

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARININ İDARİ YARGI KARARLARINA
ETKİSİ

VOLKAN AKYÜZ

(2501070418)

TEZ DANIŞMANI

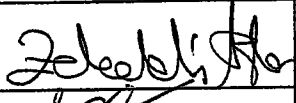
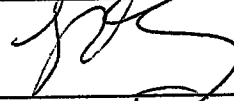
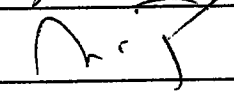
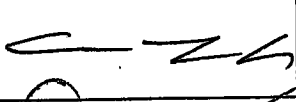
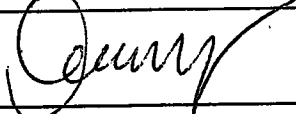
DOÇ. DR. MURAT YANIK

İSTANBUL - 2010

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAYI

Enstitümüz KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI 2501070418 numaralı VOLKAN AKYÜZ'ÜN hazırladığı "AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KARARLARININ İDARİ YARGI KARARLARINA ETKİSİ" konulu YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ ile ilgili TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca 29.09.2010 ÇARŞAMBA günü Saat: 11:00'DE yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin ~~KABULÜ~~'ne* OYBİRLİĞİ /~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI(*)	İMZA
PROF.DR. ZEHREDDİN ASLAN	KABUL	
YRD. DOÇ. DR.FERMAN DEMİRKOL	KABUL	
DOÇ.DR. HÜSEYİN ÖZCAN	KABUL	
DOÇ. DR. A. CANER YENİDÜNYA	KABUL	
YRD.DOÇ.DR. MURAT YANIK	KABUL	

ÖZET

Çalışmamızın konusunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Türk İdari Yargısına etkileri oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye tarafından kabul edilmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca kurulmuş bir mahkemedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının niteliği ve bu kararların idari yargı kararlarına ne şekilde yön verdiği, idari yargıcın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını, kendi kararlarına referans alıp alamayacağı, hususlarının açıklığa kavuşturulabilmesi amaçlanmıştır.

Tez çalışmamızın birinci bölümünde, konumuz ile alakalı sağlıklı bir değerlendirme yapabilmemiz için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikleri ve hukuki niteliği ele alınmış ve uluslararası hukukun iç hukukumuzdaki yeri ve uygulanabilirliği, 2004 yılı Anayasa değişikliğinden önce ve sonra olmak üzere iki yönlü olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve İdari Yargı arasındaki ilişki ve benzerlikler vurgulanmış, sonrasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ölçü norm veya destek norm olarak kullanıldığı örnek Danıştay ve idare mahkemesi kararlarına yer verilerek, sözleşmenin idari yargı kararları üzerindeki etkileri açıklanmaya çalışılmış.

ABSTRACT

The subject of our study is about the influences of the decisions of the European Court of Human Rights on the Turkish Administrative Jurisdiction. The European Court of Human Rights is a court established in the frame of the European Convention on Human Rights which is also ratified by Turkey. In this study, we aimed to clarify the following issues: the characteristics of the verdicts of

European Human Rights Court and how those verdicts affected the administrative judicial judgments in Turkey, and whether the administrative judges take the European Human Rights Court decisions into consideration as a reference point for his/her decisions.

In the first section of our study, we tried to examine the European Human Rights Convention and the properties and legal nature of European Human Rights Court. And we also dwelled on the place and applicability of international law in our domestic law in a bidirectional way in terms of the periods before and after the 2004 constitutional changes in order to make a good assessment about the subject.

In the second section of our study, firstly we emphasized the relationships and similarities between European Court of Human Rights and Administrative Justice. And then we tried to explain the influences of the Convention over the administrative jurisdiction decisions in Turkey by dwelling on the Council and Administrative Court's sample verdicts which have used the European Convention on Human Rights as measurement standards or standard support.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM	7
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ	7
A.AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ	7
1- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ	8
2- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ	14
3- AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ	16
B-ULUSLARARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER	17
1-ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ	18
a) Dualist (İkici) Görüş:	19
b) Monist (Birincil) Görüş:	21
2-AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TARAF DEVLET HUKUKLARINDAKİ YERİ	22
a-) Sözleşme Hükümlerinin Taraf Devletler İçin Öngördüğü Bağlayıcılığı:	23
b-) Devletlerin İç Hukuklarının Sözleşme'nin Statüsüyle İlgili Hükümleri:	24
C-AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TÜRK HUKUKUNDA YERİ	26
1-ANAYASALARIMIZDA ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN YERİ	27
2. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ BAKIMINDAN TÜRK HUKUK ÖĞRETİSİNDEKİ GÖRÜŞLER	30
a) Anayasada 2004 Yılında Yapılan Değişiklikten Önceki Tartışmalar:	30
b) 2004 Yılında Anayasada Yapılan Değişiklikten Sonraki Durum ve Tartışmalar	37
3-TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN YARGISAL DENETİMİ	44
4- YÜKSEK MAHKEMELERİN KARARLARINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA YÖNELİK DEĞERLENDİRMELERİ	47

a- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri _____	48
b- Yargıtay Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri _____	51
c- Danıştay Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri _____	52
II. BÖLÜM _____	56
TÜRK İDARİ YARGISI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ _____	56
A.TÜRK İDARİ YARGISI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE	
GENEL BAKIŞ _____	56
1-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI VE TÜRK İDARİ YARGISINDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ _____	59
2-İÇ HUKUK YOLLARI TÜKETİLMEYEN YAPILAN, BİREYSEL BAŞVURUNUN İDARİ YARGILAMA SÜRECİNE ETKİSİ _____	61
3- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İÇTİHADININ GÖRÜLMEKTE OLAN İDARİ DAVADA ETKİSİ _____	64
B. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ-İDARİ YARGI BENZERLİĞİ _____	66
III. BÖLÜM _____	68
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İDARİ YARGI KARARLARINDAKİ YERİ _____	68
1. YAŞAMA HAKKI _____	68
2. İŞKENCENİN ÖNLENMESİ _____	76
3. ADİL YARGILANMA HAKKI _____	80
a) Etkin Bir Şekilde Mahkemeye Başvurabilme Hakkı _____	81
b) Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme İlkesi _____	84
c) Yargılama Sürecinin Adil Olması, Silahların Eşitliği İlkesi ve Gerekçeli Karar _____	85
d) Aleniyet İlkesi ve Duruşma _____	89
e) Makul Süre İçinde Davanın Sonuçlandırılmaması _____	90
4. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI _____	94
a.Özel Hayat _____	95
b. Aile Hayatı _____	97
c. Haberleşme _____	99

d. Konut _____	100
5.DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ _____	102
a-Zorunlu Din Dersleri ve SistematiK Dinsel Telkin _____	104
b- Başörtüsü ve Güçlü ve Dışa Dönük Bir Dini Sembol _____	107
c- Kuran Kursları ve SistematiK Telkin _____	108
e- Bir İncanın Zorunlu İfadesi Olma _____	109
6. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ _____	110
7. DERNEK KURMA VE TOPLANTI ÖZGÜRLÜĞÜ _____	117
a-Toplantı Yapma Hakkı : _____	118
b-Dernek Kurma Hakkı: _____	119
c-Sendikalaşma Hakkı: _____	120
8. EVLENME HAKKI _____	126
9. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI _____	127
10. AYRIMCILIK YASAĞI _____	133
11. MÜLKİYET HAKKI _____	137
12. EĞİTİM VE ÖĞRENİM HAKKI _____	142
13. SEYAHAT ÖZGÜRLÜĞÜ _____	144
SONUÇ _____	151
KAYNAKÇA _____	155

KISALTMALAR

a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AB	: Avrupa Birliği
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	:Avrupa Konseyi
AKBK	:Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi
AY	: Anayasa
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BK	: Bakanlar Komitesi
BM	: Birleşmiş Milletler
C	: Cilt
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DD	: Danıştay Dergisi
E.	: Esas
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İHY	: İnsan Hakları Yıllığı

İLO :Uluslararası Çalışma Örgütü
İYUK : İdari Yargılama Usul Kanunu
K. : Karar
S : Sayı

GİRİŞ

Ulusal düzende yürütölen insan hakları mücadelesi, 19. yüzyıldan itibaren uluslararası alanda da sürdürölmüştür. Bireyin, uluslararası hukukun öznesi haline gelebilmesi İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'nın meydana getirdiği ve ulusal düzlemde açığa çıkan şiddetin ve yıkımın yeniden ortaya çıkmasını önleme arayışları, insan haklarının ulusal olduğu kadar uluslararası alanda da tanınması ve korunması sürecini doğurmuştur.

İnsan hakları, ilk kez Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'yla açıkça uluslararası hukuka konu olmuştur. BM Şartı ile insan hakları mücadelesi farklı bir boyuta taşınmış ve bu aşamadan sonra insan haklarının evrimi daha da hızlanmıştır. BM İnsan Hakları Komisyonu'nun insan hakları konusunda hazırladığı "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannameesi", BM Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 tarihinde kabul edilmiştir.

Daha sonra Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), aralarında Türkiye'nin de bulunduğu devletler tarafından 4 Kasım 1950'de imzalanmış ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir.

AİHS'nin sağladığı hakların güvencesi, yargısal kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından sağlanmaktadır. AİHS ve ek protokolleri, insan hakları için uluslar üstü güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası mücadele ve çalışmaların ortak bir ürünüdür. Bu alanda oluşturulmakta olan uluslararası koruma düzeni, insan hakları kavramına bir başka boyut kazandırmakta ve normal hukuk düzeninin ötesinde öncelik sağlamaktadır.

Bir anlamda, uluslararası insan hakları düzeni, ulusal hukuk düzenlerinin ötesinde geçerlilik kazanmakta ve insan haklarını çiğneyen devletlere ve bu duruma çözüm getirmeyen ulusal hukuklara karşı alternatif hukuk düzeni olarak devreye girmekte; temel hak ve özgürlükleri çiğnenen tüm insanları hiçbir fark ve ayırım

gözetmeden koruma altına almaktadır.

Türkiye AİHS'ni 10 Mart 1954'de onaylamış, onay belgesinin 18 Mayıs 1954 de Avrupa Konseyi'ne verilmesi ile sözleşme Türkiye için yürürlüğe girmiş ve Türk hukukunun bir parçası olmuştur. Türkiye, bireysel başvuru hakkını ilk kez 28 Ocak 1987'de tanımış ve 11 nolu Protokol yürürlüğe girene kadar üçer yıllık sürelerle uzatmış, daha sonra 14 Mayıs 1997'de onaylanan 11 nolu Protokolün yürürlüğe girmesiyle de artık herhangi bir süre kısıtlaması olmaksızın tanımıştır. 25 Eylül 1989 tarihli ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de, AİHM'nin yargı yetkisini kabul etmiştir.

Türkiye, iç hukukunu AİHS'ne uygun hale getirme yükümlülüğü altına girmiş olmasına rağmen, AİHM'ne bireysel başvuru hakkını tanıdığını bildirdiği 28.01.1987 tarihine kadar bu yükümlülüğün gereklerini tam anlamıyla yerine getirmemiştir. Bireysel başvuru hakkı tanındıktan sonra AİHM tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının ve AB'ne üyelik çabalarının itici gücü ile iç hukuk hükümlerinde Sözleşme'ye uygun değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler 2000'li yıllarda artarak devam etmiştir.

Bu değişikliklerin en önemlisi kuşkusuz, 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümleri esas alınır." ifadesinin eklenmesidir. Bu ifadenin eklenmesi "AİHS'nin iç hukuktaki yeri" tartışmalarını bitirmemiş olsa da, tartışmaların boyutunu değiştirmiş, Sözleşmenin konumunu kısmen açıklığa kavuşturmuştur.

AİHS'nin düzenlediği bir konuda kanunların ve Anayasanın suskun kaldığı durumlarda, Anayasanın 90. maddesine eklenen kural uyarınca, kanunlar gibi, kendiliğinden uygulanabilir niteliktedir. Sözleşme hükümleri tüm devlet organları, idari makamlar ve yargı yerlerince doğrudan uygulanabilir ve Sözleşme hükümleri ile kanunun çatıştığı ve Anayasanın da bir hüküm içermediği durumda, Sözleşmenin uygulanması gerekmektedir. Anayasa ile Sözleşmenin çatışması halinde, 2004 Anayasa değişikliğiyle getirilen kuralın, bu noktada açıklama getirmekte yetersiz kalmaktadır.

Ülkemizde, AİHM tarafından verilen kararların daha çok adli yargı, özellikle de ceza yargısına ilişkin olanları bilinmekte ya da ilgi çekmektedir. Oysa AİHM, sadece adli yargının görev alanına giren konularla ilgili kararlar vermemekte, ayrıca idari yargının görev alanına giren konular ile ilgili pek çok uyuşmazlıkta da karar verdiği görülmektedir. Ayrıca AİHS'nin düzenleme alanını idare hukukuna, AİHM'ni de idari yargıya benzer yanları çoktur. AİHM'nde de, idari yargıda da taraflardan en az birinin devlet olması, her iki mekanizmanın varlık sebebinin de, sınırsız kamu gücü karşısında bireylerin haklarını güvenceye almayı amaçlaması bu benzerliklere örnek olarak sayılabilir.

İşte bu çalışmamızda öncelikle idari yargı ile AİHS ve AİHM arasındaki ilişkinin ortaya konması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, AİHS'nin idari yargı kararlarında destek norm ya da ölçü norm olarak kullanılabilirliğini tartışmak, AİHM'nin idari yargıya ilişkin kararlarının da olduğunu ve idari yargıcın, AİHM içtihatlarını takip etmesi gerektiğini ve kararlarında bu içtihatlarla yer verilebileceğini göstermek amaçlanmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, AİHS'nin özelliklerine, diğer uluslararası sözleşmelerle arasındaki farklara, AİHM'nin kuruluşu, yapısı, işleyişine, Avrupa Konseyi'nin yapısı, işleyişine yer verilerek, uluslararası sözleşmeler ve özellikle de AİHS'nin ve AİHM kararlarının diğer taraf ülkelerin iç hukuklarındaki yeri ve önemi üzerinde durulacaktır. AİHS'nin Türk Anayasası'ndaki yeri incelenerek, 2004 yılında 90. maddede yapılan değişiklik öncesi ve sonrası Sözleşmenin normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda ve İç hukukumuzda uluslararası anlaşmaların yargısal denetiminin yapılıp yapılamayacağı konusunda yaşanan tartışmalara yer verilecektir. Son olarak yüksek mahkemelerin (Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay) bazı kararlarından yola çıkarak, AİHS ve AİHM kararlarına bakış açısını yansıtmaya çalışılacaktır.

Yüksek mahkemelerin, AİHS ve AİHM kararlarına veya içtihatlarına, hukuka aykırılığın saptanmasında, ulusal mevzuatın yorumuyla ulaşılmış olduğu çözümü desteklemek veya güçlendirmek amacıyla ya da ulusal normla birlikte başvurduğu görülmektedir. Sözleşme hükümlerinin doğrudan ölçü norm olarak kullanılması ise, daha çok ulusal yasaların düzenlemediği veya bir çözüm

öngörmediği alanlarda söz konusu olmaktadır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde genel olarak idari yargı ile AİHS ve AİHM arasındaki ilişki incelenmeye çalışılmıştır. İkinci bölümün ilk kısmında insan haklarının idari yargı konularını da kapsadığı ve bu konuların uluslararası nitelik taşıyabileceği vurgulanmaktadır.

İnsan hakları uygulaması tedricen bir ülkenin iç sorunu olmaktan çıkmakta ve giderek ekonomik, idari kolluk dâhil, idarenin malî sorumluluğu ve mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı gibi pek çok alanda idare hukuku ve idari yargıyı daha fazla ilgilendirmektedir. İdare hukuku insan hakları boyutunu da içerecek şekilde kısmen de olsa küreselleşme sürecinden etkilenmektedir. Bu durum, idare hukukunun özellikle insan hakları, ekonomi, çevre gibi bazı ilgili alanlarında daha da belirginleşmekte ve giderek uluslar üstü nitelik taşımaktadır¹.

Sözleşmeye imza koyan devletler, Sözleşme'nin 46. maddesinde, AİHM'nin kesinleşmiş kararlarına uyma taahhüdünde bulunmuşlardır. Mahkeme'nin kesinleşen kararları bu anlamda bağlayıcıdır. Mahkeme kararlarının bu bağlayıcılığı, taraf devletin hükümeti için geçerlidir. Hükümetler, Mahkeme kararı ile saptanan ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması ve eski halin geri gelmesi için, gerekli önlemleri almak, işlem ve eylemleri yapmak zorundadırlar. Üye devletlerin bu zorunluluğu yerine getirme konusundaki uygulamaları çeşitlilik arz etmektedir. İhlal kararının alınmış olmasının, iç hukukta, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması yolunda düzenlemeler yapılması, bu uygulamalardan biridir.

Türk idari yargı düzeninde, kesin hüküm halini almış bir yargı kararının ortadan kaldırılması, ancak, yargılamanın yenilenmesi müessesesinin işletilmesiyle olanaklıdır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Yargılamanın Yenilenmesi" başlıklı 53. maddesinin 1. fıkrasında yazılı yargılamanın yenilenmesi nedenlerine, 19.7.2003 tarihinde yapılan kanun ile "AİHM'nin davada Sözleşme hükümlerinden birinin ihlal edildiğini saptayan kesinleşmiş kararları" da eklenmiş oldu. Çalışmamızın ikinci bölümünün ilk kısımlarında İdari yargıda yargılamanın

¹Oğuz Sancakdar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hâkiminin Vereceği Kararlara Etkisi", Sempozyum **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no.74 s.212

yenilenmesi açısından, kesinleşmiş AİHM kararlarının idari yargı kararlarına etkisi üzerinde durulmuştur. Yine bu çerçevede idari yargıcın AİHM içtihatlarını gözetmesi gerekip gerekmediği tartışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünün ilk kısmının sonunda da idari yargı düzeni ile AİHM'si yargısı arasında var olan benzerlikler üzerinde durulmuştur.

AİHS ve AİHM kararlarının Türkiye'deki mevcut idari yargı mercilerinin (Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri ve İlk derece İdare ve Vergi Mahkemelerinin) vermiş olduğu kararları üzerindeki etkilerinin ne olduğu ağırlıklı olarak çalışmamızın ikinci bölümünün son kısmında, Sözleşme maddeleri üzerinde yapılacak incelemeler ile ortaya konulmaya çalışılacaktır. Tabii bu etkileri incelerken bize yol gösterecek olan da, AİHM'nin idari yargı konuları ile ilgili karar örnekleri ve şu ana kadar idari yargı mercilerince AİHS ve AİHM kararlarına atıf yapılarak veya doğrudan ulusal hukuk aşılarak onun yerine kullanılıp uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin verilen karar örnekleri olacaktır.

Sözleşmenin "insan haklarına saygı yükümlülüğü" başlığını taşıyan 1. maddesinde "Yüksek Sözleşen Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar" deniliyor. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre maddede geçen "tanırlar" ("tanıma" taahhüdü) deyimini, taraf devletlere, sadece bireyin, hak veya özgürlük olarak tanınmış serbest hareket alanındaki eylemlerine müdahale etmemek, (kullanılmasını engellemek) mükellefiyetini değil; fazla olarak bunların fiilen ve gerçekten kullanılmasını sağlamaya yönelik uygun önlemlerin de alması mecburiyetini getirmektedir.² Sözleşmenin idari yargıyı ilgilendiren konuları genellikle devletin pozitif yükümlülüğü ile ilgili konulardır.

Devletin bu pozitif yükümlülüğü, özellikle Sözleşme'nin "hayat hakkına" ilişkin 2. maddesi, "işkence ve kötü muamele yasağına" ilişkin 3. maddesi, "âdil yargılama isteme hakkına" ilişkin 6. maddesi, "özel hayatın, aile hayatının, konutun vb. korunmasına" ilişkin 8. maddesi, "inanç ve din özgürlüğüne" ilişkin 9. maddesi, "ifade özgürlüğüne" ilişkin 10. maddesi ve "dernek kurma ve toplantı özgürlüğüne" ilişkin 11. maddesi uygulamalarında büyük önem kazanmaktadır.

² A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2004,s. 24–25.

Yine Sözleşmenin “Evlence Hakkına “ ilişkin 8. maddesi, “Etkin Başvuru Yoluna” ilişkin 13. maddesi ”Ayrımcılık Yasağına” ilişkin 14. maddesi İdari Yargı kararlarına konu olmuş Sözleşme maddeleridir. Ayrıca Sözleşmenin Ek Protokollerinde yer alan “mülkiyet hakkı”, “eğitim hakkı”, “seyahat özgürlüğü” maddeleri idari yargıyı ilgilendiren ve birçok idari yargı kararına konu olmuş maddelerdir.

Türkiye, AİHS’ni imzalamış ama bu Sözleşmeyi hayata geçirmede çok başarılı olamamış, insan hakları ihlalleri nedeniyle yüklü miktarda tazminat ödemek zorunda kalmıştır. AİHS, bu Sözleşmeye taraf devletleri ortak bir demokrasi standardına zorlayan bir “Avrupa Anayasası” konumuna gelmiştir.

Demokrasinin korunması düşüncesi temel alınarak hazırlanan ve Türkiye’nin iç hukukunun bir parçası haline gelmiş bulunan Sözleşme hükümlerinin, AİHM’nin içtihatları doğrultusunda anlaşılacak Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve diğer mahkemelerce takip edilmesi ve uygulanması gerekmektedir. Bu tezde özellikle vurgulamak istenilen husus budur.

Bu tezin konusu, AİHM kararlarının Türk idari yargısına etkileri olduğundan, konu bakımından, ülkemizde AİHS hükümleri ve AİHM kararları doğrultusunda sadece idari yargı ile sınırlı tutulmuştur. Yine, AİHS’nde yer verilen hak ve özgürlüklerin idari yargıyı ilgilendirdiğini düşündüğümüz maddelerin tamamına yer vermeye çalışılmıştır. Bu sözleşme maddeleri incelenirken, bu maddelerin tezin konusu dışına çıkılmamaya çalışılarak, idari yargıda görülen uyuşmazlıkları ilgilendirdikleri ölçüde açıklanmıştır.

I. BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

A.AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

İkinci Dünya Savaşı'nın neden olduğu yıkıntılar, ölümler, korku, dehşet, açlık, sefalet, toplumsal buhran, işkenceler ve zulüm dünya kamuoyunda, insanlık için sürekli bir barışın kurulması, insanlığın savaşımlara, hukuksuzluğa, diktatörlük tehlikesine ve baskılarına karşı korunması isteğini doğurmuştur.³ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, 1945 yılında BM Antlaşması'nı imzalayan devletler, insanlığa ve insan haklarına yapıla gelen saldırıların önlenmesi için yeni bir çaba içine girmişlerdir.⁴

Dünyanın benzeri durumlara sürüklenmesini ve insanlığın aynı dramları yaşamasını önlemek için çeşitli uluslararası sözleşme ve hukuk belgeleri geliştirilmiş ve kaleme alınmıştır. Yaşanan olumsuzluklar nedeniyle devlet ve egemenlik anlayışı ulusal ve uluslararası boyutta büyük sarsıntılar geçirmiştir. Asırlarca etkili olan "devletin en yüksek değer olduğu" inancı bu suretle dönüşüme uğramış ve ona kendi vatandaşları üzerinde sınırsız ve kontrol edilemez güç verilmemesi gerektiği kabul edilmiştir. İki dünya savaşı sonrası güvenilirliği sarsılan devlet, egemenliğinin uluslararası sorumluluk ve denetim altına alınması zorunluluğu kendini göstermiş ve buna gerek duyulmuştur. Bu anlayışın sonucu insan haklarının ortak bir teminata kavuşturulması suretiyle devletin bu alanda vatandaşları üzerinde tek başına yetkili olmasına son verilmiştir.⁵

³ Ahmet Taşkın, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı" <http://www.yeniforumuz.biz/avrupa-insan-haklari-sozlesmesinde-adil-t407619.html> 10.01.2010

⁴ A.Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı**, 1987, c.9,s.3

⁵ Özdemir Özok, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı adlı paneldeki açılış konuşması", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003, s.7

Bunun sonucu olarak 10 Aralık 1948 de BM Genel Kurulu tarafından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi kabul edilmiştir. Bu bildiri, dünya toplumunun özlemini yansıtır.⁶ İnsan haklarını evrensel bir sorun olarak ele alan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) insan hakları hukukunun uluslararası ilk ve temel belgesidir. Bu bildirge insan haklarının gerçekleşmesi yolunda yüzyıllar boyunca süren mücadelelerin ve çabaların bir sonucudur. Ancak, bildirgenin hukuki açıdan bağlayıcılığı çok sınırlı ve insan haklarının ihlali halinde herhangi bir yaptırımı öngörülmüş olmaması nedeniyle, bildirgede yer alan ilkelerin evrensel düzeyde tüm olarak uygulamaya konulması mümkün olmamıştır.⁷

İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin daha etkili bir biçimde korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleşmesi için 4 Kasım 1950 'de AİHS imzalandı. AİHS, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu Avrupa Konseyi⁸ üyesi on iki devlet tarafından Roma'da imzalandı. Sözleşme 3 Eylül 1953 günü yürürlüğe girdi. Üye devletler, Avrupa Konseyi Statüsünün önsözünde, gerçek demokrasinin özünü oluşturan ve halkların ortak mirası olarak kabul ettikleri bireysel ve siyasî özgürlüklerle, hukukun üstünlüğü ilkesine uymayı kabul ve taahhüt etmişlerdir.

18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun(AİHK) ilk üyeleri Bakanlar Komitesince seçilmiş, böylece Sözleşmenin denetim sistemi ilk haliyle işlerlik kazanmıştır. Bu denetim sistemi 31 Ekim 1998 tarihinde 11 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesine kadar uygulanmış olup, 11 Nolu Protokol ile sistem yenilenmiştir.⁹

1- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ

⁶ Gözübüyük, a.g.e. s.3

⁷Nuri Alan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı adlı paneldeki açılış konuşması", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003, s. 15

⁸ Ekrem Çetintürk, "Avrupa Konseyi ve İnsan Haklarının Korunması", Adalet Dergisi, ,Mayıs 2004, Sayı 19, s.21–22 "Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği Konseyi ile karıştırılmamalıdır. İki teşkilat birbirinden farklıdır. Avrupa Konseyi Avrupa'nın 44 demokratik ülkesini bir araya getiren ve merkezi Strasbourg olan bir uluslararası kuruluş iken, Avrupa Birliği Konseyi, Avrupa Birliği'nin politikasının belirlenmesi amacıyla, 25 Avrupa Birliği üyesinin devlet veya hükümet başkanlarının katılımıyla düzenli olarak toplanan bir Avrupa Birliği organıdır. Bununla beraber Avrupa Birliği'nin 15 üyesinin hepsi Avrupa Konseyi üyesidir."

⁹ Osman Ermumcu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", <http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/> ,11.01.2010

AİHS bölgesel nitelikte olmakla birlikte, büyük ölçüde İHEB'nden esinleşmiştir. Beyanname'den farklı olarak, insan haklarının korunması için etkili bir yargısal denetim düzeni kurmuş, sözleşmenin ihlali halinde, taraf devletleri belli yükümlülükler altına almış ve bireyleri kurduğu hukuk düzeninin özneleri olarak kabul etmiştir.¹⁰

Uluslararası sözleşmeler, genelde uluslararası hukuk özneleri olan devletler arasındaki ilişkileri düzenlerler ve ülke çıkarlarını gözetirler. Ancak Avrupa AİHS'nin özneleri herkeştir, her insandır. Çünkü bu insan hakları sözleşmesidir. Bu konuda yurttaş-yabancı ayırımı yapılamaz. Sözleşme'ye katılmamış ülkelerden Sözleşme'yi benimsemiş ülkelere gelen kişiler de bu Sözleşme'den yararlanırlar. Sözleşme bu durumyla uluslararası hukuk alanında yenilikler getirmiş, bireyi devlete karşı hak öznesi kılmış ve güçlendirmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesinde geçen "her kişi" ifadesi, hem yukarıdaki nitelikleri, hem de Sözleşme'nin evrenselliğini içermektedir.¹¹ Bu haliyle Sözleşme, bireye koruma altına aldığı hak ve özgürlükler açısından uluslararası bir güvence sağlamaktadır. Sözleşme gereği birey, hakkının ihlal edildiğini ve ulusal yargı mercileri nezdinde hakkını alamadığını düşündüğünde, AİHM'si önünde hakkını arayabilecektir.

Sözleşme ile getirilen denetim sisteminin en önemli parçası olan bireysel başvuru hakkı ile bireyler, uluslararası hukuk süjesi haline gelmiştir. Sözleşme'de öngörülen bu düzenleme sayesinde, kişiler, devlete karşı etkin bir şekilde korunabilmektedir.

AİHS'nin öncelikli amacı, demokratik bir toplumda insan haklarını uluslar üstü kolektif bir garanti sistemi ile yargı yoluyla korumaktır. Sözleşme, güvence altına alınan hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi ödevini, yalnız sözleşen devletlere yüklemekle kalmamış, hak ve özgürlüklere saygıyı sağlamak üzere bir Mahkeme yani yargısal nitelikte bir denetim organı öngörmüştür.¹² Sözleşme, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak bir denetim ve yaptırım mekanizması

¹⁰ Alan, a.g.e s.17 "Temelinde hukuki bir kavram olan insan hakları, bugün siyasi bir boyut kazanmıştır. Tek kutuplu dünyada üzerinde güçlü devletlerin ya da uluslararası kuruluşların, bakla devletlerin içerisine müdahale, hatta onların devlet yapılarını değiştirme yolunda insan haklarını bir dış politika aracı haline getirdikleri, siyasi bir malzeme olarak kullandıkları görülmektedir."

¹¹ A.Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 6.Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2005, s.12

¹² Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.16.

kurmuştur. Denetim mekanizmasını oluşturan AİHM, akit devletlerdeki insan hakları ihlallerine ilişkin şikâyetleri inceleyerek, kararlarını gereği yapılmak üzere Bakanlar Komitesi'ne sunmaktadır.¹³ Temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireyler, ihlalci devleti AİHM'ne şikâyet edebileceklerdir. Ayrıca, Mahkeme kararlarına uyulup uyulmadığı Bakanlar Komitesi'nce takip edilmekte, ihlali sürdüren ilgili devlete yaptırım uygulanabilmektedir. Bu durum, Sözleşmeyi diğer uluslar arası sözleşmelerden ayıran en önemli özelliklerden birisidir.

AİHS'ni uluslararası antlaşmalardan farklı kılan unsur, AİHS'nin taraf devletler arasında karşılıklılık prensibine dayanmayan ve kişilerin temel haklarını taraf devletlerden herhangi birinin ihlâl etmesine karşı korumak için düzenlenen objektif yükümlülükler meydana getirmesidir.¹⁴ Bu çerçevede Sözleşme'nin amacı, kişi haklarının korunması için bağımsız bir hukuk düzeni kurulmasıdır.

AİHS'nin 1. maddesine göre, Sözleşmeyi imzalayan devletler, kendi yetki alanlarında bulunan herkese sözleşmede belirtilen temel hak ve özgürlükleri tanımak yükümlülüğü altındadır. Taraf devletlerin, Sözleşmeyle teminat altına alınan temel hak ve özgürlükleri kendi iç hukuklarına dâhil etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Sözleşmenin uygulanması açısından vatandaşlık önemli değildir. Sözleşme, sözleşmeyi imzalayan devletlerde bulunan vatandaş veya yabancı hakkında uygulanır.

Sözleşme organlarının kararları hiçbir zaman iç hukuk makamlarının kararları yerine geçemez ve yargı kararlarını bozucu etki yapamaz. İç hukuk makamları, Sözleşme organları kararlarının uygulanması amacıyla gerekli önlemleri kendi iç hukuk kuralları doğrultusunda almak durumundadırlar.¹⁵

Sözleşme'nin öngördüğü koruma, tamamlayıcı bir korumadır. Sözleşme organları ulusal temyiz yerinin üstünde, ikinci bir temyiz yeri değildir. Bunların görevi, Sözleşme kurallarının çiğnenip çiğnenmediğini saptamaktır.¹⁶ Sözleşme'nin 35. maddesinde başvuruların kabul edilebilirlik koşulları arasında "Uluslararası Hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının

¹³ Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Kültür, Sanat ve yayın Kurulu, No:89,Ankara,2001, s.5.

¹⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e.,s.15.

¹⁵ Şermin Birtane, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargı Kararlarına Etkileri" Tez Çalışması, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007. s.17

¹⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.15.

tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye" başvurulması şart koşulmuştur. Sözleşmenin sağladığı güvence ikincildir. Yani Sözleşme'de öngörülen bir hakkın ihlâl edildiğini düşünen kişi, kural olarak, önce ulusal başvuru yollarını tüketmesi gerekir.

AİHS durağan bir metin değildir. Demokrasinin gelişimi ve değişen dünya düzeni dikkate alınarak, eklenen yeni protokollerle, hak ve özgürlüklerin sınırı genişletilmekte ve nitelikleri arttırılmaktadır. Sözleşme imzalandığı günden bugüne kadar, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve hürriyetlerin içeriği, AİHK ve AİHM kararlarında belirlenerek geliştirilmektedir.

Sözleşmeler kendi koydukları kurallara göre değiştirilebilir ya da kaldırılabilir. Sözleşmeye kanunla ekleme, çıkarma veya değişiklik yapılamaz. Devletlerin tek yanlı olarak sözleşmeyi değiştirmeye hakları yoktur. Sözleşme devletlerin çekince koyma haklarını da sınırlandırmıştır.

Sözleşme'nin 57. maddesine göre "Bu Sözleşme'nin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında her devlet, Sözleşme'nin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir yasanın bu hükme uygun olmaması ölçüsünde bir çekince kaydı koyabilir. Bu madde genel nitelikte çekinceler konmasına izin vermez; Bu maddeye uygun olarak konulacak her çekince, sözü edilen yasanın kısa bir açıklamasını içerir."¹⁷

Bu madde ile ulusal mevzuatların Sözleşme hükümleri ile uyumlaştırılması açısından, taraf ülkelere bir hak tanınmıştır. Ancak, bu hak sınırlandırılarak genel nitelikte çekinceler konulmasına izin verilmemiş, ayrıca her çekince, çekince konulmasının gerekçesi olan yasanın açıklanması istenmiştir. Ancak, örneğin ölüm cezasının kaldırılmasına dair 6 Nolu ek Protokolün 4. maddesinde, Sözleşme'nin 57. maddesine dayanılarak bu Protokol'ün hükümleriyle ilgili hiçbir çekince konulamayacağı belirtilmiştir.¹⁸

AİHS'nde temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirilebilir. Örneğin, Sözleşmenin 15. maddesine göre, savaş veya milletin varlığını tehdit eden diğer genel bir tehlike halinde, her taraf devlet durumun gerektirdiği ölçüde ve devletler hukukundan kaynaklanan diğer yükümlülüklerle çelişkili olmamak kaydıyla,

¹⁷ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> AHİS metni 07/02/2010

¹⁸ Birtane, a.g.e. s.20

sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranabilir. Bu durumda, alınan tedbirler ve bunları gerektiren sebepler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bilgi verilecektir.¹⁹

Ancak, Sözleşme'ye taraf devletlere tanınan kısıtlama yetkisi sınırsız değildir. Sözleşme, bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla, toplumun meşru hakları ve demokratik kurumların korunması dengesi üzerine kurulmuştur. Diğer bir deyimle, kişi yararı ile toplum yararı dengede tutulmalı ve yalnız toplum yararının üstün tutulmasının gerektiği hallerde, demokratik bir toplumun zorunlu kıldığı ölçüde müdahalede bulunulmalıdır. Bununla beraber, birtakım mutlak haklar vardır ki, söz konusu denge ne olursa olsun, bunlar daima korunmalıdır. Bu tür haklar hiçbir şekilde kısıtlanamaz. Yaşam hakkı, işkence yasağı ve kötü muameleye maruz kalmama hakkı, suç ve cezaların yasallığı, zorla çalıştırma yasağı gibi temel hak ve özgürlükler bunların başında gelmektedir. Nitekim 15. maddenin 2. fıkrasında da savaş veya bir milletin varlığını tehdit eden diğer tehlike hallerinde bile, söz konusu haklara saygı gösterileceği açıkça belirtilmiştir.²⁰

Sözleşmenin 17. maddesi sözleşme hükümlerinin yorumlanmasına bir sınır getirmiştir. Bu maddeye göre, "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz."²¹

Sözleşmenin belirli karakterlerini dikkate alarak AİHM birkaç yorum prensibi getirmiştir. Bu prensiplerden en önemlileri şunlardır:

İlk olarak, ulusal hukuklarda yer alan benzer kavramlara karşı Sözleşme kavramları bağımsızdır. Birçok hükmünde Sözleşme taraf devletlerin iç hukuklarında bulunan kavramlara yer vermektedir. Sözleşme kavramlarına verilecek olan somut anlam ulusal hukukun bu kavramlara verdiği anlamla özdeşleştirilecek olursa, çeşitli taraf devletlerin ulusal hukukları farklı şekillendiğinden dolayı Sözleşme sistemi altında eşit olmayan bir koruma söz konusu olurdu. Bu tür bir eşitsizlikten kaçınmak ve Sözleşmede korunan haklar açısından devletler arası tutarlılığı

¹⁹ Birtane, a.g.e. s.19

²⁰ Ünal, a.g.e., s.71

²¹ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm>

sağlamak amacıyla Mahkeme, Sözleşmede kullanılan terimlerin iç hukuklardaki anlamlarından bağımsız olduklarını kabul etmiştir. Bununla birlikte, ilgili devletlerin yasaları büsbütün önemsiz değildir; Bunlar analiz için başlangıç noktaları oluşturur. Benzer şekilde, taraf devletlerin hukuk sistemlerinin mukayeseli çalışması ortak yaklaşımların varlığını ve Sözleşme'deki kurumların özünün tek tip olmasını ortaya koyabilir.

İkinci olarak, toplumun değişen ihtiyaçlarına göre Sözleşme güvenceleri uyarlanarak Sözleşme metni geliştirici olarak yorumlanmalıdır. Sözleşmede ifade edilen kavramların çoğu, demokratik toplumun hukukî ve sosyal yapısıyla bağlantılıdır. Bunun sonucu olarak, Sözleşme normları statik olmayıp zamanın geçmesi ile ilerlemeye ve geliştirmeye açıktır. Sözleşmenin zaman içinde etkisiz kalmasının önlenmesi ve demokratik toplum hayatındaki değişen değer yargılarını yansıtması açısından geliştirici yorum tarzının benimsenmesi çok önemli bir ihtiyaçtır. Mahkeme bu işlevinin farkındadır ve bunu kararlarında açıklıkla dile getirmektedir.

Üçüncü olarak, taraf devletlere Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesinin yöntemi hakkında takdir yetkisi tanınmıştır. Bir bütün olarak Sözleşme genel ifadelerle standartlar koyar, tek tip kurallar koymaz. Sözleşme standartlarını yerine getirme, ülkelerin hukukî, sosyal ve siyasi şartları ve yetenekleri doğrultusunda farklı şekillerde olabilir. Ulusal makamlar, öngörülen standartları hayata geçirme yolları hakkında bir tercihe veya bir takdir yetkisine sahiptir. Strasbourg içtihat hukuku bu durumu, taraf devletlerin "hareket alanı"na sahip oldukları şeklinde ifade etmektedir. Mahkeme'ce, Sözleşmenin ihlali tespit edilirse, millî makamlar hareket alanlarını aşmışlardır demektir."²²

Özetle Sözleşmenin özellikleri;

- Bireyi uluslararası hukukta da hak sahibi yapmıştır.
- Sözleşmenin temelini bireysel başvuru hakkı oluşturmaktadır.

²² Vahit Bıçak, "Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", Anayasa Yargısı, Ankara 2000, Cilt 17, s. 107–108

• Her sözleşen devletin birbirini de denetleyebilme mekanizmasını getiren devlet başvurusu (ortak güvence) söz konusudur.

• Sözleşmenin sağlamaya çalıştığı güvence tali bir güvencedir.

• Karşılıklılık ilkesi geçerli değildir. Sözleşmeden doğan yükümlülükler nesneldir. Kişilere sağlanan temel hak ve Özgürlüklerin, sözleşen devletlerce çiğnenmesini, karşılıklılık koşulu ve vatandaşlık bağı aranmaksızın korumaya yöneliktir.

• Sözleşmenin sağladığı haklardan yabancılar da faydalanır.

• Sözleşme yargısal organlara koruyuculuk görevi vermiştir.

• Ulusal hukuku etkiler.

• Temel hakları belirtirken bunlara bazı kısıtlamalar da getirmiştir (savaş vb. durumlar).

• Devletlerin çekince koyma hakkını sınırlandırmıştır.²³

2- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

11 numaralı Protokol ile değişik Sözleşme ile kurulmuş olan, AİHM akit Devletlerin sayısına (bugün akit Devletlerin sayısı kırk dördtür) eşit sayıda hâkimden oluşmaktadır. Aynı tabiiyetten olan hâkim sayısına ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Hâkimler her seferinde altı yıl için Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından seçilirler. Hâkimler Mahkeme'de kendi adlarına yer alırlar ve hiçbir Devleti temsil etmezler. Bağımsızlık ve tarafsızlık görevleri ya da daimi görevin gerekleri ile bağdaşmayacak hiç bir faaliyette bulunamazlar. Hâkimlerin görevleri yetmiş yaşında son bulur.²⁴

Mahkeme önüne gelen başvuruları incelemek üzere, üç yargıçlı "Komiteler", yedi yargıçlı "Daireler" ve on yedi yargıçlı bir "Büyük Daire" şeklinde toplanmaktadır. (AİHS. md.27/1, AİHM İçtüzüğü md.26–27).

Her Sözleşen Devlet veya Sözleşme'nin ihlali dolayısıyla mağdur olduğunu düşünen her kişi, bir Sözleşen Devlet tarafından Sözleşme ile teminat altına alınmış olan

²³ Şerif Günaydın, "İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı" Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, Adana, 2007 s.48-49

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü'nün Bilgi Belgesi <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/315.htm>

haklardan birinin ihlal edildiğini ileri süren bir başvuruyu doğrudan Strazburg Mahkemesi'ne yöneltebilir.

Mahkeme önündeki yargılama çekişmelidir ve kamuya açıktır. Olağanüstü durumlar nedeniyle daire/ Büyük Daire aksine karar vermedikçe, azlıkla yapılan duruşmalar, kamuya açıktır. Kural olarak Mahkeme'nin yazı işleri müdürlüğüne bırakılan dilekçelere ve diğer belgelere kamunun erişimi bulunmaktadır.²⁵

Mahkeme'nin resmi dilleri Fransızca ve İngilizcedir, ancak başvuruların akit Devletlerin resmi dillerinden birinde sunulması mümkündür. Başvurunun kabul edilebilir olduğu açıklanınca, iki resmi dilden birinin kullanılması gerekmektedir. Ancak daire/Büyük Daire izin verirse başvuru dili kullanılmaya devam edilebilir.

Her bireysel başvuru başkanının bir raportör tayin ettiği bir daireye gönderilir. Başvurunun hazırlık incelemesinden sonra, raportör davanın üç üyeli bir komite tarafından mı yoksa bir daire tarafından mı inceleneceğine karar verir. Bireysel başvurularda, inceleme yargıcı, davanın ilk aşamada reddi kanısında ise, işi kendisinin de katıldığı 3 üyeli komiteye götürür. Komite oy birliği ile ret kararı alabilir. Bu karar kesindir.²⁶

Daireler, komitelerden geçen ve hakkında kabul edilmezlik kararı verilmemiş olan başvuruları ve devlet başvurularını kabul edilebilirlik koşulları açısından inceler ve esas hakkında karar verir. İnceleme yargıcı işin ilk aşamada reddedilecek nitelikte olmadığı kanaatinde ise veya Komite ret konusunda oy birliğine varmamışsa, başvuru 7 üyeli Daire tarafından incelenir. Daire işin esası hakkında karar vermeye yetkilidir. Başvuru Daire önüne geldiğinde, inceleme hâkimi dosyayı hazırlar ve taraflarla temas kurar. Taraflar görüşlerini yazılı olarak sunarlar. Dosya tamamlandığında, konu Dairede duruşma yapılarak görüşülür. Daire, hükme kadar taraflara dostça çözüme varmaları için yardımcı olur. Dostça çözüme ulaşılamamışsa, Daire işin esası hakkında karar verir.

Daire, önüne gelen işin çözümünde Mahkemenin daha önce verdiği bir kararla çelişki görürse veya dava, Sözleşme ve Protokollerin yorumu konusunda ciddi sorunlar doğuruyorsa işten el çekerek Büyük Daire'ye başvurma kararı alabilir. Bunun için, tarafların itiraz etmemiş olması gerekir.

²⁵ A.g.e

²⁶ A.g.e

Büyük Daire, istisnai durumlarda yargılama yetkisine sahiptir. Bir Dairenin yargılama yetkisini Büyük Daireye bırakması durumunda ve bir Daire esas hakkında karar verdikten sonra tarafların davanın yeniden görülmesine yönelik taleplerinin kabul edilmesi durumunda dava, Büyük Daire tarafından karara bağlanır. Ayrıca, Bakanlar Komitesi'ne istişari mütalaa da verir.

Dava, Sözleşmenin yorum ve uygulanmasına ilişkin ciddi bir sorun içeriyorsa veya kişisel olmayan, genel, nesnel nitelikte bir sorun söz konusu ise, taraflar da hükmün verilmesinden itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'de yeniden görüşülmesini isteyebilirler. Büyük Daire içinde oluşturulan 5 üyeli Kurul yeniden inceleme istemi hakkında karar verir. Kurulun bu kararı kesindir.

3- AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ

AİHS, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne (AKBK), AİHM'nin kararlarının uygulanmasını denetleme görevi vermiştir. AKBK, Avrupa Konseyi (AK) üyesi devletlerin Dışişleri Bakanlarından oluşur. Dışişleri Bakanları önemli toplantılar için yılda bir veya iki kez toplanırlar. Bunun dışında, Bakanlar Komitesinin görevini, üye devletlerin daimi temsilcilerinin katılımı ile oluşan "Delegeler Komitesi" yerine getirir. Bakanlar Komitesi'nin daha önce Sözleşmenin 32. maddesine göre sahip olduğu yargılama ve karar yetkisi, 11 Nolu Protokol ile kaldırılmıştır.

Sözleşmenin 54. maddesine göre, Bakanlar Komitesi, AİHM kararlarının uygulanmasını gözetmekle görevlidir. AİHM kararlarının ilgili devletçe yerine getirilmesi için gereken önlemleri alır. AİHM kararlarına uymayan devletler için üyeliğin askıya alınması veya AK'nden çıkarmaya kadar varan yaptırımlar uygulamaya yetkilidir.

Komite kararlarını üçte iki çoğunlukla alır. Komite, AİHM tarafından, Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilmesi durumunda ilgili devlete bir süre vererek kararın yerine getirilmesini ister. Bakanlar Komitesi (BK) alınan önlemleri yeterli buluncaya kadar konu gündemde kalır. İlgili devlet ihlalini ve sonuçlarını ortadan kaldırarak, alınan önlemleri Komiteye bildirir.

Davalı devletin AİHM kararını yerine getirmek için alacağı önlemlerin tespit edilen ihlali sona erdirmesi ve sonuçlarını mümkün olduğunca ihlal öncesi durumu

yeniden sağlayacak şekilde düzeltmesi gerekmektedir. Davalı devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmek için hangi yolları seçeceği konusunda serbesttir.

Davalı devletin kararı yerine getirmek için herhangi bir önlem almaması ya da alınan önlemlerin ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmada yetersiz kalması durumunda, Bakanlar Komitesi ara kararlar (interim resolutions) alarak, davalı devleti zorlamaktadır (Kural 7). Davalı devlet, hiçbir önlem almamışsa, ara kararlar, davalı devlete AİHM kararına uyması için çağrıda bulunulur. Davalı devletin aldığı önlemler yeterli bulunmazsa, davalı devlete başka önlemlerin de gerekli olduğu bildirilir. “Örneğin, ifade hürriyeti ihlallerinin tespit edildiği Türkiye’yle ilgili bir dizi karara ilişkin 23 Temmuz 2001 tarihli ara kararda, Türk hükümetinin bildirdiği yasal değişiklikler yapıncaya kadar, açıkladıkları düşünceler nedeniyle mahkûm olmuş başvuru sahiplerinin Sözleşme’ye aykırı bulunan bu mahkûmiyetlerinin sonuçlarını bütünüyle ortadan kaldırmayı sağlayacak bireysel önlemlerin en kısa zamanda alınması istenmişti. Bakanlar Komitesi, 9 Haziran 1999 ve 10 Temmuz 2002 tarihli ara kararlarında da, yaşam hakkı ve işkence yasağı ihlalleri tespit edilen çok sayıda karar nedeniyle Türkiye’nin gerçekleştirdiği Anayasa ve yasa değişikliklerini memnuniyetle karşılamaktadır. Ancak, uygulamada somut ve görünür bir ilerleme sağlanması için şu önlemlerin alınmasını istemektedir; Polis ve jandarmanın temel ve hizmet içi eğitimlerinin AK’nin polis eğitim projesi çerçevesinde yeniden düzenlenmesi, güvenlik güçlerinin neden olduğu hak ihlalleri karşısında etkili cezai soruşturmanın yürütülmesi ve caydırıcı cezaların öngörülmesi, yargıç ve savcılar için AİHS ile AİHM içtihatı hukuku üzerine kısa ve uzun vadeli eğitim programlarının geliştirilerek sürdürülmesi ve AİHM karar çevirilerinin yargı yerlerine geniş dağıtımının sağlanması. Ayrıca, alınan önlemlerin uygulamaya etkisinin, özellikle hak ihlalleri iddialarıyla ilgili etkili soruşturmalar ve güvenlik güçlerinin cezai sorumluluklarına ilişkin istatistikî verilerle birlikte düzenli olarak Komite’ye bildirilmesi için Türk makamlarına çağrıda bulunmuştur.”²⁷

B-ULUSLARARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER

²⁷ Naz Çavuşoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması Türkiye Kararları**, Birinci Basım, İstanbul, Su Yayınları, Ağustos 2003, s.62

1-ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ

Uluslararası hukuk dalının geleneksel konusu devletler arasındaki ilişkileri düzenlemektir. Geleneksel anlayışa göre, devletlerin ve devlete benzeyen varlıkların birbirleriyle ilişkilerinde hangi kurallara uyulması gerektiğini, hakların ve yükümlülüklerin neler olduğunu saptayan hukuk dalı Uluslararası hukuktur. Uluslararası hukuk, devletlere, uluslararası örgütlere, devlet niteliği kazanmamış örgütlenmiş toplumlara ve uluslararası toplumun bütününe genel çıkarlarını ya da paylaştığı değerleri ilgilendiren bireylere ilişkin durumlarda doğrudan bireylere yönelik kuralları kapsamaktadır. Dünyanın gelişen ilişkilerinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere devletlerin kurduğu fakat devletlerden ayrı bir kişiliğe sahip olan uluslararası teşkilatlar da gittikçe artan ölçüde uluslararası toplumda yer almakta ve onu çeşitlendirip zenginleştirmektedir.²⁸

Bir uluslararası anlaşmanın herhangi bir devletin iç hukukunda nasıl ve ne şekilde uygulanabileceği sorunu, bir yönüyle uluslararası, diğer yönüyle de ulusal pozitif hukukun konusuna girmektedir. Aynı şekilde bir iç hukuk düzeninde uygulanacak hak ve özgürlükler rejimi konusunda uluslararası hukukun belirleyici olup olmaması ya da daha önemlisi, bu belirleyiciliğin etki derecesi de, üzerinde durulması gereken bir diğer husustur.²⁹

Uluslararası hukuk düzeninin iç hukuk düzeninde belirleyici nitelikte bir etkiye sahip olması, belirli hukuki araçlar sayesinde mümkün olabildiğine göre, bu tartışmanın zemini, o hukuki araçların iç hukuk düzenindeki etkisi ve normlar hiyerarşisi bakımından yeri noktasına gelmiş olur.

Uluslararası hukuk kendisi kurallar hiyerarşisi ile ilgili açık kural koymamaktadır. Ancak, kaynakların hiyerarşisi konusunda farklı farklı görüşler vardır. Farklı görüşlerden pozitivist hukukçuların oluşturduğu akımın üstlendiği düşünce; uluslararası hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi olmaması gerekir. İç hukuktaki hiyerarşinin sebebi merciler olduğundan ve uluslararası hukuk dalında ise

²⁸ Ebubekir Akgün, "AİHS'nin Türk Hukukundaki Yeri"

<http://www.genbilim.com/content/view/1426/88/>

²⁹ Yüksel Koçak, "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri"

<http://www.hukuk.gen.tr/dergi/yazilar/ulus.pdf> s.1

kuralları koyan merciler arasında bir hiyerarşi yoktur. Bu görüşe göre antlaşma ile teamül arasında bir astlık-üstlük ilişkisi yoktur. Bununla beraber, bazı uluslararası hukuk kurallarının açık, kesin ve ispata gerek göstermeyen ve anayasal olduğu ve diğer kurallardan daha esaslı ve daha önemli oldukları ve onlardan önce geldikleri de kabul edilmektedir. Örneğin BM Sözleşmesi'nin 103. maddesi, bir üye devletin BM Sözleşmesi'nden doğan yükümlülükleri ile sıradan sözleşmelerden doğan yükümlülükleri arasında bir çatışma olursa, Sözleşme yükümlülüklerinin üstün olacağını öngörmektedir.³⁰

İnsan hak ve özgürlüklerinin uluslararası güvenceye kavuşturulmasında uluslararası belgeler ve andlaşmalar önemli bir yer tutar. Güvencenin hukuksal dayanağını oluşturur. Andlaşmaların hukuk düzeni içindeki yeri ve gücünü her ülkenin kendi koşulları ve anayasal sistemi içinde değerlendirmek gerekir. Bu konuda evrensel bir kural yoktur.³¹

Uluslararası Hukukun İç Hukuk düzenleri ile ilişkileri, birinin ötekine göre yeri, konusu incelenirken kuramsal düzeyde iki olasılık belirlemektedir. Ya bu iki hukuk düzeni birbirinden bağımsız ayrı iki düzeni oluşturmaktadırlar; ya da bir takım farklılıklara rağmen her iki hukuk düzeni bir bütünün parçalarıdır³². Bunlardan birincisine Dualist (İkici) Görüş, ikincisine ise Monist (tekçi) Görüş adı verilir.

a) Dualist (İkici) Görüş:

Özellikle Alman hukukçu Triepel ile İtalyan hukukçu Anzilotti tarafından savunulan ve açıklanan bu görüşe göre "uluslararası hukuk ile iç hukuk birbirinden farklı ve bağımsız iki ayrı hukuk düzenidir"³³. Birinin diğerine üstünlüğü söz konusu değildir. Bu görüşlerin iki temel nedeni vardır. İlk olarak, her hukuk düzenin kaynakları farklıdır. İç hukuk düzeninde hukukun kaynağı devletin bizzat kendi iradesidir. Uluslararası hukuk alanında ise hukukun kaynağı birden fazla devletin kaynaşan ve birleşen ortak iradeleridir. İkinci olarak uluslararası hukuk ve iç hukuk farklı sosyal ilişkileri düzenlemektedir. İç hukuk ulusal bir topluluk içinde oluşan ve

³⁰ BM Sözleşmesi 103. madde "Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşma'dan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşma'dan doğan yükümlülükler üstün gelecektir" <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/bmsarti-16.html>

³¹ Şeref Gözübüyük, "Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum, Açık Oturum ve Bildirileri**, Ankara 1992, TODAİ Yayınları, s.11

³² Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 3.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1992, s.18.

³³ Pazarıcı, a.g.e s, 18

adı “topluluk hukuku “ olan devlet hukukudur. Her devlet kendisine tabi olarak saydığı sujeler arasındaki ilişkileri veya bu sujelerle kendisi arasındaki ilişkileri iç hukuk kuralları ile düzenler. Uluslararası hukuk ise, birbiriyle eşit durumda olan devletler arasındaki ilişkileri düzenler.³⁴

İç hukuk bir devletin üstün otoritesine bağlı olarak ortaya çıkan tek taraflı irade ürünüdür. Buna karşılık uluslararası hukuk birden çok devletin katılımı sonucu oluşan bir ortak irade ürünüdür. Anzilotti bu kaynak farklılığının olağan sonucu olarak iki hukuk düzeninin bağlayıcılığının dayanağını da ayrı temellere oturtmaktadır. Adı geçen yazara göre iç hukukta kuralların bağlayıcılığı yasa koyucunun iradesi üzerine oturmaktadır; oysa uluslararası hukukta kuralların bağlayıcılığı “pacta sunt servande” (ahde vefa) ilkesi gereğidir.³⁵

Dualistlere göre uluslararası kurallar ile iç hukuk kuralları arasında gerçek anlamda bir çatışma olmaz. Bir hukuk düzenine ait kural hiçbir zaman kendiliğinden diğer düzende geçerli hale gelemez. Geçerli olması isteniyorsa, uygulanacak hukuk düzeninin kural koymaya yetkili organlarınca benimsenmesi ve o hukuk düzeninin hükmü haline getirilmesi gerekir. Bir uluslararası hukuk kuralının iç hukuk düzeninde uygulanması halinde de durum bu şekildedir. Ulusal mahkemeler iç hukuku uygular, uluslararası hukuk kurallarını uygulayabilmesi için bu kuralları iç hukuk kuralı haline dönüştürülmüş olması gerekir.³⁶

Dualist görüşün kabul edilmesi halinde pratikte şu sonuçlar ortaya çıkar³⁷:

- i. Her iki hukuk düzeni birbirinden bağımsız oldukları için, kuralların birbirleriyle çatışma olasılığı yoktur.
- ii. Bir hukuk düzeninde geçerli olan kuralların ötekinde doğrudan uygulanması olanağı yoktur.
- iii. Bir hukuk düzenine ait bir kuralın diğerinde uygulanabilmesi için bir düzenden ötekine gönderme ya da aktarma (iktibas) yapılması gerekmektedir.

³⁴ Hasan Tunç, “Milletlerarasındaki Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi” Anayasa Yargısı, C.XVII. Ankara Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2000 s.174

³⁵ Edip F.Çelik, **Milletlerarası Hukuk** 1. Kitap, İstanbul 1986, s.40–42

³⁶ Tunç, a.g.e s. 175

³⁷ Pazarıcı, a.g.e s, 19

b) Monist (Birincil) Görüş:

Bu görüş, Georges Schelle ve Hans Kelsen tarafından savunulmuştur. Bu görüş taraftarlarına göre, dünyada var olan hukuk düzeni tek bir düzendir. Uluslararası hukuk ve iç hukuk düzenleri bu bütünün parçalarıdır. Gerek uluslararası hukukun gerekse iç hukukun nihai sujeleri aynıdır. Bu da fertlerdir. Aynı sahaya ve aynı şahıslara uygulanan iki hukuk düzeni arasında farktan söz edilemez.³⁸

G.Schelle, monist görüş içerisindeki gerçekçi okul görüşünü savunmaktadır. Schelle tarafından geliştirilen bu görüşe göre uluslararası hukuk ile iç hukuk sürekli çatışma halinde değildir. Aksi takdirde uluslararası toplum çerçevesinde toplumlararası dayanışmanın sağladığı ortak yaşam olanağı ortadan kalkacaktır. Oysa toplumsal yaşam insanın doğasında var olduğuna göre, bu iki hukuk düzeninin sürekli çatışması olanağı yoktur. Bu nedenle her toplumlararası kural, kendisiyle çelişen her iç kurala üstün olacaktır.³⁹

Monist görüş içerisindeki Kelsen ise normcu okul görüşünü savunur. Kelsen'e göre, aynı temel kurala dayanan uluslararası hukuk ile ulusal hukuk tek bir hukuk düzenini oluşturmaktadır. Böylece, tek bir hukuk düzeni söz konusu olunca, bu bütünü oluşturan parçalardan hangisinin ötekisine üstün geleceği sorusuna kuramsal düzeyde iki cevap verebilme olanağı vardır:

1-Ulusal hukukun üstünlüğü

2-Uluslararası hukukun üstünlüğü,

Ancak, Kelsen için uygulanan hukukun varlığı, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün olması ile olanaklıdır. Zira birbiriyle eşit bir biçimde var olan çeşitli ulusal hukuk düzenlerinin uygulanma alanlarını düzenleyebilmek ve onların çatışmalarını ortadan kaldırmak ancak bu ulusal hukuk düzenlerinin üstünde yer alan bir hukuk düzeninin varlığı ile gerçekleşebilecektir. İşte bu hiyerarşi bakımından üstün olan hukuk uluslararası hukuktur. Sonuç olarak da, ulusal hukuk uluslararası hukuka bağımlı bulunmaktadır⁴⁰.

³⁸ Tunç, a.g.e s. 175

³⁹ Pazarıcı, a.g.e s, 20

⁴⁰ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 5. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, Nisan 2007, s.20–21.

Yukarıda ana hatlarıyla belirtmeye çalıştığımız kuramsal görüşlerden hiçbiri uygulanan hukuku tam olarak yansıtmamaktadır. Uygulama uluslararası hukuk ile iç hukuk düzenleri arasında herhangi birinin ötekine genel ve ilkesel üstünlüğüne kesin karar verme olanağı tanımadığı ortaya çıkmaktadır. Uluslararası hukukun iç hukuk düzenlerine üstünlüğü bir konuda genel bir biçimde kabul edilir: Uluslararası sorumluluk. Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında ilişkilerde her devletin durumunu özel olarak değerlendirmek gerekir ⁴¹.

2-AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TARAF DEVLET HUKUKLARINDAKİ YERİ

Çağımızda, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında ve iç hukuk normlarının yorumunda uluslararası sözleşmelerle oluşan hukuk, doğrudan ya da dolaylı olarak etkili olmaktadır. AİHS'nde olduğu gibi, kimi uluslararası sözleşmelere uymama devleti bir yaptırımla karşı karşıya getirmektedir. Böylece günümüzde, iç hukuk kuralları kademesi yanında, kimi uluslararası hukuk kurallarının, özellikle insan haklarının, iç hukukun üzerinde yer alması olgusu yaşanmaktadır. Bu özellik, iç hukuk kurallarının yorumunda ve iç hukuktaki boşlukların doldurulmasında, ulusal normlar kadar uluslararası sözleşmeden doğan hukukun da etkili olması sonucunda kazanılmıştır. ⁴²

İnsan haklarının, tüm çağdaş devletlerce kabul edilen ve korunması gereken ortak değer niteliğini kazanması, AİHS ve ek protokolleri gibi bölgesel ve BM'in 1948 tarihli İnsan Hakları Bildirgesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmeleri gibi evrensel nitelikli Sözleşmeler ve Avrupa Birliği (AB) uygulamaları yoluyla giderek önem kazanmıştır. ⁴³

AİHS'nin taraf devletlerin iç hukuklarındaki yerini değerlendirirken iki yönden bakmak gerekmektedir. Birinci yönü Sözleşme hükümlerinin taraf devletler

⁴¹ Akgün, a.g.e s.2

⁴² Yılmaz Alifendioğlu, "Uluslar arası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısındaki Durumu" Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no.74 s.153

⁴³ Alifendioğlu, a.g.e. s.153

için öngördüğü bağlayıcılığıdır. İkinci yönü ise, devletlerin iç hukuklarının Sözleşme'nin statüsüyle ilgili hükümleridir.

a-) Sözleşme Hükümlerinin Taraf Devletler İçin Öngördüğü Bağlayıcılığı:

AİHS'nin 1. ve 46. maddeleri taraf devletler için öngörülen bağlayıcılıkla ilgilidir. Sözleşmenin ilk maddesine göre, "*Yüksek Akit Taraflar, kendi yargı yetkileri içindeki herkes için, bu Sözleşme'nin 1. bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alır/tanır.*" Görüldüğü gibi, Sözleşme'nin 1. maddesinde Sözleşmenin doğrudan uygulanabilir kurallar içerdiğini göstermektedir. Başkaca bir deyişle sözleşmede korunan haklar, iç hukukta başkaca bir düzenlemeye gerek olmadan ulusal mahkemeler önünde uygulanabilirler. Bu madde yer alan "tanır" ifadesi, opsiyonel bir durum değil, kesin bir zorunluluğu ifade etmektedir. Bu madde, sözleşmenin ilk bölümünde deklare edilen hak ve özgürlüklerin korunmasını imzacı devletler için yerine getirilmesi zorunlu olan bir "yükümlülük" olarak ilan edilmektedir. Bu yükümlülük, Sözleşmenin mutlak üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine dayanmaktadır. AİHK bir kararında "Sözleşmenin taraf devletlerin yasama organı dâhil bütün kurumlarını bağladığı"ni vurgulamıştır.⁴⁴ Ayrıca bu madde, taraf devletlerin Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri yetki alanları içindeki bireylere sağlamakla yükümlü oldukları belirtilmektedir.

Sözleşmenin 46. maddesine göre "*Yüksek Akit Taraflar, taraf oldukları bütün davalarda Mahkemenin verdiği kesin kararlara uymayı taahhüt ederler.*" Gerek Sözleşmenin 1. maddesi gerekse 46. maddesinde öngörülen yükümlülüğün taraf devletlere Sözleşmeyi iç hukuka aktarma zorunluluğu getirip getirmediği tartışmalıdır. Her ne kadar, AİHM, *İrlanda/İngiltere* kararında Sözleşmenin iç hukuka aktarılmasının Sözleşmeyi hazırlayanların niyetini daha iyi yansıtacağını belirtmişse de, yaygın görüşe göre, devletlerin böyle bir yükümlülükleri yoktur.⁴⁵ Bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği devletlere bırakılmıştır. Ancak, devletlerin söz konusu yükümlülüklerini gerçekleştirmek için seçecekleri yollar Sözleşmeye uygun olmalıdır. Başka bir deyişle, AİHS devletlere

⁴⁴ Zühtü Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler" www.anayasa.gov. S. 275

⁴⁵ Arslan, a.g.e s.276, *Ireland v. United Kingdom*, Başvuru No: 5310/71, 28.01.1978, Par.239

Sözleşmeyi iç hukuk kurallarının bir bölümü haline getirmek ya da Sözleşmenin ulusal alanda doğrudan uygulanmasını sağlamak gibi bir yükümlülük getirmez. Dolayısıyla, AİHS ile iç hukuk arasındaki ilişki açısından monist (birci) ya da düalist (ikici) sistemlerden hangisini benimseyeceği her devletin kendi sorunudur.⁴⁶ Nitekim Belçika Medeni Kanunu'nun meşru ve gayri meşru çocuklar arasında ayırım yapan hükmünün Sözleşmeye aykırı olduğunu saptadığı Markcx/Belçika davasında Strasbourg Mahkemesi, bu durumu şöyle ifade etmiştir:

“Mahkeme kararının bu spesifik davanın ötesinde bir takım etkiler doğurması kaçınılmazdır, zira tespit edilen ihlal uygulanan bireysel tedbirlerden değil, doğrudan doğruya tartışmalı hükümlerden kaynaklanmaktadır. Ancak karar, kendiliğinden bu hükümleri iptal etmez veya ortadan kaldırmaz. Mahkemenin kararı esas itibarıyla deklare edicidir ve 53. maddeden (şimdi 46. maddeden) doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için, iç hukukunda kullanacağı araçları seçme işini Devlete bırakmaktadır.”⁴⁷

b-) Devletlerin İç Hukuklarının Sözleşme'nin Statüsüyle İlgili Hükümleri:

Taraf devletlerin, AİHS ile iç hukuk arasındaki ilişki açısından monist (birci) ya da düalist (ikici) sistemlerden hangisinin benimseneceği konusunda ortak bir yaklaşımı söz konusu değildir. Özellikle, kurallar hiyerarşisinde Sözleşmenin yer bakımından durumu, ülkelere göre değişiklik göstermektedir. Almanya, İngiltere ve Nordik ülkelerinin ikici sistemi yeğlemelerine karşılık; Fransa, Hollanda gibi diğer Avrupa ülkeleri birci sistemi benimsemişlerdir.

Almanya'da AİHS, yasama organı tarafından onaylandıktan sonra normlar hiyerarşisinde yasayla aynı düzeyde kabul edilmektedir (Alman Anayasası m.59/2). Eğer sonradan yürürlüğe giren yasa, sözleşmeye aykırı hükümler içeriyorsa, söz konusu yasa hükmü, sözleşmenin amacına uygun biçimde yorumlanmakta; başka bir anlatımla yasanın uluslararası hukuka uygun yorumu tercih edilmektedir. AİHS'ne aykırı bir yasa, uluslararası hukuka aykırı olmakla birlikte iç hukuk açısından geçerli olmaya devam etmekte ve Sözleşme'deki hükümlerin uygulanmasını engellemektedir. Alman Anayasa Mahkemesi

⁴⁶ Rıza Türmen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, www.anayasa.gov.tr/anayargi/ayrg2000html , s.32–33.

⁴⁷ Markcx v. Belgium, Başvuru no: 6833/74,13.06.1979. Par.58 Bknz. Arslan, a.g.e s.276

kararlarında, Anayasada öngörülen temel hakların yalnızca AİHS'ne değil, aynı zamanda AİHM kararlarına da uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁸

Avrupa'da değişen egemenlik kavramına en geç uyum sağlayan İngiltere, 1998 yılında kabul ettiği İnsan Hakları Kanunu ile AİHS'yi iç hukukuna yazılı bir metinle aktarmış, mutlak üstünlüğüne inanılan İngiliz Parlamentosu'nun çıkardığı kanunlar ve bunların uygulanması, AİHM ve İngiliz ulusal mahkemelerince, Sözleşmeye uygunluk açısından denetlenmeye başlanmıştır.⁴⁹

Monist görüşü benimseyen Avusturya'da AİHS'nin Avusturya Anayasa Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilmektedir.

İsviçre de monist görüşü benimsemekte ve sözleşmelerin ayrıca bir işlemle iç hukuka aktarılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmektedir. AİHS'nin İsviçre uygulama ve öğretisinde normlar hiyerarşisindeki yeri tartışmalı olup, bu soruna açıklık getirilememiştir. Uygulamada genellikle Sözleşmenin "kanun" çerçevesine sahip olduğu kabul edilmekte; ancak *lex posterior derogat legi priori* ilkesi uyarınca sonradan yürürlüğe giren yasanın Sözleşme ile olası çatışmasını önlemek için "Sözleşmeye uygun yorum" yöntemine başvurmaktadır.⁵⁰ Örneğin, Vaud Kantonunda gözaltına alınan bir kişinin, kötü muamele gerekçesiyle güvenlik görevlileri aleyhine açtığı bir dava ile ilgili olarak, 5.6.1998 günlü kararında Federal Mahkeme, AİHS'nin 3'üncü maddesini ve bu maddeye ilişkin içtihatla belirlenen ölçütleri esas alarak, AİHM'nin kötü muamele için aradığı koşulların gerçekleşmediği sonucuna varmıştır.⁵¹

Fransa'da da monist görüş benimsemiştir ve Fransa Anayasasının 55. maddesine göre, usulüne göre kabul edilen sözleşmeler kanun gücündedirler.

Monist görüşü benimseyen Belçika'da, sözleşmelerin ve AİHS'nin ulusal kanunlara göre önceliğe sahip olduğu kabul edilmektedir.

⁴⁸ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Birinci Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004, s.64.

⁴⁹ Bilal Çalışkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Uyarınca Yargılamanın Yenilenmesi" <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?403308>

⁵⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e. s.65.

⁵¹ Türmen, a.g.e. s.39

“AİHS’in ulusal yasalara göre önceliğe sahip olduğu aynı zamanda Lüksemburg, Malta, Hollanda, Portekiz ve İspanya’da da kabul görmektedir. Buna karşılık, Finlandiya, İtalya, Liechtenstein, San Marino ve Danimarka’da uluslararası sözleşmeler ve bu arada AİHS yalnızca kanun gücündedir. Ne var ki, bu ülkelerden bazılarında gerek öğretide ve gerekse uygulamada sonraki kanunla bir çatışma ortaya çıkması durumunda lex-posterior kuralına dayanarak Sözleşmeye yönelik ihlali ortadan kaldırmak için AİHS’e kanuna göre öncelik tanınması gerektiği yönündeki görüşler giderek ağırlık kazanmaktadır. Nihayet belirtelim ki, AİHS, İngiltere, İrlanda, İzlanda, Norveç ve İsveç’te iç hukukun bir parçası olarak kabul edilmemektedir.”⁵²

Sonuç olarak, ulusal mahkemelerin Sözleşme organlarının kararlarını giderek daha fazla göz önünde bulundurdıkları veya en azından insan haklarıyla ilgili konularda yoruma yardımcı bir araç olarak bu kararlardan yararlandıkları söylenebilir. Devletler bu Sözleşmeyi onaylamakta, karşılıklılık ilkesine dayanmayan, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayalı Avrupa kamu düzenini kurma amaçlı yeni bir hukuka bağlanmış olacakları için, Sözleşme iç hukuka aktarılmış olmasa bile, taraf devletlerin Sözleşmeye uyma yükümlülüğü, AİHM’nde denetlenmekte ve bu yolla Sözleşme iç hukuktaki değerinden bağımsız olarak taraf devletlerin iç hukukuna nüfuz etmektedir.⁵³

C-AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN TÜRK HUKUKUNDA YERİ

Türkiye Avrupa Konseyi’ne 13 Nisan 1950’de üye olmuştur. AİHS’ni ise, 4 Kasım 1950’de imzalamış ve 1954’te onaylamıştır. Sözleşme, 18 Mayıs 1954’te Türkiye için yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bireysel başvuru hakkını ilk kez 28 Ocak 1987’de üç yıllık bir süre için tanımış ve 11 nolu Protokol yürürlüğe girene kadar üçer yıllık sürelerle uzatmış, daha sonra 14 Mayıs 1997’de onaylanan 11 nolu Protokolün yürürlüğe girmesiyle de artık herhangi bir süre kısıtlaması olmaksızın tanımıştır. 25 Eylül 1989 tarihli

⁵² Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e. s.65.

⁵³ Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s.65.

ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de AİHM'nin yargı yetkisi kabul edilmiştir.⁵⁴

Türkiye 1961 ve 1982 Anayasalarında, İHEB ve AİHM'nden birçok alıntı yapılarak, birçok uluslararası normun, kimi sınırlamalarla iç hukuk kuralı haline dönüşümü sağlanmıştır.⁵⁵

1-ANAYASALARIMIZDA ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN YERİ

1921 Anayasasında yasama, yürütme ve kısmen de yargı erkleri Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'de toplanmış ve uluslararası sözleşmeler de TBMM tarafından akdedilmiş ve yasa gücünde kabul edilmiştir.

1924 Anayasası döneminde, meclis hükümeti ile parlamenter sistem arasında karma sistem benimsenmiş olup, yasama ve yürütme görev olarak ayrılmışsa da kuvvetler birliği söz konusudur ve her iki erkin sahibi TBMM'dir. Uluslararası sözleşmeleri görüşme ve imzalama yetkisi yürütme organına, onaylama yetkisi yasamaya verilmiştir. Bu dönemde de uluslararası sözleşmeler yasa gücünde kabul edilmiştir.

1961 Anayasası döneminde, kuvvetlerin yumuşak ayrılığı benimsenmiş ve parlamenter sisteme geçilmiştir. 1961 Anayasası'nın "Cumhurbaşkanı... Uluslararası sözleşmeleri onaylar ve yayınlar." hükmüne yer veren 97. maddesiyle, sözleşmeleri onaylama yetkisi yürütme organına aittir. Ayrıca 65. maddede gösterilen istisnalar dışında parlamentonun onaylamayı bir kanunla uygun bulması gerekmektedir. 65. maddenin 5. fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı belirtilmiştir.⁵⁶

1982 Anayasası'nın 90. maddesiyle de usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne

⁵⁴ Sami Selçuk, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", Yargıtay Dergisi Temmuz 1999, Cilt 25, Sayı 3, s.400.

⁵⁵ Aliefendioğlu, a.g.e. s.1

⁵⁶ Birtane, a.g.e., s.26

başvurulamayacağı düzenlenmiştir. 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile *temel hak ve özgürlüklere* ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükmü getirilmiştir.

Görüldüğü gibi 2004 yılında yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalara bir ayrıcalık getirilmiştir. Çünkü İnsan hakları, 1961 Anayasası ile ulaştığı noktadan, 1982 Anayasası ile gerileme yaşamıştır. 1982 Anayasası'nda insan hakları, saygı duyulması gereken değerlerdir. 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, devletin temel meşruiyet kaynaklarından ya da var oluş nedenlerinden birisi değildir. Öncelik devlette ve otoritededir. İnsan hak ve özgürlükleri devletten sonra gelir⁵⁷. Bu durum, Anayasa'nın neredeyse bütün maddelerinde göze çarpmaktadır. Bu düşüşün etkilerini uzun yıllar hissetmiştir. AB'ye uyum sürecinin de itici gücüyle, insan haklarına, Anayasa düzeyinde yeni korumalar ekleme çabası içerisine girilmiştir. İşte bu çabaların bir meyvesi olan 2004 değişikliğiyle, insan hakları, devletin meşruiyet kaynaklarından biri olma yolunda önemli bir mesafe kat etmiştir.⁵⁸

1982 Anayasası'na göre, insan hakları ve uluslararası hukuk kuralları, bazı durumlarda doğrudan uygulanabilmektedir. Anayasa'nın 15/1, 16, 42/son ve 92/1 maddelerindeki yollamalar açısından, bir uygun bulma kanunu çıkarma ve antlaşmayı onaylayıp yayınlama koşulu aranmamaktadır. Anayasa, dört konuyla ilgili olarak uluslararası hukuk ve antlaşma kurallarını doğrudan doğruya iç hukukla bütünleştirmiştir. Başka bir işlem yapılmasına gerek yoktur; usulüne göre yürürlüğe koymayı doğrudan Anayasa yapmıştır. Yetkili ve görevli organ ya da makamların, uluslararası hukuk kurallarını doğrudan uygulamaları gerekir. Bu konuda, Anayasa'dan kaynaklanan iç hukukla bütünleşme ve başka bir ulusal düzenleme yapılmasına gerek göstermeyen, anayasal ve koşulsuz doğrudan etki söz konusudur.⁵⁹

Anayasanın 15/1. maddesinde, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya

⁵⁷ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s.64

⁵⁸ Mustafa Çolaker, "Temel Hak Ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009 s.32

⁵⁹ Mesut Gülmez, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, Sayı 54, s.55

olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlüklerin, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, kullanımlarının kısmen veya tamamen durdurulabileceği ve Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği düzenlenmektedir. Bu maddede kullanılan “uluslararası hukuk “ terimi sözleşmeleri de kapsadığından, temel hak ve özgürlükler konusunda yapılan milletlerarası sözleşmelerden doğan hükümlülüklerin yerine getirilmesi anayasal güvenceye alınmıştır.⁶⁰

Anayasanın 16. maddesi “temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, uluslararası hukuka uyum olarak kanunla sınırlanabilir.” diyerek, 15. maddeyi tamamlamakta ve yasama organının faaliyetlerini uluslararası hukukla sınırlamaktadır.

Anayasanın 42. maddesinin son fıkrası ise Türkçeden başka hiçbir dilin, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamayacağı, ancak bu konuda milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı kalacağı şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Anayasa bu hükümle, sözleşmenin saklı bir düzen getirmesi halinde sözleşmelere uyulacağı hükmünü vermiştir. Pratikte Lozan Andlaşması'nın azınlıklar hakkında getirdiği hükümlere anayasal güvence getirmiş ve yasama organının bu alandaki yetkilerini saklamıştır.⁶¹

Anayasanın 92. maddesi uluslararası hukuka iki ayrı atıfta bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, savaş ilanına ilişkindir. Maddeye göre savaş hali ilanına TBMM yetkilidir. Ancak, Meclisin bu yetkisi, “uluslararası hukukun meşru saydığı hallerle” sınırlıdır. İkincisi ise, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verme yetkisi ile ilgilidir. Bu yetki TBMM’nindir. Fakat Meclis bu yetkisini Türkiye’nin taraf olduğu “uluslararası sözleşmelerin... gerektirdiği haller dışında” kullanabilecektir. Bu hükme göre, uluslararası anlaşmalarda aksi öngörülmüşse, bu yetkiyi meclis dışında bir organ da kullanabilecektir. Bu hüküm daha çok BM’nin kuvvet kullanımına karar vermesi halleri ile NATO dikkate alınarak hazırlanmıştır.⁶²

Görüldüğü üzere, Anayasa 15/1, 16, 42/son ve 92/1. maddeleri ile

⁶⁰ Aslan Gündüz, “İktidar ve Milletlerarası Sınırları”, İstanbul Barosu Dergisi, 1.2.3, İstanbul, 1990,s.58

⁶¹ Gündüz, a.g.e., s.58

⁶² Tunç, a.g.e., s.177

uluslararası hukuk kuralları, dolayısıyla sözleşmeler konusunda özel düzenlemeler getirmiştir. Bu maddelerde belirtilen konulara ilişkin kurallar getiren sözleşme hükümlerini güvence altına alarak bunlara anayasal bir değer vermiştir.

2. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ BAKIMINDAN TÜRK HUKUK ÖĞRETİSİNDEKİ GÖRÜŞLER

Uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki hiyerarşik yerini doğrudan doğruya düzenleyen tek hüküm, 90. maddedir. Anayasanın 90. maddesi oldukça muğlak ve çeşitli tartışmalara müsait bir düzenlemedir. 2004 yılı Anayasa değişikliğiyle, 90. maddeye eklenen fıkra ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasalar karşısındaki konumuna ilişkin tartışmalar sona ermemiştir. Ancak, farklı bir boyut kazanmıştır. Bu konudaki farklı görüşleri Anayasamızın 90.maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten önceki ve sonraki tartışmalar şeklinde iki başlıkta inceleyeceğiz.

a) Anayasada 2004 Yılında Yapılan Değişiklikten Önceki Tartışmalar:

Anayasada yapılan 2004 yılı değişikliğinden önce, 90. maddesinin son fıkrası oldukça muğlak ve çeşitli yorumlara müsait bir düzenlemeydi. Bunun sebebi, fıkrada bulunan ve birbiriyle çelişkili gibi görünen iki cümledir. Birinci cümleye göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bu cümleden sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve Türk Hukuk düzeninde doğrudan hüküm doğurduğu hemen anlaşılmaktadır. İkinci cümleye göre ise, bunlar (andlaşmalar) hakkında, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. İşte bu ikinci cümle, doktrinde sözleşmelerin Türk hukuk düzenindeki hiyerarşik yeri konusunda tartışmalara sebep olmuştur. Birinci cümleyi esas alan bazı yazarlar Anayasaya göre sözleşmelerin kanunlara eşit olduğunu, uyuşmazlık durumunda lex posterior derogat priori⁶³ kuralının geçerli olacağını, bazı yazarlar ise böyle bir kıyasın mümkün olamayacağını savunmaktadırlar.

⁶³ Eşit dereceli hukuk normlarından, çatışmaları halinde yeni tarihli olanın eskisinden üstün olması manasında bir genel hukuk ilkesi.

Özbudun, milletlerarası antlaşmaların kanunlarla eşdeğerde olduğunu, insan haklarıyla ilgili sözleşmelerin, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen “insan haklarına saygılı devlet” niteliği gereği, destek ölçü norm olarak kabul edileceğini belirtmektedir.⁶⁴

Altuğ, AİHS'nin kendinden önceki yasaları zımnen ilga edeceğini, kendinden sonra yürürlüğe giren bir Türk kanunu ile çatışması halinde ise Sözleşmenin üstünlüğü ve özelliğinin söz konusu olacağını, Anayasada belirtilen “insan haklarına saygı” ilkesinin değiştirilemeyeceğinden, anayasa ile bile değiştirilemeyen bu ilkenin, bir kanunla ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığını ve bu bakımdan hiçbir Türk kanununun AİHS'ne aykırı olamayacağını, olanların da zımnen kaldırılacağını veya Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edileceğini savunmaktadır.⁶⁵

Akipek'e göre ise, andlaşma ile kanun arasındaki öncelik sorunu Anayasada açıkça düzenlenmemiştir. Andlaşma ile kanunun çatışması halinde, kanun ile antlaşma hükümlerinin bağdaştırılmalı her ikisinin de uygulanmasını sağlayacak bir yoruma gidilmeli, bu yapılamazsa, kanun koyucunun antlaşmayı ihmal niyeti açık ise, kanun koyucunun sonraki iradesinin uygulanması gerekeceğini belirtmiştir.⁶⁶

Toluner'e göre, Anayasa andlaşmalara aykırı kanun yapma yolunu kapatmamıştır. İkisi arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde, bu uyuşmazlık, lex posterior derogat kuralına göre çözülmelidir.⁶⁷

Uluslararası antlaşmaları kanun değerinde görmek, bazı uygulamaları da beraberinde getirmektedir. Antlaşma, kanun değerinde olunca, “önceki kanun – sonraki kanun”, “özel kanun – genel kanun” ayırmaları ve bunun beraberinde getirdiği uygulanacak kanunun tercihi de kendiliğinden gelmektedir.⁶⁸

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001 tarihli aşağıdaki kararında, ikili antlaşmanın kanun seviyesinde olduğunu, bu nedenle iki kanunun çatışması halinde

⁶⁴ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8.Baskıdan Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.383.

⁶⁵ Yılmaz Altuğ, “İnsan Haklarının Türkiye ve Uluslararası Alanda Korunması”, TBMM Sempozyumu, 4–5.10.1991, Ankara Eylül 1992, s.71–74.

⁶⁶ Ö.İlhan Akipek, **Devletler Hukuku**, 1.Kitap, Başlangıç, 2.Bası, Ankara 1965, Başnur Matbaası, s.27

⁶⁷ Sevin Toluner, **Milletler arası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973, s.592

⁶⁸ Çolaker, a.g.e, s,19

ne yapılması gerekiyorsa antlaşma-kanun çatışmasında da onun yapılması gerektiğini belirtmiştir;

“Şu duruma göre, karşımıza, aynı konu hakkında bir tarafta iç hukuk alanında kabul edilen bir yasa kuralı diğer tarafta uluslararası sözleşmede yer alan farklı bir düzenleme çıkmaktadır. Bu sorun kurallar kademelenmesindeki (Normlar Hiyerarşisindeki) sıralamaya göre çözümlenmesinde kuşku bulunmamaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki; Anayasamızın 90/son maddesinde öngörüldüğü üzere; yöntemine göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Öyle ki, bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne dahi başvurulamaz. Anayasa; böylece uluslararası sözleşmenin bir kuralını iç hukuk açısından "yasa" gücünde görmüş "normlar hiyerarşisi" yönünden daha alt sırada kabul etmemiştir. Bu durumda denilebilir ki, uluslararası sözleşmenin bir kuralına, uygulanma açısından yasal güç tanımak anayasal bir zorunluluktur. Hal böyle olunca; “Yasa gücündeki iki düzenlemeden, uygulamada hangisine öncelik tanınacaktır?” sorusunu cevaplandırmak gerekir. "Yasaların çatışması" olarak adlandırılan bu gibi durumlarda;

a) Sonraki norm, öncekinin yerini alır (Lex Posterior derogat priori),

b) Özel kanun, genel kanundan önce gelir (Lex specialis per generalem non derogatur),

c) Açık anlamlı norm, kapalı anlamlı normdan önce gelir, biçiminde kabul edilen temel ilkelere yararlanılarak sonuca ulaşılır.”⁶⁹

Hukuk Genel Kurulu, bu kararında, bir çatışma olup olmadığını irdelemiş, aynı konuyu düzenleyen iki kuralın varlığını tespit etmiş, kuralların normlar hiyerarşisindeki yerini tayin etmiş ve hangi kuralın somut olaya uygulanacağını takdir etmiştir.

Gözlere göre, bir normun iç geçerliliği ile uluslararası geçerliliği birbiriyle örtüşmediğine göre, bir uluslararası hukuk normu olan AİHS ile bir iç hukuk normu olan Türk Anayasası arasında bir hiyerarşi ihdas edilmesi mantıken mümkün değildir. Zira bu iki metin arasında geçerlilik ilişkisi yoktur. AİHS Türk Anayasasının üstünde değildir. Çünkü 1982 Anayasası, Türk normlar hiyerarşi tepesinde yer

⁶⁹ Yargıtay H.G.K., E. 2001/10-232, K. 2001/272, Kt. 21.03.2001

almakta ve geçerliğini, AİHS'nden değil, 12 Eylül kurucu iktidarından almaktadır. O halde 1982 Anayasası AİHS altında yer almaz.⁷⁰

Güran'a göre "ulusal üstü hukuk, 'iç egemenliğe de yansiyacak biçimde' ne ölçü norm, ne Anayasallık bloğu, ne referans norm olarak bir geçerlik, üstünlük, bağlayıcılık, hukuksal etki taşır ne de uygulanır. Ulusal üstü hukuk böyle bir konuma ve güce sahip değildir. Sadece, 'herhangi bir' dış hukuk mevzuatı ve içtihadı gibi/kadar kaynaklık, emsallik yapabilir, esin kaynağı olabilir."⁷¹

İkinci cümleye ağırlık veren yazarlar ise, Anayasanın, açıkça değilse bile zımnen uluslararası hukukun üstünlüğünü belirtmiş, bazı yazarlar ise böyle bir üstünlüğün varlığını kabul etmemişlerdir.

Teziç'e göre, uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürülememesi devletler hukukunun üstünlüğü tezinin teyididir. Şu halde temel kaide, devletler hukuku kaidelerinin, iç hukuk kaidelerine takaddüm etmesi ve her iki tip kaide arasında bir çatışma halinde devletler hukuku kaidesinin üstün gelmesidir.⁷²

Batum'a göre, Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların AİHS'ne uygunluğunu da incelemesi nedeniyle, Sözleşme'nin anayasallık bloğunun içine girmekte olduğunu ve sözleşme, uluslararası hukukun parçası olarak devam ederken, bir ulusal hukuk işlemi olan yasa ile sözleşmenin ayrılabilceğini söylemek mümkün değildir. Bu durumda Sözleşmenin hukuken yasa değerinde sayılmasına karşı, yasanın üstünde yer almasının zorunlu olmaktadır.⁷³

Çelik'e göre, Anayasanın ilgili madde hükmü hiç de açık olmayan bir düzenleme getirmiş, bu sebeple, sözleşmelerin kanunlara göre daha üstün olduğu söylenebileceği gibi, eşit olduğu da söylenebilir. Ancak, 1961 ve 1982 Anayasalarının andlaşmaları "kanun hükmünde" sayan hükümleri nedeniyle, andlaşma ile kanun eş değer tutulduğu görüşüne katılamaz. Türk hukuk düzeninin düalist görüşü benimsediği söylenemeyeceği gibi, andlaşma kanun çatışmasında lex posterior

⁷⁰ Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstünlüğü Sorunu" Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara 2000, www.anayasa.gen.tr/insan.htm/, s.15.

⁷¹ Sait Güran, "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s.47.

⁷² Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku(Genel Esaslar)**,2. Basım, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul, 1991 s.8–9

⁷³ Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, 1993, s.56

kuralının da uygulanacağı söylenemez. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, gerek doktrinde gerekse yeni anayasalara bu yolda hükümler konulmuştur. Kaldı ki, bazı andlaşmalar vardır ki, nitelikleri ve düzenledikleri konular nedeniyle bunların bir kanunla değiştirilmesine imkân yoktur.⁷⁴

Pazarıcı, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması kuralını yorumlarken, Anayasa'da öngörülen bu kuralın, uluslararası antlaşmaları Anayasa'dan üstün tuttuğu şekilde yorumlanamayacağını, aksinin kabul edilebilmesi için Anayasa'nın bunu açıkça belirtmesi gerektiğini, bu hükmün başkaca bir amaçla konulmuş olabileceğini söylemektedir. Bu görüşünü, Anayasa'nın, sonradan çıkarılan bir kanunun, uluslararası antlaşmaya aykırı olamayacağı yönünde bir düzenleme içermemesi olgusu ile desteklemektedir.⁷⁵

Tunç'a göre, Türk hukuk düzeninde uluslararası sözleşmeler, kural olarak kanunlara eşit bir şekilde düzenlenmiştir. Bunun tek istisnası Anayasanın 15, 16, 42 ve 92. maddelerinde zikredilen konulara ilişkin andlaşmalardır. 90. maddenin son cümlesindeki andlaşmalar hakkında "... Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." hükmü, sözleşmelerin kanunlara üstünlüğü belirtmek için değil, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla, Devletin uluslararası sorumluluğunun ortaya çıkmasını engellemek içindir. Bu hüküm, kanun koyucunun yetkilerini sınırlamak amacı taşımamaktadır. Bu durumda, bir kanun ile bir andlaşma hükmü arasında çatışma çıkması halinde, lex posterior derogat priori kuralına göre uyumsuzluk çözülebilecektir. Bu görüş, Anayasanın andlaşmalar konusundaki uygulamasını gösteren 244 sayılı Kanunun gerekçesiyle de desteklenmektedir. Gerekçeye göre, "...Anayasa andlaşmalara kanundan üstün kuvvet vermemiş olup, sadece kanun kuvvetini vermiştir. Böyle olunca, bir andlaşmaya aykırı bir kanun çıkarma da kabildir. Bu takdirde, o andlaşmanın Türk iç hukukunda uygulanmaması ayrı; bu yüzden, Devletin uluslararası sorumluluğunu ortaya çıkması konusu ise ayrıdır. Anayasa, sadece sözleşmelerin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne müracaat yollarını kapatmakla yetinmiştir".⁷⁶

Konuya insan hakları açısından bakan Akıllıoğlu'ya göre, 1961 ve 1982 Anayasalarındaki, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası andlaşmalar

⁷⁴ Edip F Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s.50

⁷⁵ Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri: I. Kitap**, s. 33.

⁷⁶ Tunç, a.g.e., s.180

kanun hükmündedir.” kuralı ile güdülen amaç, Türk hukukundaki kurallar kademelenmesinde sözleşmenin yerini belirtmek değildir. Bu kuralla ulaşılmak istenen amaç, milletler arası hukuk iç hukuk ilişkilerinde monist görüşün benimsendiğini vurgulamak ve sözleşmelerin bir iç hukuk işlemine gerek olmaksızın, iç hukuk düzeninde doğrudan uygulanacağını belirtmektir. Anayasa, uluslararası hukukun açıklık ilkesini esas almakta ve uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü de kabul etmektedir. Bu ilkeler çerçevesinde uluslararası hukuk düzeninin en önemli kaynağı olan sözleşmelerin, iç hukuk kurallarından üstün olduğuna da şüphe yoktur.⁷⁷

Anayasanın 15, 16, 42 ve 92. maddelerini de dikkate alan *Gündüz*'e göre ise, Anayasanın sözleşmelerin Anayasaya aykırılıklarının ileri sürüleceğini öngörmesini, sözleşmelerin kanunlara üstün tutulduğu şeklinde yorumlamamak gerekir. Aksi durumda, Anayasada sözleşmelerin "kanun hükmünde" olmaları değil, "kanunların üstünde" tutulmaları mantık gereğidir. Buna göre, Türk hukuk düzeninde ilke olarak andlaşmalar kanuna eşdeğerdir. Birinin diğerine üstünlüğü yoktur Bunun tek istisnası anayasanın 15, 16, 42. ve 92. maddelerinde düzenlenen konularda yapılacak olan andlaşmalardır. Bu konulardaki andlaşmalar, Anayasada öngörülen şart ve sınırlamalar içerisinde, bir anayasal hüküm niteliğindedir.⁷⁸

Memiş, 1982 Anayasası'nın 15'inci maddesinde yer alan "uluslararası yükümlülüklerin ihlal edilmemesi" kaydı dikkate alındığında, antlaşmaları ölçü norm haline getirdiğini, antlaşmaya çekince koymadan imza koyan devletin, antlaşmanın anayasasına aykırı olmadığı varsayımıyla hareket ettiğini, Anayasa Mahkemesinin, antlaşmaya göre hak ve özgürlükleri daha kısıtlayıcı içeriğe sahip bir yasayı denetlerken antlaşma iradesini, yasanın sınırlayıcı iradesine üstün tutarak, uluslararası antlaşmalara özel bir yer tanımış olan Anayasanın ruhuna uygun düşebilecek bir yorumla karar vermesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁹

Selçuk, AİHS'nin "Avrupa Anayasası" olduğunu ve ulusal hukukun bir parçası ve kendiliğinden uygulanmakta olduğunu, anayasa hükmünün Sözleşmeden

⁷⁷ Tekin Akıllıoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1992, s.51-52

⁷⁸ Gündüz, Aslan, a.g.e., s.61-62

⁷⁹ Emin Memiş, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s.161

önce olması halinde, bu hükmün Sözleşmeyle birlikte ortadan kalkacağını; anayasa hükmü Sözleşmeden sonra ise Sözleşme hükümleri karşısında hiçbir değerinin olmayacağını ve Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.⁸⁰

Ünal, “Anayasanın 90. maddesi hükmüne göre, monist teoriye uygun olarak Sözleşme Türk iç hukukunun bir parçası olmuştur. Böylece, Sözleşmenin bireylere temel hak ve özgürlükler bahşeden normları, Türk mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanabilir üstün nitelikteki hukuk kurallarıdır” görüşündedir.⁸¹

Gözübüyük ve Gölcüklü’e göre, “AİHS sui generis (nev’i şahsına münhasır) bir Sözleşmedir. Taraf devletlerin çıkarlarını uzlaştıran klasik ‘snalagmatik’ (karşılıklı) bir sözleşme değil, fakat ‘Başlangıç’ metninde belirtildiği gibi, bir amacı ‘müştereken’ gerçekleştirmeye yönelik bir ‘yasa sözleşme’dir. Bu sıfatla taraf ülkelerde dâhil buldukları hukuk sistemine bakılmaksızın (tekçi yahut ikici sistem) doğrudan uygulama güç ve yeteneğine sahiptir. Gerçek (ve pratik sonuç) odur ki, bu sözleşmeye taraf devletler, bütün organlarıyla (yasama, yürütme ve yargı) sözleşme hükümlerine uygun işlemde bulunmayı taahhüt etmişlerdir ve Sözleşmenin uygulanmasından sorumludurlar. Herhangi bir ulusal işlemle Sözleşme hükümlerinden birinin çiğnendiği (ihlal) Strasbourg Mahkemesi tarafından saptandıkta, ‘davalı devlet’ adı geçen mahkeme kararının gereğini (mevzuat değişikliği de dâhil olmak üzere) yerine getirecektir. Hatta değiştirilmesi gereken kural anayasa hükmü olsa bile.”⁸²

Aliefendioğlu’na göre “Anayasanın 6. maddesinde, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamaz.”; Anayasanın, bağlayıcılığı ve üstünlüğünü öngören 11. maddesinde ise, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Bu hükümlerden, iç hukukta, normlar hiyerarşisi açısından üstün olanın Anayasa olduğu ve Anayasanın herkesi bağladığı sonucu çıkar. Ayrıca, Anayasanın 138. maddesinde “Hâkimler,...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler.” hükmü de,

⁸⁰ Selçuk, a.g.e s.411–413.

⁸¹ Ünal, a.g.e., s.72

⁸² Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.20

kademe sıralaması esas alındığında Anayasaya öteki normlara göre öncelik tanır. Öte yandan, uluslararası sözleşmelerden doğan hukukun, iç hukukta doğrudan uygulanabilir duruma gelebilmesi için ya bir yasayla iç hukuk normu durumuna getirilmesi ya da sözleşmeden doğan uluslararası hukuk normuna Anayasayla ulusal üstü nitelik kazandırılması gerekir. Ulusal üstü nitelik kazandırılması gereken uluslararası sözleşmelere ise, Anayasa normları yoluyla bir gönderme yapılması ve kaynağı Anayasada yer alan bir bağlantı kurulması gerekir.”⁸³

b) 2004 Yılında Anayasada Yapılan Değişiklikten Sonraki Durum ve Tartışmalar

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasındaki, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” hükmüne, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” cümlesi eklenmiştir.

Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümlenin amacı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin, hak ihlalleri konusundaki uyuşmazlıkların, iç hukukta çözümlenmesinin sağlanması, uyuşmazlığın, uluslararası yargı organları önüne gitmesi ve dolayısıyla devletin bir yaptırıma maruz kalması ihtimalinin en baştan önlenmesidir. Her ne kadar madde gerekçesinde düzenlemenin yapılma amacı, tam olarak böyle ifade edilmemişse de, madde metninden, bu durumu anlamak olanaklıdır⁸⁴. Uluslararası antlaşmaların tamamı yerine sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara üstünlük tanınmasının ulaşılmak istenen hedef olup olmadığı tartışmalıdır.⁸⁵

⁸³ Aliefendioğlu, a.g.e., s.154

⁸⁴ 5170 Sayılı Kanunun Genel Gerekçesi: Uygulamada usûlüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacı ile 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.

⁸⁵ İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli’nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 Kasım 2004, s.29. “2004 yılı Anayasa değişikliği tasarısında, herhangi bir konu sınırlaması yapmadan milletlerarası antlaşmalarla kanunlar arasında çatışma bulunması halinde, milletlerarası antlaşmalara öncelik tanınacağı yolundaki hüküm, Meclis Anayasa Komisyonu tarafından kabul görmemiştir” Kuzu, Burhan: Söz konusu Anayasa değişikliği tasarısının görüşüldüğü Anayasa Komisyonunun Başkanı olarak görev yapmıştır.

5170 sayılı Yasayla temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların Türk hukukundaki normatif değeri konusunda süregelen belirsizliklere bir açıklık getirilmesine rağmen, bu değişiklik bazı yeni sorunları da beraberinde getirmiştir. Bir kısım yazarlar, uluslararası antlaşmaları ve özellikle AİHS'yi kanunun üzerinde görmüşlerdir. Hatta bunların, Anayasa'nın üzerinde olduğu yorumları yapılmıştır. Diğer bir kısım yazarlar da, Anayasa'nın 90. maddesinin ilk fıkrasındaki "kanun hükmündedir" sözlerine bakarak bütün antlaşmaların kanunlarla eşdeğer olduğunu söylemişlerdir.

Yazarlar arasında ki bu görüş ayrılıklarının nedenleri, yeni düzenlemede var olan şu sorunlar üzerinde yoğunlaşmaktadır: Birinci sorun antlaşmaların uygun bulunmasının şekli hakkındadır. İkincisi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların nelerden ibaret olduğunun nasıl belirleneceğine ilişkindir. Üçüncüsü, çatışma halinde üstün alınması gereken normun mutlaka uluslararası antlaşma olup olmadığı hakkındadır. Dördüncüsü, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki çatışmaların nasıl belirleneceğine yöneliktir. Beşincisi, uluslararası antlaşma ile çatışma halinde olan normun hukuksal niteliğini ilgilendirmektedir.⁸⁶ Sayılan bu sorulara ilişkin yazarların farklı görüşlerine yer vereceğiz.

Gönenç'e göre TBMM'nin onayı, yani TBMM iradesinin katılımı olmaksızın yürürlüğe giren bazı uluslararası sözleşmelerin, TBMM'nin iradesinin bir ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanması söz konusu olabilecektir. Böyle bir uygulamanın en başta "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesiyle çeliştiği söylenebilir... Öte yandan, yürütme organının yasama organından geçiremeyeceğini düşündüğü düzenlemeleri bu yolla yasama organının denetiminden/iradesinden kaçırmaya çalışması da mümkündür.⁸⁷

Kanımızca, Sayın Gönenç'in bu yorumuna katılmak mümkün değildir. 2004 yılında yapılan değişiklik sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin getirilen bir üstünlüktür. Her türlü uluslararası andlaşmaya üstünlük getirdiği söylenemez. Anayasanın 90/3. maddesinde TBMM'ce uygun bulunması zorunluluğu olmayan uluslararası andlaşmaların "ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmalarla" sınırlandırıldığı açıktır. Kaldı ki, uluslar arası andlaşmaların geçerliliği genel olarak

⁸⁶ Kemal Başlar, "Uluslararası anlaşmaların onaylanması, üstünlüğü ve anayasal denetimi üzerine" http://www.anayasa.gen.tr/baslar-90nci_adde.pdf s.20

⁸⁷ Levent Gönenç, "1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/-90.madde.htm> 08.08.2004 s.56

TBMM’ce uygun bulunmasına bağlanmıştır, istisnai durumlar anayasanın 90/2. ve 90/3. maddelerinde sayılmıştır. 90/5. maddesinde temel hak ve özgürlükler için getirilmiş olan yenilik istisnai durumlar arasında sayılmamıştır. Dolayısı ile yürütme organının temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası andlaşmaları, yasama organının denetiminden kaçırması mümkün değildir. Bakanlar kurulun, Anayasanın ve kanunun kendisine tanıdığı yetki sınırlarını aşarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler içeren bir uluslararası andlaşmayı onaylarsa, Danıştay, andlaşmanın Anayasaya aykırılığı nedeniyle değil, yetki yönünden iptal edebilir.

Gözlere göre, Türkiye’de uluslararası sözleşme ile kanun arasında hiyerarşi kurulamaz; çünkü her ikisi de Meclisin adî çoğunluğuyla kabul edilirler. Eğer milletlerarası andlaşmalara kanun üstü ve dolayısıyla anayasal bir değer tanınacaksa, yapılması gereken şey, milletlerarası andlaşmaların Meclisin adî çoğunluğu tarafından değil, Meclisin üçte iki çoğunluğuyla uygun bulunmasını öngörmektir. Mantık ve normlar hiyerarşisi bunu gerektirir. Bu yapılmazsa, bu şu anlama gelir ki, meclisin adî çoğunluğu normalde dokunamayacağı Anayasaya, milletlerarası andlaşmaları uygun bulmak suretiyle dokunabilecektir. Bu ise, Türkiye’de Anayasanın üstünlüğünün çiğnenmesi demektir. Katı bir Anayasa sistemine sahip ülkemizde Anayasa, Meclisin adî çoğunluğu tarafından değil, ancak nitelikli çoğunluğu tarafından değiştirilebilir. O hâlde, Türk hukuk sisteminde milletlerarası andlaşmalara kanun üstü bir değer atfedilemez. Milletlerarası andlaşmalara illâ kanun üstü bir değer, yani anayasal bir değer verilmesi isteniyorsa, yapılması gereken şey, milletlerarası andlaşmaların Meclisin adî çoğunluğuyla değil, üçte iki gibi nitelikli çoğunluğuyla kabul edilmesini şart koştuktan ibarettir.⁸⁸

Sayın Gözler’in bu görüşüne bir yönüyle katılmak mümkün olmakla birlikte, diğer bir yönü ile katılmak mümkün değildir. Hem uluslararası sözleşmeler hem de kanunlar Meclisin adî çoğunluğuyla kabul edilirler, ancak kişi hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaları öncelikli kılan Meclisin nitelikli çoğunluğu ile kabul edilmiş 90/5. maddesi mevcuttur. Anayasamızda bir kanunu diğer bir kanundan öncelikli kılan başka bir madde yoktur. Bu yönüyle kişi hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların, kanundan üstün olması için Meclisin nitelikli çoğunluğu ile uygun bulmasına gerek yoktur. Diğer taraftan, uluslararası andlaşmanın,

⁸⁸Kemal Gözler, “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?” <http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm>

Anayasaya aykırı hükümler içermesi durumunda, Hollanda⁸⁹ ve Portekiz⁹⁰ Anayasalarında olduğu gibi, bu antlaşmanın onaylanabilmesi için Meclisin nitelikli çoğunluğuyla kabul edilmesi şartı getirilebilir.

Başlar'a göre, Anayasa'nın 90/5. maddesinin değişiklik gerekçesinde ifade edilen "dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile AB kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla" temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün kabul edilmiş olması takdire şayan bir gelişme olmakla birlikte, bu hükmün AB'ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için yapılması gerekli olan bir değişiklik olmadığı açıktır. Bununla birlikte, uluslararası antlaşmalara kayıtsız ve şartsız üstünlük tanınmasının doğuracağı anayasal sakıncalar ve devletin uluslararası sorumluluğu göz önüne alındığında, bugün için gelinen noktanın sadece geleceğe yönelik bir olumlu bir adım olduğunu kabul etmek gerekir.⁹¹

Gülmez, usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm uluslararası sözleşmelerdeki insan hakları ve temel özgürlüklerin "temel hak ve özgürlükler" ifadesi kapsamında kalacağını, bu ifade yerine "insan hakları" teriminin kullanılmasının daha uygun olacağını, düzenlemenin sadece "yasalarla" sınırlı olmadığını, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin Kanun Hükmünde Kararname (KHK) veya yasaya dayanılarak çıkarılmasına rağmen, yasaya aykırı düzenleme içeren bir tüzük ile uluslararası sözleşmelerin çatışması halinde de sözleşmenin uygulanması gerekeceğini, aynı konuyu farklı biçimde düzenleyen birden çok onaylanmış uluslararası sözleşme kuralının bulunması durumunda, en ileri düzenleme yapan ve güvence sağlayan sözleşmenin uygulanacağını belirtmektedir. Yazara göre, taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri yasaların ve Anayasanın da üstündedir, kurallar sıralamasının en başında yer almaktadır. Yazar,

⁸⁹ Hollanda Kraliyet Anayasası'nın 94. maddesinde, uluslararası antlaşmalara, kanunların üstünde bir değer atfedilmiştir. Eğer bir antlaşma Anayasa'ya aykırı hükümler içeriyorsa, bu antlaşmanın onaylanabilmesi için nitelikli çoğunluk gerekmektedir. Hollanda Kraliyet Anayasası'nın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.bekircebeci.com/index.php?option=com_content&task=view&id=45&Itemid=59

⁹⁰ Portekiz Anayasası, bir ön denetim mekanizması öngörmüştür. Anayasa'nın 279. maddesinin 4 fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşmanın bir hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verirse, bu antlaşma ancak Meclisin nitelikli çoğunluğunun (2/3'ünün) oyuyla uygun bulunabilir. Portekiz Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/Constitution_VII_revisao_definitive.pdf

⁹¹ Başlar, a.g.e., s.30

düzenlemenin yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olduğunu, yargı yerlerinin, taraflarca ileri sürülmesi de insan hakları uluslararası sözleşmelerini kendiliğinden göz önüne alarak karar vermeleri gerekeceğini; ayrıca, insan hakları alanında uluslararası denetim organlarının yerleşik ilke kararları ve içtihatlarının da yargı yerlerince göz önünde bulundurulmasının gerekeceğini ileri sürmektedir.⁹²

Yüzbaşıoğlu, sözleşmenin düzenlediği bir konuda kanunların ve Anayasanın suskun kaldığı durumlarda, Anayasanın 90. maddesine eklenen kural uyarınca, kanunlar gibi, kendiliğinden uygulanabilir nitelikteki sözleşmenin tüm devlet organları, idari makamlar ve yargı yerlerince doğrudan uygulanacağını, sözleşme ile kanunun çatıştığı ve Anayasanın da bir hüküm içermediği durumda, sözleşmenin uygulanacağını belirtmektedir. Yazar, anayasa ile sözleşmenin çatışması halinde, 2004 Anayasa değişikliğiyle getirilen kuralın, bu noktada açıklama getirmekte yetersiz kaldığını, çünkü bu sorunun egemenlik kavramını ve Anayasanın egemenlik yetkilerinin kullanımıyla ilgili 6. ve 7. maddelerini ilgilendirdiğini belirtmekte, Türkiye'nin AB'ne üyelik sürecinde olduğunu, AB'ne üye ülkelerin anayasalarında, egemenlik yetkisinin bir kısmının Birliğe devredilmesini ve yetki devrine ilişkin antlaşmaların parlamentolarda daha fazla çoğunlukla kabulünü öngören düzenlemeler bulunduğunu, şayet Türkiye'nin AB gibi ulusal üstü yetkiler kullanan birliğe girmekte ısrarcı olması halinde, bu duruma anayasal değer kazandırmak ve bunların Anayasayla çatışmasını önlemek için, anayasa değişikliği yapılarak, egemenlik yetkisini devrine ilişkin hüküm konulmasını, bu şekildeki sözleşmeleri uygun bulma kanunlarının kabulü usulünün de değiştirilmesini, ayrıca ulusal üstü yetkiler kullanan örgütlere üyeliği sağlayan sözleşmelerin Anayasa Mahkemesi'nde ön denetiminin sağlanmasını önermektedir.⁹³

Karağülmez'e göre, Anayasanın 90. maddesine getirilen ek cümlede geçen "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar" ifadesiyle, Anayasamızda ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin kastedildiğini, ancak bunların neler olduğunun belirlenmesinde uluslararası hukuk kaynaklarına da başvurulması gerekmektedir.

⁹² Gülmez, a.g.e., s. 152–161

⁹³ Necmi, Yüzbaşıoğlu, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 05.11.2004, s.89–90

Düzenlemede “kanunlar” ifadesine yer verildiği için bununla teknik anlamda kanun kavramının anlaşılması gerekeceğini, dolayısıyla, KHK'nin bir sözleşme ile çatışan bir hüküm içermesi halinde, KHK hükmünün uygulanmayacağını söylemek güçtür. Tüzük veya yönetmelikte, dayanak kanunu ile sözleşme hükmüyle çatışan hükümler olması halinde, zaten, dayanağı kanuna aykırılık söz konusu olacağından idari yargıda iptal kararı verilecektir.⁹⁴

Aliefendioğlu, Anayasanın 90. maddesine 2004 yılında getirilen kuralın amacının, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalarla, iç hukuk ya da yasa hükmü arasında çıkabilecek bir çatışmanın çözüme bağlanması ve bu tür sözleşme ya da antlaşma hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanmasının sağlanmasıdır. Anayasada değişiklik yapan 5170 sayılı Yasanın 7. maddesinin gerekçesinden ve Anayasa Komisyonu raporundan “esas alınır” sözcüklerinin “öncelikle uygulama” anlamına geldiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir sözleşme hükmüyle bir yasa kuralı arasında çatışma olduğunda, sözleşme hükmü üstün sayılacak ve ulusal yasa kuralı, ihmal edilerek uygulanmayacaktır. Ancak, Anayasada, aynı konuda bir “Anayasa hükmü” ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme hükmü arasında bir çatışma olduğunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin kuralın esas alınacağına dair bir kural yer almamıştır ve Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği Anayasa kuralının esas alınması gerektiği düşünülebilir. Yazar, yapılan düzenlemenin, yasaların uluslararası sözleşmeye göre, temel hak ve özgürlükler yönünden daha ileri bir anlayış getirdiği durumlarda hangisine öncelik verileceği ve uluslararası sözleşme ile yönetsel düzenleyici işlemler arasında bir çatışma olması durumunu açıkça kapsamaması nedeniyle, eksik bir düzenleme olduğu hususunu da içermediği eleştirisinde bulunmaktadır.⁹⁵

Pazarcı, 2004 yılı Anayasa değişikliğinden sonra, uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki yeri ve etkisinin iki kategoride değerlendirmektedir. İlk olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin, yasaların üstünde olduğunu belirtmektedir. İkinci olarak, temel hak ve

⁹⁴ Ali Karagülmez, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2004, Sayı 54, s. 166

⁹⁵ Aliefendioğlu, a.g.e. s. 157-158

özgürlüklere ilişkin sözleşmeler dışındaki diğer sözleşmelerin yasalarla eşdeğerde olduğunu ve “temel hak ve özgürlükler” deyiminin geniş yorumlanarak, sadece insanın kişiliğine bağlı olan hakları değil, sosyal, kültürel ve ekonomik hakları da kapsadığı şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, Türkiye'nin yürürlüğe koyduğu tüm insan haklarına ilişkin andlaşmaların bu kapsamda olduğunu, sözleşmelerin, anayasa veya yasalarımıza göre daha kısıtlayıcı hükümler içermesi halinde, lehe yorum yapılması gerekeceğini belirtmektedir.⁹⁶

Danıştay 1. Daire Üyesi Yılmaz Çimen Anayasanın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik üzerine sunduğu bildirisinde, 90. maddeye eklenen hükmün, uluslararası hukuk ile iç hukuk kuralları arasında açık ve yorumlanmadan anlaşılabilir bir kademelendirme kurmak bakımından yetersiz olduğunu, getirilen ek cümlede yer alan “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar..” ifadesinin, Anayasa'nın 12 ila 74. maddeleri arasında zikredilen tüm hak ve özgürlüklerle sınırlı bir anlam içerdiğini, “esas alma” ibaresinin, uluslararası antlaşmayı ana öge, temel kural olarak kabul etmek, yasalardan farklı tutularak, ulusal hukuku bir yana bırakarak, diğer bir deyişle ihmal ederek uyuşmazlığı uluslararası antlaşma hükümlerine göre çözmek demek olduğunu, sözleşmenin uygulanması için ulusal hukukta özel bir düzenleme olmasına da gerek bulunmadığını, hakimlerin, yürütme ve yasama organları ile tüm anayasal kurumların, uluslararası sözleşme ile yasalar arasında çatışma olup olmadığını, resen araştıracaklarını belirtmiştir.⁹⁷ Aynı bildiride, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin Anayasanın üstünde kabul edilemeyeceği, sözleşme ile Anayasanın çatışması halinde, ilk olarak Anayasanın yorumunda sözleşme hükümlerinden yararlanma suretiyle ancak, sözleşmeyi Anayasa'dan üstün konuma getirmeden Anayasa'ya uygun bir çözüm bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği savunulmuştur. Bunun mümkün olmaması halinde ise Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi gereğince, Anayasa hükmünün esas alınması gerekeceği savunulmuştur.

⁹⁶ Hüseyin Pazarcı, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 05.11.2004, s.156–161.

⁹⁷ Yılmaz Çimen, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 05.11.2004 s.92–100.

Kanımızca, 90. maddeye eklenen ek cümlede yer alan “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar..*” ifadesinin, Anayasa’nın 12 ila 74. maddeleri arasında zikredilen tüm hak ve özgürlüklerle sınırlı bir anlam içermediği düşüncesindeyiz. Çünkü temel hak ve özgürlükler Anayasa’da sayılanlarla sınırlandırılmazlar. Temel hak ve özgürlükler, Anayasa’da sayılanlardan çok daha fazladır. Özellikle insan haklarının gelişmeye ve çoğalmaya açık yapısı nedeni ile uluslararası alanda kabul gören tüm insan hakları, temel hak ve özgürlüklerin kapsamındadır. Uluslararası andlaşmalarda düzenlenmiş, Anayasa’da düzenlenmemiş olan temel hak ve özgürlükler, 2004 yılında getirilen düzenleme ile Anayasal bir düzeyde kabul edilmiştir. Anayasada düzenlenmemiş temel hak ve özgürlüklerin “*aynı konuda farklı hükümler içermesi*” söz konusu olmayacağı için uluslar arası andlaşma hükümlerinin uygulanacağı açıktır.

2004 yılı Anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların, kanunlardan üstünlüğü kabul edilmekle birlikte, bu andlaşmaların Anayasadan da üstün olduğu konusunda bir netlik yoktur. Uluslararası andlaşmaların, Anayasadan üstünlüğünün kabulü, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine aykırı olduğu düşüncelerine katılmaktayız. Ancak, uygulamada Anayasa hükümlerine uygun bir kanuna dayanılarak verilen bir mahkeme kararının, AİHM’nde Sözleşmeye aykırı bulunması, AİHM kararlarının taraf ülkece uygulanması gerektiği, uygulanmaması halinde A.K’nun yaptırımlarına maruz kalınacağı gerçeğini değiştirmemektedir. Anayasada 2010 yılında yapılan değişiklik ile getirilen “Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru” hakkı ile bu konuya çözüm üretilebileceği görüşüdeyiz. Şöyle ki; Almanya’da olduğu gibi⁹⁸, Anayasaya uygun bir kanun, sözleşmeye aykırı hükümler içeriyorsa, söz konusu yasa hükmü, sözleşmenin amacına uygun bir şekilde yorumlanabilir. Başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru ile yasanın uluslararası sözleşmeye uygun yorumu tercih edilebilir. Bu yorumlar yapılırken AİHM içtihatları göz önünde bulundurulabilir. Böylelikle ülkemizin AİHM’nde mahkûmiyet sayısı azaltılabilir.

3-TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN YARGISAL DENETİMİ

⁹⁸ Bknz s.25

Anayasa'nın 11/2. maddesine göre, "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*". Bu ifade bir varsayımdan ibaret olup, kanunların Anayasa'ya aykırı olması her zaman mümkündür. Anayasa'nın 11/2. maddesine aykırı hareket edildiğini savunan kişi ve kurumlara, Anayasa'nın 150. ve 152. maddeleri gereği Anayasa Mahkemesine başvurma olanağı tanınmıştır. Uluslararası sözleşmelerin tamamı veya bir kısmının Anayasa'ya aykırı olması mümkün olmasına rağmen, uluslararası sözleşmelerin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi Anayasa'nın 90. maddesine gereğince yasaklanmıştır.⁹⁹

Anayasanın getirmiş olduğu bu düzen, doktrinde eleştirilerek her ne kadar Anayasa uluslararası sözleşmelerin Anayasa uygunluğunun denetlenemeyeceğini bildirirse de bunları uygun bulan kanunların ve onaylayan kararnamelerin yargısal denetime tabi olacağı ileri sürülmüştür. Böylece, dolaylı yoldan andlaşmalar konusundaki yargısal denetim yasağı bertaraf edilmeye çalışılmıştır.¹⁰⁰

Soysal'a göre, sözleşmeler hakkında Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmaz. Ancak, bunları uygun bulan kanunlar için Anayasa Mahkemesi'ne veya onaylayan kararnameler içinde Danıştay'a başvurmak daima mümkündür. Burada dava konusu olan şey, doğrudan doğruya uluslararası andlaşma değil yasama veya yürütme organının Anayasaya aykırı bir metni uygun bulmak ya da onaylamak şeklindeki eylemlerdir.¹⁰¹

Çağa ise, onaylamayı uygun bulma kanunu aleyhine, ancak, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih ile yürütme, organının andlaşmayı onayladığı tarih arasındaki bir zamanda Anayasa Mahkemesinde dava açılabileceğini söylemektedir.¹⁰²

Anayasa Mahkemesi'nin aynı görüşlere sahip olan bir raportörü de şöyle demektedir: "Anayasanın hiçbir düzenlemesinde uluslararası sözleşmelerin onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin yasanın anayasal denetime bağlı tutulmayacağına ilişkin bir kural yoktur. Bu yüzden, uygun bulma yasaların denetime bağlı tutulması anayasal zorunluluktur. 90. madde hükmü, uluslararası sözleşmelerin onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin yasaları değil, sözleşmelerin kendisini

⁹⁹ Başlar, a.g.e., s.49

¹⁰⁰ Tunç, a.g.e., s.182

¹⁰¹ Tunç, a.g.e. s.182; Soysal, Mümtaz, Dış Politika ve Parlamento, AÜSBF yay. No: 165, Ankara 1964 s.216

¹⁰² Tunç, a.g.e. s.182: Çağa, Tahir, Hava Hukuku c.1, Genel Kısım, İÜHF Yayını İstanbul, 1963, s.161

anayasal denetimden ayrı tutmaktadır.¹⁰³

Çelik ve Özbudun konuya değişik bir açıdan, Fransız Hukukunun “acte de'tac habel” (ayrılabilir işlem) kavramından yaklaşmaktadır. Bu yazarlara göre, eğer onaylamayı uygun bulma kanunu, onaylanmasının uygun bulduğu sözleşmeden ayrılabilir, bağımsız olarak ve kendi başına hüküm ifade edebiliyor ve iç hukuk düzeninde etki doğurabiliyorsa, bu kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Eğer uygun bulma kanunu kendi başına bir anlam ifade etmiyor, ancak andlaşma ile bir anlam taşıyor ve etki yapıyorsa, Anayasa Mahkemesi önüne bir iptal davasının konusu olamaz. Diğer bir ifadeyle, kanun sadece bir andlaşmanın onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin ise, andlaşmada Anayasaya aykırı hükümler bulunsa bile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.¹⁰⁴

Bakanlar Kurulunun onaylama kararlarının yargısal denetimi konusunda ise Çelik ve Özbudun birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Çelik'e göre, "Bakanlar Kurulunun,... onaylama işlemlerine gelince... Bakanlar Kurulu işlemlerinin idari işlemler olduğu kuşkusuzdur. Anayasanın 114. maddesinin 'idarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz' hükmü göz önünde tutulursa, onaylama kararları hakkında Danıştay'a başvurulabileceği sonucuna varılmak gerekir... Bakanlar Kurulu, Anayasanın ve kanunun kendisine tanıdığı yetki sınırlarını aşmak suretiyle bir sözleşmeyi onaylamışsa, Danıştay, sözleşmenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle değil, fakat yetki yönünden kararnameyi iptal edebilir.¹⁰⁵

Özbudun, Çelik'in bu görüşüne katılmamaktadır. Özbudun'a göre, Anayasanın 90. maddesinin açık ifadesi karşısında Danıştay'a onaylama kararlarını iptal yetkisi verilemez. Çünkü Anayasa usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası andlaşmaları kanun hükmünde saymaktadır. Gerçi kanun hükmünde sayılan işlemin onay kararnamesi değil andlaşmanın kendisi olduğu ileri sürülebilir. Ancak, burada da bu iki işlemin genellikle birbirinden ayrılmaz nitelikte olduğu açıktır. Onay kararnamesinin iptali, andlaşmanın da yürürlükten kalkması sonucunu doğurur. Danıştay'a da, kanun hükmünde bir işlemi ortadan kaldırma

¹⁰³Tunç, a.g.e. s.182: Serim, Bülent, Uluslar arası Anlaşmaların Onaylanması ve Denetlenmesi, Amme İdaresi Dergisi, C.26, Yıl 1993, s.41

¹⁰⁴ Tunc ,a.g.e. s.183: Çelik, Edip F., Milletlerarası Hukuk, Cilt 1,, Baskı, İstanbul, 1980, s.212; Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993. s.186–187

¹⁰⁵ Tunc, a.g.e. s.183: Çelik, Edip, Milletlerarası Hukuk, s.213

yetkisi Anayasa tarafından verilmemiştir.¹⁰⁶

Anayasanın 90. maddesi, açık bir şekilde uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasa Mahkemesi başvurulamayacağını düzenlemektedir. Bu düzenleme, uluslararası sözleşmelerin soyut ve somut norm denetimi yoluyla denetlenmesine imkân vermemektedir. Anayasanın açık hükmü karşısında bunu bertaraf ederek andlaşmaları dolaylı yoldan uygun bulma kanunlarını ve onaylama kararnamelerini denetlemek adı altında, yargasal denetime tabi tutmak mümkün görülmemektedir. 90. maddenin getirmiş olduğu düzenin yerindeliği tartışılabilir. Ancak, bu hükmün pozitif hukuk kuralı olduğu bir gerçektir. Buna rağmen, bu kuralı yokmuş gibi farz edip dolaylı yollardan sözleşmelerin yargasal denetime tabi tutulmaya çalışılması yoluna gidilmemelidir. Buna karşılık, burada uygun bulma kanunlarının sadece "şekil yönünden" Anayasa Mahkemesi'nce yargasal denetime tabi tutulacağı ileri sürülebilir. Anayasa Mahkemesi'nin şekil yönünden kanunları denetlemesi, Anayasa'nın 148. maddesine göre sadece "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" hususunu içermektedir. Bunun doğrudan andlaşmanın içeriği ile ilgisi yoktur. Kanunun, şekil yönünden Anayasaya aykırı olması halinde, TBMM'nin geçerli bir şekilde ortaya çıkmış iradesi söz konusu değildir.¹⁰⁷

Başlar, konu ile ilgili bir öneri getirmektedir. Bu öneri ileride yapılacak bir Anayasa değişikliğiyle, antlaşmaların sadece *a priori* (uluslararası anlaşmaların yürürlüğe girmesinden önceki denetim) denetimi değil; yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 60 veya 90 gün içerisinde *a posterior* i denetiminin de normatif olarak sağlanmasıdır. Böylelikle, Anayasa'ya aykırı uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmesi engellenecek ve yürürlüğe girenlerin sona erdirilmesi ya da Anayasa'da yer alan aykırılığın giderilmesi sağlanacaktır.¹⁰⁸

4- YÜKSEK MAHKEMELERİN KARARLARINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA YÖNELİK DEĞERLENDİRMELERİ

¹⁰⁶ Tunc, a.g.e. s.183: Özbudun Ergun, a.g.e. , s. 187

¹⁰⁷ Tunc, a.g.e. s.184: Özbudun Ergun, a.g.e. , s. 187

¹⁰⁸ Başlar, a.g.m. s.60

a- Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri

Anayasa Mahkemesi, gerek Anayasaya uygunluk denetiminde gerekse siyasi parti kapatma davalarında, usulüne uygun yürürlüğe girmiş olan uluslararası andlaşmaları, kendi ifadesiyle "gözetmekte" dir.¹⁰⁹Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinde bu andlaşmalara göndermede bulunmakta, Sözleşmeye uygun yorum yöntemi bu Mahkeme tarafından benimsenmektedir. Bununla birlikte, Sözleşme'ye açıkça yasa üstü ya da anayasal değer tanınmamaktadır.¹¹⁰

Anayasa Mahkemesi özel hukuk alanındaki hak ve özgürlüklerle ilgili denetiminde, uluslararası andlaşmalara daha fazla yollama yapmaktadır. Medeni Kanunun (MK) 443. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci fıkrasının kadın-erkek eşitsizliğiyle ilgili hükmünü ya da meşru-gayri meşru çocukların durumundaki MK. 292. maddesinin eşitsizlikleri Anayasaya aykırı bulurken Anayasa Mahkemesi uluslararası andlaşmaları "destekleyici norm" olarak kullanmıştır.¹¹¹

Anayasa Mahkemesi, 1997 tarihli bir kararında, uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduklarını, iptal davalarında ölçü norm olarak esas alınamayacağını belirtmektedir; "Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasa üstü ve hatta Anayasa üstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması

¹⁰⁹ Arslan, a.g.e s:280 Bknz. E.1996/1 (Siyasi Parti Kapatma), K:1997/1 K.T.1997. AMKD, Sayı.34/2, s.758: "Anayasa Mahkemesi, siyasi parti kapatma davalarında usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşma kurallarını da gözetmektedir. Bu bağlamda kimi kararlarda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'na yollamada bulunulmuştur."

¹¹⁰ Çavuşoğlu, a.g.e. s.87–88

¹¹¹ Arslan, a.g.e. 280

olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur.”¹¹²

Mahkeme, eski MK.159. maddesindeki “kadının eşinin izniyle çalışmasına” olanak veren hükmü denetlerken olayı önce karşılaştırmalı hukuk yönünden ele almış, (İsviçre, Alman ve Fransız hukuku) daha sonra uluslararası sözleşmeler yönünden irdemiştir ve neticede “Türk iç hukuku bakımından kanun niteliğinde olan uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş olan ilkelere ve bu ilkelerle uyum içinde olan Anayasanın 10. maddesine” aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.¹¹³ Mahkeme burada, uluslararası sözleşmelere adeta doktriner bir kaynak gibi değinmiş ve neticede Anayasamızın aynı konudaki hükümleri yönünden aykırılık kararı vermiştir.

Mahkeme bir başka kararında Türk Ceza Kanunu'nun 441. maddesindeki “kadının zinası” konusunu incelerken, cinsiyet ayrımının uluslararası sözleşmelerde de reddedildiğini vurgulanıp, “Anayasaya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte, değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin” Anayasanın 10. maddesi ile uyumu vurgulanarak Anayasaya aykırılık hükmü kurulmuştur.¹¹⁴

Anayasa Mahkemesinin daha sonraki kararlarında uluslararası sözleşme hükümlerine açıkça yer verip, hükmü bu paragraftan sonra bağlamaktadır. Örneğin kamulaştırma kanunuyla ilgili bir karar da kanun, Anayasa kurallarına göre irdelendikten sonra bir paragrafta da, AİHS ek protokol-1'den söz edilip 1. maddesi yazılmış ve bu kuralla ilgili AİHM'nin iki kararına içtihat olarak gönderme yapılmıştır. Ancak yine de hüküm fıkrası, Anayasanın ilgili maddeleri belirtilerek kurulmuştur.¹¹⁵

Polisin silah kullanması ve AİHS bağlamında değerlendirmesini yapan Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkının anayasanın aradığı “belirlilik” ve “zorunluluk” kriterlerine göre sınırlandırılabilirliğini belirterek, bu konuda daha önce verdiği 26.11.1986 tarih ve 1985/8 numaralı kararına yollamada bulunmuş, “kamu düzenini sağlamakla yükümlü polisin olayı başka türlü engelleme olanağı kalmadığında, son

¹¹² AYM'nin 27.02.1997 E: 1996/55, K: 1997/33, sayılı karar www.anayasa.gov.tr

¹¹³ AYM'nin 29.11.1990-E.1990/30, K.1990/31

¹¹⁴ AYM'nin 23.09.1996, E.1996/15, K.1996/34 sayılı kararı www.anayasa.gov.tr

¹¹⁵ AYM'nin E:2002/112, K: 2003/33 sayılı kararı, Bknz. Osman Ermumcu, “Türk (idari) Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulaması” <http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/11.01.2010>, a.g.e s.4

çare olarak zora başvurusu Anayasa madde 17'ye aykırı değildir" diyerek kademelilik ve zorunluluk ölçütlerini vurgulamıştır.¹¹⁶

Anayasa Mahkemesi, uluslararası sözleşmelere göndermede ve atıfta bulunduğu davalarda, sözleşmelerin iç hukuktaki yerini kurallar hiyerarşisindeki konumunu belirtmekten kaçınmıştır. Bununla beraber, kimi kararlarda Mahkeme'nin Sözleşmeyi "üstün norm" olarak kabul ettiğinin izlerini bulmak mümkün.¹¹⁷ 1980 yılında Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'na eklenen "Ek Madde 2"yi Anayasa'ya aykırı bulduğu kararında Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'nin konumunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre " Söz konusu bildiri ve sözleşmenin, buyurucu ve bağlayıcı içeriği, sanıklar için bir hak olduğu kadar, insan hak ve özgürlükleri yönünden de bir güvence olarak hukuk düzenimizde kurumlaşan "masumluk karinesi" ilkesini güçlendiren *üstün ve evrensel hukuk kuralı* niteliğini taşımaktadır.¹¹⁸

Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında Hak ve Özgürlükler Partisi ile ilgili kapatma davasında, partinin kapatılmaması yönündeki kararı oyçokluğu ile alırken kararında herhangi uluslararası bir sözleşmeye atıfta bulunulmamıştır. Ancak, kapatma yönünde karşı oy gerekçesinde "*Davanın somutunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesiyle çeliştiği ileri sürülen "iç norm" bir yasa kuralı değil, Anayasa hükmüdür. Dolayısıyla, Anayasa'nın 90. maddesinin davada uygulama kabiliyeti yoktur. Yine Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler "...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler..." ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin bu somut Anayasal kurallar dururken, yorum yoluyla doğrudan AİHM içtihadını esas alarak hüküm tesis etmesi söz konusu edilemez*"¹¹⁹ denilmiştir. Bu karşı oy gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'nin bazı üyeleri Sözleşme ile iç hukuk arasında var olan çatışmanın "*bir yasa kuralı değil Anayasa hükmüdür. Dolayısıyla, Anayasa'nın 90. maddesinin davada uygulama kabiliyeti yoktur*" düşüncesine yer vererek sözleşmenin kurallar hiyerarşisindeki konumuna bakış açısını yansıtmıştır.

¹¹⁶ AYM'nin 6.1.1999 E:1996/68,K:1999/71 Bknz. Oğuz Sancakdar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hâkiminin Vereceği Kararlara Etkisi", Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no.74 s.229–230

¹¹⁷ Arslan, a.g.e., s. 280–281

¹¹⁸ AYM'nin 29.01.1980 E:1979/38 K:1980/11 <http://www.anayasa.gov.tr/>

¹¹⁹ AYM'nin 29.01.2008 tarih E.2002/1,K.2008/1 sayılı kararı bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/> 05.03.2010

Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.2009 tarihinde Demokratik Toplum Partisini oybirliği ile kapatma kararına¹²⁰ baktığımızda, kararın "Parti Kapatma Nedenleri" bölümünde konu öncelikle uluslararası hukuk açısından ele alındıktan sonra iç hukuk hükümlerine yer verildiği görülmektedir. AİHS'nin parti kapatmaya ilişkin 11. maddesinin konu yönünden açıklaması yapılarak, AİHM'nin parti kapatma konusunda aldığı kriterleri ortaya koymak için, Mahkeme'nin daha önceki kararlarına yer verilmiştir. Ancak, sonuç bölümünde parti kapatma gerekçesi iç hukukun ilgili hükümlerine dayandırılmıştır.

Siyasal özgürlüklerle ilgili kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası sözleşmeler karşısındaki tutumunu daha önceki kararlarında "göz atmak" olarak tanımlamak mümkün iken, son karalarında "gözetmek" olarak tanımlamak daha isabetli olacaktır. Her ne kadar halen Anayasa Mahkemesi, uygunluk denetiminde ve siyasi parti kapatma davalarında AİHS'ni "bağımsız ölçü norm" olarak değil, "destek ölçü norm" kullanmakta ise de AİHS ve AİHM kararlarını daha çok göz önünde bulundurduğu söylenebilir.

b- Yargıtay Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri

Yargıtay uygulamada ve genelde, uluslararası antlaşma kurallarını destek norm olarak kullanmakta ve AYM ile aynı doğrultuda kararlar vermektedirler. Ancak, Yargıtay kimi kararlarında, uluslararası antlaşmalara doğrudan gönderme yaptıkları da gözlenmektedir.

Yargıtay Onuncu Dairesi, bir kararında, Libya'da iş üstlenen Türk firmalarında çalışan Türk işçilerinin, sigorta prim oranlarını 506 sayılı Kanun'dan daha yüksek tutan antlaşma kuralının, uygulamada, 506 sayılı Kanun'dan önce gelmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme söz konusu kararında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalarının Türk mahkemelerince doğrudan dikkate alınması esasını benimsemiştir.¹²¹

¹²⁰ AYM'nin 11.12.2009 tarih E:2007/1, K:2009/4 sayılı kararı bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/05.03.2010>

¹²¹ Yargıtay 10. Dairesi'nin 06.12.1994 tarih, E:1994/12170,K:1994/19856 sayılı kararı Bknz Aliefendioğlu, a.g.e s. 162

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, tabii babalığına hükmolunan çocuğun, gayri sahih nesebi olarak, babasına mirasçı olacağına ilişkin, 22.02.1997 tarihli, 1/1 sayılı kararında, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine, 1950 tarihli AİHS'ne, 1959 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesine dayanmış ve kararını bunun üzerine kurmuştur.¹²²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 1996 tarihli bir kararında, AİHS'in yasa düzeyinde olduğunu, adil yargılanmayı gerçekleştirmek için duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın ücretsiz tercümandan yargılamanın her aşamasında yararlanması gerektiğini, mahkûmiyet halinde dahi tercüman ücretinin hükümlüye yükletilemeyeceğini belirtmiştir.¹²³

Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıklarda AİHS hükümlerine, özellikle Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma ilkesine atıfta bulunmaktadır. Özellikle son yıllarda Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, cezaların infazıyla ilgili mevzuatta yapılan değişikliklerde AİHS ve AİHM'nin Türkiye hakkında verdiği kararları dikkate alınarak değişiklikler yapılması nedeniyle, Yargıtay kararlarında Sözleşme'ye atıflar çoğalmıştır. Ancak, Sözleşme hükümlerini iç hukuk hükümleri gibi uygulayarak karar verilmesine hemen hemen hiç rastlanmamaktadır.¹²⁴

c- Danıştay Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri

Danıştay kararlarında AİHS'ni destek norm olarak kullanmakla birlikte daha çok Sözleşme'nin yasa üstü bir konumda olduğunu vurgulamaktadır. Danıştay'ın, kimi kararlarında uluslararası antlaşmalara doğrudan gönderme yaptıkları da gözlenmektedir.

Danıştay, 7.12.1989 tarih ve 6/4 sayılı içtihadı birleştirme kararında AİHS'nin iç hukukun bir parçası olduğunu, anayasaya aykırı olsa bile yasaların önce ya da sonra olmalarına bakılmadan uygulanacağını, yasanın sözleşmeyi değiştiremeyeceğini, çünkü yasalar üstü olduğunu belirtmiştir (22.5.1991, 1723/933).

¹²² Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 22.02.1997 tarih ve 1/1 sayılı Kararı, Bknz: Selçuk, a.g. m, s.415–416

¹²³ Ceza Genel Kurulu'nun 12.03.1996 tarih 6-2/23 sayılı kararı;2. Ceza Dairesinin 09.03.2000 tarih ve 2139 sayılı kararı, Bknz: Sancakdar, a.g. e s.232

¹²⁴ Birtane, a.g.e s.62

Danıştay 8. Dairesi ise bu tür sözleşmelerin iç hukukun bir parçası olarak yürütmeyi ve yargıyı bağladığını vurgulamıştır.¹²⁵ Danıştay 10. Dairesi, 5682 sayılı Yasanın 22. maddesi üzerine pasaport verilmeyen kimseyle ilgili olarak AİHS Ek 4 sayılı Protokoldeki seyahat özgürlüğüne yollama yapmıştı.¹²⁶

Danıştay 5. Dairesi'nin, 21.5.1991 günlü, E.1986/1723, K.1991/933 sayılı kararında "Anayasanın 90. maddesindeki hüküm karşısında, uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğine ve bu antlaşmalarla bir devletin diğer devletlere karşı antlaşmada yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylayarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir antlaşmanın, Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın antlaşma kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının saksaklanamayacağı Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, ulusal hukuk yönünden antlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır." denilmiş ve antlaşmalara üstünlük tanınmıştır.¹²⁷

Danıştay 5. Dairesin 2000 yılında verdiği bir kararında AİHS'yi bir Anayasa hükmü gibi yorumlamış ve öyle uygulamıştır.

"... Öte yandan; Mahkeme kararında da belirtildiği üzere İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. maddesinde de yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurma hakkının olduğu vurgulanmış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde de bu hak yinelenerek, erginlik yaşından başlayarak erkek ve kadının yürürlükteki ulusal kurallara göre evlenmek ve aile kurmak hakkına sahip olduğu teyit edilmiştir.

... Davacının evlenmek istediği kişi hakkında idarece yapılan inceleme sonucunda yakınlarının bir terör örgütü üyesi olduğu tespit edilmiş ise de; yukarıda

¹²⁵ Danıştay 8.Dairesi, 27.12.1993, 1521/4374

¹²⁶ Danıştay 10.Dairesi, 14.10.1998,4442/4832 Bknz: Sancakdar, a.g. e s.231

¹²⁷ Danıştay 5. Dairesi, 22.05.1991, E. 1986/1723, K.1991/933, Danıştay Dergisi, Yıl 1992, Sayı 84–85, s.321–328;

anlatılan Anayasa ve Kanun maddeleri göz önüne alındığında ceza sorumluluğunun kişisel olduğu ve evleneceği kişiyi ilgilendirmeyeceği, öte yandan; belirtilen ulusal ve uluslararası düzenlemeler karşısında, emniyet örgütü mensupları için evlenme konusunda getirilen düzenlemelerin, kanun önünde eşitlik ilkesini ortadan kaldıracak veya bu hakkın özünü zedeleyecek biçimde işlem tesisine izin verecek şekilde yorumlanamayacağı da açıktır.”¹²⁸

Danıştay 10.Dairesi ise memurların sendika kurmaları ve sendikal faaliyette bulunmalarını engelleyen İçişleri Bakanlığı genelgesinin iptali istemiyle açılan davada, “Anayasamızda kamu personelinin sendikalaşma hakkı düzenlenmemiş olmakla birlikte söz konusu hakkın kullanılmasını engelleyen bir hükme de yer verilmemiştir. Temel hak ve özgürlükler kapsamı içindeki bir hakkın sadece Anayasada yer almadığı gerekçesiyle kullanılması engellenmez...”¹²⁹ İfadelerine yer vermiş, kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının AİHS’nin 11. maddesiyle güvence altına alındığını açıkça belirtmiş ve söz konusu genelgenin iptaline karar vermiştir. Bu karar, AİHS hükümlerinin bir idari davada ulusal mevzuata yer verilmeden, doğrudan ölçü norm olarak kullanılmasının örneğidir.¹³⁰ Bu karardan sonra 1995 “sendikal faaliyet” alanında anayasal değişiklik yapılmış, böylelikle kamu personeli için sendika hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu da 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun öngördüğü, sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personelinin bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmayacağına ilişkin hükmünün yalnız sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerektiği sonucuna varırken AİHS’nin 3’üncü maddesine de dayanmış ve sıkıyönetim kalktıktan sonra da bu yasağın sürmesinin, AİHS’nin 3’üncü maddesindeki haysiyet kırıcı ceza ve muamele yasağı ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.¹³¹

Danıştay İdari İşler Kurulu; Fransız (...) rahipleri topluluğu adına, AİHK’na yapılan ve Komisyonca kabul edilebilir bulunan başvuru ile ilgili olarak, taraflar

¹²⁸ Danıştay 5. D., E. 2000/2688, K. 2001/3608, Kt. 18.10.2001

¹²⁹ Danıştay 10. Dairesi, 10.11.1992, E.1991/1262, K.1992/3911

¹³⁰ Birtane, a.g.e s.51

¹³¹ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı, 7.12.1989, E.1988/6, K.1989/4, RG.9.2.1990, S. 20428,s.67 Bknz: Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, 2.Baskı, İstanbul Aralık 2004, s.91.

arasında dostane çözüme ulaşılması nedeniyle, davanın kayıttan düşürülmesi yolunda verilen karar uyarınca uyuşmazlığın sulhname taslağı hükümlerine göre çözümlenebilmesi hususunda, 4353 sayılı Yasa uyarınca uygun görüş bildirilmesi isteminin, dostane çözüme konu bir yıllık intifa hakkı bedelinin Danıştay'ın incelemesi için öngörülen parasal sınırın altında kalması nedeniyle görüş bildirilmesine yer olmadığı sonucuna varmıştır.¹³²

¹³² Danıştay 1. Dairesinin 01.10.2002 tarihli E:2002/174, K:2002/144 kararı, Bknz:Sancakdar, a.g. e s.232

II. BÖLÜM

TÜRK İDARİ YARGISI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

A.TÜRK İDARİ YARGISI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE GENEL BAKIŞ

Kamu hizmetlerini yerine getirmek için örgütlenip faaliyet gösteren idare, bu amaç doğrultusundaki örgütlenmeyi ve faaliyetleri idari işlem ve eylemlerle gerçekleştirir. Bu işlemler, bir defa uygulanmakla tükenmeyen, soyut ve nesnel özelliklere sahip genel veya düzenleyici işlemler olabileceği gibi, belli bir kişi ya da duruma uygulanan birel işlem niteliğinde de olabilirler.

İdarenin tüzük, yönetmelik, genelge vb. yapma işlemleri genel veya düzenleyici işlemler kapsamında yer alır. Memuriyete giriş gibi genel bir hukuki durumun içine girmek ve çıkmak ya da bir kişiye vergi salınması gibi kişisel ve özel yeni bir durum doğuran öznel işlemler ise birel işlemler kapsamında yer alır. Sözleşmeden ayrılan işlemler hariç, idari sözleşmeler de bu sonuncu kapsamda değerlendirilebilir.

Hukuk sistemimizde Anayasa'nın 125. maddesiyle " İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmüne yer verilerek, öncelikle hukuk devleti gereklerine idare'nin uyması sağlanmak istenmiştir.

İdarenin işlem ve eylemlerine karşı yargısal denetimin, ulusal hukuk sistemlerinde esas itibariyle, adli yargı dışında, idari yargıda görüldüğü ülkelerde, insan haklarının idare tarafından ihlallerine karşı iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Sonra, diğer insan hakları ihlallerine ilişkin iddialarda olduğu gibi, uluslararası denetim, bir yandan evrensel boyutta yargısal nitelikte olmayan bir denetim şeklinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu (BMİHK) tarafından; diğer yandan da, Türkiye açısından Avrupa ölçeğinde, Türkiye'nin de kurucularından olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanıp yürürlüğe konulan AİHS çerçevesinde

mümkündür.¹³³ Esasen, insan hakları uygulaması tedricen bir ülkenin iç sorunu olmaktan çıkmakta ve giderek ekonomik idari kolluk dâhil idari kolluk, idarenin malî sorumluluğu ve mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı gibi pek çok alanda idare hukuku ve idari yargıyı daha fazla ilgilendirmektedir. İdare hukuku insan hakları boyutunu da içerecek şekilde kısmen de olsa küreselleşme sürecinden etkilenmektedir. Bu durum, idare hukukunun özellikle insan hakları, ekonomi, çevre gibi bazı ilgili alanlarında daha da belirginleşmekte ve giderek uluslar üstü nitelik taşımaktadır.¹³⁴

İdare hukukunun Avrupa Hukuku olarak temelleri bakımından; Avrupa Topluluk Hukuku Brüksel ve Luxemburg'tan, AİHS Hukuku ise, Strasbourg'tan ve belirli devletlerin idari düzenlemelerinden oluşmuştur. Avrupa kamu düzenini oluşturma noktasında AİHS yerel düzenlemeleri de zorlayan ve etkileyen bir nitelik almış, AİHM'nin kararlarıyla bu konuda asgari standartlar oluşturulmaktadır.¹³⁵

AİHS, bir hak ve özgürlükler kataloğu getirmekle yetinmemiş; ayrıca, bu hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmesini sağlayacak bir mekanizma oluşturmuştur. AİHM'nin bu mekanizma içindeki yeri, sözleşmecî devletlerin bu hak ve özgürlüklerle ilgili uygulamalarının denetlenmesi ve kimi zaman belirsiz ve genel nitelikte olabilen Sözleşme hükümlerinin içerik ve anlamlarının tayini ya da yorumlanmasıdır.¹³⁶

AİHM'nin, "konu ve madde itibarıyla yetkisi" ancak ve sadece AİHS ve Ek Protokollerle korunan temel hak ve özgürlükler ile sınırlıdır. Bu kapsama dahil her idari işlem, uygulama, idari eylem veya sözleşme AİHM'nin ilgi ve görev alanına girmekte olup, verdiği kararlar bütün üye ülkelerde emsal karar niteliğine sahiptir. Bununla birlikte, şayet sözleşmecî devlet, kişiler lehine AİHS ve AİHM uygulamasından daha geniş bir hukuki koruma öngörüyorsa bu durumda sözleşmecî devletin uygulaması esas alınır. Bu noktada önemle vurgulanmalıdır ki, AİHM'nin görev alanını, AİHS ve Ek Protokolleri ile öngörülen temel bir hak veya özgürlüğün ihlali oluşturmakla birlikte AİHM, AİHS ve Ek Protokollerin anlam ve amacını da göz önünde tutarak otonom (özerk) yorum yoluyla idari uyuşmazlıkları da içerdiği temel

¹³³ Durmuş Tezcan, "Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi". s.9

¹³⁴ Sancakdar, a.g.e., s.212

¹³⁵ Sancakdar, a.g.e s.213

¹³⁶ Turgut, Candan, "İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Sistemindeki Yeri Yargı" **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003, s.64

hak veya özgürlüklerle ilgili olduğu ölçüde inceleyebilmektedir. Dolayısıyla, idari faaliyetlerle ilgili yapılan başvurular AİHM tarafından; yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı, işkence yasağı, makul gözaltı süresi, özel yaşamın korunması, din ve düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyeti gibi yönlerden AİHS ve Ek Protokolleri çerçevesinde incelenmektedir. Bu bağlamda, Sözleşme organları sözgelimi; idari işlemlerle ilgili olarak ikamet izni verilmemesi, güvenlik soruşturması, sınır dışı etme, ruhsat, imar planlaması-uygulaması, davacının inşaat yapma hakkını ortadan kaldırma niteliğindeki süreklilik arz eden yasaklamaları, vergi ve vergi cezaları gibi idari yaptırımlar, yönetimde açıklık ve bilgi edinme hakkı, kamu hizmeti, disiplin, idarenin takdir yetkisi gibi konular AİHM tarafından, AİHS'nin değişik maddelerinin ihlali çerçevesinde ele alınmıştır.¹³⁷

Sözleşmeye imza koyan devletler, Sözleşme'nin 46. maddesinde, AİHM'nin kesinleşmiş kararlarına uyma taahhüdünde bulunmuşlardır. Mahkeme'nin kesinleşen kararları bu anlamda bağlayıcıdır. Yani, Mahkeme kararlarının bu bağlayıcılığı, taraf devletin hükümeti için geçerlidir. Hükümetler, Mahkeme kararı ile saptanan ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması ve eski halin geri gelmesi için, gerekli önlemleri almak, işlem ve eylemleri yapmak zorundadırlar. Gerekli önlemlerin alınmadığı, işlem ve eylemler yapılmadığı ya da alınan önlem, yapılan işlem ve eylemler ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması ve eski halin ihdası bakımından yetersiz kaldığı takdirde, Mahkeme, yeniden devreye girerek, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca, "adil tatmin kararı" alır. Ancak, Mahkeme kararının, aynı olay sebebiyle, daha önce, ulusal hâkim tarafından verilen ve kesin hüküm halini alan karar üzerinde herhangi bir etkisi söz konusu değildir. AİHM'nin ihlal saptayan kararı dolayısıyla, ulusal mahkeme kararı bozulmuş olmaz; ulusal yargı yerinde uygulanan yöntemin geçersiz sayılması gibi bir sonuç, kendiliğinden, ortaya çıkmaz. Üst yargı mercii olmayan AİHM'nin kararlarına, AİHS sisteminde, böyle bir güç tanınmamıştır. Başvuruda bulunan, Mahkeme kararının sonuçlarından iç hukuk düzeninde doğrudan yararlanma olanağına sahip değildir. Bu kararların, ulusal yargıcı bağlamayacağı; aynı olay sebebiyle, ulusal yargı yerince daha önce verilmiş ve kesin hüküm halini almış kararlar üzerinde en küçük hukuki etkisi bulunmayan, açıklayıcı değerdeki kararlar oldukları kabul edilmektedir. Ulusal mahkeme kararı, ihlal saptayan AİHM'nin kararına karşın, varlığını sürdürmeye devam eder. Böyle bir

¹³⁷ Sancakdar, a.g.e. s.214–215

durumda yapılması gereken, ihlal sona ermişse, başvuruda bulunana adil tatmin sağlanmasıdır. İhlal sona ermemişse, taraf devletin yetkili organlarınca ihlalin sona erdirilmesi için gerekli önlemlerin alınması, düzenlemelerin yapılmasıdır. Üye devletlerin bu konudaki uygulamaları çeşitlilik arz etmektedir. İhlal kararının alınmış olmasının, iç hukukta, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması yolunda düzenlemeler yapılması, bu uygulamalardan biridir.¹³⁸

1-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI VE TÜRK İDARİ YARGISINDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Türk idari yargı düzeninde, diğer yargı düzenlerinde olduğu gibi, kesin hüküm halini almış bir yargı kararının ortadan kaldırılması, ancak, yargılamanın yenilenmesi müessesesinin işletilmesiyle olanaklıdır. Yargılamanın yenilenmesi müessesesinin işletilebilmesi ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Yargılamanın Yenilenmesi" başlıklı 53. maddesinin 1. fıkrasının bentlerinde yazılı nedenlerden birinin bulunmasına bağlıdır. Yargılamanın yenilenmesi nedenlerine 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4928 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle bu fıkraya (1) bendinin eklenmesi ile AİHM'nin davada Sözleşme hükümlerinden birinin ihlal edildiğini saptayan kesinleşmiş kararları da eklenmiş oldu. Söz konusu (1) bendi, "Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması," halini, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında yapılan değişiklikle de, yargılamanın yenilenmesi başvurusu için, AİHM'nin kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıllık süre öngörülmüş bulunmaktadır. Bundan böyle, bu yeni hukuki duruma göre; AİHS'nin hükümlerinin ihlal edildiği yönünde, AİHM'sinin kesinleşen kararı ile saptanmış, idari yargı kararının yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılması ve davaya dönülmesi, olanaklı bulunmaktadır.

Bu yeni düzenleme ile getirilen yargılamanın yenilenmesi, 4928 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşen AİHM kararları dolayısıyla uygulanması da, anılan Kanun'un 7. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 5. madde ile yapılmıştır. Madde, "53. maddenin (1) numaralı fıkrasının (1) bendi, bu

¹³⁸ Candan, a.g.e. s.67

Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararları ile bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır." düzenlemesini içermektedir. Maddenin ilk cümlesi, 53. maddenin 1. fıkrasına eklenen (ı) bendinin AİHM'nin hangi kararları hakkında uygulanacağını göstermektedir. Buna göre; söz konusu bent hükmü, 4928 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşen AİHM kararları ile anılan tarihten sonra yapılacak başvurular üzerine bu Mahkeme'ce verilecek kararlar hakkında uygulanma kabiliyetini haiz bulunmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunma süresi, bir yıldır. Bu sürenin başlangıcı, AİHM'nin kararının kesinleşme tarihine göre belirlenmektedir. Eğer, Mahkeme'nin ihlali saptayan kararı, 4928 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce kesinleşmiş ise, bir yıllık başvuru süresi, yürürlük tarihi olan 19.7.2003 gününden; daha sonra kesinleşmişse, kesinleşme tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

AİHM'nin kararlarının kesinleşme biçimi, Sözleşme'nin 44. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, Büyük Daire'nin kararları kesindir. Maddenin 2. fıkrasına göre de, Daire kararları, üç şekilde kesinleşmiş olabilir:

1. Taraflar, davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan etmiş olabilirler.
2. Davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi, kararın verildiği tarihten üç ay içinde istenilmemiş olabilir.
3. Davanın Sözleşme ve protokollerin yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ciddi bir sorun doğurmaması veya genel nitelikli ciddi bir konu teşkil etmemesi nedenleriyle, Büyük Daire bünyesinde beş yargıçtan oluşan Kurul tarafından reddedilmiş olabilir.

Buna göre, ihlali saptayan AİHM kararına dayanılarak, idari yargı yerinde yargılamanın yenilenmesi istemi, Daire kararıysa, yukarıda söz edilen olasılıklara göre, kesinleşme tarihinden itibaren işlemeye başlayacak bir yıllık süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Büyük Daire kararıysa, verildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak bir yıllık süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Bu sürenin geçirilmesi,

AİHM tarafından lehine karar verilen tarafın, bu karara dayanarak, iç hukukta, ulusal kararın ortadan kaldırılması veya geçersiz sayılması sonucunu yaratacak yargısal yöntem kullanma olanağını kaldırır.¹³⁹

2-İÇ HUKUK YOLLARI TÜKETİLMEYEN YAPILAN, BİREYSEL BAŞVURUNUN İDARİ YARGILAMA SÜRECİNE ETKİSİ

AİHM, Sözleşme'nin 35. maddesinde, bireysel başvuru için, öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının mutlak olmadığı görüşündedir. Mahkeme'ye göre, bu kuralın, sözleşmeciler devletlerin üzerinde anlaştıkları insan haklarını koruma mekanizması çerçevesinde ve aşırı şekilciliğe kaçmaksızın, belli ölçüde esneklikle uygulanması gerekmektedir. Bunun için de, davanın koşullarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yani, ilgili devletin hukuk sisteminde mevcut başvuru yolları yanında, başvuru durumunun içinde bulunduğu koşulların da gerçekçi biçimde dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca, başvuru için kendisinden beklenen her şeyi yapmış sayılıp sayılmayacağı, olayın koşulları göz önünde tutularak, araştırılması gerekmektedir. Mahkeme, bu araştırması sonucunda, iç hukuk yollarının tüketilmesi durumunda, başvuru hak ve özgürlüklerinin etkili biçimde korunamayacağı kanısına varırsa, söz konusu kuralı uygulamaksızın, başvuruyu kabul etmektedir.

Mahkeme'nin, özel durumların varlığına dayanarak, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına getirmiş olduğu bu istisna, idari yargı yerinde dava yoluna gidilmeksizin, doğrudan bireysel başvuruda bulunulması ve başvurunun da AİHM'nce, olayın özel koşulları dikkate alınarak, kabul edilmesi halinde, idari yargı yönünden sorun yaratmayacaktır. Bu halde, bireysel başvuru hakkında AİHM tarafından verilecek kararın muhatabı, hükümettir. Hükümetin, Mahkeme kararının gereklerine uygun olarak, ihlalin sona erdirilmesi ve ihlalden önceki durumun yeniden sağlanması için gerekli önlemleri alması, Sözleşme'ye imza koymakla yapmış olduğu taahhüdün gereğidir.¹⁴⁰

Buna karşılık, Jabari olayında olduğu gibi, bireysel başvurunun, idari yargı yerinde süresinde ve usulüne uygun olarak açılan dava devam etmekte iken yapılması veya bireysel başvuruda bulunulmasından sonra, süresi içerisinde, ayrıca,

¹³⁹ Candan, a.g.e. s.70–71

¹⁴⁰ Candan, a.g.e. s.73

görevli ve yetkili idari yargı yerinde de iptal veya tam yargı davası açılması durumlarında, çözümleri tartışmalara yol açabilecek usul sorunlarıyla karşılaşılması kaçınılmaz olacaktır. Bu tür bir başvurunun yaratacağı ilk usul sorunu, derdestlik iddiasıdır. Böyle bir durumda; özellikle de, görevli ve yetkili idari yargı yerindeki davanın bireysel başvurudan sonra açılması halinde, derdestlik başvurusunda bulunulabilir mi? Bulunulursa, idari yargı yeri nasıl karar vermelidir?

Daha önce de belirtildiği gibi, AİHM, hiyerarşi bakımından, ulusal mahkemelerin üstünde olmadığı gibi, onların yerine geçerek karar verme yetkisine de sahip değildir.¹⁴¹ Asıl olan, ulusal yargı yerlerinin sağlayacağı korumadır. AİHM'nin koruması, onlara yardımcı ya da ikincil niteliktedir. Bu yüzden, bize göre, böyle bir durumda, derdestlik iddiasında bulunulamaz. Bulunulursa da, davaya bakmakta olan idari yargı yerince, bu nedenle davanın reddine karar verilemez. Başka anlatımla, her iki başvuru, eş zamanlı olarak, yürümeye devam etmek durumundadır.¹⁴²

İç hukuk yolları tüketilmeden yapılacak bireysel başvurunun yaratacağı ikinci usul sorunu, idari yargıcın, davanın esası hakkında karar vermeden önce, AİHM'nin başvuru hakkında karar vermesini beklemek zorunda olup olmadığı ile ilgilidir. AİHM'ne yapılan bireysel başvurunun ulusal yargı yerlerinde devam eden yargılama sürecini durdurucu etkisi bulunmadığı gibi,¹⁴³ İdari Yargılama Usulü Kanun'umuzda da, idari yargıcı, yargılamayı durdurmaya ve anılan başvurunun sonuçlanmasını beklemeye zorlayan bir düzenleme mevcut değildir. Esasen, idari yargıç, iç hukuk kurallarını ve iç hukukun parçası haline gelen, Sözleşme hükümlerini uygulayarak ihlali giderebiliyorsa, buna gerek de yoktur. Yani, idari yargıç, AİHM tarafından bireysel başvuru hakkında verilecek kararı bekletici sorun haline getirmeksizin, davanın esası hakkında karar verebilir. Zira asıl olan, insan hak ve özgürlüklerinin iç hukuk tarafından korunmasıdır. Buna karşılık, idari yargıcın, iç hukuk kurallarının ve Sözleşme hükümlerinin yorumuyla ihlalin varlığı sonucuna ulaşamaması; AİHM'nin de, bireysel başvuru hakkında aksi yolda karar vermesi durumunda, idari davanın bireysel başvuru hakkında Mahkeme'ce verilecek karar beklenilmeden sonuçlandırılması, kaçınılmaz olarak, bir önceki alt başlık altında

¹⁴¹ Ünal, a.g.e. s.93

¹⁴² Candan, a.g.e. s.74

¹⁴³ Kadir Yıldırım, **Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulama Niteliği**, Ankara, Anayasa Yargısı, 2000, s.321.

açıklamış olduğumuz sorunlara, yol açabilir. Böyle bir durumda, Anayasa'da yer alan düzenlemelerin yorumuyla çözüme ulaşılabilecektir. Ayrıca, yapılacak, bu yorumun, bireysel başvuru hakkında idari yargıçtan önce karar verilmesi durumunda, verilecek bu kararın idari yargıcı bağlayıp bağlayamayacağı sorunu ile insan haklarını ilgilendiren herhangi bir davada, idari yargıcın AİHM'nin o konudaki içtihadını araştırmak ve ona uymak zorunda olup olmadığı sorununa da çözüm getirebilecektir.¹⁴⁴

Anayasa'nın 9. ve 125. maddelerine göre, Türk idaresinin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesi konusundaki yetki, Türk idari yargıcına aittir. Yine, yargılama yetkisine sahip olan yargı yerinin, davada uygulayacağı kuralların yorumlanmasında yetkili olduğunda da kuşku yoktur. Ancak, usulüne göre yürürlüğe konularak, iç hukukumuzun parçası haline getirilen AİHS ile devletimiz, Avrupa Konseyi'ne üye diğer devletler gibi, Sözleşme ve Eki Protokollerin hükümlerinin yorumlanmasını ve uygulanmasını kapsayan yargı yetkisini, AİHM'ne vermiştir (AİHS 32.md.) Bu yetki devrinin Anayasa'nın 9. maddesine aykırılığı, söylenebilirse de, yok sayılamaz.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, uluslararası andlaşmalar hakkında, Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı yolunda yer alan hüküm, bunların Anayasa'ya aykırılıkları sebebiyle ihmal edilemeyecekleri anlamına da gelmektedir. Bu durumda, idari yargıcın, Sözleşme'nin ulusal yasalar gibi uygulanması gereken anılan hükmüne uyması ve Mahkeme'nin Sözleşme hükümlerini yorumlama konusundaki yetkisini tanınması, anayasal bir gereklilik olmaktadır. Başka anlatımla, idari yargıcın, uyuşmazlıkla ilgili olarak yapacağı, kendi yorumunun AİHM'nin yorumuyla çelişmesi durumunda, ikincisine öncelik tanınması gerekmektedir. Bu yorum biçimine, kuşkusuz, insan haklarını ilgilendiren idari davalarda, asıl olması gereken ulusal yargı yetkisini ikinci plana itildiği yolunda eleştiri getirilebilir. Her şeyden önce, şunu söylemek gerekmektedir ki, insan hakları ile ilgili Sözleşme hükümlerinin üye devletlerin tümünde aynı biçimde anlaşılıp, aynı biçimde uygulanması için gerekli olan bu "tanıma", AİHM'nin ulusal yargı yerlerine kıyasla yardımcı niteliğinde bir değişiklik yaratmamaktadır. Bu yorumla, ulusal yargı yerinde görülmekte olan somut davada,

¹⁴⁴ Candan, a.g.e. s.75

AİHM'nin yargı yetkisine tanınan etki, Sözleşme hükümlerinin tüm üye devletlerde homojen biçimde yorumlanıp uygulanması gereğine aykırı bir yorum ya da uygulamanın ortaya çıkması durumunda, devreye girmekten ibarettir. Aksine anlayış, AİHM'nin yargı yetkisinin inkârı anlamına gelir ki, o takdirde, bir Avrupa İnsan Hakları Hukuku'ndan ve koruma sisteminden söz etmenin de anlamı kalmaz. İkincisi, sözünü ettiğimiz yorum, Sözleşme'nin AİHM'nin kararlarının etkileriyle ilgili hükümlerinden değil, kendi anayasal düzenlemelerimizden hareketle yapılmıştır. Kendi anayasal düzenimizin yaratmış olduğu bir hukuki durum söz konusudur. Bu hukuki durum karşısında, doğru çözüm, idari yargıcın, bakmakta olduğu idari davada, idarenin işleminin veya eyleminin Sözleşme hükümlerini ihlal etmediği yargısına varması hali ile sınırlı olarak, o dava ile ilgili bireysel başvuru hakkında AİHM'nin vereceği kararı bekletici ön sorun yapması ve davayı, kendisi aksini düşünüyor olmasına karşın, bu karar doğrultusunda sonuçlandırmasıdır. Dahası, idari yargıcın, ileride, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul etmek zorunda kalacağı AİHM'nin kararını bekletici ön sorun yapma ve bu karara uyma zorunda olmadığını düşünmek için haklı gerekçelerin bulunamayacağı düşünülebilir.¹⁴⁵

İdari yargıcın bireysel başvuruyu bekletici ön sorun yapmasının, AİHM'nin kararının gereklerini yerine getirmekle yükümlü olan Türk idaresinin yapacağı uygulama bakımından da yararı vardır. Böyle bir durumda; önünde, işlem veya eylemini iç hukuka ve Sözleşme'ye uygun gören herhangi bir ulusal mahkeme kararı olmayan idarenin, duraksamaya düşmeden, AİHM'nin kararının gereklerini yapabilme olanağı olacaktır.¹⁴⁶

3- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İÇTİHADININ GÖRÜLMEKTE OLAN İDARİ DAVADA ETKİSİ

Adil yargılama ilkesi bakımından, İdari yargıç, davada, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ve bu hakka AİHM'nin içtihatlarıyla getirilen yorumu gözetmek zorunda mıdır? Anayasa'mızın "Hak arama hürriyeti"

¹⁴⁵ Candan, a.g.e. s.77

¹⁴⁶ Candan, a.g.e. s.77

başlıklı 36. maddesinin ilk fıkrasına 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle eklenen ibare ile "herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu" kabul edilmiştir. Bu değişiklikle, Sözleşme'nin 6. maddesinde tanımı yapılan, "adil yargılanma hakkı", Türk hukuk düzeninde, anayasal bir hak haline getirilmiştir. Dahası, bu anayasal hak, Sözleşme'nin 6. maddesinde, bu madenin uygulama alanı ile ilgili olarak çizilen sınırlara da tabi değildir. Bir idari davada, adil yargılanma hakkının söz konusu edilebilmesi için, davanın konusunun medeni hak ve yükümlülüklerle ya da idari cezalara ilişkin olması gerekmemektedir. Konusu medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olmayan veya idari cezayı konu edinmeyen; örneğin, AİHM tarafından, halen, egemenlik hakkının sert çekirdeğini oluşturduğu kabul edilen, vergi aslı ile ilgili idari davalarda da, tarafların, yargılamanın adil yargılama ilkesine uygun olarak yapılmasını isteme hakları, söz konusu değişiklikle, anayasal güvence altına alınmıştır.¹⁴⁷

Bununla birlikte, Anayasa, adil yargılanma hakkının tanımını yapmış olmadığı gibi, gereklerinin ne olduğunu da söylememiştir. Anayasa hükümleri, çoğunlukla, genel ve ilkesel düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin yaşama geçirilmeleri, uygulanabilir hale getirilmeleri, yasalarla olur. Ancak, ne 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'unda(İYUK), ne de başka bir yasa da bu hakkın tanımı yapılmış değildir. Söz konusu anayasal değişiklikten çok önce, usulüne göre yürürlüğe konularak iç hukuk kuralı haline getirilen, AİHS'nin 6. maddesinde bu hakkın tanımı, zaten, yapılmış ve gerekleri gösterilmiştir. Yani, Anayasa'nın 36. maddesinin ilk fıkrasına eklenen ibare ile getirilen anayasal hakkın yaşama geçirilmesi, Sözleşme'nin, yine Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre ulusal yasalardan daha üstün bir uygulanma kabiliyeti bulunan, anılan maddesiyle sağlanmış olmaktadır. Bu bakımdan, idari yargıç, bakmakta olduğu her davada, söz konusu anayasal kuralı, Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde yorumlayıp, gereklerini belirlemelidir. İnsan hakkı iddiasıyla açılan bir idari davada, idarenin işleminin veya eyleminin Sözleşme'ye uygunluğu bakımından: idari yargıç, böyle bir davada, AİHM'nin içtihadını araştırmakla, saptadığında da, ona uymakla yükümlü müdür? İdarenin işleminin veya eyleminin Sözleşme'ye uygunluğu bakımından İnsan hakkı ihlali iddiasıyla açılan bir idari davada, idari yargıç, ihlalin varlığını iç hukuk kurallarının ve Sözleşme hükümlerinin yorumuyla saptayıp giderebiliyorsa, karar vermeden önce, AİHM'nin uyuşmazlığın ilgili bulunduğu konuda bir içtihadının

¹⁴⁷ Candan, a.g.e. s.78

olup olmadığını araştırmasına zorunluluk bulunmamaktadır. Bununla birlikte, birçok Danıştay kararında İHEB ve AİHS ile ilgili olarak yapıldığı gibi, AİHM'nin içtihadına göndermede de bulunması, mahkemenin ulaşılmış olduğu çözümü güçlendireceğinden, yararlı olacaktır.¹⁴⁸

Anayasa'nın 138. maddesinin ilk fıkrasında, hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları belirtildikten sonra, Anayasa'ya, kanunu ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtilmiştir. Bu anayasal düzenlemeye göre, hâkimlerin hükümlerine esas olacak vicdani kanaatlerinin, Anayasa'ya, kanunlara ve hukuka uygun olması gerekmektedir. AİHM'nin Avrupa insan hakları hukuku'na kaynaklık eden içtihadının, iç hukukumuzda, maddi anlamda kanun olan Sözleşmenin yorumlanan hükmüyle bütünleştiği kabul edilmektedir. Böyle olunca; idari yargıcın davada vereceği kararın Anayasa'nın 138. maddesinin açıklanan düzenlemesine uygunluğunun, AİHM'nin içtihatlarına uygun olmasına da bağlı olduğu tartışmasız olduğundan idari yargıcın söz konusu araştırmayı yaparak önüne gelen uyumsuzluğu çözmesi gerekmektedir.¹⁴⁹

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ-İDARİ YARGI BENZERLİĞİ

AİHS'nin düzenleme alanını idare hukukuna, AİHM'ni de idari yargıya benzetmek mümkündür. Hatta AİHM'ni, uluslararası idari yargı yeri olarak tanımlamak abartılı olsa da sanırım yanlış olmaz. Her ne kadar, AİHM devlete ait işlemleri iptal etmiyorsa da, doğurduğu sonuçlar yönünden iptal hükmündedir, denilebilir.

Bu benzerlikler kısaca sıralanacak olursa:

1- *AİHM'de de, idari yargıda da taraflardan birisi bazen her ikisi de devlettir.* İdari yargıda, idari bir tasarruf sebebiyle bir devlet organı aleyhine dava açılmaktadır. Davalı mutlaka idaredir. Bazen davacı da bir başka idari birim olabilir. Örneğin, hazine arazisi sebebiyle Defterdarlığın Belediye aleyhine plan iptal davası açması gibi. AİHM'de de taraf devletlerden birisi aleyhine dava açılır. Hatta davacı birey olduğu gibi diğer taraf devlet de olabilir.

¹⁴⁸ Candan, a.g.e. s.80

¹⁴⁹ Candan, a.g.e. s.81

2- Her iki mekanizmanın varlık sebebi de, sınırsız kamu gücü karşısında bireylerin haklarını güvenceye almayı amaçlamaktır.

3- Her iki yargı yerinde de ağırlıklı olarak yazılı yargılama usulü uygulanmaktadır.

4- Her iki yargı yerinde de içtihat hukuku özelliği geçerlidir. AİHM'nin çalışma şekli ve uyguladığı maddi hukuk AİHS ile düzenlenmiş olmakla birlikte, sözleşmede düzenlenen hakların kapsamı mahkeme içtihatlarıyla düzenlenmektedir. Hatta mahkeme içtihatları bazen kendisini var eden sözleşme hükümlerini de aşmaktadır. Örneğin, AİHS 35. madde uyarınca, iç hukuk yolları tüketildikten sonra müracaat mümkün olduğu halde, Türkiye'nin Güneydoğu ve Doğu Anadoludaki terör olaylarında bu koşulu aramama yönünde içtihat oluşturmuştur.

5- Her iki yargı yerinde de, devlet tazminata mahkûm edilmektedir.

6- İdari yargı devlet (idare) işlemini iptal etmekte, AİHM iptal kararı vermemektedir. Ancak, AİHM kararlarının sonucunda devlet kendiliğinden de olsa, yanlış işlemini ve hatta yasalarını, Anayasasını iptal edip değiştirebilmektedir.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Osman Ermumcu, "Türk (idari) Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulaması" http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/11.01.2010_s.1s.25

III. BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İDARİ YARGI KARARLARINDAKİ YERİ

Tezimin bu bölümünde Sözleşmenin idari yargıya konu olabilecek maddeleri kısa açıklamalar ile ele alınarak, söz konusu maddeler ile ilgili verilmiş AİHM kararları ve Danıştay ve yerel mahkeme kararlarına yer verilecektir.

1. YAŞAMA HAKKI

Yaşama hakkı, insan temel hak ve özgürlüklerinin özünü oluşturmaktadır. Bu niteliği sebebiyledir ki bu hak, diğer tüm insan hak ve özgürlüklerin kullanılmasının önkoşulu olarak, anayasal düzenlemelerin yanında uluslararası insan haklarını oluşturan metinlerin de esas noktasıdır.¹⁵¹ Yaşama hakkı, en basit tanımı ile insan yaşamının koruma altına alınması anlamına gelse de, Sözleşmede daha açıklayıcı, Mahkeme içtihadında ise daha geniş bir şekilde ele alınmıştır. Klasik insan hakları ve isteme hakları ayrımında *klasik haklar* içerisinde; Birinci, İkinci ve Üçüncü Kuşak Haklar ayrımında, *birinci kuşak haklar* içerisinde,¹⁵² yer alır. Yaşama hakkı AİHS'nin 2. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“1. Herkesin yaşama hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

¹⁵¹ A. Işıl Karakaş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann'dan Kaya Kararına Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, No. 18, Ankara, 2000, s. 201–210.

¹⁵² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 40.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;
- b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
- c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.”¹⁵³

Maddenin ilk fıkrası, devletlere insan hayatının korunması için iç hukuklarında yeterli hükümler ihdas etmeleri yükümlülüğünü getirmektedir. Bu yükümlülük, en dar anlamı ile kişilerin kasıtlı öldürme fiillerinin yasalarca cezalandırılmasını öngörmektedir. Ancak, Sözleşme'nin, Avrupa ortak mirasını taşıyan, Avrupa devletlerince insan haklarının tanınması ve saygınlık kazandırması ve bireyin devletlere karşı korunması amaçları kapsamında değerlendirildiğinde bu yükümlülük bireyin yaşama hakkını özellikle devlete karşı korumaktadır. Bu değerlendirme sonucuyla ki, devletlerin birinci fıkradan doğan yükümlülükleri sadece pozitif yükümlülükleri ile sınırlı olmayıp, bireyi devlete ve diğer bireylere karşı koruyan ve Devletçe aşılamayacak ve dokunulamayacak negatif hakları bağlamında negatif yükümlülük özellikleri de taşımaktadır.¹⁵⁴

Sözleşmenin 2. maddesinde ölüm cezası yer almakla birlikte, Sözleşme'ye Ek 6 ve 13 nolu Protokoller hazırlanmış, Ek 6 nolu Protokolde ölüm cezasının sadece, savaş, yakın savaş durumlarında verilebileceği öngörülmüştür. Ek 13 nolu protokolde ise, ölüm cezasının her durumda kaldırılması öngörülmüştür.

Devletimiz açısından durum incelendiğinde, gerek Ek 6 nolu Protokol gerekse Ek 13 nolu Protokol devletimiz tarafından imzalanmıştır. Nihayet, idam cezasını tamamen kaldırmayı öngören, Ek 13 nolu Protokole uyum amacıyla 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin

¹⁵³ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 11.07.2010

¹⁵⁴ Murat Şen, "Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif yükümlülüğü" Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007 s.15

Değiştirilmesi Hakkında Kanunla, Anayasanın 15, 17, 38 ve 87.maddelerinde yapılan değişiklikle, ölüm cezası Anayasadan çıkarılmıştır. Bu değişikliğe paralel olarak 5218 Sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla da ölüm cezası bu cezanın yer aldığı kanunlardan çıkarılmıştır. Böylece ölüm cezasının uygulanmasıyla ilgili devletimizin bir problemi kalmamıştır

Sözleşme'nin 15. maddesi, olağanüstü hallerde bazı hakların askıya alınmasını, ikinci fıkrası ile de, hangi hakların hiçbir suretle askıya alınamayacağını düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre, yaşama hakkı hiçbir şekilde kısıtlanamayacak dokunulmaz haklar arasında ilk sırada yer almaktadır.¹⁵⁵

Yaşama hakkının ihlali sayılmayacak istisna durumlar ise, maddenin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Bu istisnaların uygulanmasında, devletin yargı yetkisini kullanmasını düzenleyen ve orantılılık ilkesi olarak da bilinen ilke, kullanılan her türlü kuvvetin "açıkça gerekenden çok olmaması" gerektiği biçimindedir. Bu istisnalardan ilki, meşru müdafaa hakkı olarak da nitelendirilebilecek "bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması" durumunda geçerlidir. Bu istisna sadece devlet görevlileri için değil, tüm bireyler için geçerlidir. İkinci ve üçüncü istisnalar ise, kolluk uygulamaları sırasında meydana gelebilecek ölüm olaylarını düzenlemektedir. Ancak, bu iki istisna halinde de şartlar meşru müdafaa durumunu gerektirmedikçe hiçbir şekilde öldürücü güç kullanılmamalıdır. Nitekim hiçbir kişinin yakalanamaması veya kaçması veya ayaklanma ve isyanın devamı en temel insan hakkı olan yaşama hakkının sağladığı korumadan daha geniş ve önemli bir koruma getirmemektedir. Dolayısıyla, "kesin zorunluluk" kistası çok sıkı bir şekilde uygulanmalı ve kolluk görevlileri bu şekilde hareket etmelidirler.

Devletin, yaşama hakkı bağlamındaki yükümlülükleri öncelikle, hiç kimsenin yaşama hakkının devlet tarafından Sözleşme'deki düzenlemelerin ruhuna aykırı olarak ihlal edilmemesi bakımından negatif özellikler taşımaktadır. Bununla birlikte, birinci fıkrada belirtilen yaşama hakkını güvence altına alacak yasal düzenlemeler yapılması bağlamında ortaya çıkan pozitif yükümlülükler de bulunmaktadır. Bu yükümlülük sadece kanuni düzenlemelerin yapılması ile sınırlı olmayıp, bu yükümlülük, devletin 2. madde bağlamında *usul yükümlülükleri* olarak da

¹⁵⁵ Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e, s. 77.

adlandırılmaktadır.¹⁵⁶ Sözleşme'nin 2. maddesinin kasti ve hukuk dışı bir şekilde kişi yaşamını sona erdirmekten uzak kalmasını, taraf devlete emretmesinin yanında, ülkede yaşayan kişilerin yaşamlarını korumak bakımından gerekli adımları atmayı da ilgili devlete emrettiğini de göz önünde bulundurmaktadır.¹⁵⁷ Bu durum ise, ilgili hükümlere aykırılığı önleme ve cezalandırma bakımından bir denetim mekanizması ile korunan kişilere karşı, suç işlemeyi caydıracak etkili ceza hukuku kuralları koyarak, ilgili devletin, yaşam hakkını güvenceye alma asli görevini içermektedir. Diğer yandan, bu madde, diğer fertlerin cezai eylemleri bakımından risk altında olan bireyleri korumak için, yetkililerin önleyici operasyonel tedbirler almalarına ilişkin pozitif yükümlülük getirmektedir.¹⁵⁸

Danıştay 10 Dairesinin 2002 yılında "yaşama hakkı"nın korunmasına ilişkin olarak İç hukuk ve uluslararası hukuk normlarının devlete yüklediği görev ve sorumluluk dikkate alındığında cezaevlerinde devletin gözetim ve sorumluluğu altında bulunduğu sırada gerçekleştirilen açlık grevi, ölüm orucu eylemlerinde, durumu kritikleşen eylemcilere doktor kararıyla müdahale edilerek rızaları dışında tedavi uygulanmasını öngören "6.1.2000 tarihinde imzalanan ve 17.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren "Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevlerindeki Yönetim, Dış Koruma ve Sağlık Hizmetlerine İşlerlik Kazandırılmasına İlişkin Protokol"ün 19. maddesindeki düzenlemeyi hukuka uygun gördüğü kararında, Anayasa'ya, bazı uluslararası sözleşmelere ve bildirimlere atıf yapmıştır. Söz konusu Anayasa maddelerine, uluslararası sözleşmelerin ve bildirimlerin ilgili kısımlarına yer vermek gerekirse;

Anayasanın 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, 56. maddesinde de Devletin, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 2. maddesinde, herkesin yaşam hakkının yasanın korunması altında olduğu belirtilmekle yaşam hakkının korunması devletlere bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.

¹⁵⁶ Şen, a.g.e s.16

¹⁵⁷ Bkz. L.C. B v. Birleşik Krallık, 9 Haziran 1998 tarihli karar.

¹⁵⁸ Fatih Karaosmanoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Akkoç v. Türkiye Davasında Verdiği Kararın Kolluk ve Diğer Kamu Görevlileri Bakımından İrdelenmesi", Polis Bilimleri Dergisi, Polis Akademisi Yayınları, Cilt-3, Sayı 1-2, 2001, s. 133-152.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 98/7 sayılı "Cezaevinde Tıbbi Bakımının Ahlaki ve Kurumsal Yönleri ile İlgili olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Ülkelere Tavsiye Kararı"nın 60–63. maddelerinde "tedavinin reddi-açlık grevi" konuları düzenlenmiş olup, 63. maddede "doktora göre, açlık grevi yapanın durumunda gözle görülür bir kötüleşme meydana geliyorsa esas itibariyle bu durumu ilgili makama rapor edecek ve bu konudaki ulusal düzenlemeye göre hareket edecektir. (mesleki standartlar da dahil)" ibaresi yer almıştır.

1975 yılında 29. Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulunda kabul edilen Tokyo Bildirgesi (Tutukluluk ve Hapis Sırasındaki İşkence ve Öteki Zalimce, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı İşlem ve Cezalara İlişkin Olarak Tıp Doktorları İçin Kılavuz)'nun 5. maddesinde, bir hükümlü beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyeceği, beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerektiği belirtilmiştir.

1991 yılında Malta'da toplanan 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilen 1992 yılında 44. Dünya Tıp Kongresinde düzeltilen, açlık grevcilerinin sağlığından sorumlu doktorlar için bir rehber niteliğindeki "Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi"nin "Giriş"/4 nolu maddesinde, müdahale etmek ya da etmemek konusundaki son kararın temel çıkarları hastanın iyiliği olmayan-üçüncü tarafların müdahalesi olmaksızın hekimine bırakılması gerektiğine yer verilmiş, "Açlık Grevcilerinin Bakımı için Ana Hatlar" bölümünde, "tıp mesleğinin temel ilkesi yaşamın kutsallığı olduğundan, açlık grevi yapanların bakımını üstlenen hekimlere aşı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu ğıdaki öneriler yapılmıştır." ibaresinden sonra öneriler sayılmış, 4. maddede, açlık grevcisinin bilinci bozulup bu nedenle karar verme yeteneği ortadan kalktığında ya da komaya girdiğinde, hekiminin hastası ile açlık grevi sürecindeki görüşmeleri ve bu dönemde oluşan karar doğrultusunda hastanın tedavisi için tedavi konusunda onun yararına olacak en doğru kararı vermekte serbest olacağı, 5. maddede de açlık grevi yapan kişinin baskı altında tutulabileceği ortamdan korunması gerektiği, bu durumun onun diğer açlık grevi yapanlardan ayrılmasını de gerektirebileceği belirtilmiştir.

Mahkeme kararın hüküm kısmında “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 2. maddesinin ve ulusal hukuk normlarının "yaşam hakkı" nın korunmasına ilişkin olarak devlete yüklediği görev ve sorumluluk dikkate alındığında, Malta ve Tokyo bildirgelerinde yer alan, açlık grevi eylemcisine müdahale edilerek tedavi uygulanıp uygulanmamasına ilişkin inisiyatifin, hastanın (eylemcinin) bilincinin yerinde olduğu aşamalarda belirttiği iradesi de göz önüne alınarak hastanın doktoruna bırakılması gerektiği yolundaki "önerilerin" uygun görülmemekle yukarıda söz edilen protokol kuralının öngörülmesi hukuka aykırılık doğurmamaktadır. Bu itibarla, cezaevlerinde devletin gözetimi ve sorumluluğu altında bulunduğu sırada gerçekleştirilen açlık grevi, ölüm orucu eylemlerinde, durumu kritikleşen grevcilere yaşam hakkının korunması amacıyla doktor kararıyla müdahale edilmesini ve rızaları dışında tedavi uygulanmasını öngören düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Nitekim dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden Fransa, Almanya, Avusturya, Belçika, İsviçre, İspanya, Portekiz, ABD gibi ülkelerde de açlık grevinde bulunanlara doktor kararıyla tıbbi müdahale yapılarak zorla beslenme ve tedavi yönteminin uygulandığı anlaşılmaktadır.”¹⁵⁹ denilmiştir.

Danıştay 2. Dairesi'nin 2007 yılında verdiği kararda yine devletin “yaşama hakkı” konusunda pozitif yükümlülüklerinin olduğu vurgulanmıştır. Dava, davacı tarafından, tedavisinde kullanılan üç adet ilaçlı stent bedelinin ödenmesi amacıyla yaptığı başvuruların reddine ilişkin işlemin ve bu işlemin dayanağı olan Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği'nin ilgili ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır. Kararın hüküm fıkrasında “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3. maddesi ile en temel hak olan yaşama hakkının tanınmış olması, tarafı olduğumuz diğer sözleşmeler ile de bu hakkın vazgeçilmezliği ve her türlü riske karşı ve özellikle hastalıklara karşı korunmasının, devletin temel görevi olması nedeniyle uygulanması halinde davacının telafisi güç zarara uğramasına yol açacağından, 29.04.2006 tarihli, 26153 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği'nin (Sıra No:6) 20.1. maddesinin 3. paragrafındaki "Bu Tebliğin eki (EK-5/C) listesinde yer alan Vücut Organ Protez ve Ortezler Listesi'nde birim fiyatları tespit edilen protez ve ortezlerin bedelleri, sağlık kurulu raporuyla öngörülmele kaydıyla, bu fiyatları aşmayacak şekilde ödenir.”

¹⁵⁹ Danıştay 10. Dairesinin 20.11.2002 tarihli E:2000/936,K:2002/4487 sayılı kararı <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> 12.07.2010

ibaresi ile davacının başvurularının reddine ilişkin işlemi yönünden yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne oybirliğiyle karar verilmiştir.”¹⁶⁰ denilmiştir.

Köy içerisinde geçen dereciklerin yolda meydana getirdiği tahribatları gidermek amacıyla davalı idare tarafından yapılan çalışmalar sırasında açılan çukura davacıların çocuğunun düşerek ölmesinde idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesi açılan maddi ve manevi tazminat davasında Samsun İdare Mahkemesi AİHM’sinin Kılıç- Türkiye davası ve Akkoç – Türkiye davası hakkında verdiği kararlara atıf yapmıştır.

AİHS’nin 2. maddesi yaşam hakkının korunması kapsamında devlete yükümlülükler getirmiştir. Bu yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından pozitif ve negatif yükümlülük olarak değerlendirilmektedir. Pozitif yükümlülük yaşama hakkının ihlalini önleyici tedbirler alma yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülüğün söz konusu olabilmesi için, yetkililer birey veya bireylerin yaşama hakkını üçüncü bir şahsın suç niteliği taşıyan fiilinden gelebilecek gerçek ve yakın tehlikenin varlığından haberdar olmalı veya olmaları gerekmekte ve yetkileri kapsamında söz konusu tehlikeden kaçınabilmeye yönelik önlemleri ihmal etmiş olmaları gerekmektedir.¹⁶¹

Eğer kamusal makamlar bir veya birden fazla kişinin yaşamına yönelik tehlikenin varlığını biliyorsa veya bilmeleri gerekiyorsa buna rağmen kendisinden beklenebilecek makul tedbirleri almamışlarsa taraf devletlerin sorumluluğu doğar.¹⁶²

Samsun İdare Mahkemesi kararlarda özetle “Devlet görevlileri, kişilerin yaşama hakkına gelebilecek saldırılara karşı önlem almak zorunda olup, aksine davranış AİHS’nin 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının ihlali sonucunu doğurur. Nitekim olayda, köye yol çalışması yapılması için DSI’ce iş makinesi gönderildiği ve bu işin yapılması sırasında yola yapılacak dolgu için davacıların çocuğunun boğulduğu yerden toprak alındığı ancak açılan çukurun kapatılmadığı, etrafında emniyet tedbirlerinin alınmadığı, köyde ikamet eden küçük yaştaki çocukların açılan çukura düşerek boğulma ihtimali olmasına karşın idarenin

¹⁶⁰ Danıştay 2. Dairesi’nin 01.07.2008 tarihli yürütmeyi durdurma kararı E:2007/2534 <http://www.engellilersitesi.com/haber/448-mahkeme-kararlari-danistaydan-protez-karari.html>. 12.07.2010

¹⁶¹ AİHM’nin 28.03.2000 tarih 22492/93 sayılı kararı Kılıç- Türkiye davası <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmtk3.htm> 12.07.2010

¹⁶² AİHM Akkoç – Türkiye davası- 10.10.2000 Durmuş Tezcan -Mustafa Ruhan Erdem-Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Birinci Baskı, Ankara 2004,

hizmetinin işleyişini kontrol etmeyerek ve gerekli tedbirleri almayarak AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkı ile ilgili pozitif yükümlülüğü ihlal ettiği anlaşılmaktadır.”¹⁶³ demiştir.

Yaşam hakkının ihlali sebebiyle 12.10.2001 tarihinde Öneriyıldız tarafından, AİHM'ne yapılan başvuru konusu olayda çöplük olan yere gecekondu yapılması ve çöplerin bozulması sonucu çıkan metan gazının ortadan kaldırılmasına ilişkin hiçbir önlem alınmaması nedeniyle gaz patlaması sonucu 11 ev çöp yığını altında kalmış ve başvuru sahibinin ailesinden 9 kişi ölmüştür. Davacıların, idare mahkemesi'nde açtıkları tam yargı davasında, davalı idarelerin kusuru yanında davacıların da kusurlu olduğu belirtilmiş, davacının eşinin ev kadını olması, çocuklarının küçük yaşta olmaları ve herhangi bir işte çalışmamaları nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatının ödenmesi koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle, destekten yoksun kalma tazminatı isteminin reddine karar verilmiştir. Davacıların ev ve eşyalarının kaybı nedeniyle istedikleri maddi tazminata ilişkin olarak, evin kaçak olduğu gerekçesiyle, eve yönelik tazminat istemi reddedilmiş, ev eşyaları yönünden ise, 10.000.000TL maddi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine ve 100.000.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Davacıların ve davalı idarelerin temyiz istemleri reddedilerek karar 21.4.1998 gününde onanmıştır. Davacı Öneriyıldız, yaşam hakkının ihlali sebebiyle (AİHS 2.m) AİHM'ne başvuruda bulunmuştur.

AİHM kararında, inşa edilen gecekondu 1989 yılından itibaren su ve elektrik verildiğinin dosyada bulunan faturalardan anlaşıldığını, sıradan bir vatandaşın metan gazı patlaması riskini ve bundan dolayı oluşabilecek yer kaymasını bilemeyeceğini, başvuru sahibinin ailesinin ölümünü göze alarak orada yaşadığının kabul edilemeyeceğini, idarenin çöp toplama alanına yakın gecekondu da yaşayanları metan gazı patlaması riski konusunda yeterince bilgilendirmediğini belirtmiştir.

Sözleşme'nin 2.maddesinin ihlal edildiği sonucuna varan Mahkeme, başvuru sahibinin zararının iç hukukta öngörülen yargı yollarıyla tazmin edilemediğini, ceza davasının etkili olmadığına, amacına ulaşmadığına kanaatine ulaşmıştır.¹⁶⁴

¹⁶³ Samsun İdare Mahkemesi'nin 05.12.2006 tarihli E:2004/469, K:2006/3640 sayılı kararı(Yayınlanmamıştır.)

¹⁶⁴ Öneriyıldız-Türkiye, 30 Kasım 2004 günlü, Başvuru No: 48939/99 sayılı karar. www.yargitay.gov.tr/aihm

Görüldüğü gibi Sözleşmenin 2. maddesi taraf devletlere mevzuatlarında gerekli düzenlemeleri yaptırmak, gerekse idari tedbirler almaya zorlayarak "yaşama hakkı"nı güvence altına almak için pozitif yükümlülükler yüklemiştir.

2. İŞKENCENİN ÖNLENMESİ

Birçok uluslararası belgeye konu olan "İşkence Yasağı", Sözleşme'nin 3. maddesinde şu şekilde yer almıştır;

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."¹⁶⁵

Sözleşme'nin 3. maddesinin düzenlediği işkence ve kötü muamele yasağı, Sözleşme'nin en temel hükümlerinden biri olup, AK'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerden birini içermektedir.¹⁶⁶

Sözleşme, işkenceyi, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyi ve cezayı mutlak bir ifadeyle yasaklamaktadır. Bu çerçevede, Sözleşme'de yer alan diğer birçok haktan farklı olarak, Sözleşme'nin 3. maddesi hiçbir istisnaya yer vermemektedir. Bu maddenin tanıdığı hakların kullanımı, 15. maddeye göre savaş ve benzeri durumlarda dahi askıya alınmaz.¹⁶⁷ İşkence yasağı, diğer birçok uluslararası mahkeme kararlarında olduğu gibi, Mahkeme tarafından da bir *jus cogens* olarak kabul edilmiştir. Başka bir deyişle bu yasak, uluslararası kamu düzeninin emredici hukuk kuralı olup, uluslararası kurallar hiyerarşisinde antlaşma hukuku ve teamül hukukundan üstündür. Bu yasağa hiç bir istisna konamaz.¹⁶⁸

Sözleşmeye taraf devletler, 3. madde açısından bütün kamu görevlilerinin sorumluluğunu taşımaktadırlar. Mağdurun işlediği fil her ne olursa olsun, 3. maddede yasaklanan eylemler haklı gösterilemez. Bu madde ile korunan değer, bireyin fiziksel bütünlüğü ve onurudur.¹⁶⁹

¹⁶⁵ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 12.07.2010

¹⁶⁶ Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 2.

¹⁶⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e. s. 198.

¹⁶⁸ Doğru, a.g.e. s. 2.

¹⁶⁹ Şen, a.g.e. s. 46

Sözleşme'nin 3. maddesiyle korunan hakkın karşısında devletin yükümlülükleri yer almaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesinin devlete iki tür yükümlülük yüklediği görülmektedir. Birincisi, devlet, kimseyi "işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutmamalı" dır (negatif yükümlülük). İkincisi, devlet, bireylerin 3. madde ile yasaklanan eylem ve davranışların mağduru olmasını önlemek için önlemler almakla yükümlüdür (pozitif yükümlülük). Özellikle kamusal makamlar, çocuklar gibi zayıf durumda kabul edilebilecek kişilere karşı, üçüncü kişilerden kaynaklanan kötü muameleyi biliyor veya bilmeleri gerekiyor ise, gerekli koruyucu önlemleri almakla yükümlüdürler.¹⁷⁰ Bu önlemler uygun yasal mevzuatı kabul etmek olabileceği gibi, gereken somut önlemleri almak biçiminde de ortaya çıkabilir. Devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında kabul edilebilecek bir yükümlülüğü de devletin işkenceyi, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi etkili bir şekilde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğüdür.

Çalışmamızın bu bölümünde Mahkemenin, taraf devletlerin işkenceyi, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi önleme konusundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğine ilişkin birkaç örnek vermek gerekir.

Price v. Birleşik Krallık kararında, özürlü ve bazı sağlık sorunları bulunan başvuru sahibi, bir hukuk davasında mahkemeye hakaret ettiği gerekçesiyle yedi gün hapis cezası almıştır. İlk geceyi, hapishaneye göndermede geç kalındığı için Lincoln polis merkezinde bir hücrede geçirmiş ve nezaret kayıtlarına göre her yarım saatte bir soğuktan şikâyet etmiştir. Sağlık sorunları sebebiyle karakola gelen doktor, nezarethanenin, özürlü kişilerin ihtiyaçlarına uygun olmadığını ve çok soğuk olduğunu belirtmiş ve yatakta değil ama tekerlekli sandalyede uyuyabileceğini belirtmiş, bütün gece nezarethanede kalan başvuru sahibinin uygun başka bir yere götürülmesi ya da salıverilmesi düşünülmemiştir. Bununla birlikte, başvuru sahibinin tuvaletini yapması için yardımcı hemşirenin gücü yetmediğinden, erkek görevlilerin yardım etmesi başvuru sahibini çok utandırmıştır. Mahkeme böyle bir durumda hiç kimsenin özellikle fiziksel bakımdan dayanıksız kimselerin bir gün dahi olsa sağlığını tehlikeye atacaktır, kişisel haklarını kısıtlayacak bir muameleye layık olmadığını ifade ederek bu durumun 3. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁷¹

¹⁷⁰ Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e., s. 247.

¹⁷¹ AİHM'nin 10.07.2001 tarihli 33394/96 sayılı Price v. Birleşik Krallık Davası

Bu kararda, Mahkeme, 3. maddenin ihlal edilip edilmediğine karar verirken, alıkoyma konusundaki kabul edilebilir şartların belirlenmesinde söz konusu şahsın kişisel özelliklerinin de göz önüne alınmasını gerektiğini vurgulamıştır. Devletler, tutuklunun fiziksel ve tıbbi ihtiyaçları ne kadar fazla ise, uygun hücre koşulları, özel yataklar temin etme konusunda 3. maddenin ifade etmiş olduğu zorunlulukları yerine getirmede o kadar hassas olmalıdırlar.

Mahkeme, Hurtado v. İsviçre davasında 3. madde kapsamında devletin bazı farklı pozitif yükümlülüklerin de olduğu kanaatine varmıştır. Kolombiyalı başvuru sahibi, uyuşturucu mafyasının bir üyesi olması şüphesiyle özel operasyonlarda kullanılan Vaud Kanton polisi tarafından yaşadığı dairede bir el bombası bulunmasından sonra gözaltına alınmıştır. Başvuru sahibi, tutuklandıktan iki gün sonra doktora gitmek istemiş ancak doktor tarafından muayenesi için altı gün beklemek zorunda kalmıştır. Sonuçta, bir kaburga kemiğinin kırık olduğu tespit edilmiştir. Hurtado, *diğerleri ile birlikte*, gerekli tıbbi müdahalenin zamanında yapılmamasının 3. maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, oy birliği ile, şuna karar vermiştir Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında, Devletin, özgürlüklerinden mahrum ettiği insanların fiziksel sağlıklarını korumak için belirli pozitif yükümlülüğü vardır. Bazı durumlarda yeterli tıbbi müdahale eksikliği, insanlık dışı muamele olarak tanımlanması gerekir. Mahkeme, Başvuru sahibinin, tıbbi yardım talebinin karşılanmaması ve doktor temini için altı gün gecikmenin, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık oluşturduğunu tespit etmiştir.¹⁷²

Danıştay'ın en ses getiren kararlarından birisi 1402 sayılı Kanun'la görevlerinden uzaklaştırılan kamu görevlilerinin ilgili yasa hükmü ve bu yasanın Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesine engel olan Anayasanın Geçici 15. maddesinin son fıkrasının varlığına rağmen bunları ihmal ederek sözleşmenin 3. maddesine atıf yaparak davayı çözümlendiği karardır. Danıştay 1402'likler kararında Anayasa Mahkemesinin aşamadığı veya aşmak istemediği Geçici 15. maddeyi Anayasa'nın 125. maddesi ile çelişir görmüş; Anayasaya uygun yorum tekniği ile 1402 sayılı Kanun hükmünü uygulamamıştır.¹⁷³

¹⁷² AİHM'nin 28.01.1994 tarihli, Hurtado v. İsviçre Davası

¹⁷³ Kemal Başlar, "Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" European Commission 2008 s.142

Söz konusu dava Sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personeli ile ilgili olarak 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının 2. maddesine eklenen fıkrada yer alan "... bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmünün sıkı yönetim süresiyle sınırlı uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 sayılı Sözleşme'nin (İLO) 4. maddesine aykırı olduğunu açıkladıktan sonra AİHS'nin 3. maddesine şu gerekçe ile aykırı bulmuştur:

"2766 sayılı Yasanın gerekçesi ve Danışma Meclisindeki tartışmalar "bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmazlar" hükmünün sürekli bir yasaklama hükmü olarak ele alındığını göstermektedir. Ancak, sadece yasanın gerekçesine bağlı kalınarak yapılacak bir yorumun bizi, yasanın kabul edildiği tarihteki koşullarda belirlenmiş bir sonuca götüreceği açıktır. Son derece dar ve sınırlı olan bu yorum yolu ile sıkıyönetim kalktıktan sonra da kamu görevlerinde çalıştırılmayacakları sonucuna varılması haksız ve olumsuz birçok uygulama sorununu da beraberinde getirecektir. Örneğin, Ceza Kanunu hükmüne göre cezalandırılmış kişilerin belli koşulların oluşması halinde tecil, mahkûmiyetin esasen var olmamış sayılması, memnu hakların iadesi veya adli sicildeki hükümlülük kaydının silinmesi gibi hukuki yollarla yeniden kamu hizmetine girmelerinin mümkün olduğu hukuk düzeninde, kendilerine savunma olanağı verilmemiş ve haklarında suçluluklarına ilişkin herhangi bir yargı kararı bulunmayan kimi vatandaşlar ömür boyu bu haktan yoksun kalacaklar, böylece yargılanmış, suçluluğu hükmen sabit olmuş kişilere göre daha olumsuz bir hukuki durumun içine sokulmuş olacaklardır. Yine sıkıyönetim ilanını gerektiren nedenlerin ortadan kalkmış ve normal yönetim sürecine girmiş olmasına karşın, yasaklama hükmünün sürdürülmesi, ilgililer hakkında toplumda olumsuz değer yargılarına neden olacak, onların manevi kişiliklerini zedeleyecektir. Bu tür uygulamanın Türkiye'nin de taraf olduğu ve onayladığı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5 inci, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korumaya Dair Sözleşmenin 3. maddesinde açıklanan "Hiç kimse haysiyet kırıcı ceza ve muameleye tabi tutulamaz" kuralı ile bağdaşmayacağı açıktır."¹⁷⁴

¹⁷⁴ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı E:1988/6, www.danistay.gov.tr

3. ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılama ilkesi ile ilgili düzenlemeleri içeren 6. madde, Sözleşmenin köşe taşlarından birisini oluşturmaktadır. Zira AİHM'ne yapılan başvuruların büyük bir bölümü bu maddenin ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Bu durum, 6. maddenin yargılamada izlenecek usulü belirlemesinden kaynaklanmaktadır. 6.maddenin 1. fıkrası hem medeni haklarla ilgili, hem de ceza yargısıyla ilgili ortak unsurları içermektedir. 2. ve 3. fıkraları ise, ceza yargısı ile ilgili olup suçsuzluk karinesi ve sanığın hakları güvence altına alınmıştır.¹⁷⁵ Sözleşmenin adil yargılama ilkesini içeren 6. maddesinin metni aşağıda yer almıştır:

Adil Yargılanma Hakkı:

“1. Herkes gerek medeni hak ve yükümlülükle ilgili nizalar gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar vereceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın yardımından para ödemeksizin yararlanabilmek;

¹⁷⁵ Erhan Çiftçi, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi Ve İdari Yargı” www.danistay.gov.tr

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.¹⁷⁶

Sözleşmenin 6. maddesiyle ilgili davalar, medeni hak ve yükümlülükler ile ceza hukuku alanına giren konularda, etkili bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, mahkemelerin yapısı, mahkemelerde izlenen yargılama yöntemleri, duruşmalar, mahkeme kararlarının gerekçeli olup olmadığı, davaların sonuçlanma süreleri, savunma hakkının ihlal edilip edilmediği ve hukuki yardım gibi hususlardan doğmaktadır.

a) Etkin Bir Şekilde Mahkemeye Başvurabilme Hakkı

AİHM, idarenin çeşitli işlem ve eylemlerine karşı ulusal yargı yerlerinde, dava açabilme olanağının mevcut olmaması halinde, bu durumu Sözleşmenin 6. maddesine aykırı bulmaktadır. Sözleşmeye taraf olan ülkeler, Sözleşme tarafından koruma altına alınmış hak ve hürriyetlerin gerçekten korunduğundan söz edilebilmesi için, devletin hak ve hürriyetlerin kullanımını sağlayacak tedbirlerin alınması ve mahkeme yolu ile hak ve hürriyetleri aramanın önündeki engellerin kaldırılması gerekmektedir. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, gerektiğinde kişilerin hukuki yardımdan yararlanabilmeleri, yargısal prosedürün basitleştirilmesi, yargılamanın en az maliyetle yapılması gibi hususları da kapsamaktadır.¹⁷⁷ Kesinleşmiş mahkeme kararlarının gereğinde cebri icra yoluyla yerine getirilmesi de bu hakka dâhildir.¹⁷⁸

AİHM, idari bir işleme karşı yargı yolunun mevcut olmamasını, idari para cezaları ile ilgili itiraz veya temyiz yolunun bulunmamasını, adli yardım talebinin reddine ilişkin karara karşı yargıya başvurma olanağının olmamasını, İsveç ulusal mevzuatında, kamulaştırma kararlarına karşı yargıya başvurabilme olanağının sınırlandırılmış olmasını dava hakkını ortadan kaldıran durumlar olarak nitelendirmiştir. AİHM bir kararında şu görüşlere yer verilmiştir: *De Geouffre da la*

¹⁷⁶ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 12.07.2010

¹⁷⁷ Çiftçi, a.g.m.

¹⁷⁸ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.279.

Pradelle davasında başvuru alan taşınmaz koruma alanı içine tahsis edilmiştir. Başvurucu, Resmi Gazete’de yayınlanan kararnamenin tam olarak amacını kavrayamamış ve ancak kararnamenin metnine yer veren tebligatın kendisine gönderilmesi ertesinde yasal işlemlere başlayabilmiştir. Fakat kararnameye karşı Conseil d’Etat’ya (Fransız Danıştay) başvuru süresi iki aydır ve tebligat kendisine bu süre geçtikten sonra gelmiştir, dolayısıyla dava süresini geçirdiği için başvurusu reddedilmiştir. AİHM’a göre, başvuru alanın kamu otoritelerinin menfaati ile kendi menfaati arasında adil bir denge sağlayacak tutarlı bir sistem beklemeye hakkı vardır, özellikle, mülkiyet hakkına doğrudan müdahale eden bir idari işleme itiraz etmek için açık, etkili ve pratik imkânı sahip olmalıdır. Mahkeme bu davada, ilgili hukukunun çok karmaşık olduğunu ve başvurucudan dava süresinin kararnamenin Resmi Gazete’de yayınlandığı günde mi yoksa tebligattan sonra mı başladığını anlamasının beklenemeyeceği, işlemlerin başladığının taşınmaz sahiplerine yazılı olarak bildirilmesi yanında, işlemlerin olumlu ya da olumsuz sonuçlarının da bildirilmesi gerektiği, başvuruların aylarca hatta yıllarca Resmi Gazete’yi izlemek zorunda kalmamaları gerektiği kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre, yeteri kadar açık ve tutarlı bir sistem olmadığından, mahkeme etkili ve pratik başvuru hakkının ihlal edildiğini belirlemiştir.¹⁷⁹

Benzer durumda Türkiye’de uygulanan ihaleden yasaklama kararlarında yaşanmaktadır. İhale kanunlarının tümü (2886, 4734, 4735) alınan yasaklama kararlarını Resmi Gazete’de (R.G.) yayımlatmakta ve ilgililere herhangi bir bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklememektedir. İlgililer, haklarında alınmış olan yasaklama kararını R.G.’ de yayınlanan tarihte öğrendikleri kabul edilmektedir. Yasaklamaya ilişkin bu idari işleme karşı dava açma süresinin başlangıcı, yasaklamanın R.G.’ de yayınlandığı tarih kabul edilmektedir. Kanaatimce, yasaklama kararlarının kişisel ve özel durumlara ilişkin bireysel idari işlemler olduğu, düzenleyici işlem olmadığından, bu kararların Resmi Gazete’de ilan tarihinin dava açma süresinin başlangıcı olarak kabul edilemeyeceği, ilgilinin bu işlemde haberdar olduğu tarihte başlaması gerekmektedir. Aksi yönde verilen kararların AİHM tarafından Sözleşmenin 6. maddesine aykırı bulunması muhtemeldir.

¹⁷⁹ Sibel Inceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Basım, İstanbul, II. Baskı

Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkının kötü niyetle kullanılmaması için, üye ülkeler tarafından alınacak önlemler, hiçbir zaman hakkın kullanılmasını engelleyecek şekilde hakkın özünü etkilememeli, sınırlamalar amaca uygun, makul, ve amaçla orantılı olmalıdır.¹⁸⁰ AİHM'ne göre, etkin bir şekilde mahkemeye başvurma hakkını ortadan kaldıran diğer bazı durumlar ise şunlardır: İdari bir işlem veya karara karşı yargıya başvurabilme olanağının bulunmaması, idari eyleme karşı etkili bir yargı yolunun mevcut olmaması, idari para cezaları ile ilgili itiraz veya temyiz yolunun mevcut olmaması, adli yardım talebinin reddine ilişkin karara karşı yargıya başvurabilme olanağının bulunmaması.¹⁸¹

Anayasanın 129. ve Devlet Memurları Kanunu'nun 135. maddesi uyarınca uyurma ve kınama cezalarına karşı da yargı yolu kapalıdır. İdari yargı yerleri, AİHM kararları bağlamında adil yargılama hakkının geniş yorumu ve hak arama özgürlüğüne verilen anlam kapsamında son kararlarında bu tür cezalara karşı yargı yolunu açma eğilimindedir. Ancak, olması gereken bu tür işlemlere karşı yargı yolunu açan yasal düzenleme yapmaktır. Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu'na (KESK) bağlı Yapı Yol Sendikasının, üyesi Erhan Karaçay'ın maaş protestosu eylemi nedeniyle uyurma cezası alması üzerine 2003'te AİHM'nde açtığı davada ihlal kararı verilmiştir.¹⁸²¹⁸³

Altın-Türkiye davasında¹⁸⁴, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) uyguladığı bir disiplin yaptırımı sonucu görevinden alınan bir savcının başvurusu AİHM tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Olayda, "Başvurucu, politik görüşlerini açıklaması nedeniyle iki kez disiplin yaptırımına uğramış ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 69. maddesine dayanılarak HSYK kararıyla meslekten çıkarılmıştır. Başvurucu, adil bir yargılanma olmaksızın meslekten çıkarılmasının 6. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmektedir. AİHM, başvurucuya uygulanan yaptırımın, yargı mensuplarının haklarını, ödevlerini ve sorumluluklarını düzenleyen kurallar çerçevesinde disiplin önlemleri niteliğinde olduğunu belirterek, bu önlemlerin 6.

¹⁸⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e. s.251

¹⁸¹ Çiftçi, a.g.e

¹⁸² AİHM'nin 27.03.2007 tarihli 6615/03 başvuru numaralı Karaçay-Türkiye davası

¹⁸³ Çalışmanın hazırlandığı şu sıralarda memurlara "uyurma ve kınama cezalarına" karşı yargı yolunu açan Anayasa değişikliği Kanunlaşmıştır. 12.09.2010 tarihinde referanduma sunulacaktır. 14.07.2010

¹⁸⁴ AİHM'nin 6.04.2010 tarihli, 39822/98 başvuru numaralı Altın -Türkiye kararı

maddenin uygulama alanında olmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.¹⁸⁵

b) Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme İlkesi

Sözleşmenin 6. maddesi, kişilerin kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkına sahip olduklarını kabul etmektedir. Bağımsız mahkeme için gerekli koşullardan ilki, mahkemenin kanunla kurulması, görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesidir. Bununla birlikte, mahkemenin kanunla kurulmuş olması şartı, onun mutlaka yargı erki içinde yer almasını gerektirmez. Nitekim AİHK ve AİHM, düzenli mahkemeler dışında birçok organı Sözleşmenin 6. maddesi anlamında mahkeme olarak kabul etmiştir. Bağımsız ve tarafsız bir nitelik taşımak kaydıyla, olağan yargı dışındaki, karar verme yetkisine sahip, yasayla kurulmuş "hakem mahkemeleri" gibi bir kısım kuruluşlar 6'ncı madde kapsamında "mahkeme" niteliğindedir. Örneğin, askerî veya cezaevi disiplin komisyonları, meslek disiplin kurulları, arazi satış onay komisyonları, toprak reformu komisyonları ve hakem mahkemeleri gibi birçok organ "kanunla kurulmuş mahkeme" sayılmıştır.¹⁸⁶ Diğer taraftan, bazı mahkemelerin yargısal görevleri yanında, kanunla verilmiş görevleri (seçim işi, veli veya vasi atama gibi) üstlenmeleri, bağımsızlık ve tarafsızlık açısından herhangi bir sakınca oluşturmamaktadır. Tarafsızlık konusunda diğer bir önemli özellik, mahkemenin kamuya yeterli bir güven vermesi (objektif tarafsızlık) ve hâkimlerin önyargılı olmamalarıdır (subjektif tarafsızlık).

Mahkemenin bağımsızlığı hususunda ise, kararlarının bağlayıcı ve kararların uygulanmak zorunda olması koşulu göz önünde tutulmaktadır. Ayrıca, mahkemenin, yürütme organından ve davanın taraflarından bağımsız olması, tarafların telkin ve tavsiyelerinin etkisi altında kalmaması gerekmektedir. Öte yandan, mahkeme hâkimlerinin atanma yöntemleri, görev süreleri, dış etkenlere karşı hâkimlik teminatı, bağımsızlık açısından aranan diğer ölçüttür. Bakanlar Komitesinin bu konu ile ilgili olarak, AİHM kararları doğrultusunda üye ülkelere tavsiye ettiği önlemler ise şunlardır:

¹⁸⁵ Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye**, İkinci Baskı, Kırmızı kalem Yayınları, İstanbul, Aralık 2004, s.200

¹⁸⁶ Ünal, a.g.e. s.168.

— Hâkimlerin görev süreleri veya yeniden atanmaları kanunla belirlenmelidir. Seçilmiş veya atanmış hâkimler, resmi görev süreleri sona ermeden veya zorunlu emeklilik yaşından önce (Yasada belirtilen istisnai durumlar hariç) görevlerinden uzaklaştırılmamalıdır.

— Mahkeme kararları yasada öngörülen temyiz mercileri dışında hiçbir birimin denetimine tabi tutulmamalıdır.

— Hükümet veya idari birimler, mahkeme kararlarını geçersiz kılacak şekilde geriye dönük olarak karar almamalıdır.

—Yargılama sürecinde hâkimlerin tarafsızlığını etkileyecek, bağımsız bir şekilde karar vermelerine engel olacak dolaylı veya dolaysız baskılar, tehditler, sınırlayıcı hareketler engellenmeli; bu şekilde davrananlara, yasal yaptırımlar uygulanmalıdır.¹⁸⁷

c) Yargılama Sürecinin Adil Olması, Silahların Eşitliği İlkesi ve Gerekçeli Karar

AİHM, hakkaniyete uygun yargılamanın genel ve nesnel bir tarifini yapmamıştır. Önüne gelen her başvuruda, yargılama faaliyetinin bütününe inceleyerek, davanın hakkaniyete adil şekilde yapılıp yapılmadığını araştırmaktadır. Adil yargılama ilkesi, davanın tüm aşamalarında aranır. Yargılamanın hakkaniyete uygunluğunun incelenmesi, ulusal mahkeme kararının fiil veya hukuk açısından doğru olup olmadığını araştırma anlamında değildir. Strasbourg denetim organlarının görevi, ulusal mahkeme kararının maddi ve hukuki açıdan doğruluğunu bir üst derece mahkemesi gibi denetlemek değil; fakat yargısal faaliyetin tüm işlemlerinin bir bütün halinde göz önünde tutularak yargılamanın adil olup olmadığı konusunda bir karar vermektir.¹⁸⁸ Yargılama sürecinde taraflara eşit bir şekilde davranma, iddialarını kanıtlama ve savunmalarını yapmaları için fırsat eşitliği sağlanması, ayrıca, karşı taraf iddiaları hakkında bilgi sahibi olunması hakkaniyete uygun yargılamanın temel unsurlarıdır.

İdari yargıda, idaredeki bazı belge ve bilgilerin gizli tutulması ve inceleme yasağı gibi sınırlamalar hakkaniyete uygun bir yargı süreciyle

¹⁸⁷ Çiftçi, a.g.e

¹⁸⁸ Gözübüyük, Gölçüklü, a.g.e, s.290–291.

bağdaşmamaktadır. AİHM, Kerojarvi davasında¹⁸⁹, taraflardan birisinin karara etkisi olan ve dava dosyasında bulunan belge ve bilgilerden bir kısmına ulaşamaması nedeniyle savunma hakkının sınırlandırılmış olduğu, dolayısıyla yargılama sürecinde, hakkaniyete uygun bir prosedür izlenmediği gerekçesiyle Sözleşmenin altıncı maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Yargılamanın hakkaniyete uygun olmasının bir diğer koşulu, taraflara iddialarını kanıtlayacak şekilde fırsat tanınmasıdır. Nitekim AİHM, Mantovanelli davasında¹⁹⁰ davacıya tebliğ edilmeyen dolayısıyla, itiraz hakkı tanınmayan uzman raporunu kararında esas alan ve davacının ikinci bir uzman raporu hazırlanması talebini reddeden mahkemenin, izlediği yargılama sürecini hakkaniyete uygun bulmamıştır. Bu kararda, taraflara iddialarını delillerle kanıtlama fırsatı yanında, olayı aydınlatma bakımından bunları yorumlayabilme ve karşı taraf iddialarını çürütebilme olanağı verilmesinin önemi vurgulanmıştır. Bu husus terminolojide “silahların eşitliği” kavramıyla açıklanmaktadır.¹⁹¹

Silahların eşitliği ilkesi hukuk devleti ilkesi içinde yer almakta, eşitlik ilkesinin bir görünümünü ifade etmektedir.

AİHS'nin 6. maddesi 1. fıkrası hükmü, tarafların çıkarlarını ve adaletin iyi işleyişinin korunmasını amaçlar. Taraflar dosyadaki her belge hakkında görüş bildirebilme güvencesine sahip olmalıdır. Diğer yandan, hâkimin kendisi de, özellikle bir itirazı reddettiği veya re'sen ele alınan bir gerekçeye dayanarak bir uyuşmazlığı çözdüğü zaman vicahilik (yüze karşılık) ilkesine uymak zorundadır.

İşlem dosyalarının çok fazla belgeden oluşabileceği düşünülürse, bu dosyaların da davacıya iletilmemesi bir ölçüde haklı görülebilir. Ancak idareler en azından işlem dosyalarının içeriğini özetleyen "dizi pusulası" ile mahkemeye sundukları dosyalar konusunda davacıyı bilgilendirmelidirler.

İdarelerin, birinci yanıtlarının ekinde işlem dosyalarını mahkemeye göndermemelerinin ise, yasada hiçbir yaptırımı bulunmamaktadır. Davacının dava dilekçesi iptal edilirken, davalı idarelere mahkemece tekrar tekrar yazıldığı halde

¹⁸⁹ AİHM'nin 19.7.1995 tarihli, 17506/90 başvuru numaralı Kerojarv i -Finlandiya kararı

¹⁹⁰ AİHM'nin 18.03.1997 tarihli 21497/93 sayılı Mantovanelli-Fransa davası

¹⁹¹ Çiftçi, a.g.e

istenen belgeleri göndermemesi nedeniyle kendiliğinden işleyen bir hak kaybı yöntemi belirlenmemesi önemli bir eksiktir.¹⁹²

2577 sayılı İYUK'nun 20/1. maddesine göre, "Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapabilir. Mahkemeler, belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler."

20. maddenin öngördüğü işleyiş, gereksinim duyulan bilgi ve belgelerin genellikle davanın taraflarına da birer örneği gönderilen ara kararları ile istenilmesi biçiminde gerçekleşmektedir. Taraflar, mahkemenin sorularını ve yanıt için tanınan süreyi kendilerine ulaşan ara kararından öğrendikleri için, araştırmaların sonuçlarından dava dosyasını inceleyerek bilgi edinebilmektedirler. Ancak gelen yanıt ayrıca taraflara bildirilmemektedir. Bu işleyiş sonucunda elde edilen kanıtların daha sonra verilecek karara dayanak yapılması durumunda, silahların eşitliği ilkesine uyulmadığı kolaylıkla ileri sürülebilecektir.¹⁹³

İYUK 21. maddesinde şu hüküm yer almaktadır. "Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez." Dava dosyasına sonradan ibraz olunan ve karara esas alınabilecek nitelikte olan bu belgelerin, davanın diğer tarafına iletilmesi ve değerlendirmesi için fırsat tanınması, Anayasanın 36'ncı maddesinin ilk fıkrasına, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen ibare ile Türk hukuk sistemine anayasal bir hak olarak giren, "adil yargılanma hakkı"nın ve bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlayan "silahların eşitliği ilkesi"nin gereğidir. Bu yüzden maddede, söz konusu belgelerin davada verilecek karara esas alınabilmesi için, mahkemenin kabulü yeterli görülmemiş; ayrıca, bu belgelerin diğer tarafa tebliği de öngörülmüştür. Ancak, maddede, kendisine belge tebliğ edilen tarafın buna cevap hakkının olup olmadığı konusunda bir açıklık yoktur. Bununla birlikte, maddenin ikinci cümlesinde, "*Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf*

¹⁹² Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2005, Sayı 57, s.301.

¹⁹³ Dinç,a.g.e., s.301

cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez” şeklinde yer alan anlatımından, davanın diğer tarafının, kendisine tebliğ olunan belgeye cevap hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Esasen, yukarıda sözünü etmiş olduğumuz, adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi de, bunu, gerekli kılmaktadır.¹⁹⁴

Örneğin, Danıştay 5. Dairesi'nin silahların eşitli ilkesi ile ilgili verdiği karar şu şekildedir: *”Dava dosyasının İYUK'nda belirtilen usule uygun olarak tekemmül ettiği; ancak, davalı idarenin ikinci savunmasını verdikten sonra 17.2.2005 günlü Ankara İdare Mahkemesi'ne ait havale imzası ile Mahkeme kaydına giren, 26.1.2005 günlü ve 2 sayılı soruşturma raporu ve eklerinin sunulması konulu davalı idare dilekçesinin davacıya tebliğ edilmediği, buna karşın kararda bu soruşturma raporu içeriğinde yer alan hususlara değinildiği ve kararın gerekçesinin bir kısmını sonradan ibraz edilen bu rapordaki hususların oluşturduğu anlaşılmaktadır. Adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biri olan savunma hakkını tam olarak kullanabilmesi için 2577 sayılı Kanun'un yukarıda değinilen 21. maddesine uygun şekilde, bahsolunan dilekçenin davacıya tebliği ile dilekçe ekindeki raporu inceleyebilme imkânı tanınması suretiyle raporda yer alan hususlara karşı cevap verebilme olanağı sağlandıktan sonra bir karar verilmesi gerektiği halde bu yapılmadan karar verilmiş olmasında yasa ve usule uyarlık görülmemiştir.”*¹⁹⁵

Öte yandan; AİHM, yasama organının devam etmekte olan bir davaya, doğrudan ve önemli derecede etkisi olacak bir yasayı çıkarmasını, adil yargılama sürecine uygun bulmamaktadır. Zira; bu durum, bir davada taraf olan devlete, yasama kuvvetini kullanmak suretiyle, dengelenmesi mümkün olmayan bir avantaj sağlayacaktır.¹⁹⁶

Adil yargılama ilkesinin önemli diğer bir özelliği, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasıdır. Bu husus, taraflarca ileri sürülen iddiaların tamamının kararda karşılanması anlamına gelmemektedir. Ancak taraflarca ileri sürülen temel iddialar, en azından kararlarda karşılanmalıdır. Gerekçe gösterme zorunluluğunun hangi genişlikte uygulanacağı, kararın niteliğine göre değişmekte

¹⁹⁴ Turgut Candan, “Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu” Maliye ve Hukuk Yayınları 2006 s.605

¹⁹⁵ Danıştay 5. Dairesi'nin 31.12.2005.tarihli E:2005/2698 K:2005/6541 sayılı kararı

¹⁹⁶ AİHM'nin 22 Ekim 1997 tarihli 59506/00 sayılı Georgios Papageorgiou-Yunanistan kararı

ve bu husus davanın özel koşulları altında belirlenmektedir. Yerel mahkeme yargıçları davayı incelerken, tarafların iddialarını dinlemek zorundadır. Ancak, her iddiayı kararda ayrıntısıyla tartışmak ve her iddiayı gerekçelendirmek zorunda değildir. Dolayısıyla, taraflar usulüne uygun dinlendikten sonra, kararda her bir iddiaya değinilmeden zımnen reddedilmesi, AİHM tarafından Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilmemektedir.¹⁹⁷

d) Aleniyet İlkesi ve Duruşma

AİHS'nin 6/1 maddesinde, medeni hak ve suç davasının aleni ve duruşmalı olarak yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Dar anlamda aleniyet, tarafların mahkeme huzurunda açık duruşmada dinlenilmeleri ve kararın açıkça verilmesi, isteyenlerin de yargılamayı izleyebilmelerini kapsar. Geniş anlamda aleniyet ise, yukarıda sayılanlara ek olarak tarafların dosyada mevcut, her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilmelerini kapsar. Sözleşmenin 6/1. maddesi ile geniş anlamda aleniyetin sağlanması, yani duruşmaların taraflara ve kamuya açık bir şekilde yapılması, hükmün açık celsede verilmesi, bilgi ve belgeye ulaşılması koruma altına alınmıştır.¹⁹⁸

Aleniyet ilkesiyle, yargılamanın kamuya açık bir şekilde gerçekleşmesi ve böylece gizli yargılamanın sakıncaları ortadan kaldırılarak kamuoyunun yargıya güveni sağlanmış olmaktadır. İdari yargıda, yazılı yargılama esas olduğundan, aleniyet ilkesinin uygulanması çok sınırlı bir şekilde gerçekleşmektedir. Bu nedenle, idari yargı alanında AİHM'ne duruşmalarla ilgili yapılan başvurular, fazlaca bir yer tutmamaktadır. Bu konu hakkında iki karara kısaca değineceğiz. A.İ.H.M. Fredin davasında¹⁹⁹, ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Yüksek İdare Mahkemesinin, davacının duruşma talebini dikkate almadan, davayı sonuçlandırmasını Sözleşmenin 6. maddesine aykırı bulmuş; adil yargılama ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Helle davasında²⁰⁰ ise, temyiz mercii olarak görev yapan Yüksek İdare Mahkemesinin, davacının duruşma talebini dikkate almadan temyiz incelemesini sonuçlandırmasını Sözleşmenin ihlali olarak

¹⁹⁷ Çiftçi, a.g.e

¹⁹⁸ Ahmet Taşkın, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı", Adalet Dergisi, Yıl 95, Mayıs 2004, Sayı 19, s.64-65.

¹⁹⁹ AİHM'nin 23.2.1994 tarihli 18928/91 sayılı Fredin-Isvec kararı

²⁰⁰ AİHM'nin 19.12.1997 tarihli 20772/92 sayılı Helle -Finland kararı

değerlendirmemiştir. H. davasında²⁰¹ ise, barodan kaydı silinen bir avukatın kaydının yenilenmesi için yaptığı başvuruyu reddeden ve idari, düzenleyici görevleri yanında yargısal fonksiyonu da bulunan Baro Konseyinin, kamuya açık duruşma yapmadan verdiği kararı Sözleşmenin altıncı maddesine uygun bulmamıştır.²⁰²

Danıştay kararlarında, tarafların duruşma yapılması talebi adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmekte, ilk derece davalarda talep olmasına rağmen duruşma yapılmaması, İYUK'nun emredici hükmü dolayısıyla da bozma sebebi olarak görülmektedir. Örneğin Danıştay 5. Dairesi'nin bir kararında, "...davalı idareye tebligat yapıldığı halde, davalı idareyi temsilen gelen olmaması İYUK'na göre duruşma yapılmasına engel bir durum olmadığından, davacının vekillerine yukarıdaki esaslar doğrultusunda "söz hakkı" tanınması gerekirken, bu hakkın sınırlanması şeklinde gelişen olaylar nedeniyle duruşma yapılmamasında "adil yargılanma ilkesi" ne uyarlık bulunmamaktadır. Bu nedenle, ilgililere söz hakkı tanınmadan ve bu konudaki şikâyet yollarının tükenmesini beklemeden uyuşmazlığın esası hakkında verilen kararlarda hukuka uyarlık bulunmadığından davacının temyiz isteminin kabulü gerekir." denilmiştir.²⁰³

e) Makul Süre İçinde Davanın Sonuçlandırılmaması

Yargılamanın uzun sürmesine ilişkin şikâyet başvuruları, 6. maddenin yukarıda bahsi geçen diğer konularına göre daha fazla yer tutmaktadır. Bu durum, Sözleşmeye taraf olan ülkelerdeki mevcut adalet sisteminin yapısı, aşırı iş yükü, hâkim savcı açığı veya idari personel sayısının yetersizliği gibi çeşitli nedenlerden kaynaklanmaktadır. Dava konusu her olaya uygulanabilecek standart bir makul süre tespiti mümkün değildir. Bu nedenle AİHM, her somut olayda, olayın özelliklerine göre, sürenin makul olup olmadığını araştırıp, sonucuna göre bir karar vermektedir.

AİHM'nin yargılamanın makul süre içinde sonuçlandırılmaması hususunda göz önünde bulundurduğu kriterler şöylece özetlenebilir:

²⁰¹ AİHM'nin 30.11.1987 tarihli 8950/80 sayılı H. kararı

²⁰² Çiftçi, a.g.e

²⁰³ Danıştay 5.Dairesi, 29.9.2004 günlü, E.2004/291, K.2004/3370, sayılı kararı

- a) Davanın veya olayın karmaşıklığı.
- b) Yargı organlarına atfedilebilecek atıl dönemlerin mevcut olup olmadığı.
- c) Şikâyetçinin davanın uzun sürmesinde bir etkisinin olup olmadığı.

AİHM, bu kriterleri dikkate alarak, her davayı kendi koşulları içinde değerlendirdiğinden, dava konularına göre standart bir makul süre saptama yolunu tercih etmemiştir.²⁰⁴ Davanın veya olayın karmaşıklığı ile anlatılmak istenen, hukuki meselenin çözümündeki güçlük, dava ile ilgili kanıtların toplanmasında karşılaşılan engel ve karmaşık durumlardır. Şikâyetçinin davanın uzun sürmesinde bir etkisinin olup olmadığından kasıt, ilgilinin yargılamada sürati sağlamak için kendine düşeni yapmış olmasıdır. Görevli makamların tutumu konusunda ise, Mahkeme, gecikmeden dolayı davalı devleti ancak ihmal veya kusuru nedeniyle sorumlu tutmaktadır. Bununla beraber yargılama makamlarını kendilerinden bekleneni yapmış olmasına rağmen görev dışı başka nedenlerle yargıç açığı, siyasi ortam, ulusal hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı vb. gibi-makul sürenin aşılması halinde durumdan gene devlet sorumlu tutulmaktadır.²⁰⁵ AİHM, *De Cubber* davasında²⁰⁶ olduğu gibi, personel yetersizliği veya ulusal mevzuatın neden olduğu gecikmeleri haklı bir mazeret olarak görmemektedir. *Hentrich* davasında²⁰⁷ ise, aşırı iş yükü, yargılama sürecinin uzamasının haklı bir gerekçesi olarak görülmemiştir. Diğer taraftan, AİHM, Sözleşmeye taraf olan devletleri, yargısal sistemlerini en hızlı işletecek şekilde teşkilatlandırılmalarından sorumlu tutmaktadır.

Türkiye'ye karşı açılan *Büker davasında* davacı, Kayseri Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesinde doçent olarak, iki yıl süreyle sözleşme imzalamıştır. Ancak, 1987 yılında mesleki yetersizlik nedeniyle sözleşmesi yenilenmemiştir. Davacı, 4.3.1988 tarihinde dava açmış, dava sonunda Kayseri İdare Mahkemesi, işlemi iptal etmiştir. Karar, 29.1.1990 tarihinde idareye tebliğ edilmesine rağmen, rektörlük iç hukukta öngörülen 60 gün içinde kararı uygulamamıştır. Davalı üniversitenin kararı temyiz etmesi üzerine, dava dosyası 22.5.1990 tarihinde Danıştay'a gelmiştir. Mahkeme kararı, 13.6.1990 tarihinde

²⁰⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e. s. 286

²⁰⁵ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e. s. 287

²⁰⁶ AİHM'nin 26.10.1984 tarihli 9186/80 sayılı, *De Cubber-Belçika* davası

²⁰⁷ AİHM'nin 22.9.1994 tarihli 13616/88 sayılı *Hentrich-Fransa* davasında

Danıştay 5. Dairesince bozulmuş, dosya mahkemeye geri gönderilmiştir. Kayseri İdare Mahkemesi, 5.7.1991 tarihli kararla bozma kararına uymuş ve davayı reddetmiştir. Davacı, 21.8.1991 tarihinde kararı temyiz etmiş; ancak, temyiz talebi 18.3.1992 tarihinde Danıştay 5. Dairesi tarafından reddedilmiştir. Davacı, 13.10.1992 tarihinde kararın düzeltilmesi için başvurmuş; 5. Daire, 21.6.1993 tarihinde karar düzeltme istemini kabul ederek, mahkeme kararını yeniden bozmuştur. Kayseri İdare Mahkemesi, 2.12.1993 tarihinde bozma kararına uyararak, davalı idare işlemini yeniden iptal etmiştir. Kararın davalı idarece temyizi üzerine, bu defa, Danıştay 8. Dairesi, 27.6.1994 tarihinde, temyiz istemini, 23.5.1995 tarihinde de, karar düzeltme istemini reddederek; yargısal süreci sonuçlandırmıştır. Ancak, gerek ilk iptal kararı, gerekse, 2.12.1993 tarihli ikinci iptal kararı, yasal süre içinde uygulanmamıştır. Bunun üzerine davacı, 28.3.1995 tarihli dilekçe ile idareye başvurmuş ve mahkeme kararının uygulanmasını istemiştir. Davacı, 15.12.1995 tarihinde görevine başlamıştır.

Davacı, idare mahkemesinin verdiği iptal kararlarının, Rektörlük tarafından uygulanmaması nedeniyle üniversitedeki görevine iadesinin 7,5 yıl sürdüğünü, bu durumun yargılamanın uzamasına yol açtığını iddia ederek AİHM'ne başvurmuştur. Mahkeme, davacının görevini dikkate alarak, olayı medeni hak kapsamında incelenebilir bulmuş ve daha sonra asıl şikâyet konusu olan yargılamanın uzunluğunu değerlendirmiştir. Mahkeme, bu davada yargısal kararların uygulanmasının önemine değinmiş ve mahkeme kararlarının uygulanmaması halinde "bağlayıcı olma" özelliğini yitireceğini; bu durumun, 6. madde ile güvence altına alınan dava açma hakkının özünü zedeleyeceğini vurgulamıştır.²⁰⁸ Bunun doğal bir sonucu olarak, AİHM, yargılama süresi ile ilgili davaları (idari yargıda) incelerken, yerel mahkemeye başvuru tarihi ile kararın uygulandığı tarih arasında geçen süreyi dikkate almaktadır. Diğer bir ifade ile uygulanmayan mahkeme kararları, yargısal sürecin uzamasına neden olmaktadır. AİHM Büker davasında yargısal süreci, davanın açıldığı 4.3.1988 tarihinde başlatmış ve kararın uygulandığı 7.12.1995 tarihine kadar geçen süreyi dikkate alarak, yedi yıl dokuz ay süren bu davada, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM yargılama sürecinin, Üniversitenin karar düzeltme talebinin

²⁰⁸ AİHM'nin 24.10.2000 tarihli 29921/96 sayılı Büker-Türkiye davası

Danıştay tarafından reddedildiği tarihte sona erdiğine ilişkin, Hükümet tarafından yapılan itiraza ise katılmamıştır.

AİHM, İdari davaların makul sürede sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak, Pizzetti-İtalya davasında²⁰⁹ şikayetçi ve dört arkadaşının emekli ve sakatlık aylıklarına ilişkin uyuşmazlıkların 4 ila 16 yıl arasında sonuçlanmasını; Scuderi-İtalya davasında²¹⁰ terfide maaş hesaplanmasına ilişkin davanın 4 yıl 5 ay sürmesini; Massa-İtalya davasında²¹¹, aynı işi yapan kadın ve erkeğin maaşları arasındaki farklılık dolayısıyla görülen davanın 6 yıl sürmesini 6.maddeye aykırı bulmuştur.

Yargı kararının hiç uygulanmadığı durumlarda, AİHS'nin 6. maddesinin ihlali süreklilik kazanmaktadır. Gecikmeli de olsa kararların bir süre sonra uygulanması, yargılama sürecine eklenmekte ya da uyuşmazlığın türüne göre başlı başına AİHS'nin ihlal nedeni olarak görülmektedir. Kişilerin yargı yoluna gitmelerinin temel amacı, beklentileri doğrultusunda bir sonuç alması ve bunun uygulanmasıdır. Kararın icrası icra işlemleri ve bunun için geçen süreler de bu kapsama dâhildir. Bir mahkemece verilen kararın yerine getirilmesi, Sözleşme'nin 6/1. maddesi ile amaçlanan yargılamanın bütünüleyici parçasıdır. Aksi durumda yargı yolu anlamsızlaştırılmış ve devre dışı bırakılmış olur. AİHM'ne göre, yargı kararları uygulanmazsa AİHS 6/1. maddesi ihlal edilmiş olur. Yargı kararının hukuka uygun şekilde yerine getirmede idarenin ihmali, AİHS 6/1. maddesinin etkin kullanımından yoksun kalınması anlamına gelmektedir. Mahkeme tarafından verilmiş bir kararın yürütülmesi, yargılamanın tamamlayıcı bir parçası olarak görülmelidir.²¹²

Ankara 5. İdare Mahkemesi, mahkemece verilen iptal kararının uygulanması istemiyle idareye yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, ulusal mevzuata ve yargı kararlarının uygulanması konusundaki mahkeme içtihatlarına değindikten sonra, AİHM'nin Hornsby-Yunanistan kararına da atıfta bulunmuş, yargı kararlarının yerine

²⁰⁹ AİHM'nin 26.02.1993 tarihli 12444/86 sayılı Pizzetti-İtalya davası

²¹⁰ AİHM'nin 08.02.2000 tarih 41822/98 sayılı Scuderi-İtalya davası

²¹¹ AİHM'nin 24.08.1993 tarihli 14399/88 sayılı Massa-İtalya davası

²¹² AİHM'nin 25.4.2006 tarihli 38473/02 başvuru nolu Ahmet Kılıç-Türkiye kararı, bkz: Sancakdar, a.g.e., s.261

getirilmemesinin, AİHM’nce adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirildiği belirtilmiştir.²¹³

4. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI

“Özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlıklı söz konusu 8. madde şu şekildedir:

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

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”²¹⁴

AİHS’nin 8. maddesi incelendiğinde; iki bölüme ayrıldığı, birinci fıkrasında teminat altına alınan hakların belirtildiği, ikinci fıkrasında ise bazı şartlarda kamu yetkililerinin bu haklara müdahale etmesinin kabul edilebileceğinin hükme bağlandığı görülmektedir.

Maddeyle özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakları korunmakta ve kısmen birbiriyle kesişen bu dört temel hak garanti altına alınmaktadır.²¹⁵

Maddeyle koruma altına alınan dört kavramın anlamı belirgin değildir ve AİHM, bu kavramların yorumu konusunda kesin kurallar belirlemekten kaçınmaktadır. Özellikle 8. maddenin uygulanabilir olup olmadığını ve böylece bir şikâyetin korunan hakların kapsamına girip girmediğini belirlerken AİHM’nin yaklaşımı, söz konusu kavramlara AİHS’ne özgü özerk birer anlam yüklemekle beraber, davanın durumuna göre karar vermek olmuştur. Bu durum, söz konusu hakları ve bunların kapsamına nelerin girdiğini kategorik olarak tanımlamayı zorlaştırmaktadır. Başka bir ifadeyle, önüne gelen her olayda, o olayın koşullarını

²¹³ Ankara 5.İdare Mahkemesi, 17.9.2004 günlü, E.2004/2756, K.2004/1459

²¹⁴ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 14.07.2010

²¹⁵ Tezcan, Erdem, Sancaktar, a.g.e. s.452.

değerlendirdikten sonra, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını da dikkate alarak, geliştirici yorumlar yapmak suretiyle maddeyle korunan haklara belirli bir içerik kazandırmıştır.²¹⁶

Devlet, sözleşmenin 8. maddesi ile bu hakları korumayı taahhüt etmektedir. Devletin burada iki tür yükümlülüğü söz konusudur. Bunlar:

A-Negatif yükümlülük:

Devletin yetki alanları içinde bulunan herkesin, özel hayatının aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sözleşmede ve mahkeme içtihatlarında ortaya konulan ilke ve ölçüler dışında bizzat müdahale etmemesi, bu hakkı bizzat çiğnememesi,

B-Pozitif yükümlülük;

Devletin bahsi geçen haklara bizzat müdahale etmemesinin yanında, bu hakların çiğnenmemesi ve başkaları tarafından da müdahale edilmemesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü.

Nitekim, 26 Mart 1985 tarihli AİHM x ve y -Hollanda davasında “8.madde devleti sadece müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz: Bu aslen negatif taahhüdün yanı sıra, özel hayata ve aile hayatına etkin biçimde saygı göstermesinin doğasında olan pozitif yükümlülükler de olabilir. Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler anlamında bile, özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerir” diyerek devletin 8. madde bağlamında pozitif ve negatif yükümlülüklerini ortaya koymuştur.²¹⁷

a.Özel Hayat

AİHS'nde geçen müesseseler, tabirler çok geniş olarak düzenlenmiş olup, bunların tanım ve anlamları yapılmayarak, bu hakların sınırları bir nevi mahkemeye bırakılmıştır. Mahkeme de, bu tür kavramları her olaya özgü tanımlamaktadır. Hatta “özel hayat” kavramının her zaman geçerli bir tanımını yapmanın güçlüğüünü Niemietz -Almanya kararında²¹⁸ ifade etmiştir. Anılan kararda; “özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”la kısıtlamak ve bu

²¹⁶ Ahmet Korhan Mastı, “Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı ve kişilik Hakları ile İlişkisi” Doktora tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s:37

²¹⁷ Osman Ermumcu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesinin Tahlili”

<http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER s.2>

²¹⁸ AİHM’nin 16.12.1992 tarihli 13710/88 sayılı Niemietz –Almanya davası

alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.” diyerek özel hayatın tanımının bir iç dünya ile sınırlandırılmayacağını, tam tersine bireyin başka insanlarla ilişki kurmak, hatta geliştirmek hakkını da içerdiğini adeta kelime anlamının tersine, sosyalleşme hakkını da kapsadığını vurgulamaktadır.²¹⁹

AIHM, bireyin yapmış olduğu kişisel harcamaları vergi makamlarınca getirilen uygulamaya istinaden açıklamak zorunda bırakılmasını özel hayata müdahale kapsamında olduğunu değerlendirmektedir.²²⁰

Yukarıda da belirtildiği gibi AIHS'nde özel hayatın kesin bir tanımı olmadığı gibi, mahkeme kararlarında da her olayda kullanılacak kalıplaşmış bir tanım ve sınırlandırma yapılmayarak değişik kararlarda özel hayatın içeriğine nelerin girdiği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Buna göre, bazı kararlar uyarınca özel hayata nelerin gereceğine bakılacak olursa:

—Hemcinsleriyle özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek,²²¹

—Bir kimliğe-isme sahip olmayı içerir,²²² (Burghartz-İsviçre 21.10.1992)

—Kişinin Bireysel davranışını ilgilendiren kurallar koyduğu durumu içerir (Scheuten-Almanya 12.07.1977)

—Bazı durumlarda eğitim öğretim alanında alınan tedbirler özel hayatı etkiler. Ancak eğitim öğretim alanındaki basit bir cismani disiplin cezası özel hayatın ihlaline girmeyebilir.²²³

—Cinsel hayata ilişkin düzenleme ve davranışlar,²²⁴

—Telefon dinlenmesi ve kaydı postanın açılıp okunması,²²⁵

—Bireyin kamuya yanlış tanıtılması (fayed-İngiltere 21.09.1994)

²¹⁹ Ermumcu, a.g.e s.2

²²⁰ Şerif Günaydın, “İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı” Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, Adana, 2007 s.59

²²¹ AIHM'nin 16.12.1992 tarihli 13710/88 sayılı Niemietz –Almanya davası

²²² AIHM'nin 22.02.1994 tarihli 16213/90 sayılı Burghartz-İsviçre davası

²²³ AIHM'nin 25.03.1993 tarihli 13134/87 sayılı Costello-Robert-İngiltere davası

²²⁴ AIHM'nin 27.10.1986 tarihli 9532/81 sayılı Rees-İngiltere davası

²²⁵ AIHM'nin 02.08.1984 tarihli 8691/79 sayılı Malone-İngiltere

—Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayat alanı daralır,²²⁶

b. Aile Hayatı

Madde içinde koruma altına alınan anlamıyla “aile”, otonom bir anlam taşımaktadır. Strasbourg organlarının içtihadında, hukuki ailenin yanı sıra, nikâhsız olarak beraber yaşayan çiftlerin yarattığı fiili durum da koruma altındadır. “Aile” yi oluşturan kişilerin mutlak suretle birlikte yaşamaları gerekmemektedir. Aralarındaki kan bağı, manevi, duygusal, ekonomik ve benzeri bağlar aile kurumunun varlığına karine teşkil etmektedir. Aile birliği bozulduktan sonra dahi, bireyler arasında “yeter düzeyde gerçek ve yakın” ilişkiler devam ediyor ise, bu 8. madde kapsamına girmektedir.²²⁷ AİHM, Berrehab-Hollanda davasında, Faslı bir kişi Hollandalı bir bayanla evlenerek evlilik birliği süresince oturma izni almış, boşanmadan sonra bir de çocukları doğmasına rağmen, boşanma sebebiyle oturma izni iptal edilerek sınır dışı edilmiş olup mahkeme, boşanma durumuna rağmen bu işlemi aile hayatının korunması hakkının ihlali saymıştır.²²⁸

Konya İdare Mahkemesinin değişik kararlarında, AİHS'nin 8. maddesi delaletiyle devletin aile konusundaki pozitif ve negatif yükümlülüklerine değinilmektedir. Örneğin, eş durumundan tayin isteyenlere nakillerde yolluk verilmemesi ile ilgili davalarda, Harcırah Kanunu'na göre işlemin doğru olduğu; ancak, Anayasanın 41. ve AİHS'nin 8.maddeleri gereği devletin aile hayatını koruma görevi bulunduğu, eş durumundan nakil talebinin keyfi bir talep olmadığı gerekçesiyle Anayasanın 90.maddesi gereği sözleşme ile çelişen Harçlar Kanunu'nun 10.maddesinin göz ardı edilmesi gerektiği ileri sürülerek iptal kararı verilmiştir.²²⁹ Bunun yanında, eşi multiple sklerozis (beyni ve omuriliği tutan özbağışıklık hastalığı) hastası olan ve 4 yaşında çocuğu bulunan öğretmenin, eşinin kriz dönemlerinde çocuğa ve eşine bakacak kimsesi olmadığı için memleketi Çanakkale'ye tayin talebinin reddi davasında, hastalık ve yansımaları-seyri Tıp Fakültesi raporuyla tespit edilerek davacının yakınlarının Çanakkale'de ikamet ilmühaberleri de getirilerek, davacının talebinin Anayasanın 41. ve AİHS'nin 8.

²²⁶ AİHM'nin 08.07.1986 tarihli 9815/82 sayılı Lingens-Avusturya davası

²²⁷ Günaydın a.g.e s.53

²²⁸ AİHM'nin 21.06.1988 tarihli 10730/84 sayılı Berrehab-Hollanda davası

²²⁹ Konya İdare Mahkemesi'nin 16.12.2004 tarihli K:2004/1320 sayılı kararı

maddesi uyarınca haklı olduğu sonucuna varılmıştır. Burada önemli olan husus, davacının talebi sağlık özürlü yönünden değil AİHS'nin 8. maddesindeki ailenin korunması yönünden haklı görülmüştür. Çünkü, bu manada sağlık özürlü yönetmelikte düzenlenmediği gibi AİHS'nde düzenlenen yaşam hakkı da bu yönde değerlendirilemez. Oysa, davacının eşinin hastalığının seyri ve bakıma muhtaç olduğu esnada yakınlarının bulunmaması, yakınlarının bulunduğu memlekete tayin talebini haklı kılmaktadır. Üstelik, burada ile kavramına karı-koca ve çocuk yanında, eşine yardımcı olacak olan memleketteki her iki tarafın anne-babası da dâhil edilmiştir.²³⁰

Yine Konya İdare Mahkemesi, eş durumu nedeniyle tayin talebinin reddine ilişkin işlemi iptal ettiği kararında Sözleşmenin 8.maddesine yer vererek şu gerekçeye yer vermiştir: "Gerek Anayasa hükümleri gerekse anılan sözleşme maddesi uyarınca; Devlet; ailenin korunması geliştirilmesi ve aile hayatına saygı anlamında, pozitif ve negatif yükümlülükler altına girmiş bulunmaktadır. Buna göre, Devlet, kişilerin aile hayatını bozucu eylem ve işlemlerde bulunamayacağı gibi, bu tür eylem ve işlemlere maruz kalmamaları için gerekli tedbirleri de alınmakla yükümlüdür."²³¹

Konya Emniyet Müdürlüğünde polis memuru olan davacının engelli ve bakıma muhtaç olan 1981 yılında doğmuş olan oğlunun hususi damgalı pasaportunun temdit edilmesi (annesinin refakatine kaydedilmesi) talebinin Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından 5682 sayılı Pasaport kanununun 14/A-5.maddesi uyarınca; anne baba ile yaşayıp ta reşit bulunmayan erkek çocukların bu haktan yararlanabileceği oysa davacının çocuğunun zihinsel engelli olmakla birlikte 18 yaşını doldurmuş olduğundan reşit sayılacağı ve yasa kapsamında bulunmadığı ileri sürülerek reddettiği işlemin konu olduğu davada Konya 1. İdare Mahkemesi:

"Davacının, işlem tarihinde 18 yaşını bitirmiş, spastik özürlü ve yurt dışında tedavi gören oğlunun, kontrol sebebiyle yurt dışına çıkmak istediği, sağlık sorunu sebebiyle mutlaka anne veya babasının refakatine muhtaç olduğu, çocuğun annesinin pasaportuna işlenme talebinin ise pasaport kanununun 14/A-5.maddesi uyarınca reddedildiği anlaşılmaktadır.

²³⁰ Ermumcu, a.g.e s.5

²³¹ Konya İdare Mahkemesi'nin 31.12.2003 tarihli E:2003/221 K:2003/1543 sayılı kararı

Yasa hükmünün değerlendirilmesinden “erkek çocuk için reşit olmama” koşulu getirildiği, oysa kız çocuk için sadece anne-baba yanında yaşamanın yeterli olup reşit olmama koşulu aranmadığı, ayrıca anne-baba bakımına muhtaç, mümeyyiz olmayan çocuklarla ilgili olarak ta bir düzenleme getirilmediği görülmektedir. Bu tespitler üzerine yasanın, Anayasanın eşitlik, ailenin korunması, hukuk devleti ilkelerine aykırılık görülmüş olup, maddenin Anayasaya aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesine itiraz edilmiştir. Ancak bu arada Anayasanın 90.maddesi değişmiş olup, yasa hükmü ile uluslar arası sözleşmenin çelişmesi halinde sözleşme hükmünün esas alınması kuralı getirilmiştir. Lehe olan kanun değişikliklerinin her zaman uygulanabileceğinden hareketle uyumsuzluğun bu bağlamda ele alınabileceği düşünülmüştür.

Kanun hükmünün, mümeyyiz olmasa bile reşit çocukları kapsamadığı dolayısıyla davacının kanun hükmüne göre hak talep edemeyeceği kuşkusuzdur. Ancak yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 8.maddesi ve 12 nolu ek protokolün 1.maddesi uyarınca, aileden kaynaklanan hakları korumak ve cinsiyete göre ayrımcılık yapmamak devletin görevi olup, bu ilkelere yukarıda anılan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır. Nitekim bakıma muhtaç ve spastik özürlü çocuğun anne pasaportuna işlenmemesi, aile hayatına saygı gösterilmesi ilkesinin ihlali sonucunu doğurur.” demiştir.²³²

Fuhşa aracılık gerekçesiyle evi mühürlenene kişinin eşinin açtığı davada, evin aile için önemi ile cezaların şahsiliği ilkesi sonucu, suça katılmayan eş ve çocuklar mağduriyeti dikkate alınarak AİHS 8.md. ve 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesi dikkate alınarak iptal kararı verilmiştir. Konya 1. İdare Mahkemesi bu kararında, iç hukuka göre mühürlemenin hukuka uygun olduğu tespitini yaparak, cezadan etkilenecek olan ailenin diğer bireyleri sebebiyle Anayasa'nın 90. md. uyarınca AİHS'ni üst norm haline getirmiştir.²³³

c. Haberleşme

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Bunun sonucu olarak sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen kitle haberleşmesi, 8. maddede düzenlenen bireysel haberleşmenin dışındadır. Maddede geçen haberleşme kavramı sözlükteki yazışma anlamının dışında, her çeşit yol ve araç aracılığı ile

²³² Konya 1. İdare Mahkemesi'nin 24.11.2004 tarihli E:2003/787, K:2004/1179 sayılı kararı

²³³ Osman Ermumcu, “Türk (idari) Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulaması” s.34

kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmedir. Açıkça posta yoluyla gönderilen malzemeleri içermekle beraber, mahkeme kararlarında, bu kavrama telefonla iletişim²³⁴ ve teleks²³⁵ de dâhil edilmiş olduğundan, bu kavramın yorumunun da teknolojideki gelişmelere ayak uyduracak ve e-posta gibi diğer haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak biçimde yapılacağı düşünülmektedir.

Haberleşmeyle ilgili koruma, genellikle içeriğinden çok, yol ve yöntemleriyle ilgilidir ve bu yüzden devlet, örneğin suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili görüşmelerin 8. maddenin birinci fıkrasının kapsamına girmediğini iddia edemez. Yine AİHS tarafından iş telefonu veya özel telefondan yapılan görüşmelerin ve ofis telefonunun kullanımının da bu madde kapsamına girdiğine karar verilmiştir²³⁶. Mektupların zaptı ve açılması veya telefon konuşmalarının dinlenilmesi ya da kaydolunması gerçekleşmiş olan haberleşmeye müdahaledir. İlerideki haberleşme olanağının ortadan kaldırılması da yine haberleşme hakkının ihlalini oluşturmaktadır.²³⁷

d. Konut

Sözleşmenin 8. maddesi, bir bireyin konutuna devlet veya temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı bireyi korumaktadır. Konut genel olarak, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı, özel hayatını sürdürdüğü ve hatta AİHM kararları uyarınca kişinin meslek ve ticaret faaliyetini sürdürdüğü yerdir. Bu nedenle yaşanan her yer konut olabilir. Konutun kiralık veya mülkiyet olması sonucu değiştirmemektedir. Konut kavramına, söz konusu yerde huzur içinde yaşamak da dâhil olduğundan, 8. madde özel hayat ve konutun ses veya rahatsızlıkla ihlâl edilmesine karşı koruma da sağlamaktadır.²³⁸ Maddenin diğer unsurları gibi; herkes konutuna saygı gösterilmesi hakkına sahip olmakla birlikte, buradaki "saygı gösterilmesi" ibaresini, uzaktan saygı duymak olarak değil, konutun korunmasını ifade eden aktif bir hak olarak kabul etmek gerekmektedir.²³⁹

AİHM Lopes-Ostra/İspanya davasında, şikâyetçinin meskeni etrafında kurulan arıtma tesisinin neden olduğu duman, pis koku ve gürültünün aile halkının

²³⁴ AİHM'nin 6.09.1978 tarihli 5029/71 sayılı Klass-Almanya davası

²³⁵ AİHM'nin 27.06.1994.tarihli 21482/93 sayılı Campbell Christie-Birlesik Krallık davası

²³⁶ AİHM'ni 23.11.1993 tarihli Seri A no.277-B Fransa v. A davası

²³⁷ Günaydın, a.g.e s.53

²³⁸ Günaydın, a.g.e s.55

²³⁹ Ermumcu, a.g.e s.5

sağlığını ve günlük hayatı çkilmez kıldığı şikâyetini haklı bulmuş ve söz konusu olayın sekizinci maddenin koruduğu hakkı ihlal ettiğine karar vermiştir.²⁴⁰

Yine Mahkeme, oturlan bir evin kamulaştırılmasını konut dokunulmazlığına müdahale olarak değerlendirmiş, bu durumun meşruluğunun Sözleşme'nin m.8/2'ye göre incelenmesi zorunlu olduğuna karar vermiştir.²⁴¹

Mahkeme başka bir kararında bir ev malikinin bu evde oturmasının yasaklamak, ikinci fıkranın meşru kılmadığı durumlarda, konuta saygı yükümünün ihlalidir. Gillow/İngiltere davasında mahkeme, 19 yıldır sahip oldukları evde hiç yaşamamış olan davacıların, söz konusu yeri 8. madde kapsamında konutu sayabilmelerine karar vermiştir. Uzun süre uzak olmalarına rağmen, söz konusu yere dönme niyetlerinin her zaman var olmuş olması ve söz konusu taşınmaz ile ilişkilerini, konutları sayılabilecek düzeyde tutmuş olmaları mahkemenin bu kararını etkilemiştir.²⁴²

Konut hakkının ihlali, bizzat konuta dönük bir saldırı veya konutun kullanılmasının sınırlandırılması şeklinde de olmayabilir. Bir nevi kişinin konutunun olası tehlikeler veya kuşkularından arınması için bilgilendirilmeme şeklinde tezahür eden işlem veya eylemler de konut hakkı içinde değerlendirilmiştir. Örneğin, Guerra ve Diğerleri-İtalya davasında, kimyevi maddeler üreten bir fabrika sebebiyle çevrede oturanların muhtemel risk ve tehlikeler konusunda bilgilendirilme isteğinin reddi, özel hayat ve aile hayatının ihlali sayılmıştır.²⁴³

Türkiye'den güncel bir örnek vermek gerekirse; İstanbul'da çöplük patlaması sonucu çöplük kenarında ruhsatsız gecekonuda barınırken ölen aile fertleri yönünden gecekonunun ruhsatsız olmasına rağmen konut dokunulmazlığının ihlali kabul edilmiştir.²⁴⁴

Konutun korunması konusunda da Konya 1. İdare Mahkemesince bazı kararlarda AİHS'nin 8. maddesine atıfta bulunulmuştur. Örneğin, Konya'da 2004

²⁴⁰ AİHM'nin 09.12.1994 tarihli 16798/90 sayılı Lopes-Ostra/İspanya davası

²⁴¹ AİHM'nin 3.3.1982 tarihli no.9261/81 sayılı X/İngiltere davası

²⁴² AİHM'nin 24.11.1986 tarih 9063/80 sayılı Gillow/İngiltere davası, Bknz: Günaydın, a.g.e s.54

²⁴³ AİHM'nin 19.02.1998 tarih 14967/89 sayılı Guerra ve Diğerleri-İtalya davası, Bknz: Ermumcu, a.g.e. s.7

²⁴⁴ AİHM'nin 30 Kasım 2004 tarihli 48939/99 sayılı Öner Yıldız-Türkiye davası

yılında kendiliğinden çöken ve 100 civarında insanın ölümüne yol açan Zümrüt Apartmanı ile ilgili açılan tam yargı davalarında, Mahkeme iç hukuk unsurları yanında AİHS'nin 8. maddesine de atıfta bulunarak devletin (idarenin) insanların güvenli olmayan konutlarda barınmasını önlemek görevi olduğu gerekçesiyle, bu yetkisini gereği gibi kullanmayarak yapı ve iskân ruhsatı veren, inşai denetimini aksatan idarenin hizmet kusuru sabit kabul edilerek maddi manevi tazminata hükmedilmiştir.²⁴⁵

5.DÜŞÜNCE, VICDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün konusu, kişinin vicdanî bir kanaate sahip olması ve bu kanaatini dışa vurabilmesidir. Şu halde, düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğünün birinci boyutu vicdanî özgürlükle, ikincisi ise inancı dışa vurma veya "izhar" etmeyle ilgilidir.

Sözleşme'nin 9. maddesi bu özgürlüğü şu şekilde düzenlemiştir;

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir."²⁴⁶

İlk fıkra söz konusu özgürlüklere sahip olma hakkını herkese tanımakta, ardından da bu hakkın içeriğini açıklamaktadır. İkinci fıkra ise bu hakka ilişkin sınırlama koşulları ve ölçütlerini düzenlemektedir. Madde incelendiğinde ilk göze çarpan, pasif bir nitelik taşıyan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı ile aktif niteliğe sahip olan din ve inancını açığa vurma özgürlüğü arasında açık bir ayrıma gidildiğidir.

İlk bölümde yer alan, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü mutlak niteliktedir, hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz. Diğer bir deyimle, ikinci fıkrada öngörülen sınırlamalar bu özgürlüklere uygulanamaz. 2. bölüm ise, önce, sınırlandırılabilir olan,

²⁴⁵ Ermumcu, a.g.e. s:7, Konya 1.İdare mahkemesi23.03.2005 gün ve E:2004/656 K:2005/149 sayılı kararı

²⁴⁶ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 14.07.2010

din ve inancını açığa vurma özgürlüğünün kapsamını ortaya koymakta, ardından da bu özgürlüğe yönelik sınırlama rejimini düzenlemektedir.²⁴⁷

2. fıkrada yer alan sınırlama rejiminin, 1. fıkranın tümüne etkili olmadığı AİHM tarafından da vurgulanmıştır. Mahkemeye göre, 9. maddede güvence altına alınan hakların temel niteliği/doğası, sınırlama rejimini düzenleyen 2. fıkraya da yansımıştır. Maddenin ilk fıkralarında yer alan hakların tümüne yönelik sınırlamalar içeren 8., 10. ve 11. maddelerin 2. fıkralarının aksine, 9. maddenin ilk fıkrasında yer alan özgürlüklerden yalnızca “*din ya da inancını açığa vurma özgürlüğü*”nün sınırlamalara tabi tutulabilmesi öngörülmüştür.

AİHK’un önüne inanç özgürlüğüne ilişkin pek çok ihlal iddiası gelmiş olmasına karşın, Mahkeme, bu konudaki genel yaklaşımını ortaya koyma fırsatını ancak, 1993 yılında, Kokkinakis kararında bulabilmiştir. Mahkeme, kararında, inanç özgürlüğüne yönelik şu önemli saptamaya yer vermiştir:

“9. maddenin koruduğu, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü Sözleşme’deki anlamında “demokratik toplumun” temellerinden biridir. Bu özgürlüğün dini boyutu inananların kimliğini ve yaşam algılamasını biçimlendiren en temel öğelerden biridir; ama bu aynı zamanda ateistler (tanrıtanımazlar), agnostikler (bilinemezler), septikler (kuşkucular) ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik toplumun ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk, bu özgürlüğe bağlıdır.

Din özgürlüğü esas olarak bireyin vicdanı ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı zamanda, diğer hususların yanı sıra “dinini açıklama” özgürlüğünü de içerir. Sözcük ve hareketleriyle tanık olmak dini inançlarla iç içe geçmiştir.

9. maddeye göre kişinin dinini açıklaması yalnızca başkalarıyla birlikte, “açıkça” veya inancın paylaştığı insanlarla bir grup halinde değil, aynı zamanda “tek başına” veya “özel tarzda” da olabilir. Ayrıca, ilke olarak, kişinin komşusunu, örneğin “öğretim” yoluyla ikna etmeye çalışma hakkını da içerir; üstelik bu olmadığı takdirde, 9. Maddenin güvence altına almış olduğu din veya inanç değiştirme özgürlüğü muhtemelen kâğıt üstünde kalacaktır.”²⁴⁸

²⁴⁷ Berke Özenç, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnanç Özgürlüğü ve Türkiye” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, s.21

²⁴⁸ AİHM’nin, 25 Mayıs 1993 tarihli, 14307/88 sayılı. Kokkinakis v. Yunanistan davası

Bu bölümde, AİHM'nin, Türkiye'deki, inanç özgürlüğüne ilişkin güncel sorunları da içeren içtihatlarına değerlendireceğiz.

a-Zorunlu Din Dersleri ve Sistemik Dinsel Telkin

AİHM'nin zorunlu din derslerine ilişkin en dikkat çekici örnek, Angelini v. İsveç kararıdır. Bu karara göre, devlet okullarında verilecek “seçmeli” din dersleri Sözleşme'ye aykırılık oluşturmamaktadır. “Zorunlu” dinsel eğitim açısından ise, isteyen öğrencilere “muafiyet” tanınması durumunda, yine Sözleşme'ye uygun bir uygulamadan söz edilebilir. Ancak bunun dışında adı her ne olursa olsun, öğrencilere yönelik *sistemik dinsel telkin* boyutuna varan dayatmaların söz konusu olduğu dersler, Sözleşme'nin ihlal edilmesine neden olacaktır. Fakat kural olarak, yalnızca bilgi verilmesine dayanan öğretim faaliyetleri Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğurmaz.²⁴⁹

Türkiye'de ilk ve orta öğretimde yer alan zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri açısından öncelikle şu saptamayı yapmak gerekiyor. Bu derslerden muaf olma hakkı yukarıda da vurguladığımız gibi, yalnızca Hıristiyan ve Yahudi yurttaşlarımıza tanınmakta, inançsızlara ya da bu iki din dışında başka bir dinsel inanca sahip yurttaşlara, herhangi bir muafiyet sağlanmamaktadır. Bu bağlamda, söz konusu dersin içeriği ve niteliği önem kazanmaktadır. Çünkü bu dersin din ve kültür konusunda genel bilgi aktarımını aşan bir sistemik telkine dönüştüğünün belirlenmesi durumunda, yeterli muafiyet sistemi öngörülmediği için, Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşmak kaçınılmaz olacaktır.²⁵⁰

Zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin içeriği konusunda başlıca iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, dersin adından da anlaşılacağı üzere, söz konusu olan inanç değiştirme amaçlı bir eğitim değil, bilgilendirme amaçlı bir öğretimdir. Bu bağlamda, ilk ve orta öğretimde verilen din dersleri İslâm dinine ya da bu dinin bir mezhebine dayanmamakta; mezhepler üstü bir nitelik göstermektedir.²⁵¹ Bir diğer görüşe göre ise, dersin adı içeriğini yansıtmamakta, uygulamada bu ders,

²⁴⁹ AİHK, 3 Aralık 1986, 10491/83, Angelini v. İsveç davası

²⁵⁰ Özenç a.g.e s:110

²⁵¹ Mehmet Zeki Aydın, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Din Eğitimi ve Bunun Türkiye ile Karşılaştırılması”, Ed. Suat Cebeci, **Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde Türkiye'de Din Eğitimi ve Sorunları Sempozyumu**, Değişim Yayınları, 2002, s. 89.

İslâm dininin ve hatta onun bir mezhebi olan Sünniliğin propagandasına dönüşmüş durumdadır.²⁵²

Özel olarak bir mezhebin sistematik olarak telkin edildiğine ilişkin iddialar ise, Alevi kesimden gelmektedir. Alevilerin önemle üzerinde durdukları nokta, Müslümanlık paydasında birleşilse de, inanılan bazı değerler ve bu bağlamda kullanılan kavramlar arasında Sünni inancıyla önemli farklar bulunduğuur. İkinci olarak, namaz ve oruç gibi ibadet öğeleri de Alevi inancında farklı bir uygulamaya sahiptir. Fakat okullarda kullanılan kitaplar, bu farklılığı göz ardı etmekte ve Sünni bakış açısını zorunlu ders sistemi aracılığıyla ve ezber yoluyla Alevi öğrencilere benimsetmektedir.²⁵³

Din derslerinin içeriğini ortaya koyan önemli bir özelliği, Hıristiyan ve Yahudi yurttaşlara tanınan muafiyetler oluşturmaktadır. Irkçılık ve hoşgörüsüzlüğe karşı Avrupa Komisyonu'nda da vurguladığı gibi, yalnızca bu iki inanç grubuna mensup kişilere muafiyet tanınması, derslerin niteliğine ilişkin soru işaretlerini arttırmaktadır. Eğer söz konusu olan, çeşitli dinsel kültürler hakkında bir ders ise, bu dersleri yalnızca Müslüman öğrenciler için zorunlu tutmanın gereği yoktur. Buna karşılık, dersin içeriği bir dinin öğretisini benimsetmek amacını güdüyorsa, o zamanda çocukların ve ebeveynin dinsel özgürlüklerinin korunabilmesi için, derslerin zorunlu niteliğine son verilmelidir.²⁵⁴

Derslerden iki semavi dinin üyelerinin muaf tutulması, derslerin sistematik dinsel telkin niteliğinde olduğu düşüncesini güçlendirmektedir. Bu muafiyet sistemi, belki iyi niyetli bir çaba olarak kabul edilebilir. Ancak, anılan sistem inançsızları ve bu iki inanç grubu dışında kalan inananları yok saydığından, öncelikle AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Esas önemli olan özellik, söz konusu derslerin sistematik telkin boyutudur. Talim ve Terbiye Kurulu tarafından hazırlanan din kültürü ve ahlak bilgisi dersi öğretim programı ise, bu konuda herhangi bir varsayıma yer bırakmayacak kadar açık niteliktedir. Her ne kadar, dersi öğrenme ve öğretme sürecinde uyulması gereken ilkelerden ilkinin lâiklik olduğu belirtilse ve yine aynı maddede, din, vicdan

²⁵² Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 51; Mehmet Semih Gemalmaz, Türk Kıyafet Hukuku ve Türban, Tarihçe-İdeoloji-Mevzuat-İçtihat-Siyaset, s. 116.

²⁵³ Şakir Keçeli, Aziz Yalçın, **Alevilik ve Bektaşilik Açısından Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi**, Ankara, Ardıç Yayınları, 1996, s. 6–10.

²⁵⁴ Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, 3. Türkiye Raporu, s. 68.

ve düşünce özgürlüğünün zedelenmeyeceği vurgulansa da, derslerin içeriği bu ifadelerle açık biçimde çelişmektedir. Programda, 4., 5., 6., 7. ve 8. sınıflarda verilecek derslerin özel amaçları sayılmakta ve bu sınıfları başarı ile bitirecek her öğrencinin, hangi niteliklere sahip olacağı açıklanmaktadır.²⁵⁵

Bu bağlamda öğrencilerin ilk olarak, her sınıf için ayrı olarak belirlenmiş duaları ezberlemesi gerekmektedir. AİHK'nun Angelini kararında, sistematik telkinin varlığını belirlemek açısından ortaya koyduğu tek öge olan, "*herhangi bir biçimdeki bir dinsel ibadete katılmaya zorlanma*", bu duaların ezberletilmesi ve daha sonra da sözlü sınav niteliğinde okutulmasıyla, ateist ya da deist öğrenciler açısından karşılanmaktadır. Yine aynı inanç grubundaki öğrenciler için bu duaların ezberletilmesini aşan bir telkinin varlığını, 5. sınıflara verilecek eğitimin 1. ünitesinin adı, şüpheyi yer bırakmayacak biçimde göstermektedir: "*Allah'a İnanıyorum*". Bu sınıfı başarıyla tamamlayan öğrenciler, "*evrenin bir yaratıcısı olduğunun farkında olacaktır.*" Benzer dayatmalar, alevi öğrenciler için de geçerlidir. Alevilerin ibadet olarak kabul etmedikleri dualar kendilerine ezberletilmekte, bu inanca mensup öğrenciler namazın kılınışı ve yararlarıyla ilgili kapsamlı bir eğitime katılmaya zorlanmaktadırlar.²⁵⁶

AİHM içtihatları açısından değerlendirildiğinde, Türkiye'de ilk ve orta öğretim kurumlarında, din kültürü ve ahlak bilgisi dersi verilmesi tek başına, içeriği ne olursa olsun, Sözleşme'ye aykırılık oluşturmayacaktır. Bu derslerin eleştirel, çoğulcu ve nesnel bir nitelikte verilmesi arzu edilebilir bir özelliktir, fakat bu tercih, taraf devletlerin takdir payı kapsamında kalmaktadır. Strasbourg organlarına göre, bu takdir hakkı kapsamında kalmayan öge ise, söz konusu derslerden muafiyet olanağının, dileyen tüm öğrencilere tanınmasıdır. Bu asgari standardın sağlanması, Sözleşme'ye taraf devletler açısından bir yükümlülüktür. Diğer yandan, muafiyet konusunda bazı inanç gruplarına farklı bir statü tanımak, Sözleşme'nin 9. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali sonucunu doğuracaktır ki, Türkiye'deki durum budur. Olası mahkûmiyet kararlarının ve tazminat yükümlülüklerinin önüne geçmek adına, dileyen tüm yurttaşlara din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinden muafiyet hakkının tanınması gerekmektedir.²⁵⁷

²⁵⁵ Özenç, a.g.e s.113

²⁵⁶ Özenç, a.g.e s.113

²⁵⁷ Özenç, a.g.e s.114

Nitekim Anadolu Lisesi 9. sınıf öğrencisi olan davacının kızının zorunlu din dersinden muaf tutulması talebi ile yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemi iptal eden Samsun 1. İdare Mahkemesinin kararı da aynı gerekçelerle bu yöndedir.²⁵⁸

b- Başörtüsü ve Güçlü ve Dışa Dönük Bir Dini Sembol

AİHM'nin başörtüsü konusundaki içtihadını ortaya koyan Dahlab kararı önemlidir. Mahkeme kararında devletin, vatandaşlarını "sistemik telkenden" koruma yetkisi olduğunu vurgulamıştır. Başörtüsü taktığı için görevden uzaklaştırılan bir ilkokul öğretmenini, gerçekleştirilen uygulamanın, Sözleşme'ye aykırı biçimde dinini açığa vurma özgürlüğünü kısıtladığını ileri sürerek konuyu AİHM'nin önüne taşımıştır. Mahkeme, öncelikle başvuruçunun, yaşları dört ile sekiz arasında değişen öğrencilerinin, çok kolay etkilenebilecek bir yaşta olduklarını not etmiştir. Bu durumda, dini bir gereklilik olarak başörtüsü takmanın, bir kişi ya da topluluğun var olan inancını değiştirmek amacıyla yapılan eylem (Prozelitizm) olabileceğini belirten Mahkeme, başvuruçunun dinini açığa vurma özgürlüğü ile öğrencilerin korumasına yönelik çıkarları karşılaştırmış ve devleti temsil eden bir konumda bulunan öğretmenin, sorumlu olduğu öğrencilerin hassas ve etkiye açık olmalarına neden olabilecek yaşlarını dikkate alarak, gerçekleştirilen sınırlamayı, Sözleşme'ye uygun bulmuştur.

Mahkeme, başörtüsü gibi *çok güçlü ve dışa dönük bir dini sembolün* öğrenciler üzerindeki etkisini belirlemenin zorluğunu kabul etmekle birlikte, öğrencilerin bu sembolden korunması yönündeki amacın makul olduğu sonucuna ulaşmıştır.²⁵⁹ Ulaşılan sonuçta esas alınan iki öğeden ilki, başvuruçunun, tüm dinler karşısında tarafsız bir konumda olması gereken devletin, temsilcisi sıfatına sahip olmasıdır. İkinci önemli nokta ise, öğrencileri sistemik telkin boyutuna ulaşabilecek faaliyetlerden koruma amacıdır. Mahkeme, Kuran'ın gereği olarak takılan, çok güçlü bir simge olarak nitelediği başörtüsünün, küçük yaştaki öğrencilerin, vicdan ve din özgürlükleri üzerindeki etkisini, sınırlamayı, Sözleşme'ye uygun bulurken oluşturduğu gerekçesine dâhil etmiştir. Her ne kadar kararda sistemik telkin

²⁵⁸ Samsun 1. İdare Mahkemesinin 17.11.2009 tarih E:2009/792, K:2009/1147

²⁵⁹ AİHM'nin, 15.02.2001 tarihli 42393/98 Dahlab v. İsviçredavası, (Çevrimiçi) <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>, 15 Temmuz 2005. Kararın Türkçe tam çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban, Tarihçe-İdeoloji-Mevzuat-İçtihat-Siyaset**, Legal Yayıncılık, 2005, s. 1391-1402

kavramı kullanılmamış olsa da, çocukların, güçlü bir dinsel simgenin etkisinden korunması amacı, bu bağlamda değerlendirilmelidir.²⁶⁰

c- Kuran Kursları ve Sistemik Telkin

Türkiye aleyhine yapılmış bir başvuruda ise, kuran kurslarına katılmak için zorunlu olan, ilköğretimi bitirme koşulu incelenmiştir. Başvurucu bu koşulun, 14. maddeyle bağlantılı olarak 9. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştü, Mahkeme ise konuyu eğitim hakkı (1 no'lu protokolün 2. maddesi) açısından ele almıştır. Mahkemeye göre getirilen bu koşul, Kuran kurslarına katılmak isteyen çocukların, ilköğretim aracılığıyla belli bir olgunluğa erişmiş olmalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu sınırlama, dinsel eğitimi engellemeyi amaçlayan bir sistemik telkin oluşturmamakta ve ebeveynin, çocuklarının doğal eğitimcileri sıfatıyla, onları aydınlatma ve yol gösterme ya da onları dinsel ya da felsefi inançları doğrultusunda yönlendirme haklarına aykırılık oluşturmamaktadır.

Mahkeme ayrıca, getirilen bu koşulu karşılayamayan öğrencilerin, ilköğretim sırasına verilen din derslerine katılma olanağına sahip olduklarını not etmiştir. Mahkemeye göre, yapılan yasal düzenleme, bir sistemik telkin amacından çok, pek çok konuda merak duyulan bir yaşta ve ayrıca, Kuran eğitimi derslerinden kolayca etkilenebilecek olan küçükleri, olası sistemik telkinlerden korumak amacını gütmektedir.²⁶¹

Örnek olarak aktardığımız olaylar her ne kadar Müslümanlığa ilişkin olsa da, Avrupa'da da benzer tartışmalar, sınıflarda yer alan çarmlar için yaşanmıştır. Örneğin Almanya'da sorun, Anayasa Mahkemesi'nin önüne kadar gelmiş, Yüksek Mahkeme, devletin tarafsızlığı ve Hıristiyanlığa ait olan bu simgenin öğrenciler üzerindeki etkisi gibi öğeleri göz önüne alarak, çarmların asma zorunluluğunun, Anayasa'da güvence altına alınmış olan inanç özgürlüğüyle bağdaşmayacağı sonucuna ulaşmıştır.²⁶²

²⁶¹ AİHM'nin 17 Haziran 2004 tarihli 71860/01 sayılı Çiftçi v. Türkiye kararı, (Çevrimiçi) [http://www.echr.coe.int/ Eng/Judgments.htm](http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm), 15 Temmuz 2005

²⁶² Özenç, a.g.e s.38

e- Bir İnancın Zorunlu İfadesi Olma

AİHM'nin Sözleşmenin 9. maddesi uygulamasında ortaya koyduğu ölçütlerden bir başkası "*bir inancın zorunlu ifadesi olma*" ölçütüdür. Eğer bireylerin eylemleri, söz konusu inancı gerçekten ifade etmiyorsa, bu inanç güdüsüyle ya da etkisiyle yapılmış olsalar bile, 9. madde bağlamında koruma görmezler. İlk olarak, açığa vurma olarak nitelenebilecek eylemler, bir inancın "genel kabul gören uygulamaları" olmalıdır. İkincisi, bu eylemler, inançların emrettiği nitelikte de olsa, yani inancın zorunlu ifadesini de oluştursa, kamusal alanda her zaman koruma görmeyebilecektir.

İnançları gereği gebeliği önleyici hapları satmayı reddeden eczane sahiplerinin, bu nedenle cezalandırılmalarını inceleyen AİHM, aktardığımız "*bir inancın zorunlu ifadesi olma*" genel içtihadını tekrarlamış ve 9. maddeye herhangi bir müdahale yapılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu hapların satışının yasal olduğu ve reçeteye yalnızca eczanelerden yapılabildiği göz önüne alındığında, başvuruçular dinsel inançlarına öncelik veremezler ve bu tür ürünleri satmayı reddederek, inançlarıyla başkalarını etkileyemezler, çünkü bu inançlarını çeşitli yollarla mesleki alanları dışına açığa vurabilme olanaklarına sahiptirler.²⁶³

Konunun son kısmında Danıştay 10. Dairesinin Sözleşmenin 9. maddesine atıfta bulunduğu bir kararına yer vermek istiyorum:

"İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinin; 1 nolu fıkrasında, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkının tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapma suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerdiği belirtildikten sonra, 2 nolu fıkrasında, din veya inancını açıklama özgürlüğünün, kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabileceği öngörülmüştür.

Dava konusu işlemden, ibadet yerlerinin 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre imar planlarında bu amaçla ayrılan yerlere yapılması gerektiğine değinilmiş ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uyarınca kat maliklerinin oybirliği esasına dayalı rızalarının alınması gerektiği belirtilerek buna ilişkin belgenin Valiliğe gönderilmesi istenmiş olup, rıza alındığına ilişkin belgenin sunulmaması üzerine 12.9.1999 tarihli

²⁶³ AİHM'nin, 2.10.2001 tarih 49853/99 sayılı Pichon ve Sajous v. Fransa davası Bknz: Özenç, a.g.e s.64

*Valilik işlemiyle de söz konusu yer kapatılmıştır. İbadet yeri olarak kullanılmak istenen taşınmazın, mevcut imar planına uygun olarak, tapu senedinde de "dükkân" niteliğinde bulunduğu anlaşılakta olup, işyeri olan taşınmazın öngörülen amacı dışında kullanılması mümkün olmadığından, ibadet yeri olarak kullanılmasının engellenmesine ilişkin işlemde İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesine ve iç hukuk normlarına aykırılık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin reddi ile ... 3. İdare Mahkemesinin kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, 20.11.2002 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."*²⁶⁴

6. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Düşünceyi açıklama özgürlüğü, bir toplumun ilerlemesi ve kişilerin kendilerini geliştirmeleri için önemli ve gerekli haklardan biridir. Bu özgürlük, yalnızca bilgi ve fikir düzeyinde olan, farklılık oluşturmayan ya da saldırgan olmayan düşüncelere değil, aynı zamanda saldırgan, devleti ya da nüfusun bir kesimini rahatsız edici, şoka uğraticı düşüncelere de tanınmalıdır. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin olmadığı bir yerde, demokratik toplumdan söz edilemez.²⁶⁵ . Birbirinden farklı çeşitli fikirlerin olması ve bunların tartışılması bireylere farklı düşünceler arasında seçim yapma olanağı sunmaktadır. İfade özgürlüğünün varlığı halinde ancak kişiler, kendi düşüncelerinin doğru veya yanlış olduğunu test edebilirler.

Sözleşme'nin ifade özgürlüğü başlıklı 10. maddesi şu şekildedir;

"1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün

²⁶⁴ Danıştay 10.Dairesi 20.11.2002 tarih, E:2000/3725, K:2002/4486 Bknz: Başlar, a.g.e s.151–152

²⁶⁵ Ali Bilen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", Danıştay Dergisi, Yıl 2003, Sayı 106, s.105.

otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”²⁶⁶

Madde metninden anlaşılacağı üzere düzenlemenin ilk fıkrasında, ifade özgürlüğü konusunda ana prensip ortaya konulmakta ve bu özgürlük güvence altına alınmaktadır. 2. fıkrada ise ifade özgürlüğüne karşı izin verilebilir müdahalelerin neler olduğu belirtilmektedir. Sözleşme metninin satır aralarında ve zorunlu temellerinden birini oluşturduğu vurgulanmakta ve toplumun ilerlemesi ve bireylerin kendilerine güvenleri için gerekli temel insan haklarından biri olduğu hatırlatılarak akit devletlerin bu özgürlüğü koruyacak tüm tedbirleri alması gerektiği, ancak ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığı, sözleşmeyle sağlanan hakkın bazı durumlarda sınırlandırılabilmesi açıkça belirtilmektedir.²⁶⁷

İfade özgürlüğünü koruma altına alan 10. maddenin demokratik toplumdaki önemini AİHM, bu konuya ilişkin davaların hemen hemen tamamında, açık bir dille ve altını çizerek ifade etmektedir. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü “demokratik bir toplumun başlıca temel taşlarından, kişinin ilerleyip gelişmesinin temel koşullarından birini teşkil eder. 2 fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla, bu özgürlük, sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan “haberler” ya da “fikirler” bakımından değil; aynı zamanda devlet ya da halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici olanlar için de geçerlidir; “demokratik toplumun” vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği budur.”²⁶⁸

AİHM, düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanılması nedeniyle memuriyetten çıkarma veya memuriyete almama konusunda, zamanla değişen görüşlere sahiptir. AİHM, her somut olayın özelliklerini, görevin niteliğini dikkate alarak ve ancak kamu hizmetini etkilediği ölçüde, görevleri nedeniyle bazı kişilerin ifade özgürlüğünün diğer bireylere göre daha fazla sınırlandırılabilmesini kabul etmektedir. AİHM, Kosiek ve Glasenapp-Federal Almanya kararlarında²⁶⁹, biri aşırı sol, diğeri aşırı sağ görüşlere sahip başvuranların öğretmenliğe kabul

²⁶⁶ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 15.07.2010

²⁶⁷ AİHM'nin 26.04.1979 tarihli Sunay Times-Birleşik Krallık ve 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık kararları

²⁶⁸ Bkz. Handyside v. Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, parag. 49; Lingens v. Avusturya, 8 Temmuz 1986,

²⁶⁹ AİHM'nin 28.8.1986 tarihli 82/9704 ve 80/9228 sayılı Kosiek ve Glasenapp-Federal Almanya davaları

edilmemesini, 10.maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme, AİHS'nin devlet memuriyetine girişle ilgili herhangi bir garanti sağlamadığını, Alman otoritelerince, başvuruların fikir ve davranışları değerlendirilirken, yalnızca öğretmenlik mesleğinin gereklerinin göz önünde bulundurulduğunu belirtmiştir. Mahkeme, Vogt-Almanya davasında Komünist Partiye üye olduğu için görevinden uzaklaştırılan bir yabancı dil öğretmenin düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁷⁰

Konuya ilişkin Danıştay kararları da şöyledir:

Davacı yayın kuruluşuna ait televizyon kanalında yayınlanan "Kırmızı Koltuk" adlı programa katılan İşçi Partisi Genel Başkanı'nın Hükümet, Başbakan, bazı bakanlar ve Başbakanlık Müsteşarı hakkındaki "Şimdi bakınız hükümet Kıbrıs'ı filan veremez. Yani böyle Damat Ferit Paşa Hükümeti Türkiye'yi İngiliz'lere; Yunan'a verebilmiş midir ki Tayip Erdoğan, Abdullah Gül yönetimi Kıbrıs'ı Amerika'ya verebilirsin..." ve "... Bu gün iktidarda bulunanlar ben onlara Türkiye Hükümeti demeyeceğim, Küçük Amerika iktidarı diyeceğim. O Atatürk'ün delalet, hıyanet içinde olan gafiller diye tanımladığı iktidar sahipleri diye söyleyeceğim..." şeklindeki ifadeleri nedeniyle 3984 sayılı Kanunun 4756 sayılı Kanunla değişik 4. maddesinin (1) bendinde belirlenen "Kişilerin manevi şahsiyetlerine eleştiri sınırları ötesinde saldırıda bulunulmaması..." ilkesinin ihlâl edilmiş olduğunun Üst Kurulca tespit edildiği gerekçesiyle yayın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin kararının iptali istemiyle açılan davayı, İdare Mahkemesi yapılan işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi şu gerekçe ile İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir:

"3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un "Yayın İlkeleri" başlıklı 4/1 maddesinde, kişilerin manevi şahsiyetine eleştiri sınırı ötesinde saldırıda bulunulmaması kuralı yer almaktadır. Madde hükmü ile kişilik haklarının korunması, yayın yoluyla bu hakka yönelik saldırıların önlenmesi amaçlanmıştır. Yayın özgürlüğünün demokratik rejim için vazgeçilmez unsurlardan biri olması nedeniyle, gereksiz sınırlandırmalardan uzak olması gerektiğinden, bu kuralın uygulanmasında yayın özgürlüğü ile kişilik hakları arasında nasıl bir dengenin kurulacağı önem kazanmaktadır. Bu

²⁷⁰ AİHM'nin 26.5.1995 tarihli 91/17851 sayılı Vogt-Almanya davası Bknz: Birtane, a.g.e. s.262

nedenle yapılan yayında kişilerin manevi şahsiyetlerine yönelik bir saldırı mı olduğu, yoksa eleştiri çerçevesi içinde mi kalındığının saptanması zorunlu bulunmaktadır. Kişilerin manevi şahsiyetlerine yönelik bir saldırı olup olmadığının yayının niteliği, içeriği, eleştirilen ve eleştiren kişilerin nitelikleri göz önüne alınmak suretiyle belirlenmesi gereklidir. Dava dosyası ile söz konusu yayın bandı incelendiğinde, yayınlanan programın bir siyasi parti lideri ile söyleşi niteliğinde olduğu, yapılan konuşmaların da, iktidarda olan bir siyasi partiye ve onun yöneticilerine yönelik bu liderin kendi siyasal görüşleri doğrultusunda yapılan konuşmalar olduğu belirlenmektedir. Demokratik bir toplumun vazgeçilmez öğelerinden biri olan siyasi partilerin temsilcilerinin bu sıfatı ile katıldıkları medyatik toplantılarda, kendi savlarının ispatı bakımından karşıt görüşleri eleştirmesi ve bu eleştiriye de en etkileyici şekilde yapmak arzusu içinde olmaları tabiidir. Bu çerçeve içinde siyasilerin birbirlerine karşı yapmış oldukları eleştirilerin üslubu ve ölçüsünün herhangi bir kişiye göre daha farklı ve çarpıcı hatta ağır olması siyaset yapmanın gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Siyaset adamlarının toplumu etkileme ve yönlendirme konuları, onların "eleştirilebilir" sınırlarını da genişletmektedir. Bu itibarla siyasilerin ağır da olsa haklarında yapılan eleştirileri hoşgörüle karşılamaları gerektiğinden; doğrudan kişisel niteliklerine yönelmeyen, siyasal kimliklerine yönelik ifadelerin eleştiri sınırı içinde mütalaa edilmesi gereklidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararlarında: "Hür siyasi tartışma bütünüyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde egemen demokratik toplum kavramının öz unsurunu oluşturmaktadır. Bu, nedenledir ki hoş görülebilir eleştiri sınırları kamusal kişi sıfatıyla hareket eden siyaset adamı konusunda, sade vatandaşlara göre daha geniştir... Kuşkusuz siyaset adamı da özel hayat çerçevesi dışında, onurunun korunması hakkına sahiptir, fakat bu himayenin gerekleri, siyasi konuların serbestçe tartışılmasının sağlayacağı yararlarla dengelenmek zorundadır."(Castels/İspanya, 23.04.1992), "Basın özgürlüğü halkla siyasi liderlerin fikirlerini ve tutumlarını keşfetmek ve bu konularda bir fikir oluşturmak bakımından en iyi araçlardan birini sunar. Daha genel olarak, siyasi tartışma özgürlüğü, AİHS'ne bir baştan ötekine damgasını vuran demokratik bir toplum kavramının tam merkezinde yer alır. Buna bağlı olarak, bizatihi bir politikacı hakkında yapılacak kabul edilebilir eleştirinin sınırları, sıradan bir kişi hakkındakilerden daha geniştir."(Lingens-Avusturya Kararı 1986) yolunda değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir.

Dava konusu işleme esas alınan programda yapılan konuşmaların da, muhataplarının doğrudan kişilik haklarına yönelik olmaması, siyasi tercih ve tasarruflarına yönelik olması nedeniyle eleştiri sınırları içinde kaldığı

anlaşıldığından, 3984 sayılı Yasanın 4/ı maddesinde düzenlenen yayın ilkesinin ihlâl edildiği yolundaki davalı idare işlemi hukuka uyarlık bulunmaması nedeniyle, davanın reddi yolunda karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.”²⁷¹

Yılbaşı kutlama kartlarında kullandığı ifadeler ve açıkladığı görüşler sebebiyle Yılbaşı Tebrik Kartı Kararı(Asım Aslan Kararı) olarak da bilinen Danıştay 5. Dairesi anılan kararında;

“... Hukuk İşleri Müdürü olan davacının bu görevden alınmasının asıl nedenini oluşturan, yılbaşı kartında yer alan Yeni Yılı'nızı insan haklarının çiğnenmediği, düşünce suçunun olmadığı, demokrasinin tüm kurumlarıyla işler hale geldiği, emekçi sınıfların da kapitalist sınıflar gibi örgütlenip devlet yönetiminde söz sahibi oldukları, milli gelirin adil dağıtıldığı, sosyal adaletin gerçekleştiği; ekonomimizin IMF'nin, holdinglerin, para babalarının çıkarlarına göre değil, çalışan geniş halk kitlelerinin çıkarlarına göre yönetildiği; kalkınmış, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmış, tam bağımsızlığın, özgürlüğün, barışın, kardeşliğin, dostluğun, sevginin egemen olduğu yepyeni bir Türkiye'nin özlemiyle kutlar(ım) biçimindeki ifadeler, içeriğinden de anlaşılacağı üzere, adı geçen insan hakları, düşünce ve anlatım özgürlüğü, örgütlenme hakkı, ekonomik düzen gibi Anayasal, güncel ve toplumun her kesiminde açıkça tartışılan konulardaki kişisel düşünce ve özelemlerini açıklamaktan ibaret olup; bu ifadelerin herhangi bir siyasi parti ya da örgüt lehine ya da aleyhine bir yönü bulunmadığı gibi herhangi bir ideolojiyi savunan ya da yeren veya onu başkalarına benimsetmek amacı güden bir yönü de bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu tebrik kartıyla davacının 657 sayılı Yasanın değişik 7/1.maddesinde öngörülen “siyasi ve ideolojik amaçla beyanda bulunmamak” yasağına aykırı hareket ettiğinden söz edilemeyeceğinden davacının eyleminin bu madde kapsamında değerlendirilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Olayda davacının Hukuk İşleri Müdürlüğü görevinden alınmasına neden olarak gösterilen yılbaşı tebrik kartında yer anılan ifadelerin, yukarıda da değinildiği gibi, davacının kimi konularda, dilek ve temenni niteliğinde düşüncelerini belirtmekten ibarettir. Açık ve somut bir “kışkırtma” ya da “suça iteleme” niteliğinde olmadıkça herkesin düşüncelerini serbestçe açıklaması, demokratik toplum olmanın başta gelen temel ilkelerinden birisi olarak kabul

²⁷¹ Danıştay 13. Daire'sinin 26.01.2007 tarihli E:2006/5565 K:2007/354 sayılı kararı <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> 15.07.2010

edilmektedir. Davacının yukarıda özetlenen görüş ve düşüncelerinin, AİHS'nin 10/2.maddesinde yer verilen sınırlamaları aşan, başka bir anlatımla, ülkenin milli güvenliğini, toprak bütünlüğünü, kamu düzenini, genel sağlığı veya genel ahlaki, başkalarının şöhret veya haklarını ihlal eden yada gizli bilgileri açığa vuran bir yönü bulunmadığı cihetle, adı geçen bahsi geçen tebrik kartıyla demokratik bir toplumun bireyi olarak uluslararası sözleşmelerle kendisine tanınan hakkı kullandığı, dolayısıyla bu eyleminin dava konusu işleme hukuki sebep oluşturamayacağı açıktır. İşlemin, Anayasa açısından da hukuki temelden yoksun olduğunu vurgulamak gerekir. Anayasanın Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlığını taşıyan ve AİHS'nin 10/1. maddesine koşut düzenleme getiren 26. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tümceleri "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar." hükmünü taşımakta; ikinci fıkrasında da sözü geçen özgürlüklerin sınırlanabilme nedenleri tek tek sayılmak suretiyle gösterilmiş bulunmaktadır. Fıkraya göre, "Bu hürriyetlerin kullanılması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü hallerde meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabilir. Dava konusu işleme neden yapılan ve içeriği yukarıda belirtilen yılbaşı tebrik kartında yer alan ifadeler davacının kimi konulardaki düşünce ve kanaatlerini dilek ve özlem biçiminde açıklamaktan ibaret olup; bu haliyle sözü geçen eylemin Anayasanın 26/1.maddesi kapsamında düşünülmesi gerektiğinden tesis edilen işlemde bu yönden de hukuka uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle sebep ve amaç yönlerinden hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline" şeklinde karar vermiştir.²⁷²

Kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın, henüz iddia düzeyindeki açıklamalara, kişilerin kendilerine söz hakkı da tanınmadan tek yanlı olarak yer verilmesinin, kişilerin onurlarını ve şöhretlerini zedeleyeceği hakkındaki davanın tetkik hâkimi anılan karardaki görüşünde:

"AİHS'nin 10.maddesinin 1. fıkrasında İfade Özgürlüğü tanımlanmış, 2.fıkrasında ise; meşru müdahale nedenleri açık ve sınırlı sayıda

²⁷² Danıştay 5. Dairesi 22.05.1991 tarih E:1986/1723, K:1991/1933 sayılı karar Bknz:Başlar, a.g.e s.153–154–155

tespit edilmiş, “Yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması” ile “Başkalarının şöhret ve haklarının korunması” özel önemleri nedeniyle bu sınırlamalar içinde yer almıştır. Kişiler hakkındaki henüz iddia düzeyindeki açıklamalara, kişilerin kendilerine söz hakkı da tanınmadan tek yanlı olarak yer verilmesi; kişilerin onurlarını ve şöhretlerini zedeleyeceği ve yargı erkinin fonksiyonunu anlamsızlaştıracağı gibi, en azından suçlayanların suçlanarlardan daha “değerli” ve “dürüst” olduğu kabulünü yaratır ki, bunun kabulü söz konusu olamaz.”

Demıştır. Danıştay Onüçüncü Dairesi ise tetkik hâkiminin açıklamalarını dinlendikten sonra;

“AİHS'nin Düşünceyi Açıklama ve Haber Alma Özgürlüğü Başlıklı 9.Bölümündeki, İfade Özgürlüğüne ilişkin Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası ile meşru müdahale nedenleri açık ve sınırlı sayıda tespit edilmiş” yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması” ile “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” na özel önemleri nedeniyle bu sınırlamalar içinde yer verilmiştir. Hiç şüphesiz eleştiri demokratik bir toplumun temel değerlerindedir ve üzerinde konuşulamayacak hiçbir kurum yoktur. Ancak, yargıya olan güveni zayıflatacak ve yargı otoritesinin görevini yaparken çekingen davranılmasına neden olacak davranış, eylem ve “yayınların” eleştiri ve haber niteliği taşıdığı söylenemez. Öte yandan, haber programında “öne sürülüyor” “iddia ediyor” şeklinde ifadelerle konunun aktarılmasının da yayıncının sorumluluğunu ortada kaldırmayacağı açıktır. Yukarıda belirtilen değerlendirmeler karşısında, içeriği aktarılan yayın nedeniyle 3984 sayılı Yasa'nın değişik 4.maddesinin (k) bendinde belirlenen yayın ilkesinin ihlal edildiğinin kabulü gerektiğinden, özetlenen gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar veren mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”

Şeklinde karar vermiştir.²⁷³

Yayın içeriğinin işlem tesisine neden olan toplumun milli ve manevi değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı nitelikte olup olmadığı konusunun belirlenmesinin bu konuda uzman kişilerden oluşturulacak heyetçe bilirkişi incelemesi yaptırılmasını gerektirdiği hakkındaki davada Danıştay Tetkik Hâkimi:

İnsan Hakları Sözleşmesinin 9.maddesinde düzenlenen din, düşünce ve vicdan özgürlüğü demokratik bir toplumun temellerinden biridir. Ancak

²⁷³ Danıştay 13. Dairesi,22.02.2005 tarih E. 2005/556, K. 2005/947 sayılı kararı Bknz: Başlar, a.g.e s.158

Sözleşmenin 9.maddesi dinsel kanaatin kamu alanında kayıtsız bir biçimde ortaya konma hakkını hiçbir biçimde güvence altına almamaktadır. Bireyin şikâyet konusu olan hareketi bizzat İncanın gereği olarak yaptığı bir eylem olmayıp, sadece bu incanın telkin ettiği bir hareket ise, bu hükmün koruması dışında kalmaktadır. Düşünce ve inançlar ancak açıklandığı zaman dış dünya “onların varlığını ya da niteliğini bilebilir. Bu bağlamda radyo vasıtasıyla dini düşünceleri açıklamanın, AİHS'nin 9. maddesinin teminatı altında olmadığı kabul edilebilir. Ancak, 10.madde ile ilişkilendirilebilir. AİHM'nin kararlarında, din özgürlüğünün nasıl kullanılacağı, ne şekilde açığa vurulacağı konusunda ise şunlar ifade edilmiştir: “Maddede öngörülen din özgürlüğü yalnızca, bireyin dini incasını diğerleriyle topluluk halinde veya aynı inancı paylaşanlar arasında açığa vurma özgürlüğünü değil, tek başına özel olarak, örneğin aydınlatma yoluyla komşusunu inandırma hakkını da kapsar.”(Mah.K.Kokkinakis/Yunanistan, 25.5.1993, A 260-a, 36.) „İkna eyleminin reddi halinde din yahut inanç değiştirme özgürlüğü teorik ve kağıt üzerinde kalan bir varsayım olacağı açıktır. Dini inançlar arasında ayırım yapılmaması da en basit anlamıyla eşitlik ilkesinin bir gereğidir AİHM'ye göre, „düşünceyi açıklama özgürlüğü de demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin öz güveni için gerekli temel şartlardan birini oluşturmaktadır. AİHS m.10/2 uyarınca, bu kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren bilgiler veya fikirler için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar bir demokratik toplum için olmazsa olmaz; çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir. AİHS'nin 10. maddesi, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı utmalarına engel değildir.”

Şeklinde görüş bildirmiş olan Tetkik Hâkiminin açıklamalarını dinledikten sonra, Danıştay On üçüncü Dairesi, davayı reddetmiştir.²⁷⁴

7. DERNEK KURMA VE TOPLANTI ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen dernek kurma ve toplantı özgürlüğü, ifade özgürlüğünün tezahürlerinden biridir. Sözleşme'nin 11. maddesi şu şekildedir;

²⁷⁴ Danıştay 13. Daire,08.02.2005 tarih E. 2005/588, K. 2005/692 sayılı karar Bknz:Başlar, a.g.e s.156–157

“1-Herkes asayışı bozmayan toplantılar yapmak, denek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.

2-Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir”²⁷⁵

Bu madde ile güvence altına alınan haklar, demokratik bir toplumun sosyal ve siyasi değerleridir. Bu hak düşünce özgürlüğü gibi özgürlükçü demokratik düzenin temeli sayılmaktadır. Bu bağlamda, toplantı özgürlüğü, bireylerin bir fikir veya amacı açıklamak için kapalı ya da açık yerlerde toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi, ne şekilde olursa olsun, bir araya gelmeleri demektir. Dernek kurma özgürlüğü ise, sözleşmedeki ender ekonomik ve sosyal haklardandır. Bu hak sendika kurma yahut var olan bir sendikaya katılma hakkını da içermektedir.

Sözleşmenin 11. maddesi de 9. ve 10. maddeleri gibi iki fıkralı olup, genel olarak 1. fıkrada hakkın özü düzenlenmiş olup 2. fıkrada ise bu hakların sınırlandırılma halleri ve istisnalarına yer verilmiştir. Sözleşmenin koruma altına aldığı haklar şunlardır:

a-Toplantı Yapma Hakkı :

Bireylerin bir fikir ya da amacı açıklamak için kapalı veya halka açık yerlerde toplantı, gösteri ve yürüyüş gibi, ne şekilde olursa olsun, bir araya gelmeleri toplantı özgürlüğüdür.²⁷⁶ Mahkeme içtihatlarından, toplantı kavramına, protesto gösterisi ve yürüyüşünün de dâhil olduğunu görmekteyiz. Bu hakkın kullanımının ilk koşulu asayışı bozmayan toplantı olmasıdır. Başka bir ifade ile koruma altına alınan, barışçıl amaçlı toplantı hakkıdır. Sözleşme metninden de anlaşıldığı üzere, gerek toplantı kelimesinin içeriği gerek şekli belli değildir. Kişiler, bir meydanı, bu hakkın

²⁷⁵ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 15.07.2010

²⁷⁶ AİHM'nin 16.07.1980 tarihli 8440/78 sayılı Hristians Against Racism and Fascism-İngiltere davası

kullanım alanı olarak seçebilirler. Ancak, özel mülke konu bir makam ya da işyerini bu hakkın kullanım alanı olarak seçemezler.²⁷⁷ Sözleşmedeki, birçok normatif hükümlerde de olduğu gibi, gerçek ve etkili bir toplantı ve gösteri özgürlüğünün varlığı için de devletin, yalnızca çekimser kalma gibi negatif bir tutumla yetinemeyeceğini belirten Mahkeme, böyle bir anlayışın, söz konusu madde hükmünün konu ve amacına da uygun düşmeyeceğine işaret etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, devletlere, birey ve özgürlük lehine pozitif bir yükümlülük yüklemiştir.²⁷⁸ Bunun yanında devletin, toplantının barışçıl amaçlar taşımadığını, tespit etmesi halinde yasaklamak da dâhil tedbirler alma hakkı vardır. Yine toplantı ve gösterinin yer ve saati konusunda bazı şekil şartları ve izin şartı getirmesi de bu hakkın özüne aykırı düşmemektedir.²⁷⁹

Her ne kadar AİHS hükümlerine yer verilirse de bu konuda Konya İdare Mahkemesi'nin devletin pozitif yükümlülüğünün varlığını gösteren kararı önemlidir. Bazı sivil toplum kuruluşlarınınca 13.04.2002 tarihinde "Filistin halkıyla dayanışma" mitingi için Atatürk Lisesi önü için izin alındığı, duyuruların yapıldığı mitinge iki gün kala, miting alanının Valilikçe oto pazarı olarak değiştirildiği ve buna karşı dava açıldığı görülmüştür. Davada idare, anılan yerin şehir merkezi olup, asayiş ve trafik yönünden mahsur yaratacağını savunmuştur. Konya İdare Mahkemesi, anılan yerin önceden miting alanı olara belirlendiği, bu sebeple şehir içi olmasının tek başına asayiş ve trafik yönünden engel olmayacağı, ayrıca yasaya göre asayiş sağlamanın idarenin görevi olduğu, anılan miting yönünden kamu güvenliğini ihlal edecek somut-nesnel veriler sunulmadığı bu sebeple, kamu düzeninin ihlali yönünde ileri sürülen karinelerle alınan tedbirin orantılı olmadığı gerekçesiyle işlem iptal edilmiştir²⁸⁰.

b-Dernek Kurma Hakkı:

Denek kurma hakkının tanımı ve kapsamını belirlemek yine mahkeme içtihatlarıyla yapılmaktadır. Mahkeme, Sigurdur A. Sigurfonsson-İzlanda kararında bu tanımı şu şekilde yapmıştır. Denek, değişken şekil şartlarını yerine getirerek bir amaç etrafında iradi olarak bir araya gelen ve zaman içinde devamlılık gösteren,

²⁷⁷ AİHM'nin 06.05.2002 tarihli 44306/98 sayılı Applepy-İngiltere davası, Bknz:Osman Ermumcu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.Maddesinin Tahlili" <http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER s.2>

²⁷⁸ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e. s. 367-368

²⁷⁹ AİHM'nin 16.07.1980 tarihli 8440/78 sayılı Hristians Against Racism and Fascism-İngiltere davası

²⁸⁰ Konya İdare Mahkemesi'nin 30.04.2003 tarih ve K.2003/596 sayılı kararı

bireyler topluluğudur. Bu hakkın içinde, bir derneğe katılma, bir denek kurma özgürlüğü olduğu gibi, bir derneğe girmeye zorlanmama özgürlüğü de mevcuttur. Resmi meslek örgütleri bu hakkın kapsamı dışındadır. Örneğin bir meslek gurubunun meslek örgütüne üye olma zorunluluğu bu hakkın ihlali anlamına gelmez (Avukatların baroya kaydolma zorunluluğu gibi) yine deneklerin tüzel kişilik kazanması için bazı şekil şartları konulması (örneğin bildirim-tescil gibi) yine bu hakkın ihlali değildir. Ancak bu koşulların caydırıcı yoğunlukta olmaması gerekir. Örneğin Sidiropoluos ve diğerleri-Yunanistan davasında, Makedon etnik kökeninden gelenlerin kurduğu dernek yunan makamlarınca bölücülük içerdiği gerekçesi ile tescil talebi reddedilmiş olup, Mahkeme henüz kurulup faaliyetleri ortaya konulmayan derneğin peşinen bölücülükle suçlanamayacağı gerekçesiyle 11.maddenin ihlaline karar vermiştir.²⁸¹

c-Sendikalaşma Hakkı:

Bu hak, sendikalara katılma, sendika kurma ve sendikaya üye olmaya zorlanmamayı içermektedir. Bu maddede sendikalaşma hakkı sadece örgütlenme bağlamında korunmaktadır. Sendikal faaliyeti içermemektedir. Örneğin toplu sözleşme grev ve lokavt gibi haklar bu madde kapsamı dışındadır. Bu hakkı sendikal örgüt anlamında, dilediği sendikaya girme, sendikalaşma ve belli bir sendikal örgüte girmeme olarak algılamak gerekmektedir. Örneğin Young, James ve Webster-İngiltere davasında; sınırlı sayıdaki sendikalardan birine üye olmayı reddettiği için işine son verilen başvuruçular yönünden 11.maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bu kararda çoğulculuğa verilen önem gereği, ne şekilde olursa olsun sendikalaşmada tekel tesisinin 11.maddeye aykırı düştüğü sonucuna

²⁸¹ 4 AİHM'nin 10.07.1998 tarihli 26695/95 sayılı Sidiropoluos ve diğerleri-Yunanistan davası, Bknz: Ermumcu, a.g.e. s.3- Ermumcu makalesinde partileşme hakkından bahsetmiştir: "Yine dernekleşme hakkının lafzında, siyasi partilerden-partileşmeden söz edilmediği halde, Mahkemece bu hakkın kapsamında partileşme hakkının da bulunduğu kabul edilmektedir. Nitekim Türkiye Birleşik Komünist Partisi-Türkiye davasında "bireyler, ortak bir çıkarı ilerletmek için gönüllü olarak bir araya geldikleri yerlerde dernek kurma (örgütlenme) özgürlüklerini kullanacaklardır. Siyasi partiler bu nedenle madde 11 amaçları çerçevesinde klasik örgütlenme örnekleridir" şeklinde bir tanımlama yaparak bu hakkın orta yerine siyasi partileri oturtmuştur. Bu hak sadece partiyi kurabilme hakkını değil, partinin siyasi faaliyetlerini özgürce yürütme özgürlüğünü de içermektedir. (Türkiye Birleşik Komünist Partisi -Türkiye davası) 11.maddedeki haklarla ilgili olarak Türkiye'nin Mahkeme nezdinde en çok taraf olduğu konu, siyasi partilerdir. (Türkiye Birleşik Komünist Partisi, Özgürlük ve Demokrasi Partisi, Refah Partisi, Halkın Emeği Partisi, Demokrasi Partisi gibi)

varılmıştır²⁸². Diğer haklarda olduğu gibi bu hakta da devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri mevcuttur.

Bu hakların kullanılması, bazı durumlarda sınırlandırılabilir. Bu durumlar ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlayan durumlardır. Bu sınırlamalar yapılırken demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak ancak yasayla yapılabilir.

Toplantı veya miting sırasında, kamu düzeni açısından ciddi tehlikeler alacağına dair somut-nesnel sebepler ortaya konulursa, bunun bir yasaklama veya erteleme sebebi olabileceği kuşkusuzdur. Ancak, devletin öncelikli görevinin yasaklamak değil, bu hakkın kullanımının güvenlik içinde yapılmasını sağlamak olduğunu unutmamak gerekir. Çünkü bu hakkın kullanımında da devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri vardır. Buna göre, devlet bu hakkın kullanımında engel olmadığı gibi, engel olunmasını önleyecek tedbirleri de almak zorundadır.²⁸³

Toplantı ve örgütlenme hakkının kısıtlanması için bir diğer meşru sebep de suç işlenmesinin önlenmesi olup, bu kavramda idareler tarafından sıkça kullanılıp istismar edilebilecek bir kavramdır. Çünkü özellikle miting ve gösteriler için, hemen her seferinde, idareler için bu kavramın öne sürülüp sebep ve karineler yaratılması hiç de zor değildir. Bu sebeple, özellikle toplantı hakkının kullanılmasında, suç işlenmesinin önlenmesi için hakkın kullanımının kısıtlanmasının değil, hakkın kullanılabilmesi için muhtemel suçların önlenmesinin devlet için esas olduğunu bilmek gerekir. Zaten bu hakkın özü “asayışı bozmayan” faaliyetlere dayanır, peşinen asayişsizliği amaç edinen bir faaliyet veya örgütlenme zaten hakkın koruma alanında değildir. Yine asayışı önleme amacıyla alınan tedbirler, insanları bu hakkı kullanmaktan caydırıcı bir nitelik arz etmemeli. Örneğin Ezelin-Fransa davasında, sonradan şiddete dönüşen toplantıya katılan Avukata meslek organınca ceza

²⁸² AİHM'nin 13.08.1981 tarihli 7806/77 sayılı Young, James ve Webster-İngiltere davası, Bknz: Ermumcu, a.g.e. s.4-5

²⁸³ Ermumcu, a.g.e. s.6

verilmesi bu hakkın kullanımının caydırıcı etki yarattığı gerekçesiyle ihlal kabul edilmiştir.²⁸⁴

Sınırlama, hiçbir şekilde hakkın özüne aykırı olmamalı ve hakkın kullanımından caydırıcı nitelik arz etmemelidir. AİHS'nde 11.maddenin 2.fıkrasında güdülen amaç, bu hakların kullanımının demokratik ilkelere zarar verecek hale gelmesini önlemektir. Örneğin bir protesto gösterisi sırasında, bazı olaylar olabileceği haber alınmışsa, burada hemen gösterinin yasaklanması değil öncelikle ek tedbirler alınma yoluna gidilmelidir. Aksi halde, burada güdülen amaç, olay çıkmasını önlemek iken sonuçta hakkın özü ihlal edilmiş olur. Öncelikle bu kritere göre müdahalenin zorunlu olması gerekmekte, bunun yanında müdahalenin demokratik toplumca da kabul edilebilir nitelikte olması gerekir.²⁸⁵

Getirilen kısıtlamaların şekli, kısıtlama ile güdülen amaçla orantılı olmalıdır. Konuyla ilgili Konya 1. İdare Mahkemesinin kararı önemlidir.Karar:

“Davada, davacı derneğin, 16.03.2003 tarihinde saat 13.30 da “Sivil Toplum ve Savaş” adı altında bir panel düzenlemek için yönetim kurulu kararı alındığı ve bu kararın davalı idareye 11.03.2004 tarihinde bildirildiği, davalı idarece, bildirim 2911 sayılı Yasanın 9 ve 10.maddelerine uygun olmadığı, 7 kişilik tertip heyetince ve 9 ve 10.maddelerde ve de yönetmelikte belirlenen bazı belge bilgileri içerir matbu bir yazıda bulunan şekilde müracaat yapılması gerektiğini bildirir bir yazıyla müracaatın iade edildiği, konunun İçişleri bakanlığına intikali üzerine de aynı gerekçe ile bildirim kabul edilmediği, bunun üzerine davacı tarafından istenilen usule uygun bildirim şartları yerine getirilerek panelin yapıldığı ancak bildirim kabul edilmemesi işleminin iptali için dava açıldığı görülmektedir.

Bildirim reddi sebepleri incelenince öncelikle 7 kişilik tertip komitesi oluşturulmadığı, sonra da toplantıyı yapacakları ilgili bilgi ve belgelerin sunulmadığı gerekçesi görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.maddesinin değerlendirilmesinden, herkesin, asayiş bozmayan toplantılar yapma hakkına sahip olduğunu ve hakkın ancak 2.fıkrafta sayılan meşru hallerde sınırlandırabileceğini görmekteyiz. Yine Sözleşme hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları doğrultusunda

²⁸⁴ AİHM'nin 26.04.1991 tarihli 11800/85 sayılı Ezelin-Fransa davası, Bknz: Ermumcu, a.g.e. s.7

²⁸⁵ Ermumcu, a.g.e. s. 8

değerlendirilmesinden toplantının, izin bildirim yahut yer sınırlamasına tabi tutulmasının sözleşmenin 11.maddesine aykırı olmadığı anlaşılmaktadır. (Rassemblement Furasienet Unite Furasienne-İsviçre davası 10.10.1979 – Chiris Fians against racism and Fascisme-16.07.1980) Bu doğrultuda 2911 sayılı yasada bildirim ve şekil şartları getirilmesinin sözleşme ile çelişir yanı bulunmamaktadır. Ancak gerek sınırlamanın gerekse tedbire dönük şekil şartlarının, hakkın özünü ortadan kaldırır veya hakkı kullanmaktan caydırır nitelik arz etmemesi gerekir. Örneğin 9 ve 10.maddedeki bildirimle ilgili koşulların değerlendirilmesinden, tamamıyla idarenin, asayişe dönük önce ve sonraya ilişkin tedbir almasını kolaylaştırıcı unsurlar olduğu görülüyor. İşte tam bu noktada bildirimle ilgili şekli unsurlar aranırken, asayiş ve güvenliği zaafa uğratmamak adına esas amaç olan toplantı özgürlüğünü kullanılamaz hale veya kullanmaktan caydırıcı bir hale getirmemek gerekmektedir

Ayrıca alınan önlemler veya aranılan unsurlar, güdülen amaçla orantılı olmalı. Dava konusu olayda bildirim koşulları belirtilirken, güdülen amaç, toplantının asayiş ve güvenlik içinde yapılabilmesi için toplantının yetkili ve sorumlularını belirlemektir. Bu bağlamda, tüzel kişilerde yönetim kurulu kararı var ise tekrardan kararda imzası olanlar yönünden başka bir belge aramak yukarıda belirtilen amaç yönünden gerekmeyp, hakkın kullanılmasını zorlaştırıcı ve caydırıcı bir hal almaktadır. Bu da AİHM. Kararlarında belirtilen “hak ya da özgürlüğü sınırlayıcı önlemin, güdülen amaçla orantılı olması” ilkenise aykırılık oluşturur. (Observer ve gvardian-İngiltere davası 26.11.1991-lingens-Avusturya davası 08.07.1986)

Bu açıklamalara göre Yasanın 9 ve 10.maddelerinde bildirim ve şekil şartları getirilmesinin AİHS hükümleri ve AİHM kararlarıyla çelişir yanı bulunmamaktadır. Ancak, yönetmelikte düzenlenen koşullar, güdülen amaçla orantılı olmayıp hakkın özünü ihlal eder ve kullanımını caydırıcı nitelik arz ettiğinden yukarıda anılan AİHS hükümleri ve AİHM kararlarında belirtilen ilkelerle bağdaşmamaktadır. Örneğin; toplantıda atılacak slogan ve taşınacak pankartların önceden bildirilme şartı, toplantıyı, protesto kimliğinden çıkarıp idare güdümünde toplantıya dönüştüreceğinden hakkın özünü ihlal sonucu doğmaktadır. Yine toplantı ve protesto haklarının kullanılması için AİHS 11.maddesi uyarınca, sabıkasız ya da medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olma şartı aranmadığından, yönetmelikte bu belgelerin istenilmesi de hakkın özünü ihlal eder ve caydırıcı nitelik arz etmektedir, Çünkü AİHS 11.maddesi uyarınca toplantı hakkını kullanmak için sabıkasız olmak gerekmemektedir.”²⁸⁶

²⁸⁶ Konya 1. İdare Mahkemesinin E:2003/596, K:2004/502 sayılı kararı

Devlet bu hakların kullanılmasında, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri ve devletin idari mekanizmasında görevli olanlarla ilgili olarak sınırlama koyabilir. Birey söz konusu özgürlüğü kullanırken, taşıdığı kamusal sıfatın kedisine yüklediği görev ve sorumlulukları göz önünde tutmak bu özel durumun ortaya çıkardığı olası kısıtlamalara saygılı olmak zorundadır. Başka bir deyimle, bazı kişiler, içinde buldukları özel durum nedeniyle, 1.fıkradaki özgürlüklerini kullanırken, kendilerini daha dar sınırlar içinde bulacaklardır. Bu meşru sınırlama halinin, belirtilen devlet görevlilerinin doğrudan güvenlikle ilgili olmaları sebebiyle oluşturulduğu da düşünülebilir. Bunlardan özellikle ilk iki grup doğrudan güvenlikle ilgili olup, tanımı ve sınırlarında tereddüt bulunmamaktadır. Belirsiz olan ise üçüncü gruba giren “devletin idare mekanizmasında görevli olanlar” olup bu gruba kimlerin girdiği net değildir. İdari mekanizmada yer alan kamu görevlileri kimlerdir? Buna hizmetliler, memurlar, öğretmenler de dâhil midir? Burada kastedilenin üst düzey idari memurlar olduğu düşünülmektedir. Örneğin, mahkeme Vogt-Almanya davasında; Alman öğretmenlerin Alman hukukuna göre devletin bir parçasını oluşturdukları halde 10. madde ve dolayısıyla 11.maddede düzenlenen haklara sahip olduğuna karar vermiştir. Yine Mahkemece Rekvenyi-Macaristan davasında kolluk mensubu polislerin bir siyasi partiye üye olmalarını yasaklayan uygulamayı 11.maddeye aykırı bulmamıştır.²⁸⁷ Mahkeme başka bir kararı, ordu, emniyet ve diğerleri gibi bazı sektörlerde görev yapan devlet memurlarının sendikal faaliyetlerine sınırlamalar getirilmesi mümkündür fakat bu türden sınırlandırmaların resmi görevlerinin ifa edilmesinde gerekli olması gerekmekte olduğu yöndedir.²⁸⁸

Elektrik mühendisi olan Erhan Karaçay, KESK tarafından memur maaşlarını protesto etmek amacıyla 5 Eylül 2002 tarihinde İstanbul’da yapılan eyleme katılmış ve açılan soruşturma sonucunda Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca “UYARI” cezası ile cezalandırılmıştır. Olayı AİHM’e götürmüş, AİHM de, dava konusu cezanın dernek kurma özgürlüğü hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.²⁸⁹

²⁸⁷ AİHM’nin 26.09.1995 tarihli 17851/91 sayılı Vogt-Almanya, 20.05.1995 tarihli 25390/94 sayılı davaları, Bknz: Ermumcu, a.g.e. s.10

²⁸⁸ AİHM’nin 20 Ocak 1987 tarih, no: 11603/85 sayılı Council of Civil Service Unions ve diğerleri-Birleşik Krallık davası

²⁸⁹ AİHM’nin 27 Mart 2007 tarih 6615/03 başvuru nolu Karaçay- Türkiye Davası

Memur sendikaları kurulmasını ve sendikal faaliyette bulunmasını genel kolluk yetkisiyle önlemeye yönelik düzenleyici tasarruf niteliğindeki genelgenin iptali istemiyle açılmış olan davada Danıştay 10. Dairesi:

“Çalışanların sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakları temel hak ve özgürlükler kapsamı içindedir. Anayasamızda kamu personelinin sendikalaşma hakkı düzenlenmemiş olmakla birlikte söz konusu hakkın kullanılmasını engelleyen bir hükme de yer yermemiştir. Temel hak ve özgürlükler kapsamı içindeki bir hakkın sadece Anayasa’da yer almadığı gerekçesiyle kullanılması engellenemez. Esasen yurttaşların bütün haklarının Anayasa’da bir bir sayılmasına olanak da bulunmamaktadır. Bu nedenle önemli olan temel hak ve özgürlüklerin genel tanımının yapılması ve Anayasal güvenceye bağlanmasıdır.

Kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkı 6366 sayılı Yasa ile onaylayan “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesinin 11. maddesinde güvence altına alınmıştır. Yasayla usulüne göre onaylanması nedeniyle iç hukuka intikal etmiş bulunan, Anayasanın 90.maddesine göre Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecek Uluslararası anlaşma niteliğindeki anılan sözleşmenin 11.Maddesi “Her şahıs asayışı ihlal etmeyen toplantılara katılmak ve başkalarıyla birlikte sendikalar tesis etmek ve kendi menfaatlerini korumak üzere sendikalara girmek hakkı dâhil olmak üzere dernek kurma hakkını haizdir” hükmünü taşımaktadır. Hukukumuzda şirketler dışındaki sendika, dernek gibi özel hukuk tüzel kişiliklerinin oluşumu izin koşuluna bağlanmamıştır. Dernek ve Sendikalar Anayasa, Dernekler Yasası, Sendikalar Yasasıyla yapılan düzenlemeye göre ve Medeni Kanunda yer alan genel düzenleme gereği kuruluş belgelerinin ilgili mercie verilmesiyle tüzel kişilik kazanmaktadır. Anayasal ve ilgili yasal düzenlemelerde genel olarak idarenin anılan tüzel kişiliklerin kuruluş ve faaliyetlerine müdahale etmemesi esası benimsenmiştir. Dolayısıyla anılan tüzel kişiliklerin kuruluş ve faaliyetlerine idarenin genel kolluk yetkisini kullanmak suretiyle müdahalesi mümkün değildir. Söz konusu özel hukuk tüzel kişilerin faaliyetlerinin durdurulmasına, kapatılmalarına, ancak yetkili adliye mahkemesince karar verilebilir. Kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının kullanımı konusunda da, kamu çalışanlarının sendikalaşma girişimleri sonucu oluşan kuruluşların faaliyetlerinin durdurulması, bu kuruluşların kapatılması istemiyle açılan davalara bakan yetkili adliye mahkemelerince belirlenmesi gerekmektedir. Sendikalaşma girişimleri üzerine oluşan kuruluşların faaliyetlerini yasaya aykırı bulan idarenin görevi mahkemeye başvurmakla sınırlı olup, kamu çalışanlarının sendikal hakkının belirlenmesi yetkisinin idareye bırakılması düşünülemez. Açıklanan nedenlerle, dayalı idarenin memurların sendika kurmaları

ve sendikal faaliyette bulunmalarının mümkün olmadığı yolundaki dava konusu genelgesinin yetki yönünden iptaline...”²⁹⁰ şeklinde karar vermiştir.

Burada Daire kamu personelinin, Anayasa’da öngörülmeven sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakkına sahip olduğu sonucuna, AİHS’nin 11.maddesine doğrudan gönderme yaparak ulaşmış bu hakkının kullanılmasının salt, Anayasa’da böyle bir hakkın yer almadığı gerekçesiyle engellenemeyeceğini söylemiştir. Karar bu yönüyle aynı zamanda sözleşmede düzenlenen bir temel hakkın Anayasa’da öngörülmemiş olmasının bu hakkın ulusal planda kullanılmasına engel olamayacağıının da ilk örneğidir. Daha sonra iç mevzuatımızda yapılan uyum çalışmaları sonucunda 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kamu görevlilerine de sendika kurma ve üye olma hakkı tanınmıştır.²⁹¹

8. EVLENME HAKKI

Evlenme hakkı Sözleşmenin 12. maddesinde şu şekilde yer almıştır:

“Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir.”²⁹²

Maddeye göre, evlenme ehliyetine sahip her yetişkin evlenip evlenmemeye veya kiminle evleneceğine karar verme özgürlüğüne sahiptir. Söz konusu madde, evlenmeme hakkını da içerir. Sözleşme’nin 12. maddesi ile güvence altına alınan hak, sadece kadınlar ve erkekler arasında, yani karşıt cinsler arasındaki evlenmelerde geçerli olacaktır. Bununla birlikte Mahkeme’nin yeni içtihatlarına göre, cinsiyet değişikliğinin tanınmaması ve bundan dolayı evlenmenin gerçekleşmemesi Sözleşme’ye aykırılık oluşturur. Evlenme hakkının kullanılması, Sözleşmeciler Devletlerin ulusal yasalarına tabidir, fakat ulusal yasalardaki sınırlamalar, hakkın özünü zedeleyici bir tarzda hakkı kısıtlamamalı veya bu ölçüde daraltmamalıdır.

Danıştay 5.Dairesi AİHS’nin 12. maddesinde belirtilen aile kurma hakkına atıfta bulunarak;

“Davalı idare; Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nün 6. maddesinin (A-7) bendinde idareye haber vermeden ya da bunun üzerine yapılacak soruşturmaya ilişkin iki aylık süreyi

²⁹⁰ Danıştay 10. Dairesi, 10.11.1992 tarih E. 1991/1262, K. 1992/3911 sayılı karar

²⁹¹ Değişik: 3.10.2001- 4709/20. md

²⁹² <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 15.07.2010

beklemeden evlenmenin suç sayıldığını, aynı Tüzüğün 8. maddesinin 38. bendinde ise 6. maddenin (A-7) bendinde öngörülen esaslara uyulmaksızın evlenilmesinin meslekten çıkarma cezasını gerektirdiğinin belirtildiğini, davacının evlenmek istediğini bildirdiği kişiyle ilgili olarak yapılan tahkikat sonucunda bıçaklı gasp, hırsızlık, kapkaççılık suretiyle hırsızlık, yağma, yol kesmek, adam kaldırmak, polis süsü vermek suçlarından yakalanıp hakkında işlem yapıldığının tespit edildiğini, ilgili kişi hakkında hırsızlık suçundan kesinleşmiş mahkumiyet kararları bulunduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir. 72Öte yandan Anayasanın 41. maddesinde Aile Türk Toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” hükmüne yer verilmiş, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 16. maddesinde de yetişkin her erkeğin ve her kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurma hakkının olduğu vurgulanmıştır. AİHSnin 12. maddesinde de bu hak yinelenerek, erginlik yaşından başlayarak erkek ve kadının yürürlükteki ulusal kurallara göre evlenmek ve aile kurmak hakkına sahip olduğu teyit edilmiştir. Belirtilen ulusal ve uluslararası düzenlemeler karşısında; Emniyet Örgütü mensuplarının evlenmeleri konusunda diğer kamu görevlilerinden farklı bir durum yaratılmayacağı ve Anayasanın 10. maddesinde ifade edilen kanun önünde eşitlik ilkesini kaldıracak veya zedeleyecek biçimde işlem tesis edilemeyeceği açıktır.”²⁹³ şeklinde karar vermiştir.

9. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI

Bilindiği üzere, insan hakları ve temel özgürlüklerin sağlanması ve korunmasında ilk ve asıl görev egemen devletindir. Bu görevlere ilişkin hükümler ulusal anayasalarda veya mevzuatlarda yer almaktadır. Uluslararası kuruluş ya da organizasyonların bu alandaki yetkileri tali niteliktedir. Sözleşme'nin 1. ve 35/1. maddelerinde belirtilen bu ilke, 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkı ile yinelenmiş ve pekiştirilmiştir.²⁹⁴ 13. madde şu şekilde düzenlenmiştir;

“Bu sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.”²⁹⁵

Bu maddenin amacı, uluslararası insan hakları denetim organları tarafından verilen kararların ulusal düzeyde yerine getirilmesini sağlamak değil, Sözleşmenin

²⁹³ Danıştay 5.Dairesi,24.06.1998 tarih E. 1998/1001, K. 1998/2032 sayılı karar

²⁹⁴ Şen, a.g.e 152

²⁹⁵ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 15.07.2010

koruduğu bir hak veya özgürlüğün ihlali iddiasının önce ulusal makamlar tarafından incelenip düzeltilmesi olanağının sağlanmasıdır. Ancak olumsuz sonuç halinde söz konusu ihlal iddiasının tali yetkiye sahip Sözleşme organları önüne getirilmesidir.²⁹⁶

Etkili başvuru deyimiyle, başvuru olanağının teorik ve hayali değil, fiilen ve gerçekten mevcut olması, sonuç doğurabilir, işe yarar ve elverişli olması, yani başvuru merciiin, ihlal iddiasının esasını inceleme ve iddianın doğruluğunun saptanması halinde ihlali düzeltici ve uygulanma yeteneği olan karar alma yetkisine sahip olması anlaşılmalıdır.²⁹⁷

Sözleşmenin 13. maddesi devletlere pozitif yükümlülük yükler niteliktedir. Bu bağlamda taraf devletler, Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkese, bu ihlal iddialarının ulusal hukuk çerçevesinde soruşturulup ihlalin sonuçlarının izale edilmesine yarayacak etkin bir başvuru mekanizmasını kurma ve bu mekanizmayı etkin bir şekilde çalıştırma yükümlülüğü altındadır.

Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlal edildiğine dair bireylerin şikâyetleri ile ilgili olarak, yerel merciler etkili yollar sağlamak zorundadırlar. AİHM, bu hak kapsamındaki pozitif yükümlülükleri Silver ve diğerleri v. Birleşik Krallık davasında açıklamıştır. Söz konusu başvuruda, başvuru sahipleri, 6 mahkûm, mektuplarının, cezaevi personeli tarafından geciktirildiğini ya da engellendiğini iddia ederek, Sözleşme kapsamında 8. maddenin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Buna ek olarak da 13. madde kapsamında etkili yerel bir çarenin olmadığından yakınmışlardır. Mahkeme, kararında (parag. 113); 13. Maddenin yorumlanmasında aşağıdaki genel ilkeler önem taşır:

(a) Bir bireyin Sözleşme'de öngörülen hakların ihlâli nedeniyle mağdur olduğuna dair tartışmaya açık bir iddiası bulunduğunda, bu kişi hem iddiasının doğruluğunun tespit edilebilmesi, hem de mümkünse zararının telafisi için kendi ülkesindeki bir makama başvurabilmelidir.

(b) 13. maddede belirtilen makam bir yargı makamı olmak zorunda değildir, ancak bu makamın yetkileri ve sunduğu teminatlar yargılamanın etkili olup olmadığına tespit edilmesi bakımından önemlidir.

²⁹⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.392.

²⁹⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.392

(c) Her ne kadar hiçbir yargı kararı tek başına 13. madde’de öngörülen koşullar için yeterli olmayacaksa da ulusal mevzuatta yer alan başvuru yollarının toplamı bu doğrultuda yeterli olabilir.

(d) 13. madde, Sözleşme’ye ya da muadili ulusal normlara aykırı olduğu gerekçesiyle bir ulusal makam nezdinde bir Sözleşmecî Devletin kanunlarına itiraz edilmesine izin verecek bir yargı yolunun bulunmasını güvence altına almaz.²⁹⁸

Görüldüğü üzere Mahkeme üç farklı yükümlülük getirmiştir. Bunlardan ilki, haklarının ihlal edildiği nedeniyle bireylerin mağdur olduğuna dair tartışılabilir iddialarına, devletler etkili yerel çareler sağlamakla yükümlüdürler. İkinci olarak ise, devletlerin söz konusu etkili yerel çareleri sağlamak için uygun bir makam tahsis etmeleri gereklidir. Ancak, bu makamın yargı makamı olması zorunlu değildir. Üçüncü olarak, devletler, farklı düzenleme yöntemlerini birleştirerek etkili yerel çare yükümlülüğünü yerine getirebilirler.

Başvuru yolunun etkililiği değerlendirmesinde, başvuru makamının yetkileri ve sunduğu güvenceler göz önünde tutulmalıdır. İhlal iddiasının götürüleceği merci işin esasının inceleme ve iddianın doğruluğunun saptanması halinde de, ihlali düzeltici ve uygulanma yeteneği olan karar alma yetkisine sahip bulunmalıdır.²⁹⁹

Başvurunun yetkili makam tarafından reddi, bu yolun “etkili”, yani “gerçek ve elverişli” olmadığı anlamına gelmez. Başka bir deyişle, 13. madde “olumlu sonuç alma” güvencesi değil, fakat gerekli yetkiye sahip bir makama “başvuru olanağına sahip bulunma” teminatı getirmektedir.³⁰⁰

Maddede “etkili başvurma” hakkından söz edildiği cihetle bu başvuru olanağının, Mahkeme’nin deyimiyle “teorik ve hayali” değil, fiilen ve gerçekten mevcut bulunması, yani sonuç doğurabilir, işe yarar ve elverişli olması gerekir. Başvuru yolunun mutlak ve koşulsuz olmayıp, özellikle süre, mali güvence, başvuru

²⁹⁸ AİHM’nin 24.10.1983 tarihli 5947/72, 6205/73, 7052/75 başvuru nolu Silver ve diğerleri v. Birleşik Krallık davası, Bknz: Şen, a.g.e.152

²⁹⁹ AİHM’nin 12.02.1985 tarihli 9317/81 sayılı Rubinat / İtalya davası Bknz:Erhan Çakan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Etkili Başvuru Hakkı”

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/> s.3

³⁰⁰ AİHM’nin 26.04.1979 tarihli 6538/74 sayılı Sunday Times / İngiltere davası

usulü gibi, şekil şartlarına bağlanması mümkündür ve madde hükmüne aykırı düşmez.³⁰¹

Mahkeme'nin iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin içtihadına göre, Mahkeme'ye başvuru yapacak kişilerin, şikâyetlerini ulusal hukuktaki usul kurallarına uygun bir şekilde ve yetkili mercilere başvurarak, Sözleşme altındaki şikâyetlerini bu mercilerin dikkatine sunmaları gerekmektedir. Bu iç hukuk yollarının başvuru tarafından doğrudan ulaşılabilir olması gerekmektedir.

Ulusal makamların dikkatlerine sunulan iddialar ve yapılan başvurular karşısında hareketsiz kalmaları durumunda başvuruclardan beklenen, makul bir süre içerisinde (genellikle şikâyete konu olay tarihinden itibaren 6 ay içerisinde) Mahkeme'ye başvurularını yapmaktır. Bu durumun sonucu olarak başvuruclular, iç hukuk yollarını tüketmekten muaf tutulmuş olacaklardır.

Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde terörün sona erdirilmesi için gerçekleştirilen mücadeleden kaynaklanan olaylarda, başvuranların yaşadıkları evlerde ve eşyalarında meydana gelen zararlara ilişkin başvurularda, etkili iç hukuk yolu bulunmadığı gerekçesiyle iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunu aramamıştır.³⁰²

AİHM'nin bu kararları nedeniyle, 14.07.2004 tarihinde TBMM tarafından Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun çıkarılmış ve 27 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun, köylerindeki mülklerine ulaşmalarına izin verilmeyen kişilerin AİHS'ne dayanan sıkıntıları için tazmin sağlama hususunda yeterli bir iç hukuk yolu getirmektedir. Bu bağlamda, yetmiş altı ilde Zarar Tespit ve Tazmin Komisyonları kurulmuştur. Yetkili makamların, terör ile mücadele amacıyla aldıkları önlemler nedeniyle zarara uğrayan kişiler, ilgili tazmin komisyonuna tazminat talep eden başvurularda bulunma hakkına sahip kılınmışlardır.

Mahkeme'nin kararlarına göre, bir soruşturmanın en önemli boyutlarından birisinin, mümkün olan en kısa zamanda harekete geçerek, delillerin kaybolmasını

³⁰¹ Çakan, a.g.e s.4

³⁰² AİHM'nin 16.9.1996 tarihli 21893/93 sayılı Akdivar ve ötekiler-Türkiye, 28.11.1997 tarihli 23186/94 sayılı Menteş ve ötekiler-Türkiye, 18.6.2002 tarihli 25656/94 sayılı Orhan-Türkiye davaları

önlemek ve tanıkların ifadelerine hafızaları hala taze iken başvurmaktadır. Böyle bir soruşturmaya başlarken, herhangi bir önyargıya kapılmadan, olayı tüm yönleriyle araştırmaya devam etmenin önemi de yine Mahkeme kararlarında görülmektedir.³⁰³

Güleç / Türkiye kararını³⁰⁴ örnek olarak verebiliriz. Bu davada, Ahmet Güleç isimli küçük bir çocuğun yasadışı bir gösteri sırasında bir panzerden açılan ateşle ölmesi iddiasıydı. Davalı Devlet, Ahmet Güleç'in kalabalığın arasına karışmış olan teröristlerce açılan ateş ile vurulduğunu iddia ediyordu. Maktulün babası tarafından yapılan şikâyet sonucunda savcı, Memurin Muhakematı Kanunu uyarınca dosyayı İlçe İdare Kuruluna göndermiş, bu kurul da olayı soruşturmaları için iki jandarma subayını muhakkik olarak atamıştı. Bu muhakkiklerin hazırladığı rapor sonucunda, ilçe idare kurulu soruşturma izni vermemeye karar vermiş ve bu karar da daha sonra onanarak kesinleşmiştir.

AIHM, kararında, olayın faileri olduğu iddia edilen jandarma askerlerinin eylemlerinin soruşturmanın bizzat kendi komutanları tarafından yapılmasını eleştirmiş ve bu muhakkiklerin bağımsız soruşturma yapmalarının imkânsız olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme ayrıca, Kaymakam ve diğer mülki amirlerden oluşan idare kurullarının da tarafsız olamayacaklarına karar vermiştir.³⁰⁵

AIHM'ne "yaşama hakkı" konusunda Türkiye hakkında yapılan başvuruların önemli kısmında, ihlal iddiaları iç hukukta yeterli biçimde incelenip soruşturulmadığı için, Türkiye yaşam hakkı ihlalden sorumlu bulunmuştur. Bu kararlarda, 13.maddenin de ihlal edildiği belirtilmiş, yaşama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ulusal makamlara yapılan başvuruların yeterince incelenip soruşturulmadığı, iç hukukta etkili başvuru yolunun bulunmadığı saptanmıştır.

Örneğin, Kaya, Ergi, Gül, Şemse Önen kararlarında, güvenlik güçlerinin operasyonlarında yakınlarının öldürüldüğü iddiasıyla ulusal makama başvuran kişilerin şikâyetlerinin yeterli biçimde soruşturulmadığı sonucuna varılarak

³⁰³ Çakan, a.g.e s.5

³⁰⁴ AIHM'nin 27.02.1998 tarihli 21593/93 sayılı Güleç- Türkiye davası

³⁰⁵ AIHM'nin 24.07.2003 tarihli 26973/95 sayılı Yöyler / Türkiye davası

13.maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.³⁰⁶ Salman başvurusunda³⁰⁷ da AİHM yakınlarının gözaltında bulunduğu sırada öldürüldüğüne yönelik başvuruların iç hukuktaki şikâyetlerinin 'etkili' biçimde soruşturulmadığına dayanarak 13.maddenin çiğnendiği sonucuna varmıştır. Yine yakınlarının 'faili meçhul cinayetler' sonucunda kaybeden kişilerin yaşama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı Mahmut Kaya, başvurusunda da ulusal makamların bu cinayetlerle ilgili 'etkili soruşturma' yükümlülüğünü yerine getirmedikleri gerekçesiyle 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkemeye göre, 13. madde, ihlallerden sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak kapsamlı ve etkili bir soruşturmanın yapılmasını, bu soruşturma sürecine mağdurların yakınlarının etkili biçimde katılmasını ve gerektiğinde devletin tazminat ödemesini gerektirmektedir."³⁰⁸

AİHM, Anayasamızın 125. maddesiyle sağlanan idare hukukunda tam yargı davası açılabilmesini, yasa dışı fiillerden sorumlu kamu görevlilerinin kimliklerinin tespit edilmesini ön şart olarak gerektirmeyen, devletin kusursuz sorumluluğuna dayanan bir hukuk yolu olduğu, bu yolun, Sözleşme'nin 2. ve 13. maddeleri kapsamındaki şikâyetler için tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi durumunda, devletin ölümle sonuçlanan saldırının suçlularını arama yükümlülüğünün ortadan kalkabileceğini belirtmiştir. Bu gerekçeyle de etkili iç hukuk yolu olarak kabul etmemiştir.³⁰⁹

Yine, daha önce değinilen Jabari-Türkiye kararında, AİHM, İran vatandaşı olan Jabari'nin Türk makamlarınca sınır dışı edilme işlemine karşı başvurduğu iç hukuk yollarının etkili olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Jabari, sınır dışı kararına karşı yürütmenin durdurulması talebinde bulunmuş, ancak, Anakara İdare Mahkemesi, sınır dışı kararında hukuka aykırılık olmadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Jabari'nin İran'a geri gönderilmesi halinde zina suçundan yargılanacak ve işkence ve kötü muamele kapsamında kalan bir cezayla cezalandırılması olasılığı söz konusudur. Jabari, bu olasılığı yürütmeyi durdurma talebini inceleyen ve reddeden Ankara İdare Mahkemesi önünde ileri sürmüştür. Avrupa AİHM, 13.

³⁰⁶ AİHM'nin 27.05.2004 tarihli 36564/97 sayılı Kaya ve Diğerleri-Türkiye davası

³⁰⁷ AİHM'nin 27.06.200 tarihli 21986/93 sayılı Salman-Türkiye davası

³⁰⁸ AİHM'nin 28.03.2000 tarihli 22535/93 sayılı Mahmut Kaya-Türkiye davası, Bknz: Özdek, a.g.e s.284,

³⁰⁹ Birtane, a.g.e. s. 264

maddenin ihlal edildiğine karar verirken, Jabari'nin Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan bir muameleyle karşılaşma tehlikesinin ulusal makamlarca değerlendirilmemiş olmasına özel bir önem vermiştir.

“Ankara İdare Mahkemesi'nin Jabari'nin iddiasının esasını inceleme gereğini duymadığını belirten AİHM'ne göre, işkence ve kötü muameleyle uğrama tehlikesinin olduğu durumlarda 13.maddedeki etkili başvuru kavramı, bu konudaki iddiaların bağımsız ve kapsamlı olarak incelenmesini ve bu tehlikeye yol açan önlemin uygulanmasının durdurulma olanağını gerektirmektedir. Ancak, Ankara İdare Mahkemesi'nin kararı bu konuda başvurucuya herhangi bir güvence sağlamadığından yargısal inceleme süreci 13.maddenin gerekliliklerini karşılamamaktadır(par.49–50). AİHM'nin bu kararı Ankara İdare Mahkemesinin ret kararına karşı bir eleştiri olarak da okunabilir. Ancak daha önemlisi, bu kararda Türk idari yargı yollarının da AİHM tarafından incelenmiş ve Sözleşme çerçevesinde 'etkili' başvuru yolları olarak değerlendirilmemiş olmasıdır.”³¹⁰

Karaçay –Türkiye davasında AİHM, Türkiye Anayasası ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğunu hatırlatarak, ulusal hukukun, buna benzer bir uyarma cezasına başvuranın itiraz edebilmesi amacıyla ulusal mahkemeye başvuruda bulunma yolunun bulunmasını öngörmediğini tespitinde bulunmuştur. Bundan dolayı başvurana yapılan uyarıya benzer disiplin cezasının verildiği durumlarda etkili başvuru yolunun bulunmaması, olası kötüye kullanımları engelleyecek ya da sadece benzeri disiplin tedbirlerinin meşruluğunun denetlenmesini sağlayacak her türlü güvenceden başvurana mahrum bırakmakta olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, AİHM, iç hukukta benzeri başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmektedir.³¹¹

10. AYRIMCILIK YASAĞI

³¹⁰ Özdek, a.g.e. s.286

³¹¹ AİHM'nin 27.03.2007 tarihli 6615/03 sayılı Karaçay- Türkiye Davası

Sözleşme'nin egemen devletçe sağlanıp korunmasını emrettiği haklar ve özgürlükler 1. maddesinde de belirtildiği gibi "herkes" için olduğundan, bunların kullanılmasında ve yararlanmada bireyler arasındaki ayırım gözetilmesi, açık bir hükümle yasaklanmıştır. Bu kapsamda ayrımcılık yasağı yasalar önünde eşitlik ilkesinin bir sonucudur.³¹²

Sözleşmenin 14. maddesi şu şekildedir;

"Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."³¹³

Ayrımcılık yasağı, aynı ya da benzer durumlarda bulunan bireyleri haksız farklı muameleye karşı korumaktadır. Aynıyet ya da benzerlik gösteren durum yahut koşullar bakımından geçerli bir kavram olduğu için somut olaya has koşulların farklılığı halinde bir ayırımla karşılaşması her zaman mümkündür. 14. madde Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayırımı yasaklamış değildir. 14. madde kapsamında yasak olan husus, ayırımın objektif ve makul bir nedenden mahrum bulunması yani meşru bir amaca yönelik olmaması ve güdülen amaçla kullanılan araç arasında makul bir ölçülülük ilişkisine sahip bulunmamasıdır.³¹⁴

Mahkeme kararlarında, taraf devletlere, farklı durumlarda olan bireylerle ilgili olarak farklı muameleye tabi tutulmaları noktasında pozitif bir yükümlülük yüklemiştir. Bireylerin durumları ile ilgili olarak farklılıkların göz ardı edilmesinde "tarafsız ve makul" bir açıklamada bulunulmadığı durumlarda, 14. maddenin ihlali söz konusu olacaktır. Ayrıca taraf devletlerin Sözleşmedeki haklar kapsamında mevzuatlarının uyumlu hale getirmesi de insan haklarına saygı bakımında elzemdir.

Mahkeme, önceki kararlarında, 14. maddede yer alan ve Sözleşme'nin teminat altına aldığı haklardan yararlanmada ayrımcılığa maruz kalmama hakkının, Devletlerin benzer durumdaki farklı kişilere nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamele ettiği durumlarda ihlâl edildiğini düşünmüştür. Ancak, Mahkeme

³¹² Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.400

³¹³ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 15.07.2010

³¹⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.400

Thlimmenos v. Yunanistan kararında, 14. maddedeki ayrımcılık yasağının bundan ibaret olmadığı görüşünde olduğunu belirtmiştir. Sözleşme'nin teminat altına aldığı haklardan yararlanmada ayrımcılığa maruz kalmama hakkı ayrıca, Devletlerin önemli ölçüde farklı durumdaki kişilere nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamele etmediği durumlarda da ihlâl edilebileceği ifade edilmiştir.³¹⁵

Konya 1. İdare Mahkemesi'nin Pasaport Kanunu'nun 14/A-5.maddesini eşitlik ilkesine aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine taşıdığını belirttiği kararı konumuz açısından önemlidir. Mahkeme kararında:

“Davacının, işlem tarihinde 18 yaşını bitirmiş, spastik özürlü ve yurt dışında tedavi gören oğlunun, kontrol sebebiyle yurt dışına çıkmak istediği, sağlık sorunu sebebiyle mutlaka anne veya babasının refakatine muhtaç olduğu, çocuğun annesinin pasaportuna işleme talebinin ise pasaport kanununun 14/A-5.maddesi uyarınca reddedildiği anlaşılmaktadır.

Yasa hükmünün değerlendirilmesinden “erkek çocuk için reşit olmama” koşulu getirildiği, oysa kız çocuk için sadece anne-baba yanında yaşamanın yeterli olup reşit olmama koşulu aranmadığı, ayrıca anne-baba bakımına muhtaç, mümeyyiz olmayan çocuklarla ilgili olarak ta bir düzenleme getirilmediği görülmektedir. Bu tespitler üzerine yasanın, Anayasanın eşitlik, ailenin korunması, hukuk devleti ilkelerine aykırılık görülmüş olup, maddenin Anayasaya aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesine itiraz edilmiştir. Ancak bu arada Anayasanın 90.maddesi değişmiş olup, yasa hükmü ile uluslar arası sözleşmenin çelişmesi halinde sözleşme hükmünün esas alınması kuralı getirilmiştir. Lehe olan kanun değişikliklerinin her zaman uygulanabileceğinden hareketle uyumsuzluğun bu bağlamda ele alınabileceği düşünülmüştür.

Kanun hükmünün, mümeyyiz olmasa bile reşit çocukları kapsamadığı dolayısıyla davacının kanun hükmüne göre hak talep edemeyeceği kuşkusuzdur. Ancak yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 8.maddesi ve 12 nolu ek protokolün 1.maddesi/14. Madde) uyarınca, aileden kaynaklanan hakları korumak ve cinsiyete göre ayrımcılık yapmamak devletin görevi olup, bu ilkelere yukarıda anılan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır. Nitekim bakıma muhtaç ve spastik özürlü çocuğun anne pasaportuna işlenmemesi, aile hayatına saygı gösterilmesi ilkesinin ihlali sonucunu doğurur. Yine engeli hali dikkate alınmadan ve kız çocuk için aranmazken sadece erkek çocuk için “reşit

³¹⁵ AİHM'nin 6.04.2000 tarihli 34369 / 97sayılı Thlimmenos v. Yunanistan kararı

olmama" koşulu aranması, 12 nolu ek protokolün 1.maddesinde düzenlenen cinsiyet yönünden ayrımcılık yapmama ilkesinin ihlali anlamına gelir.

Bu durumda, dava konusu işlem her ne kadar kanun hükmüne uygun ise de, Anayasanın 90.maddesi gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesi ve 12 nolu ek protokolün 1.maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir." denmiştir.³¹⁶

Anayasa Mahkemesi Konya İdare Mahkemesinin başvurusu üzerine 7.2.2008 gününde Pasaport Kanununun 14/A-5 maddesinin "... yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.³¹⁷

Danıştay 12. Dairesinin "Ayrımcılık Yasağı" ile ilgili verdiği bir kararı şu şekildedir:

"Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatının mühendis kadrolarına yapılacak atamalar için KPSS–2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Kılavuzunda 100 adet mühendis kadrosundan 88 adeti için 252 kodu ile " Cinsiyeti erkek olmak." Koşulu dava konusu edilmiştir.

İdare hukuku alanında eşitlik ilkesi kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca, kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır. Anayasasının kamu hizmetlerine girme hakkının düzenlendiği 70. maddesinde de, her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez." hükmü yer almaktadır. Anayasanın yukarıda yer verilen hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, herkes cinsiyet yönünden kanun önünde eşittir. Aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul edilemez. Bir yüksek öğretim lisans programına devam edilerek alınan mezuniyet diploması; diplomaya hak kazanan kişinin mesleği her koşulda yerine getirmeye hak kazandığını göstermektedir. Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşullar eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi,

³¹⁶Konya 1. İdare Mahkemesi'nin 24.11.2004 tarihli E:2003/787, K:2004/1179 sayılı kararı

³¹⁷Anayasa Mahkemesi 19.03.2008 tarihli E: 2004/30 K: 2008/55 7.2.2008 kararı

işlevselliği kalmayan meslek unvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınması suretiyle hak kaybına yol açacaktır.

Olayda, Anayasanın yukarıda anılan hükümleri gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına, personel alımlarında, başvuru şartlarının görevin gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda eşitlik ilkesine uygun bir şekilde belirlenmesi gerekmekte olup, bunun dışında hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kuşkusuz olduğundan, Tercih Kılavuzunda Anayasanın 10. ve 70. maddelerinin öngördüğü eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenen koşulda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.³¹⁸

11. MÜLKİYET HAKKI

“Mülkiyet Hakkı” AİHS’nin 1 Nolu Protokolü’nün 1. maddesinde düzenlenmiştir. “Mülkiyetin Korunması” başlıklı 1.maddede:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”³¹⁹ hükmü yer almıştır.

AİHS’nin diğer maddelerinde olduğu gibi bu maddede de, önce genel kural konulmuş, sonra da bu hakkın olası istisnaları belirlenmiştir. Buna göre de mülkiyet hakkı, mutlak olmayıp, genel yarar amacına yönelik bazı kısıtlamalara konu olabilir. Mülkiyet hakkına genel bir koruma sağlayan kural, maddenin ilk fıkrasında belirtilen “ mülkiyete saygı ilkesi”dir.

AİHM birçok kararında mülk kavramını çok geniş yorumlamıştır. Maddi varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmaz mallar yanında, maddi varlığa sahip olmayan hak ve menfaatler, mameleke dâhil her türlü aktifi, mali ve ekonomik

³¹⁸ Danıştay 12. Dairesi 22.02.2006 tarihli E:2004/4382 K:2006/539 sayılı karar <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> 16.07.2010

³¹⁹ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 16.07.2010

değeri içermektedir.³²⁰ Maddede mülkiyet hakkının sınırlandırılabilceği durumlar da gösterilmiştir.

Mülkiyet hakkıyla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların önemli bir kısmı idari yargıyı doğrudan ilgilendirmektedir.

Mülkiyet hakkı konusunda Türkiye aleyhine yapılan başvuruların sayısı 6500 civarında olup, bunun yaklaşık 4000 adedi Kıbrıs Rum Kesimi'nden yapılmıştır. Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde yaşanan olaylar nedeniyle bazı evlerde ve köylerde meydana gelen zararlardan dolayı yapılan başvuruların sayısı yaklaşık 1500 iken, 800 başvuru da kamulaştırma ile ilgilidir.³²¹

AİHM, Sporrong ve Lönnroth-İsveç kararında , imar planları ile kamulaştırma kapsamına alınan taşınmazlara yapılaşma yasağı getirilmesine karşın hiçbir işlem yapılmadan 25 ve 12 yıl sürdürülen bu yasakların daha sonra kaldırılması durumunda, hak sahiplerine tazminat ödenmemesini sözleşmenin ihlali olarak kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, "1 numaralı Protokol'ün 1.maddesi üç belirgin kuraldan oluşmaktadır. Genel nitelikteki 1.kural, birinci paragrafın birinci tümcesinde anlatılan mal ve mülkün dokunulmazlığı ilkesidir. 2. kural, birinci paragrafın ikinci tümcesinde yer alan kişinin mülkiyetinden yoksun bırakılma koşullarıdır. 3. kural ise, devletlerin kamu yararı ve genel çıkarlar doğrultusunda yasal yol ve yöntemlerle mülkiyet hakkının kullanımını denetleme ve yönlendirme yetkileridir."³²²

Aka-Türkiye davasında, AİHM, kamulaştırılan arazinin bedel artırımını davası sonucunda hükmedilen bedelinin geç ödenmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, Türkiye'deki enflasyon oranı ile başvurana ödenen miktara uygulanacak gecikme faizi ve artırım oranları arasındaki farkın başvuranın zarar görmesine ve toplumun genel menfaatiyle, bireyin temel haklarının korunması arasındaki adil dengenin bozulmasına sebep olduğu belirtilmiştir.³²³Bu kararlar

³²⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s.418

³²¹ Mustafa Karabulut, "Mülkiyet Hakkı (AİHS 1 No'lu Protokol Madde 1) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Hakkında Verilen Kararlar", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu**, 24–25 Ekim 2003, Birinci Baskı, Ankara Şubat 2006, s.284

³²² AİHM'nin 23.09.1982 tarihli 7151-2/75 sayılı Sporrong ve Lönnroth-İsveç davası, Bknz:Birtane, a.g.e. s. 268

³²³ AİHM'nin 23.09.1998 tarihli 19639/92 sayılı AKA/Türkiye Davası

doğrultusunda 2001 yılında Anayasa'nın 46. maddesinde ve Kamulaştırma Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır.

Akdıvar ve ötekiler-Türkiye, Mentеш ve ötekiler-Türkiye, Selçuk ve Asker-Türkiye, Dulaş-Türkiye, Orhan-Türkiye, davalarında Mahkeme, başvuruların evlerinin, ev eşyalarının, köydeki ürünlerinin zarar gördüğü, bu olaylara ilişkin olarak yapılan soruşturmaların yeterli olmadığı, sorumluların cezalandırılmadığı ve bu zararların iç hukuk yoluyla karşılanmadığı belirtilerek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.³²⁴

Bu kararlar nedeniyle, 14.07.2004 tarihinde TBMM tarafından Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun çıkarılmış ve 27 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun, köylerindeki mülklerine ulaşmalarına izin verilmeyen kişilerin AİHS'ne dayanan sıkıntıları için tazmin sağlama hususunda yeterli bir iç hukuk yolu getirmektedir. Bu bağlamda, yetmiş altı ilde Zarar Tespit ve Tazmin Komisyonları kurulmuştur. Yetkili makamların, terör ile mücadele amacıyla aldıkları önlemler nedeniyle zarara uğrayan kişiler, ilgili tazmin komisyonuna tazminat talep eden başvurularda bulunma hakkına sahip kılınmışlardır.

Konya 1. İdare Mahkemesi'nin, davacıların maliki bulunduğu taşınmazların 1989 yılında yapılan plan değişikliği ile kısıtlılık getirilmesinin kaldırılarak iskâna açılması yolundaki talebin reddine ilişkin davada verdiği kararda "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 nolu ek protokolünün 1. maddesi uyarınca da mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı sebebiyle yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak sınırlandırılabilir. Bu bağlamda, AİHM'nde de, sınırlamanın meşru ölçüler içinde kalıp kalmadığı değerlendirilirken;

1-Kamu veya genel çıkarlara uygun olup olmadığı,

2-Demokratik hukuk devletinin gerekleri ile orantılı bir kısıtlama olup olmadığı,

3-Hukuki kesinlik ve yasallık koşulu taşıyıp taşımadığı,

Yönlerinden teste tabi tutularak karar verilmektedir.

³²⁴ Karabulut, a.g.m., s.291

Buna göre uyumsuzluk değerlendirilecek olursa, taşınmazların kullanım şekillerinin, imar mevzuatı doğrultusunda kullanım alanlarının (fonksiyonlarının) belirlenebileceği, bunda da kamu yararı olduğu kuşkusuzdur. Çünkü okul vb. resmi kurum alanları ve ortak kullanım alanlarının belirlenmesinde çağdaş şehircilik ve kamu yararı yönünden bir zorunluluk bulunmaktadır. Ancak, mevcut yasal düzenlemeye göre getirilen kısıtlılık halinde, süre sınırı getirilmemiş olup, kısıtlılık halinde bir belirsizliğe yol açılmaktadır. Bu belirsiz süre boyunca kişinin mülkiyetinin rayiç değeri verilip zarar telafi edilemediği gibi (kamulaştırma yapılmayarak) belirsiz-uzun süre boyunca kullanım hakkı da kısıtlanarak, adeta kişinin mülkü ile ilişkisi belirsiz süreli kesilmektedir. Nitekim dava konusu olayda davacının taşınmazı planda okul alanına ayrılarak kullanım hakkı kısıtlanmış ve bedeli de ödenmemiş olup, bu kısıtlılık hali 13 yıl sürmüştü ve daha ne kadar süreceği de belirsizdir. Bu sebeple, anılan uygulama ile dayanağı mevzuat hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında belirtilen hukuki kesinlik ve yasallık ilkesi ile Demokratik hukuk devleti ölçülerinde kamu yararı ile hak arasındaki orantılılık ilkelerine uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Nitekim AİHM' sinin Sporrong ve Lonroth kararında, kamulaştırma izni ile inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmüş olmasının toplumsal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varılmıştır.³²⁵

Sonuç olarak, davacının taşınmazının planda okul alanı olarak ayrılması gerek mevzuata gerek kamu yararına uygun olmakla birlikte 13 yıl boyunca ve belirsiz süreli, kısıtlı halde bırakılmış olması ve davacının bu kısıtlılığın kaldırılması talebinin reddinde, yukarıda anılan Anayasa, AİHS ve yasaya uyarlık bulunmamaktadır.³²⁶ Hükmünü vermiştir.

Bir başka örnek kamuoyunda da bilinen, Konya'daki Zümrüt Apartmanının herhangi bir doğal afete uğramadan çökmesi sonucu yakınlarından dört kişiyi kaybeden davacıların maddi manevi tazminat istemiyle açtıkları davada verilen karardır. Bu davada, Konya 1. İdare Mahkemesi, idarenin hizmet kusuru bulunduğunu ulusal mevzuata göre tespit etmiş, bunun yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğuna ilişkin

³²⁵ AİHM'nin 23.09.1982 tarihli 7151-2/75 sayılı Sporrong ve Lönroth-İsveç davası

³²⁶ Konya 1. İdare Mahkemesi'nin 25.12.2003 tarihli E:2002/1701 K:2003/1538 kararı

hükme ve 1 Nolu Protokolde düzenlenen mülkiyet hakkına, ayrıca, AİHM'nin Öneriyıldız-Türkiye kararına göndermede bularak idarenin kusurlu olduğuna karar vermiştir.³²⁷

Eko-Elda Avee- Yunanistan davasında başvuru, petrol ticaret şirketi, Eko-Elda Avee, bir vergilendirme dönemi için nihai vergi borcunu aşan miktarda geçici vergi ödemesinde bulunmuştur. Yunanistan yerel mahkemesi, birkaç yıl sonra, anaparanın geri ödenmesine karar verdiyse de, fazla ödenen vergi için kanuni faiz talebini reddetmiştir. Gerekçesi, söz konusu dönemde, Yunanistan iç hukukunda söz konusu durumlarda devletin faiz ödeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamasıdır. Mahkeme, Yunanistan Medeni Kanunu'nda yer alan ve borç ödemelerinde faiz ödenmesini de düzenleyen hükmün, kamu hukuku alanına giren vergi borçlarında uygulanamayacağına hükmetmiştir. AİHM idarenin bu kadar uzun bir süre için gecikme faizi ödemeyi reddetmesinin, genel yarar ile bireysel yarar arasında bulunması gereken adil dengeyi bozduğuna karar vermiş "mülkiyet hakkının" ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³²⁸

Benzer şekilde Danıştay 7. Dairesinin hukuka aykırı vergilendirmelerde faiz ödenmesine ilişkin kararı önemlidir. Kararda:

"Hukuk devletlerinde, açıklanan nitelikteki bir zararın faiz ya da başka bir ad altında ödenecek tazminatla karşılanabilmesi için, açık yasa hükmü aranması düşünülemez. Aksine anlayış; Devletin ve ona bağlı idarenin eylem ve işlemlerinden doğan her türlü zararın tazmini için de, açık yasa hükmü aranması sonucuna götürür ki; böyle bir anlayış, Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrasında yer alan, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" amir hükmü ile bağdaştırılmaz. ... "İdari Rejimi" kabul eden hukuk sistemlerinde, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden dolayı idare edilenlerin uğrayacakları her türlü zararın tazmini, "İdarenin Sorumluluğu" ile ilgili kurallarca sağlanır. Esasen; İdari Yargının varlık nedenlerinden biri de, budur. İdari Yargı, idare edilenlerin, kamu idaresinin idari nitelikteki eylem ve işlemlerinden doğan zararlarını, açık yasa hükmüne ihtiyaç duymaksızın, kusurlu veya kusursuz

³²⁷ Konya 1.İdare Mahkemesi'nin 2.3.2005 tarihli, E.2004/656, K.2005/149 sayılı kararı

³²⁸ AİHM'nin 28.02.2002 tarihli 10162/02 sayılı Eko-Elda Avee- Yunanistan davası, Bknz: Billur Yatlı, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları" Sempozyum **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139, Yıl.** Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları n:74 s.181-182,

sorumluluk ilkelerine göre, giderme olanağına sahiptir. İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin hizmet kusuru oluşturacağı ve bu işlem ve eylemlerden doğan zararların, idare tarafından, kusurlu sorumluluk esaslarına göre tazmin edileceği, Danıştayın öteden beri istikrarlı biçimde uygulana gelen içtihadıdır. Vergi idareleri de, kuruluş, görev ve yetkilileri bakımından birer kamu idaresidir. Anılan içtihat karşısında, *hizmet kusuru oluşturacak hukuka aykırı vergilendirme işlemlerinden vergi mükellefleri için doğan zararların, işlemi yapan vergi idaresi tarafından karşılanması, açıklanan anayasal kuralın ve Hukuk Devleti İlkesinin gereğidir.* Olayda; davacının ihtirazi kaydı, davalı vergi idaresince, benzer davalarda istikrarlı biçimde verilen Danıştay kararları da göz ardı edilerek, kabul edilmemiştir. Bu şekilde yapılan tahakkukun Kanuna aykırılığı, temyize konu kararın vergi aslına ilişkin hüküm fıkrasıyla kesinlik kazanmış bulunmaktadır. *Vergi İdaresince bu şekilde gerçekleştirilen hukuka aykırılık, yukarıda açıklandığı üzere bir hizmet kusurudur.* Dolayısıyla; davalı idarenin, hukuka aykırı vergilendirme ve tahsil işlemleriyle davacıya vermiş olduğu maddi zararı karşılaması zorunludur.³²⁹

12. EĞİTİM VE ÖĞRENİM HAKKI

“Eğitim ve Öğretim Hakkı” AİHS’nin 1 Nolu Protokolü’nün 2. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”³³⁰

Konya 2. İdare Mahkemesi’nin, iki defa üst üste öğrenci katkı payını yatırmayan davacının üniversiteden kaydının silinmesine ilişkin davada verdiği, 31.5.2004 günlü kararında, Anayasa’nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların yasalar karşısında önceliği bulunduğu bahisle, AİHS’nin eğitim hakkını düzenleyen 1 Nolu Ek Protokolünün 2. maddesini esas alınmış, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 46. maddesinde yer alan öğrenci katkı payını ödemeyenlerin kayıtlarının yapılmayacağı ve yenilenmeyeceği hükmü uygulanmayarak, idarenin,

³²⁹ Danıştay 7. Dairesi 24.02.2005 tarihli E:2001/1208, K:2005/239 (Karar oy çokluğu ile çıkmıştır)

³³⁰ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 16.07.2010

katkı payının tahsili amacıyla, kayıt yapmama, yenilememe, derslere almama, katkı payını faiziyle tahsil etme gibi geçici nitelikte müeyyideler içeren kurullarla, eğitim hakkının özünü zedelemekten düzenlemesi gerektiği, öğrencinin kaydının silinmesinin eğitim hakkının özünü zedeleyen nitelikte olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Anılan kararda, AİHM'nin eğitim hakkının sınırlanması koşullarına ilişkin Campbell ve Cosans -Birleşik Krallık kararına da atıfta bulunulmuştur.³³¹

Eren-Türkiye davasında AİHM, Sözleşmenin 1 Nolu Ek Protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir ve verilen karar yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. 9

Olayda, Öğrenci Seçme ve yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından düzenlenen üniversiteye giriş sınavlarının birinci aşamasında üç kez başarısız olan başvuru, 1997 yılında yapılan sınavın, Öğrenci Seçme Sınavını (ÖSS) geçmiş, Öğrenci Yerleştirme Sınavı (ÖYS) da çok yüksek puan almıştır. ÖSYM tarafından, sınavın birinci basamağında az puan alan ve ikinci basamağında ise çok yüksek puan alan, davacının da aralarında bulunduğu 19 kişinin ÖSYM bilgisayar kayıtlarında bulunan dosyaları üniversite öğretim üyelerinden oluşan üç kişilik bir komisyona incelettirilmiş ve anılan komisyon tarafından hazırlanan raporda, başarı göstergeleri sürekli şekilde düşük olan bu kişilerin, birinci aşamadan üç ay sonra ÖYS sınavında Türkiye'de çok az kişinin gösterdiği başarıyı elde etmelerini açıklamanın hiçbir şekilde mümkün olmadığı, bu nedenle 1997 ÖYS sonuçlarının geçerli sayılamayacağı görüşünün bildirilmesi üzerine, davacının 1997 ÖYS sonucunun geçersiz sayılmasına karar verilmiştir. Davacı bu işleme karşı dava açmış, Danıştay 8.Dairesi, davayı reddetmiş ve bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararıyla onanmıştır. Davacı eğitim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne başvurmuş, Mahkeme, başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve esasını incelemiştir. Mahkeme'nin 3 Temmuz 2006 tarihinde kesinleşen esasa ilişkin kararıyla, ÖSYM'nin geniş takdir yetkisine ilişkin herhangi bir hukuki dayanağın Hükümet tarafından ortaya konulmadığını, başvuru kopya çektiğine ilişkin herhangi bir tespitin ve delilin bulunmadığını ve bu konuda Türkiye tarafından da başvurulara bir suçlama yöneltilmediğini, akademik kurulun öğrencinin elde ettiği parlak sonucun izah edilemez nitelikte olduğu yönündeki görüşünün yetersiz olduğunu, başvuru sahibinin sınav

³³¹ Konya 2.İdare Mahkemesi'nin, 31.5.2004 tarihli E.2003/469, K.2004/628 sayılı kararı

sonucunun iptaline yönelik işlemin hukuki ve mantıki dayanaktan yoksun olduğunu ve keyfi bir işleme yol açmış olduğunu belirterek, AİHS 1 Nolu Ek Protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.³³²

Danıştay 8. Dairesi, İYUK'nun 53/1-ı maddesi gereğince, söz konusu kararla AİHM'nin ihlal edilmiş olduğunun kesinleşmiş kararla tespit edilmiş olması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi istemini kabul etmiş ve işlemin dayanağını oluşturan komisyon raporunun olasılık ve tahminlere dayalı olduğu, davacının sınavda elde ettiği başarının gerçeği yansıtmadığını kanıtlayan hukuken geçerli somut bir iddia ve tespitte bulunulmadığı, davacı hakkında tesis edilen işlemin, Anayasada güvence altına alınmış olan eğitim-öğretim hakkının ihlali sonucunu doğurduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.³³³

Yine Danıştay 8. Dairesi bir öğrenci velisinin çocuğunun zorunlu din dersi eğitiminden muaf tutulması yönünde açtığı davayı reddeden İstanbul 6. İdare Mahkemesinin kararını AİHS'nin 9. maddesi ile Ek Protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkına aykırı olacağı gerekçesi ile bozmuştur.³³⁴

13. SEYAHAT ÖZGÜRLÜĞÜ

“Seyahat Özgürlüğü” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Protokol'ün 2. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.

“Bir devletin ülkesi içinde hukuka uygun olarak bulunan herkes, bu ülke içinde serbestçe seyahat etme hakkına ve ikametgâhını seçme özgürlüğüne sahiptir.

Herkes kendi ülkesi dâhil, bulunduğu ülkeden çıkmakta serbesttir.

Bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik veya kamu güvenliği için, kamu düzeninin sürdürülmesi, suçların önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından hukuka uygun bulunmayan ve demokratik bir toplumda gerekli olmayan herhangi bir sınırlama konamaz.

³³² AİHM'nin 07.02.2006 tarihli 60856/10 sayılı Eren-Türkiye Davası

³³³ Danıştay 8.Dairesi'nin, 19.1.2007 günlü, E.2006/4857, K.2007/69 sayılı kararı www.danistay.gov.tr.

³³⁴ Danıştay 8. Dairesi, E. 2006/4107, K. 2007/7481 www.danistay.gov.tr.

Birinci fıkrada belirtilen haklar ayrıca, belirli bölgelerde, demokratik bir toplumdaki kamu yararının haklı kıldığı ölçüde ve hukuka uygun olarak sınırlanabilir.”³³⁵

AIHM vergi borcundan dolayı getirilen yurtdışı çıkış yasağı kriterlerini Reiner-Bulgaristan davasında ortaya koymuştur. Bulgaristan Hükümeti Reiner’e vergi borcundan dolayı yurtdışına çıkış yasağı koymuştur. Reiner tüm iç hukuk yollarını tükettikten sonra vergi borcu nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı uygulamasının 4. protokolün 2. maddesi çerçevesinde seyahat özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası ile AIHM’e başvurmuştur.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Protokol’ün 2. maddesi kişinin, seçimine bağlı olarak diğer bir ülkeye gitmek için ülke dışına çıkma hakkı da dâhil olmak üzere, seyahat özgürlüğünü güvence altına alır. Bu hakkı sınırlayan herhangi bir önlem yasaya dayalı olmalı, Sözleşme maddesinde geçen meşru amaçlarla yapılmalı ve kamu yararı ile birey hakkı arasında adil bir denge gözetmelidir. ...Başvurucunun Bulgaristan’ı terk etmesine yönelik yasak bir kamu otoritesinin kişinin yurtdışına çıkış hakkına müdahale teşkil eder. O halde, bu müdahalenin yasal olup olmadığı ve meşru bir amacın gerçekleştirilmesi için demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı araştırılmalıdır.”³³⁶

Mahkemenin standardı, 1. sınırlamanın yasal olup olmadığı;2. sınırlamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı; 3.sınırlamanın orantılı olup olmadığı şeklindedir. Bu son kural, kamu-birey yararı dengesinin ölçümlenmesini ifade eder ve bütün olarak demokratik bir toplumda gereklilik koşulunun içeriğini oluşturur. Diğer bir deyişle,“demokratik bir toplumda özgürlüklerin sınırlandırılmasının hukuka uygun olabilmesi için sınırlama ve izlenen amaç arasında ölçülü bir oranın bulunması” gerekir.³³⁷

a- Yasallık

³³⁵ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> 16.07.2010

³³⁶ AIHM’nin 23.05.2006 tarihli 46343/99 sayılı Riener v. Bulgaria, kararı

³³⁷ Yüksel Metin, **Ölçülük İlkesi- Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara,2002, s.88. Ayrıca bkz., Zühtü Arslan,“Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması:Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler,” Anayasa Yargısı, No.19, Ankara, 2002, s.226.

Mahkeme, sınırlamanın Bulgar hukukunda hukuki dayanaklarının olduğu değerlendirmesini yaparak şöyle devam etmiştir: “Mahkemeye göre, yurt dışına çıkış yasağının hukukiliğine ilişkin olarak cevaplanması gereken diğer sorular, yani yasağın süresi, borcun hesaplanması ve zamanaşımı meselesi bakımından öngörülebilirliğin ve yetkililerin hukuki işlemlerinde belirliliğin sağlanıp sağlanmadığı sorusu orantılılık problemi ile yakından bağlantılıdır ve Sözleşmenin 4 Protokol’ün 2. maddesi çerçevesinde ele alınmalıdır...”

b. Meşru Amaç

Mahkeme, sınırlamayı meşru amaç yönünden değerlendirirken, başvurucunun yurt dışına çıkış hakkının büyük miktarda vergi borcunun ödenmesini sağlama amacıyla sınırlandığını, mülkiyetin korunmasını düzenleyen Protokol 1-1’de devletin vergilerin ödenmesini sağlama amacıyla gerekli gördüğü önlemleri alma yetkisinin saklı tutulduğunu, bu türden sınırlamaların, kamu düzeninin sürdürülmesi ve başkalarının haklarının korunması amacıyla getirildiğini ve bu nedenle de yurt dışı çıkış yasağının meşru bir amacının bulunduğunu belirtmiştir.

c. Orantılılık

Mahkeme, orantılılık kuralını uygularken değerlendirmesini şu unsurlar üzerine kurmuştur:

Birincisi “vergi miktarına” ilişkin değerlendirmedir. Olayda tam miktar ortaya konulmamasına rağmen, nihai olarak 150 bin Avro’ya karşılık düşen bir vergi borcu için, “söz konusu miktarda ödenmemiş vergi borcunun tahsil edilmesindeki kamu yararı, başvurucunun hakları üzerinde uygun sınırlamaları gerektirebilir. Devletler mali politikalarını oluşturmak ve çerçevesini çizmek ve bu vergilerin ödenmesini garanti altına alan düzenlemeler yapmak konusunda belli bir takdir yetkisine sahiptir...” demiştir. Demek ki mahkeme, orantılılık testi için olay özelinde miktarın yüksekliği ile sağlanmaya çalışılan kamu yararı arasında bir denge gözetilmesini talep etmektedir.

İkincisi yurt çıkış yasağının “uygulama süresine” ilişkin değerlendirmedir: “Mahkeme, Kasım 2000 tarihi itibarıyla... başvurucu hakkındaki yurt dışı yasağının beş yıldan fazla sürdüğüne dikkat çeker. Dahası, Eylül 2004 tarihine kadar yaklaşık dört yıl daha durum değişmemiştir. Kişinin seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması başlangıçta gerekse bile, bunu otomatik olarak uzun bir zaman diliminde

uygulamaya devam etmek, önlemi kişinin haklarını ihlal eden orantısız bir önleme dönüştürebilir.” Demek ki yasağın uygulama süresinin uzunluğu önemli bir unsurdur.

Üçüncüsü mahkeme, uygulamanın “otomatik bir uygulama olup olmadığını” değerlendirmiştir. Bunun anlamı, koşullara bağlı tahsil imkânları, mal varlığı araştırması, yurt dışına çıkışın tahsil olanağı üzerindeki etkisi gibi hiçbir değerlendirme yapılmaksızın, vergi borcu olmasının tek başına otomatik bir yurt dışı çıkış yasağına dönüşmemesi gereğidir: “Orantılılık ilkesi çerçevesinde, ödenmeyen borç nedeniyle bir kişinin yurt dışına çıkış hakkının sınırlandırılması sadece amacına, yani borcun tahsiline hizmet ettiği müddetçe haklı olabilir. ... Yani, böylesi bir sınırlama, ödeme gücü olmadığı için fiilen (de facto) uygulanan bir cezaya dönüşmemelidir. Mahkemeye göre, yetkililer, vergi dairesinin vergi alacağının başka yollarla tahsili için makul girişimlerde bulunup bulunmadığı ve borçlunun ülkeyi terk etmesinin alacağın tahsilini imkânsızlaştırıp imkânsızlaştırmayacağı gibi faktörlerin ışığında kararlarını periyodik olarak değerlendirmeksizin kişinin seyahat özgürlüğüne yönelik sınırlamayı uzun dönemler boyunca sürdüremez. Başvurucunun davasında vergi idaresinin, hem 4. Protokol’ün Bulgaristan’da yürürlüğünden önce hem de sonra, aktif olarak alacağını tahsil girişiminde bulunduğu söylenemez. Özellikle, 1993 yılından sonra başvurunun Bulgaristan’daki malvarlığına yönelik bir el koyma girişiminde de bulunulmamıştır. Başvurucunun 3 Ocak 1999 tarihine kadar haczedilen 50 bin ABD doları da bu tarihten sonra başvurucuya geri ödenmiştir. Başvurucunun Avusturya’daki malvarlığını– eğer varsa– araştırma yönünde bir girişimde de bulunulmamıştır. Mahkemeye göre, vergi alacağının en azından bir kısmını tahsil etmek için vergi dairesinin açık yollara başvurmamış olması, hükümetin yurt dışı çıkış kararının tahsilât için gerekli olduğu ve seyahat özgürlüğünün orantılı bir biçimde sınırlandırıldığı iddiasını ortadan kaldırmaktadır. Hükümetin iddiasının tersine yurt dışı çıkış yasağının dönemler itibariyle yenilenmesi, başvurunun davranışlarının, mali kaynakları hakkındaki bilgiye veya ülke dışına çıkmasına izin verildiği takdirde tahsilât imkânlarının tehlikeye düşeceğini ortaya koyan somut bir göstergenin değerlendirilmesine dayanmamaktadır. Başvurucunun yurtdışında bir ailesinin bulunduğu değerlendirilmemiştir. Yurt dışı çıkış yasağına ilişkin idari kararlar ve bunları onaylayan yargı kararları, ne 4. Protokol’ün yürürlüğünden önce ne de sonra, herhangi bir orantılılık değerlendirmesi içermemiştir”.

Dördüncüsü mahkeme, orantılılık ölçümlemesini sağlayacak unsurların yasada yer alıp almadığını değerlendirmiştir: “Bunun nedeni uygulanan yasanın, vergi dairesinin alacağını tahsil etmek için başka yollara başvurup başvurmadığı,

borçlunun davranışları ve potansiyel ödeme gücünün olup olmadığı gibi sorular hakkında herhangi bir düzenleme içermemesidir. Yurt dışı çıkış yasağının kaldırabilmesinin tek yolu ödeme, yeterli düzeyde (açıkça anlaşıldığı kadarıyla toplam borç miktarını karşılayan) teminat gösterme veya olayda olduğu gibi alacağın zamanaşımına uğramasıdır. ... Bu koşullar altında, yurt dışı çıkış yasağı gerçekte süresiz, otomatik önlem mahiyetindedir. Yıllık olarak yapılan yenilemeler de, sadece başvurunun borcunu ödemediğinin belgelendirilmesinden ibaret kalan, yasağın otomatik olarak devamını sağlayan, yasağın haklılığını ve orantılılığını araştırmayan bilgi notu mahiyetindedir.” Mahkeme değerlendirmesine şöyle devam etmiştir: “Mahkemeye göre, otomatik yurtdışı çıkış yasağı, P4-2 çerçevesinde, kişinin yurtdışına çıkış hakkına herhangi bir müdahalenin, olayın koşullarına göre, haklı ve uygulama süresi boyunca orantılı olması konusunda idarenin gereken ihtimamı göstermesi ödevine aykırılık teşkil eder. Bu çerçevede bazı üye devletlerin yasalarında vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı uygulaması ancak o kişinin yurt dışına çıkışına izin verildiği takdirde ödmeden kaçınabileceğine inanmak için somut sebepler varsa mümkün olabilmektedir. Ayrıca bazı ülkelerde yasağın süresi bakımından sınırlamalar da mevcuttur... Hangi yaklaşım tercih edilirse edilsin, mevzuatta ve uygulamada orantılılık ilkesine sadık kalınmalıdır. Olayda böyle olmamıştır.”

Beşincisi mahkeme, uygulamanın belirlilik ilkesine uygun olup olmadığını değerlendirmiştir: “Ayrıca, Bulgar yetkililer zamanaşımı süresinin dolduğu tarihi hiç belirlememiş ve borç miktarı konusunda farklı farklı hesaplamalar yapmıştır. Yıllık onay işlemlerinin yapılaş biçimi –başvurucuya tebliğ edilmeyen dâhili yazılar- ve zamanaşımı meselesi, Sözleşmede içkin hukuki belirlilik ilkesine uygun değildir. Bu açıdan, ilgili yasa keyfiliğe karşı yeterli düzeyde usulü güvence içermemektedir.” Mahkeme “sonuç olarak, yurt dışına çıkış yasağının otomatik mahiyeti, orantılılık ilkesinin değerlendirilmemiş olması, ilgili yasanın ve uygulamanın bazı konularda belirsiz oluşu ve yasağın çok uzun süre uygulanması nedenlerine dayanarak mahkeme bu yasağın gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olmadığı sonucuna varmıştır. Seyahat özgürlüğü ihlal edilmiştir.”³³⁸

Samsun Vergi Mahkemesi'nin 22.04.2010 tarihinde "vergi borcundan dolayı verilen yurt dışı çıkış yasağı"nı oy çokluğu ile kaldırılmasına karar verildiği kararı konumuz açısından önemlidir.

³³⁸ AİHM'nin 23.05.2006 tarihli 46343/99 sayılı Riener v. Bulgaria, kararı, Bknz:Billur Yatlı, “Vergi Borcu Nedeniyle Yurtdışına Çıkış Yasağı” TBB Dergisi Sayı.66 Yıl 2006

"İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 18. maddesinde, bu sözleşmenin hükümleri gereğince söz konusu hak ve özgürlüklere yapılan sınırlamaların, ancak öngörülükleri amaçlar için uygulanabilecekleri; 32. maddesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisinin, kendisine gönderilen, sözleşme ve ona bağlı protokollerin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili olan her türlü sorunu kapsadığı belirtilmiştir; Türkiye Cumhuriyeti'nce 19.10. 1992 tarihinde imzalanıp 23.2.1994 tarih ve 3975 sayılı Kanunla uygun bulunarak (Resmi Gazete: 26.2.1994/21861), Bakanlar Kurulu'nun 9.6.1994 tarih ve 94/5749 sayılı kararı ile onaylanan (Resmi Gazete: 14.7.1994/21990) İnsan Haklarının Ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme İle Bu Sözleşme'ye Ek Birinci Protokol'de Tanınmış Bulunan Haklardan ve Özgürlüklerden Başka Hak ve Özgürlükler Tanıyan 4 Numaralı Protokolün "Serbest dolaşım özgürlüğü" başlıklı 2. maddesinde, herkesin, kendi ülkesi de dâhil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbest olduğu, bu hakların, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmuş sınırlamalara tabi tutulabileceği, bu maddenin 1. fıkrasında sayılan hakların, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabileceği hükme bağlanmıştır; sözleşme ve eki protokollerini yorumlama ve uygulamaya yetkili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu maddenin vergi borçları bakımından değerlendirildiği *Reiner/Bulgaristan* davasında verdiği kararda, söz konusu hakkın sınırlandırılmasıyla ilgili olarak, seyahat hakkını sınırlayan herhangi bir önlemin, yasaya dayalı olması, sözleşme maddesinde geçen meşru amaçlarla yapılması ve kamu yararı ile birey hakkı arasında adil bir denge gözetmesi, bir başka deyişle, yasağın gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olması gerektiği yönündeki kriterlere yer vermiştir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'la düzenlenen dava konusu tedbirin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla güvence altına alınan seyahat özgürlüğünün doğrudan kısıtlanmasını hedef tutan bir düzenleme olduğu düşünüldüğünde, yukarıda alıntısına yer verilen uluslararası sözleşme ve eki protokol hükümleri ile seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumunda vurgulanan ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili olarak anayasamızda da yerini bulmuş orantılılık ilkesi gereği, kişilerin seyahat özgürlüklerinin hukuka uygun biçimde sınırlandırılabilmesi için, yurt dışı çıkış

yasağı konulmasını gerektirecek sebeplerin ve uygulanacak tedbirin, verginin tahsili amacını sağlayıcı ve sınırlamanın korunan değerlerle ölçülü nitelikte olduğunun somut dayanaklarıyla ortaya konulması gerekmektedir.”³³⁹

³³⁹ Samsun Vergi Mahkemesi 22.04.2010 tarih E: 2009/1426 K: 2010/600

SONUÇ

AİHS ve Ek Protokolleri, insan hakları için, uluslar üstü güvence sisteminin kurumlaşmasına yönelik uluslar arası mücadele ve çalışmaların ortak bir ürünüdür. Bu alanda oluşturulmakta olan uluslar arası koruma düzeni, insan hakları kavramına bir başka boyut kazandırmakta ve normal hukuk düzeni ötesinde öncelik sağlamaktadır. Bir anlamda uluslar arası insan hakları düzeni, ulusal hukuk düzeninin ötesinde geçerlilik kazanmakta; insan haklarını çiğneyen devletlere ve bu duruma çözüm getirmeyen ulusal hukuklara karşı, alternatif hukuk düzeni olarak devreye girmektedir. Temel hak ve özgürlükleri çiğnenen tüm insanları, hiçbir fark ve ayırım gözetmeden koruma altına almaktadır.

Taraf ülkelerin Sözleşme hükümlerini iç hukuklarına geçirme konusunda taahhütleri yoktur. Taraf devletler, Sözleşme hükümlerinin ulusal alanda uygulama biçimini, kendi hukuk düzeninin gereklerine uygun olarak belirlemekte serbesttir. Ülkemiz, Sözleşme'yi 1924 Anayasası'nın hükümlerine uygun olarak, bir kanunla iç hukukuna geçirmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında da, İHEB ve AİHS'nden birçok alıntı yapılarak kimi sınırlamalarla iç hukuk kuralı haline dönüşümü sağlamıştır.

Devlet, 28.01.1987 tarihinde bireysel başvuru hakkı tanındıktan sonra AİHM tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının ve AB'ye üyelik çabalarının itici gücü ile iç hukuk hükümlerinde Sözleşme'ye uygun değişiklikler yapılmıştır. 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." cümlesinin eklenmesi önemli değişikliklerden biridir. Bu cümlenin eklenmesi "AİHS'nin iç hukuktaki yeri" tartışmalarını bitirmemiş olsa da, tartışmaların boyutunu değiştirmiş, Sözleşmenin konumunu daha net hale getirmiştir.

Kanımızca, Anayasamızın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra, hukukumuzda temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir konuyu düzenleyen, ister Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden önce veya sonra çıkarılmış olsun, yasa ile Sözleşme hükümlerinin çatışması halinde AİHS uygulanacaktır. Konuyu düzenleyen herhangi bir yasa veya anayasa hükmü yoksa ve AİHS'nin getirdiği

düzenleme “doğrudan” uygulanabilir nitelikte ise iç hukuktaki boşluk AİHS hükümleri uygulanarak giderilecektir. Bilindiği gibi, İdare Hukukunun özelliklerinden birisi de bir içtihat hukuku olmasıdır. Dolayısıyla, hukuk veya yasa boşluğu olan hallerde idari yargıcın AİHS hükümlerini ve AİHM kararlarını dikkate alması mümkündür. Öte yandan, mevcut düzenlemelere göre, Anayasa hükmü ile AİHS arasında çatışma olması halinde ise, uluslararası sözleşmeden doğan ahde vefa ilkesi ve bir başvuru halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ile Sözleşme ihlalinin tespit edilmesi ihtimaline ve dolayısıyla, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin siyasi baskısıyla karşı karşıya kalma riskine rağmen, anayasa üstünlüğü gereğince, anayasa hükmünün AİHS karşısında önceliği olacaktır.

Hak ve özgürlüklerin korunması konusunda, idari yargı özel bir konuma sahip, çünkü idari işlemleri denetleme alanına giren hak ve özgürlükler doğrudan doğruya idari yargının önüne gelmektedir. İdari işlem ve eylemlerin müdahalesi ölçüsünde, başta kolektif özgürlükler ve sanat özgürlükleri, kültür, bilim, eğitim hakkı, mülkiyet hakkı gibi özgürlükler idari yargının denetim alanına girmektedir. Bu bakımdan idari yargının, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence ölçütlerini anlamlandırması ve yorumlaması son derece önem taşımaktadır.

AİHM tarafından verilen kararların daha çok adli yargı, özellikle de ceza yargısına ilişkin olanları ülkemizde bilinmekle birlikte, idari yargı ile ilgili pek çok uyuşmazlık da AİHM önüne götürülmektedir. Çalışmamızda AİHM’in idari yargıya ilişkin vermiş olduğu birçok kararına yer verilerek, AİHS’nin sadece adli yargıya özgü olmadığını, idari yargıya ilişkin birçok uyuşmazlığa çözüm kaynağı olduğunu göstermeye çalıştık. Dahası AİHM ile İdari Yargı arasında birçok benzerliğin var olduğunu göstermeye çalıştık. Kanımızca, bu benzerliklerden en önemlisi, her iki mekanizmanın varlık sebebi de, sınırsız kamu gücü karşısında bireylerin haklarını güvenceye almayı amaçlamış olmasıdır.

AİHM tarafından ulusal yargı mercilerince verilmiş bir kararla AİHS veya Eki Protokollerde yer alan hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu yöndeki AİHM kararının ulusal hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabulü, AİHM kararlarının iç hukukta yerine getirilmesi konusunda çok

önemli bir adımdır. Ulusal yargı yerlerinin, kararlarında AİHS'ni ve bu çerçevede AİHM tarafından verilen kararları daha fazla dikkate almalarına yol açacak bir gelişmedir.

Çalışmamızda, Danıştay, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerince Sözleşme maddelerine atıfta bulunulmuş birçok yargı kararına yer verdik. Bu kararlar, Sözleşme hükümlerinin, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde, idari yargıç tarafından, ölçü veya destek norm olarak kullanıldığını göstermektedir. Ancak, idari hâkim, Sözleşme hükümlerine, hukukun aykırılığın saptanmasında, ulusal mevzuatın yorumuyla ulaşmış olduğu, çözümü desteklemek veya güçlendirmek amacıyla ya da ulusal normla birlikte başvurulmuştur. Sözleşme hükümlerinin doğrudan ölçü norm olarak kullanılması ise, ulusal yasaların düzenlemediği veya bir çözüm öngörmediği alanlarda olmaktadır.

Anayasa ve yasalarımızla getirilen düzenlemeler karşısında, Devletin tüm organları gibi, idari yargı yerlerinin de AİHS'ni ve Sözleşme'nin tek uygulayıcısı ve yorum organı olan AİHM'nin kararlarını, önlerine gelen uyuşmazlığın çözümünde göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Bilindiği gibi, İdare Hukukunun özelliklerinden birisi de bir içtihat hukuku olmasıdır. Dolayısıyla, hukuk veya yasa boşluğu olan hallerde idari yargıcın AİHS hükümlerini ve AİHM kararlarını dikkate alması mümkündür.

Anayasanın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası antlaşmalara yasalar karşısında üstünlük tanınması ve İYUK'nun 53'üncü maddesiyle, AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi üzerine, yargıçlarımızın insan hakları hukuku konusunda bilgilendirilmeleri birinci öncelik haline gelmiştir. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından bu konuda çalışmalar yürütülmekte, eğitim seminerleri düzenlenmektedir. Yürütülen bu çalışmaların daha da yaygınlaştırılması gerekmektedir.

Bunların yanı sıra, AİHM'nin özellikle Türkiye'nin taraf olduğu başvurularda vermiş olduğu tüm kararları, tespit edilen ihlallerin yinelenmesini önlemek amacıyla, Türkçeye çevrilmeli ve çevrilen metinler konuyla ilgilenen herkesin

kullanımına sunulmalıdır. Adalet Bakanlığı ve Yargıtay'ın internet sitesinde Türkiye hakkında verilmiş bazı kararların çevirilerine yer verilmekte ve Adalet Bakanlığı'nın yazılı bülteninde de bu kararlar yayımlanmaktadır. Ancak söz konusu çeviriler sınırlı sayıda olup, ihtiyacı karşılamaktan uzaktır.

Hâkim ve savcılara, avukatlara, hâkim ve savcı adaylarına yönelik AİHS ve AİHM hakkında eğitim çalışmalarına ağırlık verilmelidir. Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasında 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra, hâkim ve savcıların söz konusu uluslar arası antlaşmalara ilişkin literatürü de izlemeleri gerekli hale gelmiştir. Bu nedenle, hâkim ve savcılarının yabancı dil eğitimine ağırlık verilmeli, hâkim ve savcı adaylarının mesleğe kabulünde yabancı dil biliyor olma şartı aranmalıdır.

İdari Yargı konularına ilişkin, insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve var olan ihlallerin sonuçlarının giderilmesinde yukarıda yer verilen önlemlerin alınmasını faydalı olacağı düşüncesindeyiz. İnsan hakları ihlallerini önleyerek idarenin hukuka uygunluğunun sağlanmasında en önemli görev İdarenin işlem ve eylemlerini denetlemekle görevli idari yargı mercilerine ve idari yargı hâkimlerine düşmektedir.

KAYNAKÇA

Akgün,Ebubekir : “AİHS’nin Türk Hukukundaki Yeri”

<http://www.genbilim.com/content/view/1426/88/>

Akıllıoğlu, Tekin: “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”,İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1992,

Akipek, Ö.İlhan: **Devletler Hukuku**, 1.Kitap, Başlangıç, 2.Bası, Ankara 1965, Başnur Matbaası,

Alan, Nuri: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı adlı paneldeki açılış konuşması”, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003,

Alifendioğlu, Yılmaz: “Uluslar arası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısındaki Durumu” Danıştay ve **İdari Yargı Günü 139. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no.74

Altuğ, Yılmaz: “İnsan Haklarının Türkiye ve Uluslararası Alanda Korunması”, TBMM Sempozyumu, 4–5.10.1991, Ankara Eylül 1992,

Arslan, Zühtü: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler” www.anayasa.gov

Arslan, Zühtü: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler,” Anayasa Yargısı, No.19, Ankara, 2002

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü’nün Bilgi Belgesi
<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/315.htm>

Aydın, Mehmet Zeki: “Avrupa Birliği Ülkelerinde Din Eğitimi ve Bunun Türkiye ile

Karşılaştırılması”, Ed. Suat Cebeci, **Avrupa Birliği’ne Giriş Sürecinde Türkiye’de Din Eğitimi ve Sorunları Sempozyumu**, Değişim Yayınları, 2002,

Başlar, Kemal: “Uluslararası anlaşmaların onaylanması, üstünlüğü ve anayasal denetimi üzerine” http://www.anayasa.gen.tr/baslar-90nci_adde.pdf

Başlar, Kemal: “Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” European Commission, 2008

Batum, Süheyl: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, 1993,

Bıçak, Vahit: “Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı”, Anayasa Yargısı, Ankara 2000, Cilt 17,

Bilen, Ali: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Danıştay Dergisi, Yıl 2003, Sayı 106

Birtane, Şermin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargı Kararlarına Etkileri” Tez Çalışması, Ankara 2007

Çakan, Erhan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Etkili Başvuru Hakkı” <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>

Çalışkan, Bilal: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Uyarınca Yargılamanın Yenilenmesi” <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?403308>

Candan, Turgut: “İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ve İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Sistemindeki Yeri Yargı” **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003

Candan, Turgut: “Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu” Maliye ve Hukuk Yayınları,2006

Çolaker, Mustafa: “Temel Hak Ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009

Çavuşoğlu, Naz: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması Türkiye Kararları**, Birinci Basım, İstanbul, Su Yayınları, Ağustos 2003,

Çelik, Edip F: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

Çelik, Edip F. : **Milletlerarası Hukuk** 1. Kitap, İstanbul 1986,

Çetintürk, Ekrem: “ Avrupa Konseyi ve İnsan Haklarının Korunması”, Adalet Dergisi ,Mayıs 2004, Sayı 19,

Çiftçi, Erhan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi Ve İdari Yargı” www.danistay.gov.tr

Çimen, Yılmaz: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 05.11.2004

Dinç, Güney: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2005, Sayı 57

Doğru, Osman: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006

Ermumcu, Osman: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri”,
<http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/> ,11.01.2010

Ermumcu,Osman: “Türk (idari) Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması” <http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/11.01.2010>

Ermumcu, Osman: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesinin Tahlili”
<http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/11.01.2010>

Ermumcu,Osman: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.Maddesinin Tahlili”
<http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/11.01.2010>

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban, Tarihçe-İdeoloji-Mevzuat-İçtihat-Siyaset**, Legal Yayıncılık, 2005,

Gönenç, Levent: “1982 Anayasası’nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar”,
<http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/-90.madde.htm>
08.08.2004

Gözler, Kemal: “İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstülüğü Sorunu” Türkiye’de İnsan Hakları, Ankara 2000, www.anayasa.gen.tr/insan.htm/

Gözler, Kemal: “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?”
<http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm>

Gözübüyük, A.Şeref: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, 1987, c.9,

Gözübüyük, Şeref: “Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, **İnsan Hakları ve**

Kamu Görevlileri Sempozyum, Açık Oturum ve Bildirileri, Ankara 1992, TODAİ Yayınları,

Gözübüyük, A. Şeref, Gölcüklü, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2004

Gözübüyük, A.Şeref- Gölcüklü, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 6.Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2005,

Gülmez, Mesut: "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, Sayı 54

Günaydın, Şerif: "İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı" Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, Adana, 2007

Gündüz, Aslan: "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", İstanbul Barosu Dergisi, 1.2.3, İstanbul, 1990,

Güran, Sait: "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000,

İrkçilik ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, 3. Türkiye Raporu,

İnceoğlu, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Basım, İstanbul, II. Baskı

İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 Kasım 2004

Karabulut, Mustafa: "Mülkiyet Hakkı (AHİS 1 No'lu Protokol Madde 1) ve Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Hakkında Verilen Kararlar", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu**, 24–25 Ekim 2003, Birinci Baskı, Ankara Şubat 2006,

Karagülmez, Ali: "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2004, Sayı 54

Karakaş, A. Işıl: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann'dan Kaya Kararına Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, No. 18, Ankara, 2000

Karaosmanoğlu, Fatih: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Akkoç v. Türkiye Davasında Verdiği Kararın Kolluk ve Diğer Kamu Görevlileri Bakımından İrdelenmesi", Polis Bilimleri Dergisi, Polis Akademisi Yayınları, Cilt-3, Sayı 1–2, 2001

Koçak, Yüksel: "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri"
<http://www.hukuk.gen.tr/dergi/yazilar/ulus.pdf>

Keçeli, Şakir- Yalçın, Aziz: **Alevilik ve Bektaşilik Açısından Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi**, Ankara, Ardıç Yayınları, 1996,

Mastı, Ahmet Korhan: "Türkiye'de Bilgi Edinme Hakkı ve kişilik Hakları ile İlişkisi"
Doktora tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Memiş, Emin: "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000

Metin, Yüksel: **Ölçülük İlkesi- Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara,2002,

Özbudun, Ergün: **Türk Anayasa Hukuku**, 8.Baskıdan Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2005,

Özdek, Yasemin: **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye**, İkinci Baskı, Kırmızı kalem Yayınları, İstanbul, Aralık 2004

Özenç, Berke: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnanç Özgürlüğü ve Türkiye” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi,

Özok, Özdemir: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı adlı paneldeki açılış konuşması”, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003,

Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, 3.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1992, s.18.

Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, 5. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, Nisan 2007,

Pazarcı, Hüseyin: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 05.11.2004,

Sancakdar, Oğuz: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hâkiminin Vereceği Kararlara Etkisi”, Sempozyum **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları no.74

Selçuk, Sami: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması”, Yargıtay Dergisi Temmuz 1999, Cilt 25, Sayı 3

Şen, Murat: “Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif yükümlülüğü” Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007

Tanör, Bülent- Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005

Taşkın, Ahmet: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı”
<http://www.yeniforumuz.biz/avrupa-insan-haklari-sozlesmesinde-adil-t407619.html>
[10.01.2010](http://www.yeniforumuz.biz/avrupa-insan-haklari-sozlesmesinde-adil-t407619.html)

Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa Ruhan- Sancakdar, Oğuz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Birinci Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004,

Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Sancaktar, Oğuz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002

Tezcan, Durmuş: “Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Acısından Değerlendirilmesi”
<http://www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/11.01.2010>,

Teziç, Erdoğan: **Anayasa Hukuku(Genel Esaslar)**,2. Basım, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul, 1991

Toluner, Sevin: **Milletler arası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973,

Tunç, Hasan: “Milletlerarasındaki Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi” Anayasa Yargısı, C.XVII. Ankara Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2000

Türmen,Rıza: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, www.anayasa.gov.tr/anayargi/ayrg2000html

Ünal, Şeref: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Kültür, Sanat ve yayın Kurulu, No:89,Ankara,2001

Yatlı, Billur: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları” Sempozyum **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139, Yıl**. Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları n:74

Yatlı, Billur “Vergi Borcu Nedeniyle Yurtdışına Çıkış Yasağı” TBB Dergisi Sayı.66 Yıl 2006

Yıldırım, Kadir: **Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulama Niteliği**, Ankara, Anayasa Yargısı, 2000

Yüzbaşıoğlu, Necmi: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 05.11.2004,