerinde belirli bir etkide bulunabileceğini göstermeye çalışmaktadır. Bunu 43.paragrafın başında “talebin kabulü durumunda” (*en cas succès d'un recours*), ve daha ileride “anayasal hakkın ihlali kararı ...Süssman'nın haklarının korunması” (*étaient contraires au droit constitutionnel de propriété... auraient conduit au rétablissement de M. Süßmann dans ses droits*) gibi ifadeleri³⁶ kullanarak ortaya koymaktadır.

Ancak, hemen hatırlatmak gerekir ki, çoğu hukuk sisteminde, mantıken, bir zararın incelenmesi “*in concreto*” yorum tekniğine dayanır ve dayandırılmalıdır; yani davacı gerçekten var olan bir zararın giderilmesini talep edebilir ve yargıç yaşanmış, gerçekleşmiş ve kanıtlanmış bir zarara ilişkin karar verebilir. Oysa bu davada “tam anlamıyla” bir zararın ve ihlal edilmiş bir hakkın bulunmaması, yargı işlevini kısıtlıyor ve istenen doğrultuda uygun bir sonuç elde edilmesini engelliyorsa da; bu varsayımlar sayesinde AİHM Federal Anayasa Mahkemesinin

³⁶ Söz konusu 43. paragrafta kullanılan fiiller, ifadeler ve belki daha fazlasıyla, AİHM'nin dayandığı varsayımı öne koymaktadır çünkü bu fiillerin çekimi şart kipiştir.

kararı ile medeni bir hak arasında “güçlü” bir etken ilişkisinin bulunduğunu ve denetimin gerekliliğini ortaya koymaya çalışmaktadır.

Nihayet, son olarak bu öngördüğü **etkenlik ilişkisini ve derecesini kullanabilir kılmak amacıyla**, formel bir engeli aşmak için **anayasa yargıcının vermiş olduğu kararın tipine ve türüne değinir**.

Federal Anayasa Mahkemesi “*mülkiyet hakkının ihlali bulunmadığı*” doğrultusunda değişik gerekçelere başvurarak talebin içeriğine bakmanın gereksiz bir işlev olduğunu ifade ederek talebi kabul edilebilirlik açısından reddetmişti. Oysa AİHM bu işlevin öngördüğü sonucun tersine ve usulün içerdiği özelliğe bakmaksızın, sunulmuş gerekçelerin esasa ilişkin olduklarını açıklayarak, anayasa mahkemesince verilen kararı kendi denetim alanına alır (§45). Unutmamak gerekir ki, daha önce açıkladığımız gibi, formel bir engeli aşarak, AİHM daha önce kurduğu varsayıma “yoğunluk”, “olasılık” ve “gerçeklik” katarak, desteklemeye çalışmaktadır. **İç hukukta verilmiş kararın türüne bağlı kalmayarak, kararın “gerçek” niteliği doğrultusunda davayı değerlendirdiğini** açıklar.

Sonuç olarak 6. maddenin bu davaya uygulanabilir olması yönünde karar verebilmek için, AİHM zorlayıcı tekniklere başvurmaya zorunlu görülmektedir.

AİHM’nin kararlarının yapısına yatkınlığı nedeniyle uyguladığımız Mousseron inceleme yöntemi sonucu, Süßmann kararının bir hukuk kuralının “yargısal anlamının” belirlenmesinde ne kadar açıklayıcı ve öğretici olduğunu görmekteyiz.

Geçmiş içtihatın doğrultusunda Süßmann kararıyla bir Anayasa Mahkemesinin 6. maddeye tabi tutulduğu kuşkusuz olmakla birlikte, belki daha önemlisi, AİHM’nin işlevi sırasında kullandığı yöntem ve tekniklerden dolayı ne kadar geniş ve özgün bir yetkiye sahip olduğu bir kez daha anlaşılmaktadır.

Yargıya varma işlevinin belirli bir mantık ve amaca göre yürütülüyor olmasının iç hukukta da var olan kimi Yüksek Yargıçların ortak bir özelliğini hatırlattığı kuşkusuzdur. Ancak, Avrupa yargıcının bu konudaki ayrıcalığı, koruduğu hakların nitelikleri gereği, kendi takdir alanının sınırlarını değerlendirir ve belirlerken, “**kısıtlayıcı**” **olguların (metinde ve davada) anlamını ve etkisini, çekinmeden, yönlendirmek ve bastırmaktır**. Ayrıca, müdahale araçlarını yeterince olasılıklı kılmak amacıyla **zorlayıcı kurgulardan kaçınmadığı** anlaşılmıştır.

Başvurduğumuz inceleme yöntemi sayesinde, Avrupa yargıcının denetimi sırasında daima geliştirici ve arttırıcı yöntem ve çözümlere başvurarak, yargısal işlevini öngördüğü çözüm yolu doğrultusunda yerine getirdiği sezilmektedir. Davada bulunan veriler ile sunulmuş gerekçeler karşılaştırıldığında, kararı veren makamın **basit bir “yasanın hizmetkari” olmadığı ve “anlam cambazlığından³⁷ çekinmediği** duygusunu uyandırmaktadır.

KAYNAKÇA

Jean-Marc MOUSSERON, *Inventer*, Centre du droit de l'Entreprise, 2001, in-8, rel.Ed, p. 429.

Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Technique contractuelle*, Edition Francis Lefebvre, 2010, p. 800.

Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Régis FABRE, Jean-Luc PIERRE, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, Edition Lexis Nexis, 4ème édition, mars 2012.

Pour une approche globale de l'influence de la convention européenne sur le contentieux constitutionnel, voir notamment:

- Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, “Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue sans paroles”, in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 403 et s.

- François LUCHAIRE, “Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme”, *Gaz.Pal.*, 10-12 juin 2007, pp. 11 et s.

- Françoise TULKENS, *Convention européenne des droits de l'homme et cours suprêmes*, 2009, http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/cedh_13fev2009/cedh_ftulkens_130209.pdf

AİHM, 16 Eylül 1996, 20024/92 sayılı “Süssmann/ Almanya” kararı.

AİHM, 23 Nisan 1993, seri A-262 sayılı Ruiz Mateos/ İspanya kararı.

³⁷ A. İlhan'ın “kelime cambazlığı” ifadesinden esinlenerek ve ona yakın kalarak, konumuzun özelliği doğrultusunda, makalemizde “anlam cambazlığı” ifadesine başvurmak uygun görülmüştür.