

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ
TÜRK İDARİ YARGISINA ETKİLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Şermin BİRTANE**

**DANIŞMAN
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**

Ankara- 2007

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ İDARE HUKUKU**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ
TÜRK İDARİ YARGISINA ETKİLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Şermin BİRTANE

DANIŞMAN

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ

Ankara- 2007

ONAY

Şermin BİRTANE tarafından hazırlanan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Etkileri” başlıklı bu çalışma, 26/12/2007 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından İdare Hukuku dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Başkan)

Prof.Dr. Hasan TUNÇ (Üye)

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Üye)

ÖNSÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en önemli özelliklerinden biri olan bireysel başvuru hakkı, bireyi uluslararası hukukun bir süjesi yapmıştır. Bu sayede gerçek kişi doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma olanağına kavuşmuştur.

Türkiye 28 Ocak 1987 bireysel başvuru hakkını kabul etmiş ve 22 Ocak 1990 tarihinde de Divanın zorunlu yargı yetkisini de tanımıştır. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ve bu kararların dayandığı mevzuatı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin idari kurumlarının ve özellikle yargının göz önüne alması ve yargılama işlemlerinde uygulaması gerekmektedir. 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı kanunla Anayasamızda yapılan değişiklikle 90.maddenin son fıkrasına "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar kanunlardan üstündür" hükmü getirilmiştir. Söz konusu hükümlerle, yargı yerlerine, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeleri dikkate almak ve bu sözleşme hükümleri ile kanunlar arasında çelişki olduğu takdirde, uyumsuzluğu sözleşme hükümlerini doğrudan uygulamak suretiyle çözümlenmek imkânı getirilmiştir.

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 ülkemiz hukukuna ve yargı kararlarına ne şekilde yön verdiği hususlarının açıklığa kavuşturulabilmesi amacıyla ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de uluslar arası bir antlaşma olması nedeniyle, birinci bölümde uluslar arası antlaşmaların hukukumuzdaki yeri konusu üzerinde durulmuştur. Daha sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikleri ve hukuki niteliği incelenmiştir. İkinci bölümde ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının iç hukumuza ve idari yargıya olan etkileri

incelenmiştir. Konu incelenirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yanı sıra, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Yargıtay'ın konumuza ilişkin kararlarına da yer verilmiştir. Ayrıca, öğretilerdeki görüşler ve uygulamalar açıklanırken, eleştirilerde bulunmaya ve çözüm önerileri üretmeye de gayret gösterilmiştir.

Bu çalışma sırasında, engin deneyimi ile bana yol gösteren ve desteğini her zaman hissettiğim hocam ve tez danışmanım Sayın Prof.Dr.Zehra Odyakmaz'a teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca çalışmam sırasında benden desteğini esirgemeyen eşim Ünal Birtane'ye ve aileme ve gösterdiği sabır nedeniyle kızım Asude'ye de teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ	6
1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE GÜVENCE ALTINA ALINAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER	10
2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ ..	14
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ 21	
1. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN ULUSAL HUKUKTAKİ YERİ: TEORİK TARTIŞMA	21
A. Tekçi (Monist) Görüş	21
B. İkici (Dualist) Görüş	22
2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TARAF ÜLKE HUKUKLARINDAKİ YERİ (KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM)	23
3. TÜRK HUKUKUNDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YERİ	25
A. Anayasalarımızda Uluslararası Sözleşmelerin Yeri	25
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Normlar Basamağındaki Yeri Bakımından Türk Hukuk Öğretisindeki Görüşler	28

a.	Anayasada 2004 Yılında Yapılan Değişiklikten Önceki Tartışmalar.....	28
b.	Anayasada 2004 Yılında Yapılan Değişiklikten Sonraki Durum ve Tartışmalar	37
c.	Konu Hakkındaki Görüşlerimiz.....	40
4.	ULUSAL MAHKEME KARARLARINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YERİ	44
A.	Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri	44
B.	Danıştay Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri	49
C.	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri	57
D.	Yargıtay Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri.....	59
III.	AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İDARE HUKUKU VE İDARİ YARGIDAKİ BAŞLICA HUKUKİ DAYANAKLARI	63
1.	HUKUK DEVLETİ İLKESİ	63
2.	İNSAN HAKLARINA SAYGI İLKESİ	63
3.	ADİL YARGILANMA HAKKI VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ	66
4.	EŞİTLİK İLKESİ-AYRIMCILIK YASAĞI	67
5.	DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ	69
IV.	AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇTİHAD HUKUKU OLAN İDARE HUKUKUNUN YARDIMCI KAYNAĞI OLARAK YERİ.....	69
V.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ	75
1.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KURULUŞU VE ÇALIŞMA YÖNTEMİ	77

A.	Komiteler	79
B.	Daireler	79
C.	Büyük Daire	80
2.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YETKİSİ	81
A.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Yönünden Yetkisi	82
B.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konu Yönünden Yetkisi	82
C.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yer Yönünden Yetkisi	84
D.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Zaman Yönünden Yetkisi	85
3.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN GÖREV ALANI ..	86
A.	Devlet Başvuruları	87
B.	Bireysel Başvurular	89
4.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE BAŞVURU	92
5.	BAŞVURUNUN KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARI	94
A.	İç Hukuk Yollarının Tüketilmiş Olması	94
B.	Başvurunun Altı Aylık Süre İçinde Yapılmış Olması	102
C.	Diğer Kabul Edilebilirlik Koşulları	102
6.	BAŞVURUNUN KABUL EDİLEBİLİRLİK İNCELEMESİ	103
7.	ESAS HAKKINDA İNCELEME	105
8.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN GEÇİCİ TEDBİRLER ALMA YETKİSİ	107
9.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ KESİNLEŞMESİ	109

10.	AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ	110
VI.	AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE 14 NO'LU PROTOKOLLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER	115

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ

I.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ	130
II.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ YÖNTEMLERİ.....	138
1.	İHLALİ GİDERİCİ BİREYSEL YÖNTEMLER	144
A.	Tazminat	144
B.	Yargılamanın Yenilenmesi	145
a.	Yargılamanın Yenilenmesi İçin Gerekli Koşullar	159
aa.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya Ek Protokollerden En Az Birisi İhlal Edilmiş Olmalıdır	159
bb.	İhlal, Kesinleşmiş Bir Yargı Yeri Kararından Kaynaklanmalıdır	160
cc.	İhlal, Ancak Yargılamanın Yenilenmesi Yoluyla Ortadan Kaldırılabilir	162
dd.	Başvurucu Tarafından Yargılamanın Yenilenmesi Talep Edilmiş Olmalıdır	163
ee.	Yargılamanın Yenilenmesi Talebi Süresi İçinde Yapılmalıdır	163
b.	Yargılamanın Yenilenmesi Usulü	164

C.	Diğer Bireysel Yöntemler	169
2.	İHLALİ GİDERİCİ GENEL YÖNTEMLER	170
A.	Bilgilendirme	170
B.	Mevzuat Değişiklikleri	171
C.	İçtihat Değişikliği	172
III.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKUMUZA ETKİLERİ	173
1.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İDARİ YARGILAMA SÜRECİNE ETKİLERİ	181
A.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukta Verilmiş Olan Kesin Hükme Etkisi	186
B.	İç Hukuk Yolları Tüketilmeden Yapılan Bireysel Başvurunun İdari Yargılama Sürecine Etkisi	187
2.	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NCE TÜRKİYE HAKKINDA VERİLEN VE TÜRK İDARE HUKUKUNU İLGİLENDİREN KARAR ÖRNEKLERİ	188
A.	Yaşama Hakkı	188
B.	İnsan Hakları İhlallerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Verilen Karar Örnekleri	195
C.	İhlale Neden Olan Kamu Görevlisine Rücu Sorunu	201
D.	Hak Arama Özgürlüğü ve Adil Yargılanma Hakkı	206
a.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilen İdari Uyuşmazlıklar	209
aa.	Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlgili Uyuşmazlıklar Kapsamında Değerlendirilen İdari Uyumazlıklar	209

bb.	“Suç İsnadı” ile İlgili Uyuşmazlıklar Kapsamında Değerlendirilen İdari Uyumazlıklar..	216
cc.	Vergi Uyuşmazlıkları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	219
dd.	Seçim Uyuşmazlıkları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	221
b.	Adil Yargılanma Hakkının Unsurları ve İdari Yargının Değerlendirilmesi	222
aa.	Dava Hakkı (Mahkeme Önünde Hak Arama) ve İdari Yargı	222
bb.	Kanunla Kurulmuş, Tarafsız ve Bağımsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı	227
cc.	Davanın Makul Bir Süre İçinde Görülmesi	231
dd.	Yargılamanın Açık (Aleni) ve Duruşmalı Olması	240
ee.	Yargılamanın Hakkaniyete Uygun (Adil) Olması	242
ff.	Silahların Eşitliği İlkesi	242
gg.	Gerekçeli Karar İlkesi	250
c.	Adil Yargılanma İlkesi Bağlamında Türk İdari Yargısında Yapılması Gerekenler	254
E.	İfade Özgürlüğü	260
F.	Etkili Başvuru Hakkı	262
G.	Mülkiyet Hakkı	266
H.	Eğitim ve Öğrenim Hakkı.....	272
	SONUÇ	276
	KAYNAKÇA	289
	ÖZET	300
	ABSTRACT.....	302

KISALTMALAR

a.g.b.	: Adı Geçen Bildiri
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYİMK	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararı
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
C	: Cilt
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DD	: Danıştay Dergisi
DKD	: Danıştay Kararları Dergisi
E.	: Esas
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İHY	: İnsan Hakları Yıllığı
K.	: Karar
S	: Sayı

S	: Sayfa
MBD	: Mülkiyeliler Birliği Dergisi
Md	: Madde
Y	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu devletler tarafından 4 Kasım 1950'de imzalanmış ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. TBMM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 1954'te onaylamıştır ve Sözleşme Türkiye için, 18 Mayıs 1954'te yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz, 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. Türkiye, 28 Ocak 1987'de 11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 22 Ocak 1990 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere bireysel başvuru hakkını, 25 Eylül 1989 tarihli ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11 nolu Protokolü ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bugünkü yapısı oluşturulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne artan oranda başvuru yapılması dolayısıyla Mahkemenin iş yükünün artması, Sözleşme'ye taraf olan ülke sayısının artması karşısında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile oluşturulan denetim sistemini daha etkinleştirmek amacıyla, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 Nolu Protokol 13 Mayıs 2004 tarihinde Sözleşmeye taraf Devletlerin imzasına açılmıştır. Türkiye de 1.6.2006 tarihli, 5512 sayılı Kanunla söz konusu protokolün onaylanmasını uygun bulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararların daha çok adli yargı, özellikle de ceza yargısına ilişkin olanları ülkemizde bilinmekte ya da ilgi çekmektedir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sadece adli yargıyla ilgili kararlar vermemekte, idari yargı ile ilgili pek çok uyuşmazlık da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülmektedir. Bu uyuşmazlıkların

diğerleri kadar bilinmemesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında idari yargının durumuyla ilgili bir çalışma yapmak ihtiyacı duyulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Kararların Bağlayıcılığı ve Uygulanması*" başlıklı 46.maddesi, "*1.Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. 2.Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.*" hükmünü içermektedir. Bu hükme göre Mahkeme kararları bağlayıcıdır.

Anayasanın 90.maddesinde "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk iç hukukunun bir parçası olmuştur. Sözleşmenin bireylere temel hak ve özgürlükler tanıyan normları, Türk Mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanabilir üstün nitelikteki hukuk kurallarıdır. 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı kanunla Anayasada yapılan değişiklikle 90.maddenin son fıkrasına "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" hükmü getirilmiştir. 5170 sayılı Kanunun 90.maddeye ilişkin madde gerekçesinde "Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmekte" olduğu belirtilmiştir. Söz konusu hüküm, hukukumuzda uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda devam eden tartışmalar sona erdirmese de, yargı yerlerine, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeleri dikkate almak ve bu sözleşme hükümleri ile kanunlar

arasında çelişki olduğu takdirde, uyuşmazlığı sözleşme hükümlerini doğrudan uygulamak suretiyle çözümlenmek imkânı getirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Türk İdari Yargısına etkilerini inceleyebilmek için öncelikle Türk hukukunda uluslar arası antlaşmalara ilişkin yasal düzenlemeleri ve uluslar arası antlaşmaların hukukumuzdaki yerini incelemek gerekmektedir. Çünkü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir uluslar arası antlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Bu nedenle birinci bölümde hukukumuzda milletlerarası antlaşmaların kabulü usulü ve milletlerarası antlaşmaların normlar basamağındaki yeri incelenmiş, bu konuda 2004 yılında Anayasamızın 90 ıncı maddesinde yapılan değişiklik de dikkate alınarak, doktrindeki görüşler ve ulusal yargı kararlarına yer verilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hukukumuzdaki yeri belirlenmeye çalışılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özellikleri, hukuki niteliği, idare hukuku ve idari yargıdaki hukuki dayanakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 11 nolu Protokolle oluşturulan yapısı ve 14 nolu Protokolle getirilen değişiklikler de incelenmiştir.

İkinci bölümde ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının yerine getirilmesi yöntemleri incelenmiş, özellikle, 15.7.2003 günlü, 4928 sayılı Kanunla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53.maddesine getirilen değişikliklerle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararların yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiş olması nedeniyle, yargılamanın yenilenmesi konusuna egemenlik kavramı ile karşılaştırma yapılarak geniş yer verilmiştir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin idare hukukunu, idari yargıyı ilgilendiren kararlarına yer verilerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukumuza ve idari yargıya olan etkileri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde idari yargılama sürecine ilişkin olarak adil yargılanma ilkesi üzerinde durulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ulusal idari yargıda yargılamanın makul sürede yapılmadığı gerekçesiyle

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Adil yargılanma hakkını” düzenleyen 6.maddesinin ihlal edildiği yönünde kararlar verilmekte, ülkemiz bu yüzden önemli miktarlarda tazminat ödemek durumunda kalmaktadır. İdari yargıda da çeşitli nedenlerle davalar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aradığı anlamda, makul sürede sonuçlandırılmamaktadır.

Ayrıca, idari yargıdaki uyuşmazlıkların Danıştay aşamasında bulunan savcılık ve tetkik hakimliği kurumları da, adil yargılama ilkesinin unsuru olan, silahların eşitliği ilkesi bağlamında tartışılabilir. Çünkü duruşmalı işlerdeki savcı düşüncesinin duruşmada açıklanması dışında savcı ve tetkik hakimi düşünceleri davanın taraflarınca bilinmemekte, taraflar bu düşünceleri kararlarla birlikte görmektedir. Bu da tarafların bu düşüncelere karşı bir görüş ileri sürememeleri ve Danıştay dava dairesince bu karşı görüşler bilinmeden karar verilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Aynı şekilde, idari yargıdaki “re’sen araştırma ilkesi” genelde taraflara (özellikle idare karşısında zayıf durumda bulunan bireylere) faydalı olmakla birlikte zaman zaman da aleyhe durumlar doğurmaktadır. Bu çerçevede davalı idareler, davaya karşı yaptıkları savunmalarda bilgi ve belge saklama yoluna gitmekte, mahkemelerce istenmesi üzerine dosyaya sunulan bilgi ve belgeler davacılar tarafından incelenmeden, değerlendirilmeden karar verilmektedir. Kanımızca bu durum da, “silahların eşitliği” ilkesine aykırılık oluşturabilir.

Bu hususların yanında yaşama hakkı bağlamında idarenin sorumluluğu ve kamu personeline rücu konusu, mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü konularına da idari yargıyı ilgilendirdiği ölçüde yer verilmiştir.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni imzalamış ama bu Sözleşmeyi hayata geçirmede çok başarılı olamamıştır, insan hakları ihlalleri nedeniyle yüklü miktarda tazminat ödemek zorunda kalmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 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, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda anlaşılacak Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve diğer mahkemelerce uygulanması ve bağımsız ölçü norm olarak kullanılması gerekmektedir. Bu tezde özellikle vurgulamak istediğim husus budur.

Bu tezin konusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Etkileri olduğundan, konu bakımından, ülkemizde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları doğrultusunda adli yargıda, gerek mevzuatta gerekse yargı kararlarında meydana gelen değişiklikler, temel hak ve özgürlüklerin yargı dışı siyasi ve/veya idari mekanizmalarla korunması ve bu kapsamda ülkemizde oluşturulan kuruluşlar çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur. Yine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen hak ve özgürlüklerin tamamına yer verilmemiş, idari yargıda görülen uyuşmazlıkları ilgilendirdikleri ölçüde, örneğin mülkiyet hakkı gibi, bu hak ve özgürlüklerin bazıları açıklanmıştır. Ayrıca, çalışmamızda Türk idari yargı yerlerinin yapısına, tezimizin hacmini genişletmemek amacıyla ve söz konusu yapının ilgili kişilerce bilindiği düşüncesiyle yer verilmemiş, ancak, adil yargılanma ilkesi anlatılırken, mahkeme kavramı, mahkemelerin bağımsızlığı, yargıç güvencesi gibi başlıklar altında Türk idari yargı yerlerinin yapısı ve nitelikleri anlatılmıştır.

Çalışmamızda, 11 Nolu Protokolün kabulünden sonraki dönem itibariyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapısı incelenmiş ve bu döneme ait kararları araştırılmış olup, 11 Nolu Protokolün yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihinden önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle kurulan denetim sisteminin organları olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın yapısı anlatılmamıştır. Ancak, bu organların Türkiye hakkında verdikleri bazı kararlara konumuzu ilgilendirdiği için yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

İnsan hakları, insanların hiçbir ayırım gözetilmeksizin, sadece insan olmaları sebebiyle, insanlık onurunun gereği olarak sahip oldukları hak ve özgürlüklerin bütünüdür. Ancak, bu hak ve özgürlüklerin içeriği, dini inanç, felsefi düşünce, kültürel farklılıklar nedeniyle zaman ve yer yönünden değişiklik göstermekte ve tarihsel süreç içinde de değişime uğramaktadır.

İnsan hakları, esas olarak, kişinin özgürlük, onur ve saygınlığını koruma altına alan haklardır.¹

Özgürlük, bir şeyi yapma ya da yapmama serbestliği anlamına gelir. Başka bir deyişle özgürlük, devlet veya başka bir güç tarafından, herhangi bir şekilde zorlanmamayı, baskı altında tutulmamayı ifade eder.

Hak kavramı ise, özgürlükten daha geniş bir anlam taşır. Hukukî bir terim olarak hak, yalnızca serbest olmayı değil; onunla birlikte, devletten ve

¹ KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 1993, s.3-13; SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 5.Baskı, İstanbul 1979, s.118-119; TANÖR, Bülent: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3.Baskı, İstanbul 1991, s.13 vd; KABOĞLU, İbrahim Ö. : Özgürlükler Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2002, s.13 vd; ERGÜL, Ergin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, 2.Baskı, Ankara 2004, s.XIX ; ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuk, 1.Baskı, Ankara 2007, s.18; YÜKSEL, Mehmet: "Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 15 Kasım 2000, Sayı 108, s.19.

toplumdan bazı taleplerde bulunabilme yetkisini de içerir.²

Doktrinde insan hakları kavramı çeşitli sınıflandırmalarla açıklanmaktadır. En genel sınıflandırma Jellinek tarafından ortaya konan “negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları” sınıflandırmasıdır. Negatif statü hakları, devlet karşısında bireyi korumayı amaçlar. Eşitlik, can ve mal güvenliği, düşünce ve ifade özgürlüğü gibi geleneksel haklar bu gruba girmektedir. Pozitif statü hakları, sosyal devlet anlayışına ve bireyin devletin sunduğu imkânlardan yararlanma hakkına dayanmaktadır. Ancak bireyin bu konudaki talep hakkı devletin ekonomik ve mali imkânları ile sınırlıdır. Aktif statü hakları ise seçme ve seçilme hakkı, siyasi parti kurma hakkı, kamu görevine girme hakkı gibi bireyin aktif olarak siyasi yaşama katılma haklarını içerir.³

“Temel haklar ve özgürlükler” terimi ise, Türk Hukukunda, Anayasa tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri anlatmak için kullanılmaktadır. Yani hukuk düzenince tanınıp koruma altına alınan ve güvenceye bağlanan hakları dile getirmektedir. Anayasamıza göre, temel hak ve ödevler herkesin kişiliğine bağlı olarak sahip olduğu, başkasına devredilemeyen, rıza ile dahi vazgeçilemeyen hak ve hürriyetlerdir.

Yukarıda sözü edilen terimlere karşılık, insan hakları, devlet tarafından tanınmış olsun veya olmasın, anayasalarda güvence altına alınsın veya alınmasın, kişilerin, toplulukların, yurttaşların ve yurttaş olmayanların, kısacası tüm insanların kullanabileceği bütün hak ve özgürlükleri içerir. İnsan hakları, dil, din, ırk, cinsiyet, ekonomik, sosyal ve benzeri bakımlardan hiçbir ayırım gözetilmeksizin, bütün insanların yalnızca insan olmalarından dolayı, insanlık onurunun gereği olarak sahip olmaları gereken hakların tümüdür. Bu haklar, bütün insanlık için ortak değerler ve gerçekleştirilmesi gereken ortak

² KAPANİ, Münci: a.g.e.s.3-13; YÜKSEL, Mehmet: a.g.m., s.20.

³ ÜNAL, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara 2001, s.26-27.

ideallerdir.⁴

İkinci Dünya Savaşı öncesine kadar devletlerin vatandaşlarına nasıl davrandıkları ilgili devletin iç işi sayılarak bu konuda herhangi bir müdahalede bulunulamayacağı kabul edilmiştir. Ancak İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan akıl almaz insan hakları ihlalleri neticesinde, bu görüş değişmiş, insan haklarının evrenselleştirilerek milletlerarası hukuk tarafından korunması gerektiği düşüncesine ulaşılmıştır.

Bu alandaki ilk girişim 10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler tarafından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilânı olmuştur.

İnsan haklarının ağır bir şekilde ihlâl edildiği Avrupa'da da, bu konuda Mayıs 1948'de Lahey'de Avrupa Kongresi toplanmış, bu Kongre tarafından "Avrupalılara Mesaj" başlıklı bir bildiri kabul edilmiştir. Söz konusu bildiride, "Bölgesinde kişilerin, fikirlerin ve malların serbestçe dolaşabileceği bir Avrupa istiyoruz. Düşünce, düşünceyi açığa vurma ve toplantı özgürlüğüyle, siyasi muhalefet yapılmasını güvence altına alacak bir Şart ve bunun uygulanmasını sağlamak üzere, gereken yaptırımları uygulayacak bir mahkeme istiyoruz." ifadelerine yer verilmiştir.⁵

Bu bildiri üzerine, 5 Mayıs 1949'da Avrupa Kongresi Avrupa Konseyi statüsüne kavuşturulmuş ve Türkiye bu statüyü 1949'da imzalamıştır. 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. Ayrıca, Statünün 3'üncü maddesinde Avrupa Konseyi'ne üyeliğin ön şartı şu şekilde belirtilmiştir:

"Avrupa Konseyi'ne üye olan her devlet, hukukun üstünlüğü ilkesini kabul etmek ve ülkesinde yaşayan herkesin temel hak ve özgürlüklerden

⁴ YÜKSEL, Mehmet: a.g.m., s.20-21.

⁵ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.1.

yararlanmasını sağlamak zorundadır.”⁶

Avrupa Konseyi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hazırlanmış, Sözleşme 4 Kasım 1950’de imzaya açılmış ve 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur. 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun 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.⁷

Türkiye Avrupa Konseyi’ne 13 Nisan 1950’de üye olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’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 ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) yargı yetkisi kabul edilmiştir.⁸

“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, 15 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

⁶ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.1.

⁷ ERMUMCU, Osman: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri”, s.1. www.adalet.org/bekran1.php?idno=1075

⁸ SELÇUK, Sami: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması”, Yargıtay Dergisi Temmuz 1999, Cilt 25, Sayı 3, s.400.

⁹ ÇETİNTÜRK, Ekrem: “Avrupa Konseyi ve İnsan Haklarının Korunması”, Adalet Dergisi, Yıl 95, Mayıs 2004, Sayı 19, s.21-22.

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE GÜVENCE ALTINA ALINAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme olarak anılacaktır.), “dünyada barışın ve adaletin asıl dayanağını oluşturan” temel özgürlüklerin, gerçekten demokratik olan bir siyasal rejime ve “insan hakları ortak anlayış ve saygısına” dayandığı inancı üzerine kurulmuştur.¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 3 bölüm ve 59 maddeden oluşmakta olup, birinci bölümde 2 ve 18'inci maddelerde “Haklar ve Özgürlükler”, ikinci bölümde 19 ve 51'inci maddeler arasında, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM veya Mahkeme olarak anılacaktır.) Kuruluş ve Çalışma Usulü”, üçüncü bölümde ise çeşitli hükümler düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların bir kısmı Sözleşmede belirtilmiş, bir kısmı ise sonradan kabul edilen ek protokollerde yer almıştır. Sözleşmede tanınan temel hak ve özgürlüklerin sayısı ve sözleşme kapsamı daha sonra kabul edilen ek protokollerle genişletilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan temel hak ve özgürlükler ve bunların 1982 Anayasasındaki karşılık maddeleri şu şekildedir:¹¹

-Yaşama hakkı (Sözleşme m.2, Anayasa, m.17/1)

-İşkence yapma, insanlık dışı ve haysiyet kırıcı davranışta bulunma ve ceza verme yasağı (Sözleşme m.3, Anayasa 17/3)

-Kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve angarya yasağı (Sözleşme m.4,

¹⁰ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.67.

¹¹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 6.Bası, Ankara 2005, s.12.

Anayasa m.18)

-Özgürlük ve kişi güvenliği hakkı (Sözleşme m.5, Anayasa m.18)

-Adil yargılanma hakkı (Sözleşme m.6, Anayasa m.138 vd.)

-Suç ve cezaların kanuniliği (Sözleşme m.7, Anayasa m.38)

-Özel hayat ve aile hayatının gizliliği, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı hakkı (Sözleşme m.8, Anayasa m.20,22)

-Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (Sözleşme m.9, Anayasa m.24/25)

-Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (Sözleşme m.11, Anayasa m.33, 34, 51)

- Evlenme ve aile kurma hakkı (Sözleşme m.12, Anayasa m.41)

-Hak arama özgürlüğü (Sözleşme m.13, Anayasa m.36,40)

Ek Protokollerde yer alan yer alan temel hak ve özgürlükler ve bunların 1982 Anayasasındaki karşılık maddeleri şu şekildedir:

1'inci Protokol

Türkiye tarafından 18.05.1954 tarihinde onaylanmıştır.

-Mülkiyet hakkı (Protokol m.1, Anayasa m.35)

-Eğitim ve öğrenim hakkı (Protokol m.2, Anayasa m.42)

-Serbest seçim yapma hakkı (Protokol m.3, Anayasa m.67)

2'nci Protokol

26.12.1967 tarihli bu protokolle Mahkemeye, sözleşme hükümlerinin

yorumu konusunda istişari görüş bildirme yetkisi tanınmıştır.

3'üncü Protokol

26.12.1967 tarihli bu Protokolle İnsan Hakları Komisyonu'nun çalışma usulü yeniden düzenlenmiştir.

4'üncü Protokol

16.9.1963 tarihli bu Protokolü Türkiye 23.2.1994 tarihinde onaylamıştır.

-Sözleşmeden doğan bir yükümlülük için kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı

-Serbest dolaşım ve yerleşme hakkı (Protokol m.2, Anayasa m.23)

-Vatandaşların sınırdışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı(Protokol m.3, Anayasa m.23/6)

-Yabancıların topluca sınırdışı edilmesi yasağı

5'inci Protokol

29.09.1971 tarihli bu Protokolle, Sözleşmede, Komisyon ve Divan üyelerinin yarısının üç yılda bir yenilenmesi yönünde değişiklik yapılmıştır.

6'ncı Protokol

28.04.1983 tarihli Protokol ile ölüm cezası kaldırılmıştır.

7'nci Protokol

22.11.1984 tarihli Protokol ile yabancıların haklarına ve yargılama hukukuna ilişkin olarak, bir ülkede yasal olarak bulunan yabancıların sınırdışı

edilmesi yasağı, bir suçtan hüküm giyen kimsenin bir üst mahkemeye başvurma hakkı, haksız hüküm giyen kişiye tazminat ödenmesi, aynı suçtan dolayı yeniden yargılanma yasağı, evlilikte eşlere hak eşitliği konuları düzenlenmiştir.

8'inci Protokol

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulüne ilişkin değişiklikler yapılmıştır.

9'ncu Protokol

6.11.1990 tarihli Protokol ile Komisyona şikâyette bulunan bireylere de Mahkemeye başvuru yolu açılmıştır.

10'uncu Protokol

25.3.1992 tarihli Protokolle Bakanlar Kurulu'nun basit çoğunlukla karar alacağı düzenlenmiştir.

11'inci Protokol

11.5.1994 tarihli bu Protokolle, Sözleşmenin denetim mekanizması yeniden yapılandırılmış, sürekli ve tam gün esasıyla çalışan tek bir mahkeme getirilmiştir.

11.05.1994 tarihli Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 11 Nolu Protokol ile daha önce Komisyon ve Divan'dan oluşan ikili ve süreli denetim sistemi yerine, tek mahkemeden (İnsan Hakları Mahkemesi) oluşan sürekli denetim sistemi getirilmiş, 11 Nolu Protokole göre oluşturulan yeni Mahkeme 3 Kasım 1998'de görevine başlamıştır. Söz konusu Protokol Sözleşmeyle birlikte Ek Protokollerin tümünü değiştirmiş ve 8'inci Protokolü de yürürlükten kaldırmıştır.

12'nci Protokol

Roma'da 4.11.2000 tarihinde kabul edilmiş olup, Sözleşmenin 14.maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına değişiklik getirilerek söz konusu yasağın kapsamı genişletilmiştir.

13'üncü Protokol

3.5.2002 tarihinde Vilnius'ta imzalanmıştır. Söz konusu Protokolle her durumda ölüm cezasının kaldırılması amaçlanmıştır ve bu protokol hükümlerine hiçbir istisna getirilemeyeceği ve çekince konulamayacağı düzenlenmiştir. Türkiye 9.1.2004 tarihinde imzalamıştır.

14'üncü Protokol

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 Nolu Protokol 13 Mayıs 2004 tarihinde Sözleşmeye taraf Devletlerin imzasına açılmıştır. Türkiye de 1.6.2006 tarihli, 5512 sayılı Kanunla¹² söz konusu protokolün onaylanmasını uygun bulmuştur. Bu Protokolle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iş yükünün azaltılması ve kararlarının yerine getirilmesinde etkinliğin sağlanması yönünde değişiklikler getirilmiştir.

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ

Uluslararası sözleşmeler, genelde uluslararası hukuk özneleri olan devletler arasındaki ilişkileri düzenlerler ve ülke çıkarlarını gözetirler. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özneleri herkeştir, her insandır. Çünkü bu insan hakları sözleşmesidir. Bu konuda yurttaş-yabancı ayırımı

¹² RG. 6.6.2006, Sayı: 26190, <http://rega.basbakanlik.gov.tr>.

yapılamaz. Sözleşme'ye katılmamış ülkelerden Sözleşme'yi benimsemiş ülkelere gelen kişiler de bu Sözleşme'den yararlanırlar. Sözleşme bu durumuyla uluslararası hukuk alanında yenilikler getirmiş, bireyi devlete karşı hak öznesi kılmış ve güçlendirmiştir. Sözleşme'nin 1 inci maddesinde geçen "her kişi" deyişi, hem yukarıdaki nitelikleri, hem de Sözleşme'nin evrenselliğini içermektedir.¹³ Her şeyden önce Sözleşme, koruma altına aldığı hak ve özgürlükler açısından bireye, uluslararası bir güvence sağlamaktadır. Hakkının ihlal edildiğini ve ulusal yargı mercileri nezdinde hakkını alamadığını düşünen birey, Sözleşme gereği, AİHM önünde hakkını arayabilecektir. Bu şekilde, bireyler, uluslararası hukuk süjesi haline gelmiştir.

Bireysel başvuru hakkı, Sözleşme ile getirilen denetim sisteminin en önemli parçasıdır. Sözleşme'de öngörülen bu düzenleme sayesinde, kişiler, devlete karşı etkin bir şekilde korunabilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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.¹⁴ Sözleşme, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak bir denetim ve yaptırım mekanizması kurmuştur. Denetim mekanizmasını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, âkit devletlerdeki insan hakları ihlallerine ilişkin şikâyetleri inceleyerek, kararlarını gereği yapılmak üzere Bakanlar Komitesi'ne sunmaktadır.¹⁵ Sözleşmeyle, bireylere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânı tanınmıştır. Temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireyler, ihlalci devleti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikâyet edebileceklerdir. Ayrıca, Mahkeme kararlarına uyulup uyulmadığı Bakanlar Komitesince takip

¹³ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.13-17.

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.16.

¹⁵ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.5.

edilmekte, ihlali sürdüren ilgili devlete yaptırım uygulanabilmektedir. Bu durum, Sözleşmeyi diğer uluslararası sözleşmelerden ayıran en önemli özelliklerden birisidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni milletlerarası antlaşmalardan farklı kılan unsur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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.¹⁶ Bu çerçevede Sözleşme'nin amacı, kişi haklarının korunması için bağımsız bir hukuk düzeni kurulmasıdır.

Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunmasından Sözleşme'ye taraf olan devletler tek tek sorumlu tutulmuştur. Her sözleşen devlet, diğer taraf devletlerin Sözleşme'ye saygılı olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, yalnız kendi vatandaşlarını veya kendi çıkarlarını koruma amacına yönelik değil, Sözleşme'nin uygulama alanı içinde bulunan herkesin haklarına ve genel olarak da Sözleşme'ye saygı gösterilmesi amacına yöneliktir. Böylece Sözleşme ile insan hakları alanında bir "Avrupa kamu düzeni" oluşturulmaktadır.¹⁷ Bu nedenle, "ortak güvence" olarak da adlandırılan devlet başvurusu yolu tanınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanması açısından vatandaşlık önemli değildir. Sözleşme, sözleşmeyi imzalayan devletlerde bulunan vatandaş veya yabancı hakkında uygulanır. Sözleşmenin 1'inci maddesine göre, Sözleşmeyi imzalayan devletler, kendi yetki alanlarında bulunan herkese sözleşmede belirtilen temel hak ve özgürlükleri tanımak yükümlülüğü altındadır.

Sözleşmenin 1'inci maddesine göre, taraf devletlerin, Sözleşmeyle teminat altına alınan temel hak ve özgürlükleri kendi iç hukuklarına dahil

¹⁶ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.15.

¹⁷ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.14.

etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Sözleşme'nin diğer bir özelliği de sağladığı güvencenin ikincil olmasıdır. Sözleşme'de öngörülen bir hakkın ihlâl edildiğini düşünen kişinin, kural olarak, önce ulusal başvuru yollarını tüketmesi gerekir. Sözleşme'nin 35'inci maddesinde başvuruların kabul edilebilirlik koşulları arasında "Uluslararası Hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye" başvurulması şart koşulmuştur. İnsan haklarının ulusal hukuk tarafından korunması asıldır. 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.¹⁸

İkincil oluşun bir başka önemli sonucu da Sözleşme organları kararlarının hiçbir zaman iç hukuk makamları kararlarının yerine geçemeyişi ve yargı kararlarını bozucu etki yapamayışıdır.¹⁹ İç hukuk makamları, Sözleşme organları kararlarının uygulanması amacıyla gerekli önlemleri kendi iç hukuk kuralları doğrultusunda almak durumundadırlar. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ayırt edici özelliklerinden biri de imzalandığı günden bugüne kadar, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve hürriyetlerin içeriğinin, İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında belirlenerek geliştirilmesidir. Sözleşme durağan bir metin değildir. Demokrasinin gelişimi ve değişen dünya düzeni dikkate alınarak, eklenen yeni protokollerle, hak ve özgürlüklerin sınırı genişletilmekte ve nitelikleri arttırılmaktadır.

"Sözleşmenin belirli karakterlerini dikkate alarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birkaç yorum prensibi getirmiştir. Bu prensiplerden en önemlileri şunlardır:

¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.15.

¹⁹ AKILLIOĞLU, Tekin: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl 1989, Cilt 44, s. 165.

İlk olarak, millî 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 millî hukukun bu kavramlara verdiği anlamla özdeşleştirilecek olursa, çeşitli taraf devletlerin millî hukukları farklı şekillendiğinden dolayı Sözleşme sistemi altında eşit olmayan bir koruma söz konusu olurdu. Bu tür bir eşitsizlikten kaçınmak ve Sözleşmede korunan haklar açısından ülkeler arası tutarlılığı sağlamak amacıyla Mahkeme, Sözleşmede kullanılan terimlerin iç hukuklardaki anlamlarından bağımsız olduklarını kabul etmiştir. Bununla birlikte, ilgili devletlerin yasaları büsbütün önemsiz değildir; 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. Millî 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.”²⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirilebilir. Örneğin Sözleşmenin 15’inci 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 de çelişkili olmamak kaydıyla, sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranabilir. Bu durumda, alınan tedbirler ve bunları gerektiren sebepler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bilgi verilecektir.

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, o da 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. Yaşama 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’inci maddenin 2’nci fıkrasında da savaş veya bir milletin varlığını tehdit eden diğer tehlike hallerinde bile, söz konusu haklara saygı gösterileceği açıkça belirtilmiştir.²¹

Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya ferde, bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya Sözleşmede

²⁰ BIÇAK, Vahit: “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.

²¹ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.71.

öngörüldüğünden daha geniş ölçüde bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya matuf bir hak sağladığı şeklinde yorumlanamaz (AİHS md.17).

Sözleşmeye kanunla değişiklik getirilemez. Sözleşmeler kendi koydukları kurallara göre değiştirilebilir, kaldırılabilir. Devletler tek yanlı olarak sözleşmeyi değiştiremezler. Sözleşme devletlerin çekince koyma haklarını da sınırlandırmıştır.

Sözleşme'nin diğer önemli bir özelliği 57'nci maddesinde yerini almıştır. Buna 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.

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 no'lu ek Protokolün 4'üncü maddesinde, Sözleşme'nin 57'nci maddesine dayanılarak bu Protokol'ün hükümleriyle ilgili hiçbir çekince konulamayacağı belirtilmiştir.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ

1. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN ULUSAL HUKUKTAKİ YERİ: TEORİK TARTIŞMA

A. Tekçi (Monist) Görüş

Bu görüş, Georges Schelle ve Hans Kelsen tarafından savunulmuştur. "G.Schelle, monist görüş içerisindeki gerçekçi okul görüşünü savunmaktadır. Schelle, uluslararası hukuk ile ulusal hukukun sürekli bir çatışma içinde olmayacağını, aksi takdirde, uluslararası toplum çerçevesinde toplumlararası dayanışmanın sağladığı ortak yaşam olanağının ortadan kalkacağını savunmaktadır. Oysa, toplumsal yaşam insanın doğasında varolduğuna göre, bu iki hukuk düzeninin sürekli çatışması olanağı yoktur. Bu nedenle, uluslararası hukuk kuralları ulusal hukukun üstünde yer alacak ve ulusal hukuk uluslararası hukuka bağımlı olacaktır.

Monist görüş içerisindeki normcu okul görüşünü savunan H.Kelsen ise son kertede 'pacta sunt servanda' ilkesine dayanmaktadır. Böyle olunca, 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, H.Kelsen için uygulanan hukukun varlığı, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün olması ile olanaklıdır. Zira, birbiriyle eşit bir biçimde varolan 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 bulunmaktadır.”²²

Monist görüşe göre uluslararası sözleşmeler devletlerce onaylandığı anda, başkaca bir işleme gerek olmadan, doğrudan ulusal hukukun bir parçası haline gelmektedir.

B. İkici (Düalist) Görüş

Düalist görüşü savunan H.Triepel’e göre, “ulusal hukukla, uluslararası hukukun farklı sosyal ilişkileri düzenlemeleri ve farklı kaynaklardan gelmelerinden dolayı iki ayrı hukuk düzeni olmasına dayanarak açıklamaktadır. Bu iki hukuk sisteminin kaynakları arasında bir ayniyet, kurallar çatışmasının söz konusu olamayacağını, bir düzene ait kuralın muhtevasının diğerinde geçerli kılınması isteniyorsa, bunun uygulanacak olan düzenin kural koyma usulüne göre yeniden vazedilmesi gerektiğini belirtmektedir.”²³

Düalist görüşe göre, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk birbirinden farklı ve tamamen bağımsızdır. Bu nedenle, uluslararası bir sözleşmenin ulusal hukukta geçerlilik kazanabilmesi için, yasama organının, ulusal hukukta belirlenmiş kurallara göre söz konusu sözleşmeyi kabulü gerekmektedir.

²² PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 5. Baskı, Ankara Nisan 2007, s.20-21.

²³ TOLUNER, Sevin: Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İstanbul 1973, s.23.

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TARAF ÜLKE HUKUKLARINDAKİ YERİ (KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinde taraf devletlerin Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri yetki alanları içindeki bireylere sağlamakla yükümlü oldukları belirtilmektedir. Bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği devletlere bırakılmıştır. Ancak devletlerin söz konusu yükümlülüklerini gerçekleştirmek için seçecekleri yollar Sözleşmeye uygun olmalıdır. Başka bir deyişle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi devletlere Sözleşmeyi iç hukuk kurallarının bir bölümü haline getirmek ya da Sözleşmenin ulusal alanda doğrudan uygulanmasını sağlamak gibi bir yükümlülük getirmez. Dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuk arasındaki ilişki açısından monist (birinci) ya da düalist (ikinci) sistemlerden hangisini benimseyeceği her devletin kendi sorunudur. Nitekim bu konuda devletlerin uygulaması da farklıdır. Almanya, İngiltere ve Nordik ülkelerinin ikinci sistemi yeğlemelerine karşılık; Fransa, Hollanda gibi diğer Avrupa ülkeleri birinci sistemi benimsemişlerdir.²⁴

Almanya'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 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. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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 kararlarında, Anayasada öngörülen temel hakların yalnızca Avrupa İnsan

²⁴ TÜRMEEN, Rıza: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, www.anayasa.gov.tr/anayargi/ayrg2000html, s.32-33.

Hakları Sözleşmesi'ne değil, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.²⁵

Monist görüşü benimseyen Avusturya'da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İsviçre uygulama ve öğretisinde normlar hiyerarşisindeki yeri tartışmalı olup, bu soruna açıklık getirilememiştir. Uygulamada genellikle Sözleşmenin "yasa" çerçevesine sahip olduğu kabul edilmekte; ancak lex posterior derogat legi priori ilkesi uyarınca sonradan yürürlüğe giren yasanın Sözleşme ile olası çatışmasını önlemek için "Sözleşme'ye uygun yorum" yöntemine başvurulmaktadır. Öğretide baskın görüş, Sözleşmenin yasa üstü bir çerçeveye sahip olduğu doğrultusundadır.²⁶

Fransa'da da monist görüş benimsenmiştir ve Fransız Anayasasının 55'inci maddesine göre, usulüne göre kabul edilen sözleşmeler kanun gücünde kabul edilirler.

Monist görüşü benimseyen Belçika'da, sözleşmelerin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ulusal kanunlara göre önceliğe sahip olduğu kabul edilmektedir.

"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,

²⁵ TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Birinci Baskı, Ankara 2004, s.64.

²⁶ TEZCAN, Durmuş- Mustafa Ruhan ERDEM- Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.65.

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.”²⁷

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, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde denetlenmekte ve bu yolla Sözleşme iç hukuktaki değerinden bağımsız olarak taraf devletlerin iç hukukuna nüfuz etmektedir.²⁸

3. TÜRK HUKUKUNDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YERİ

A. Anayasalarımızda Uluslararası Sözleşmelerin Yeri

1921 Anayasasında yasama, yürütme ve kısmen de yargı erkleri TBMM'de toplanmış ve uluslararası sözleşmeler de TBMM tarafından akdedilmiş ve yasa gücünde kabul edilmiştir.

1924 Anayasası döneminde, meclis hükümeti ile parlamenter sistem

²⁷ TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.65.

²⁸ TEZCAN, Durmuş- Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.65.

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 Anayasasının "Cumhurbaşkanımilletlerarası anlaşmaları onaylar ve yayınlar" hükmüne yer veren 97'nci maddesiyle, sözleşmeleri onaylama yetkisi yürütme organına aittir ve 65'inci maddede gösterilen istisnalar dışında parlamentonun onaylamayı bir kanunla uygun bulması gerekmektedir. 65/5 maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı belirtilmiştir.

1982 Anayasasının 90'inci maddesiyle de usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı düzenlenmişti. Bu düzenleme, uluslararası sözleşmelerin doğrudan etkiye sahip olup olmadığı tartışmasına yol açmaktaydı. Ancak, 2004 yılında, yapılan Anayasa değişikliği ile 90'inci maddenin son fıkrasına "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 eklenmiş ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında üstünlük tanınmıştır. Ayrıca, Anayasanın 15,16, 42 ve 92'nci maddelerinde de uluslararası sözleşmelere ve uluslararası hukuka atıf yapılmıştır.

Anayasanın 15'inci maddesinde, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlüklerin, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, kullanımlarının kısmen veya

tamamen durdurulabileceği ve Anayasada öngörölen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği düzenlenmiştir.

16'ncı maddede, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar bakımından, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği öngörölmüştür.

42'nci maddenin son fıkrasında, Türkçe'den başka hiçbir dilin eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamayacağı, eğitim kurumlarında okutulacak yabancı dillere ilişkin esasların kanunla düzenleneceği, ancak milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı tutulduğu düzenlenmiş olup, sözleşmelerin bu konuda hüküm içermesi halinde, bu hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

92'nci maddede ise, milletler arası hukukun meşru saydığı hallerde savaş ilanına TBMM'nin yetkili olduğu belirtilmiş, ayrıca, milletlerarası sözleşmeleri gerektirdiği haller dışında Türk silahlı kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisinin de TBMM'ye ait olduğu düzenlenmiştir.

"1982 Anayasasının açıkça milletlerarası hukuka yollamada bulunduğu alanlarda, ilgili milletlerarası hukuk kurallarının ölçü norm olarak kullanılabileninde kuşku yoktur." 1982 Anayasası, md.15, 16, 42, 92.maddelerinde milletlerarası hukuka açıkça atıfta bulunmuştur. Başka bir deyimle, bu yollamaların kapsamına giren alanlarda Anayasanın kendisi doğrudan doğruya bir düzenleme yapmayarak, ilgili milletlerarası hukuk normunun ölçü norm olarak kullanılmasını istemiştir."²⁹

²⁹ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 8.Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara 2005, s.383.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Normlar Basamağındaki Yeri Bakımından Türk Hukuk Öğretisindeki Görüşler

Ülkemizde öğretide sözleşmelerin iç hukuka aktarılmasında yeni bir işleme gerek kalmadan uygulanacağı, yani monist sistemin benimsendiği kabul edilmektedir. Ancak, sözleşmelerin iç hukuktaki normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşleri Anayasamızın 90.maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten önceki ve sonraki tartışmalar şeklinde iki başlıkta inceleyeceğiz ve sonra ayrı bir başlık altında kendi görüşümüze yer vereceğiz.

2004 yılı Anayasa değişikliğiyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasalar karşısındaki konumuna ilişkin tartışmalar sona ermemiş ancak, farklı bir boyut kazanmıştır. Söz konusu değişikliğe rağmen temel hak ve özgürlükleri düzenlemeyen uluslararası sözleşmelerin yasalar karşısındaki konumu halen tartışmalıdır. Ayrıca, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası sözleşmelerin anayasa karşısındaki konumu da tartışmalıdır. Ancak, tezimizin konusu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olduğundan, temel hak ve özgürlükleri kapsamayan uluslararası sözleşmelerin kanunlar karşısındaki konumuna ilişkin tartışmaya yer verilmemiştir.

a) Anayasada 2004 Yılında Yapılan Değişiklikten Önceki Tartışmalar

Anayasada yapılan 2004 yılı değişikliğinden önce, 90'ıncı maddenin uluslar arası sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağına ilişkin hükmünden kaynaklanan, uluslararası sözleşmelerin ulusal hukuk içinde normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin tartışma bulunmaktaydı. Bu konuda "sözleşmeyi yasa düzeyinde görenler" ve "sözleşmeyi yasanın ve hatta anayasanın üzerinde görenler" olmak üzere iki

görüş mevcuttu.

Doktrinde, Toluner, Özbudun, Balta, Sağlam, Meray, Pazarcı, uluslararası sözleşmelerin kanunlara eşit olduğunu³⁰, Anayasanın uluslararası sözleşmelere aykırı kanun yapma yolunu kapatmadığını, sözleşmelerle kanunlar arasında çatışma çıkması halinde, uyuşmazlığın lex posterior derogat legi priori kuralına göre, yani önceki kanun sonraki kanun kuralına göre çözüleceğini ileri sürmüşlerdir. Anılan yazarlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de yasalarla eşdeğerde olduğunu belirtmektedirler.

Ünal³¹, “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.

Özbudun³², 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.

Yüzbaşıoğlu, Batum, Soysal, Çelik, Gözübüyük-Gölcüklü, Akıllıoğlu tarafından savunulan ikinci görüşe göre³³ ise, Avrupa İnsan Hakları

³⁰ TOLUNER, Sevin: Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler , İstanbul 1973, s.592; ÖZBUDUN, Ergun: a.g.e., s.383; PAZARCI, Hüseyin: a.g.e.,s.28; BALTA, Tahsin Bekir: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye”, Türkiye’de İnsan Hakları Semineri, 9-11.12.1968, Ankara 1970, s.278; SAĞLAM, Fazıl: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye’de Kapatılan Partilere İlişkin Kararların Partiler Hukukuna Etkisi”, Anayasa Yargısı, Ankara 1999, Sayı 16, s.192; MERAY, Seha: Devletler Hukukuna Giriş, 3.Bası, I.Cilt, Ankara 1968, s.122.

³¹ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.72.

³² ÖZBUDUN, Ergun: a.g.e., s.383-384.

³³ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu, İstanbul 1993, s.58; BATUM, Süheyl: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993; SOYSAL, Mümtaz: “Anayasa’ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, Anayasa Yargısı, Ankara 1986, S.2, 16-18, www.anayasa.gov.tr ; ÇELİK ,Edip F: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 9, 1988, Sayı 1-3, s.47-56; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.20; AKILLIOĞLU, Tekin: “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Mayıs-Eylül 1991, Cilt I, Sayı 2-3, s.39-42.

Sözleşmesi yasalardan üstündür.

Akipek³⁴, uluslararası sözleşmeler ile kanunun çatışması halinde, kanun ile antlaşma hükümlerinin bağdaştırılması gerektiği, her ikisinin de uygulanmasını sağlayacak bir yorum yapılması, bu yapılamazsa, kanun koyucunun antlaşmayı ihmal niyeti açık ise, kanun koyucunun sonraki iradesinin uygulanması gerekeceğini belirtmiştir.

Güran³⁵, var olan bir antlaşmaya aykırı içerikteki bir yasanın sonradan çıkarılması halinde, ortaya çıkaracağı uluslararası sorumluluğa rağmen, iç hukuk düzenimizde geçerli olması gerekeceğini, 90'ıncı maddedeki uluslararası anlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülememesi yasağının, anlaşmaları kanunlardan üstün veya Anayasayla eş düzeyde yapmayacağını, anlaşmaların kanunlarla eş düzeyde tutulmalarına karşın Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetiminin dışında tutulmasının, birden çok dış iradenin uyuşması ile oluşan anlaşmaların, Anayasa Mahkemesinin egemenlik alanının dışında bulunmasından kaynaklandığını, sonuçta Anayasa'ya aykırı görülse bile, anlaşmaların oluşum süreci nedeniyle, iptal edilerek hukuk aleminden tamamen kaldırmaya elverişli bir hukuk norm olmadığını savunmaktadır. Güran, Avrupa İnsan Hakları hukuk düzeninin, taraf devletlerin egemenlik yetkilerinin bir bölümünden süresiz olarak vazgeçmeleri sonucunda meydana gelmiş, zorlayıcı hükümler içeren "ulusal üstü hukuk" konumunda olduğu, Türkiye'nin, 1982 Anayasasına göre, egemenliğini hiçbir ulusal üstü kuruluşa terk-devir edemeyeceğini ve bu gibi örgütlerle, iç egemenliğe yansiyacak ilişki içine giremeyeceğini ileri sürmektedir. Yazara 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. Böyle bir konuma ve güce sahip değildir. Sadece, 'herhangi bir' dış hukuk mevzuatı ve

³⁴ AKİPEK, Ö.İlhan: Devletler Hukuku 1.Kitap, Başlangıç, 2.Bası, Ankara 1965, s.31.

³⁵ GÜRAN, Sait: "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s.47.

içtihadı gibi/kadar kaynaklık, emsallik yapabilir, esin kaynağı olabilir.

Bugün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, yarın da bir ihtimal Avrupa Birliği organlarının kararları, 'iç egemenliğe yansiyacak biçimde' bağlayıcılık taşımaz ve gereğini yerine getirme yükümü yüklemes. Türkiye, istese de, siyaseten gerekse de, böyle bir tutum ve işlem içine giremez; son söz, Türk Anayasası'nda ve yüksek mahkemelerindedir."³⁶

Gözler³⁷, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türk Anayasası arasında bir geçerlilik ilişkisi bulunmadığından, hiyerarşi de olmadığını, Anayasamızın 90'ıncı maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kanun değerinde olduğunu, dolayısıyla iç hukuk tekniği açısından 1982 Anayasasının üstünde değil, altında yer alan bir norm olarak işleme tâbi tutulacağını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarına aykırı anayasal düzenlemeler olursa bu düzenlemelerin iç hukuk bakımından geçerli olacağını, keza Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine aykırı kanun hükümleri olursa, bu kanun hükümlerinin de geçerli olacağını, bunların arasında çatışma olursa, Türk mahkemelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihmal edip *lex posterior* olan kanunu uygulamak durumunda olacaklarını, öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bu düzenlemeler yüzünden Türkiye'nin uluslararası sorumluluğu doğabileceğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşmeye aykırı normlar ihdas ettiği için, bu normlardan zarar gören lehine, Türkiye'yi tazminat ödemeye mahkum edebileceğini, ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk iç hukuk normunu iptal edemeyeceğinden, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yapmadığı bir şeyi, Türk Anayasa Mahkemesinin yapabileceğini düşünmenin bir anlamı olmayacağını belirtmektedir.

Yüzbaşıoğlu³⁸ uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün olduğunu,

³⁶ GÜRAN, Sait: a.g.m., s.56.

³⁷ GÖZLER, Kemal: "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstütlüğü Sorunu" Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara 2000, www.anayasa.gen.tr/insan.htm/, 1.5.2004.,s.9.

³⁸ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: a.g.e., s.58-61.

1982 Anayasasının 2'nci maddesinde insan haklarına saygı kriterinin benimsendiğini, insan hakları sözleşmelerinin taraf devletlere yükümlülükler getirmesinin ötesinde, bu devletlerde yaşayan kişilere de doğrudan haklar sağladığını, bu nedenle AİHS ve insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerin anayasa üstü bir değer taşıdığını savunmaktadır. Yazar, Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin açıkça çatıştığı durumlarda, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi gereği, 1982 Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesi'nin antlaşmayı ihmal edip, Anayasayı uygulamak durumunda olduğunu belirtmektedir.

Gölcüklü ve Gözübüyük'e göre, "AİHS sui generis (nev'i şahsına münhasır) bir Sözleşmedir. Taraf devletlerin çıkarlarını uzlaştıran klasik 'snalagmatik' bir andlaşma değil, fakat 'Başlangıç' metninde belirtildiği gibi, bir amacı 'müştereke' gerçekleştirilmeye yönelik bir 'yasa andlaşma'dır. Bu sıfatla taraf ülkelerde-dahil buldukları hukuk sistemine bakılmaksızın (tekçi yahut ikici sistem)-'doğrudan uygulama' (direct effect, 'effect directe') güç ve yeteneğine sahiptir. Başka bir deyişle, andlaşmaların iç hukukta normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda çeşitli ve farklı görüş ve tartışmalar, AİHS söz konusu olduğunda, sadece teorik ve akademik düzeyde kalmaktadır. Gerçek (ve pratik sonuç) odur ki bu sözleşmeye taraf devletler, bütün organlarıyla (yasama, yürütme ve yargı) sözleşme hükümlerine uygun işlemde bulunmayı taahhüd etmişlerdir ve Sözleşmenin uygulanmasından her üç 'erk' düzeyinde sorumludurlar (mad.1,13, 19).

Herhangi bir ulusal işlemle Sözleşme hükümlerinden birinin çiğnendiği (ihlal) Strasbourg Mahkemesi tarafından saptandıktan, 'davalı devlet' adı geçen mahkeme kararının gereğini (mevzuat değişikliği de dahil olmak üzere) yerine getirecektir (mad.46 ve 41). Hatta değiştirilmesi gereken kural anayasa hükmü olsa bile."³⁹

³⁹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.20.

Soysal⁴⁰, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kanunlar arasında bir hiyerarşi bulunduğunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin daha özgürlükçü olmasından ve 1982 Anayasasının sözleşmelere daha bir önem vermesinden dolayı, kanunlar karşısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin önceliğinin olduğunu belirtmektedir.

Batum⁴¹, Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğunu da incelemesi nedeniyle, Sözleşme'nin anayasallık blokunun içine girmekte olduğunu ve Sözleşme, uluslararası hukukun parçası olarak devam ederken, bir ulusal hukuk işlemi olan yasa ile Sözleşmenin ayrılabilceğini söylemenin mümkün olmadığını, bu durumda Sözleşmenin hukuken yasa değerinde sayılmasına karşı, yasanın üstünde yer almasının zorunlu olduğunu belirtmektedir.

Çelik⁴², uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstün olduğunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin demokratik rejimin asgari temelini oluşturduğunu, devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci maddesiyle temel hak ve özgürlükleri tanımladıklarını, bu nedenle Sözleşme'ye aykırı hüküm konulamayacağını ileri sürmektedir.

Akıllıoğlu⁴³, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin anayasal değerde hatta anayasa üstü bir konumda olduğunu, Anayasanın 2 ve 3'üncü maddelerinde insan haklarına saygı ilkesinin benimsendiğini, bu ilkenin hukuk devleti ve demokratik düzenin içeriğini oluşturduğunu, saygı kelimesinin sorumluluk, uygun davranış, koruma ve uygulama yöntemlerini kapsadığını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, sözleşmeciler devleti, ulusal hukukun sözleşmeye uygunluğunu sağlama ödevi altına soktuğunu, bunun için gerekirse anayasa değişikliği yoluna dahi başvurulabileceğini belirtmektedir.

⁴⁰ SOYSAL, Mümtaz: a.g.m., s.16-18.

⁴¹ BATUM, Süheyl: a.g.e., s.56.

⁴² ÇELİK, Edip, F: a.g.m., s.54.

⁴³ AKILLIOĞLU, Tekin: a.g.m., s.51.

Selçuk⁴⁴, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Avrupa Anayasası" olduğunu ve ulusal hukukun bir parçası ve kendiliğinden uygulanmakta olduğunu, anayasa hükmünün Sözleşmeden 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.

Bilge⁴⁵, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmiş bir yasa olması nedeniyle, kendinden önceki yasaları ilga edeceğini, Sözleşmenin, sonradan yürürlüğe giren bir yasa hükmüyle çatışması halinde ise, devletin sorumluluğunun doğmaması için, Sözleşmeye öncelik verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Altuğ⁴⁶, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olamayacağını, olanların da zımnen kaldırılacağını veya Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edileceğini savunmaktadır.

Türmen,⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, bütün taraf devletler için başka devletlere bağlı olmaksızın var olan, nesnel yükümlülükler getirdiğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, Sözleşme'nin Avrupa'nın kamu düzenini temsil ettiği hususunun vurgulandığını, bu

⁴⁴ SELÇUK, Sami: a.g.m., s.411-413.

⁴⁵ BİLGE, A.Suat: "İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 46, Ankara 1989, Sayı 6, s.987-989.

⁴⁶ ALTUĞ, Yılmaz: "İnsan Haklarının Türkiye ve Uluslararası Alanda Korunması", TBMM Sempozyumu, 4-5.10.1991, Ankara Eylül 1992, s.71-74.

⁴⁷ TÜRMEEN, Rıza: a.g.m., s.37.

durumda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuk arasındaki ilişkide, sonraki yasa (lex posteriori) ya da özel yasa (lex specialis) kurallarının geçerli olmayacağını, bunun ötesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Avrupa'da bir ortak hukukî alan yarattığını vurgulamaktadır. Türmen'e göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ve bu kararlarda belirlenen esaslar bütün Avrupa ülkelerinde geçerli olan ortak hukukî standartları yansıtmakta, Avrupa Birliği üyeliğine aday olan Türkiye'nin bu ortak hukukî alan dışında kalması olanağı bulunmamakta, Türk yargı organlarının kendilerini ulusal sınırları aşan daha büyük bir hukukî topluluğun bir üyesi olarak görmeleri önem taşımaktadır.

Memiş⁴⁸, 1982 Anayasasının 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 tanıdığı olan Anayasanın ruhuna uygun düşebilecek bir yorumla karar vermesi gerektiğini savunmaktadır.

Tunç⁴⁹, insan hakları konusunda Anayasanın oldukça hassas olduğunu, bu durumun 2'nci maddede Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri belirtilirken, “insan haklarına saygılı devlet” kavramı ile ifade edildiğini ve Anayasa Mahkemesinin kararlarında insan haklarına ilişkin antlaşmaları ölçü norm olarak kullandığını, ancak bu durumun, insan haklarıyla ilgili olsun veya olmasın milletlerarası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu göstermediğini, anayasa koyucunun bunun aksini kabul etse idi 90'ıncı

⁴⁸ MEMİŞ, Emin: “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s.161.

⁴⁹ TUNÇ, Hasan: “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”, Anayasa Yargısı, Ankara 2000, Cilt 17, s.180.

maddede antlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu vurgulayacağını, kural olarak Türk hukuk düzeninde antlaşmaların kanunlarla eşit olduğunu, bunun tek istisnasının, Anayasanın 15, 16, 42, 92'nci maddelerinde belirtilen konulara ilişkin antlaşmalar olduğunu savunmaktadır. Ancak, yazar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "sui generis" bir niteliğe sahip olduğu ve bu özelliği nedeniyle klasik milletlerarası sözleşmelerden farklı biçimde değerlendirilmesi⁵⁰ gerektiği yolundaki görüşe de katılmaktadır.

Arslan⁵¹, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin anayasa üstü nitelikte olduğunu, Anayasa 90'ıncı maddedeki düzenlemenin yetersiz olduğunu, Sözleşme'nin iç hukuka üstünlüğünü ifade eden bir cümlenin konulmasının uygun olacağını; böyle bir değişikliğe gidilirse dahi, Anayasa Mahkemesi'nin "hak eksenli" bir yaklaşım benimseyerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne "bağımsız ölçü norm" statüsü kazandırmasının uygun olacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, "Anayasa Mahkemesi'nin özellikle Strasbourg Mahkemesi'nin içtihatlarını dikkate alarak karar vermesi söz konusu uyumsuzluğu minimize edebilir."⁵²

Aliefendioğlu⁵³ da benzer bir öneri getirmekte, "iç hukukta düzenlenmeyen ya da iç hukuk ve insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşme normları arasında çatışma bulunan durumlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi ulusal hukukla bütünleşmiş uluslararası antlaşmaların esas alınması gerekir." demektedir.

⁵⁰ ÇAVUŞOĞLU, Naz: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Haklar ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s.83.

⁵¹ ARSLAN, Zühtü: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s.278.

⁵² ARSLAN, Zühtü: a.g.m., s.291.

⁵³ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu" Danıştay'ın Kuruluşunun 139.Yılı Töreninde Sunulan Yayınlanmamış Bildiri, 11.5.2007, s.10.

b) 2004 Yılında Anayasada Yapılan Değişiklikten Sonraki Durum ve Tartışmalar

Anayasanın 90'inci maddesinin son fıkrasındaki, *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz”* hükmüne, anayasanın değiştirilmesine ilişkin, 7.5.2004 günlü, 5170 sayılı Yasanın 7'nci maddesiyle, *“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.

Anayasanın 90'inci maddesine getirilen ek cümle de bazı duraksama ve sorulara yol açabilecek niteliktedir. Nitekim, öğretilerde yeni düzenlemeyle ilgili olarak; Anayasanın 90'inci maddesine getirilen ek cümlede “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” ifadesi kullanıldığı, bu terim yerine “insan hakları” ibaresinin veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde geçen “insan hakları ve temel özgürlükler” ifadesinin neden kullanılmadığı, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” ifadesiyle hangi milletlerarası antlaşmaların kastedildiği, uyuşmazlıkların “kanunlar” dışında, “Anayasa” ya da “kanun hükmünde kararname” ve diğer düzenleyici yönetsel metinler ve uluslararası antlaşmalar arasında çıkması durumunda ek cümleyle getirilen kuralın uygulanıp uygulanmayacağı, “esas alma” ifadesinin ne anlama geldiği, “farklı hükümler”in ne anlama geldiği, farklı hükümlerin nasıl, nerede, hangi organlarca saptanacağı, antlaşmanın düzenlediği konuda herhangi bir ulusal yasa bulunmaması durumunda, yargı yerlerince antlaşmanın uyuşmazlığın çözümlenmesinde göz önünde bulundurulup bulundurulamayacağı hususları tartışılmaya başlanmıştır.

Gülmez⁵⁴, usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm uluslararası

⁵⁴ GÜLMEZ, Mesut: “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, Sayı 54, s.152-161.

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 KHK veya yasaya dayanılarak çıkarılmasına rağmen, yasaya aykırı düzenleme içeren bir tüzük ile uluslararası antlaşmaların çatışması halinde de antlaşmanın uygulanması gerekeceğini, aynı konuyu farklı biçimde düzenleyen birden çok onaylanmış uluslararası antlaşma kuralının bulunması durumunda, en ileri düzenleme yapan ve güvence sağlayan antlaşmanın uygulanacağını belirtmektedir. Yazara göre, taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri yasaların ve Anayasanın da üstündedir, kurallar sıralamasının en başında yer almaktadır. Yazar, düzenlemenin yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olduğunu, yargı yerlerinin, taraflarca ileri sürülmesi de insan hakları uluslararası antlaşmalarını 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.

Yüzbaşıoğlu⁵⁵, antlaşmanın düzenlediği bir konuda kanunların ve Anayasanın suskun kaldığı durumlarda, Anayasanın 90'ıncı maddesine eklenen kural uyarınca, kanunlar gibi, kendiliğinden uygulanabilir nitelikteki antlaşmanın tüm devlet organları, idari makamlar ve yargı yerlerince doğrudan uygulanacağını, antlaşmayla kanunun çatıştığı ve Anayasanın da bir hüküm içermediği durumda, antlaşmanın uygulanacağını belirtmektedir.

Yazar, anayasa ile antlaşmanın 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 nci maddelerini ilgilendirdiğini belirtmekte,

⁵⁵ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 Kasım 2004, s.89-90.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde olduğunu, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin anayasalarında, egemenlik yetkilerinin bir kısmının Birliğe devredilmesini ve yetki devrine ilişkin antlaşmaların parlamentolarda daha fazla çoğunlukla kabulünü öngören düzenlemeler bulunduğunu, şayet Türkiye'nin Avrupa Birliği 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 yetki devrine ilişkin hüküm konulmasını, bu şekildeki antlaşmaları uygun bulma kanunlarının kabulü usulünün de değiştirilmesini, ayrıca ulusal üstü yetkiler kullanan örgütlere üyeliği sağlayan antlaşmaların Anayasa Mahkemesi'nde ön denetiminin sağlanmasını önermektedir.

Aliefendioğlu⁵⁶, Anayasanın 90'ıncı maddesine 2004 yılında getirilen kuralın uluslararası antlaşma ile anayasa kuralı ya da yönetsel düzenleyici işlemler arasında bir çatışma olması durumunu açıkça kapsamaması nedeniyle, eksik bir düzenleme olduğu, ayrıca, düzenlemenin, yasaların uluslararası antlaşmaya göre, temel hak ve özgürlükler yönünden daha ileri bir anlayış getirdiği durumlarda, hangisine öncelik verileceği hususunu da içermediği eleştirisinde bulunmaktadır. Yazar, Anayasa ile uluslararası antlaşmaların çatışması halinde, Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği, Anayasa kuralının esas alınması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁷

Pazarıcı⁵⁸, 2004 yılı Anayasa değişikliğinden sonra, uluslararası andlaşmaların iç hukukumuzdaki yeri ve etkisinin iki kategoride değerlendirileceğini, ilk olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların, yasaların üstünde olduğunu; ikinci olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar dışındaki diğer andlaşmaların yasalarla

⁵⁶ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 Kasım 2004, s.139-141.

⁵⁷ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: a.g.b., s.15.

⁵⁸ PAZARCI, Hüseyin: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 Kasım 2004, s.156-161.

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

Karagülmez⁵⁹, Anayasanın 90'ıncı 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 gerektiğini; düzenlemede “kanunlar” ifadesine yer verildiği için bununla teknik anlamda kanun kavramının anlaşılması gerekeceğini, dolayısıyla, KHK'nın bir andlaşmayla çatışan bir hüküm içermesi halinde, KHK hükmünün uygulanmayacağını söylemenin güç olduğunu, tüzük veya yönetmelikte, dayanak kanunu ile andlaşma hükmüyle çatışan hükümler olması halinde, zaten, dayanağı kanuna aykırılık söz konusu olacağından idari yargıda iptal kararı verileceğini belirtmektedir.

c) Konu Hakkındaki Görüşlerimiz

Anayasanın 90'ıncı maddesine eklenen yeni hükmün, tartışmaları sona erdireceğini düşünmüyoruz. Çünkü öncelikle bu hüküm sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeleri kapsamaktadır. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeler yönünden de, sadece kanunlarla çelişmesi halinde sözleşme hükümlerine üstünlük tanınacağı belirtilmiş olup, sözleşme hükümlerinin Anayasa ile çelişmesi halinde nasıl hareket edileceği gösterilmemiştir. Fakat, yine de söz konusu hükümle, yargı yerlerine, temel

⁵⁹ KARAGÜLMEZ, Ali: “5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90.Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2004, Sayı 54, s.166.

hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeleri dikkate almak ve bu sözleşme hükümleri ile kanunlar arasında çelişki olduğu takdirde, uyuşmazlığı sözleşme hükümlerini doğrudan uygulamak suretiyle çözümlenmek imkânı getirilmiştir.

Hukukumuzda, bazı antlaşmaların TBMM'nin uygun bulma kanununa gerek olmadan Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulması mümkündür. Antlaşmaların Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi de yapılamamaktadır. Kanun yapma yetkisi TBMM'ye aittir. Anayasa, bazı koşullarla, Bakanlar Kuruluna KHK yapma yetkisi tanımıştır. Ancak Bakanlar Kurulu'nun bu yetkiyi hangi hallerde kullanacağı ve koşulları Anayasamızda açıkça belirtilmiştir ve KHK'lerin Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi mümkündür. Dolayısıyla, Söz konusu değişiklikle 90'ıncı maddenin son fıkrasında yer alan "usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmalar" ifadesiyle uygun bulma kanunuyla onaylanmış uluslararası antlaşmalarla Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla, mevcut düzenlemeler karşısında, uluslararası antlaşmaların kanunlar üstü hatta anayasa üstü değerde olduğunu belirten görüşe katılmak mümkün değildir. Aksinin kabulü, Bakanlar Kurulu'na Meclis iradesinin de üzerinde yetki tanımak anlamına gelir ve demokrasiye ve Anayasanın üstünlüğü ilkesine uygun bulunmaz.

Ayrıca, 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.⁶⁰ Böylelikle Yasa koyucunun milletlerarası antlaşmalara yasaların üzerinde bir konum verme iradesinde olmadığı ortaya çıkmıştır. Buna göre, son değişiklikle birlikte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların, yasaların

⁶⁰ KUZU, Burhan: Söz konusu Anayasa değişikliği tasarısının görüşüldüğü Anayasa Komisyonunun Başkanı olarak görev yapmıştır.-: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 Kasım 2004, s.29.

üstünde olduğu; temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar dışındaki diğer antlaşmaların yasalarla eşdeğerde olduğu yolundaki görüşe katılıyoruz.

Anayasanın 90'ıncı maddesinde yapılan değişikliğin tartışmaları sona erdirmediği açıktır. Uluslararası antlaşmaların; uygun bulma yasasının kabulünden önce Anayasa Mahkemesi'nce ödenetime tabi tutulması sorunun çözümünde çok önemli bir adım olacaktır.

Anayasa'nın 90'ıncı maddesinde yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla yasalar arasında çatışma olması halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara öncelik verileceği hükmü öncelikle yargı yerlerine yönelik bir düzenlemedir. Ayrıca, tezimizin ilerleyen bölümlerinde de tartışılacağı üzere, 3 Ağustos 2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun ve 23 Ocak 2003 tarihli ve 4793 sayılı Kanunla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiğine ilişkin kararı hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargı sistemimizde yer alan bir yargı mercii değildir. Söz konusu kanunlarla getirilen düzenlemeler günümüzün hukukî koşullarına ve değişen egemenlik anlayışına uygun olmakla birlikte, 1982 Anayasası uluslararası kuruluşlara egemenlik hakkının kısmen de olsa devredilmesine izin vermemektedir. Yargı yetkisini Anayasadan alan ulusal yargı mercileri, bir davada, anılan yargılamanın yenilenmesi sebebinin ileri sürülmesi halinde belirtilen kanunlarla Anayasamızın egemenlik anlayışını bağdaştırmakta güçlük çekeceklerdir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen temel hak ve özgürlüklerin tamamının Anayasamızda da düzenlenmiş olması bu soruna biraz da olsa çözüm olabilir. Ancak, ülkemizin üyesi olduğu veya üyesi olma yolunda kararlı olduğu uluslar üstü yetkileri bulunan uluslararası kuruluşlar dikkate alınarak, Anayasamızın egemenlik kavramı ile ilgili maddelerinde de bir değişiklik yapılması gerekecektir.

Bu bağlamda, Anayasanın 5.maddesine şu hüküm getirilmelidir:
"Ulusalüstü yetkileri bulunan kuruluşlara üyeliği gerektiren uluslar arası

antlaşma hükümleri saklıdır.” ve Anayasanın 90.maddesine şu fıkranın eklenmesini öneriyoruz: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmalar yasa hükmündedir. Anayasa Mahkemesi'nin öndenetimine tabi olan uluslar arası antlaşmalar ile yasaların çatışması halinde, antlaşma hükümleri esas alınır.”

Anayasamızın 90'ıncı 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 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulanacaktır. Konuyu düzenleyen herhangi bir yasa veya anayasa hükmü yoksa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği düzenleme “doğrudan” uygulanabilir nitelikte ise iç hukuktaki boşluk Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri uygulanarak giderilecektir. Bilindiği gibi, İdare Hukukunun özelliklerinden birisi de bir içtihat hukuku olmasıdır. Dolayısıyla, hukuk veya yasa boşluğu olan hallerde idari yargıcın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını dikkate alması mümkündür. Yasama organı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı yasa çıkarmamak yükümlülüğü altındadır. Öte yandan, mevcut düzenlemelere göre, Anayasa hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 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 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi karşısında önceliği olacaktır.

Bu kural ışığında, örneğin, İdari Yargılama Usulü Kanununu ele aldığımızda; Anayasamızın 36/1 maddesinde, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmü düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı ise, Anayasamızda veya ulusal kanunlarımızda tanımlanmamış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6'da

tanımlanmış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadıyla unsurları ortaya konulmuştur. Bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6 hükmü ile adil yargılanma hakkına ilişkin İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri arasında çelişki ya da çatışma olması halinde, Anayasa md.36 ve 90 hükümleri uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6 hükmünün esas alınması gerekecektir. Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda kişi lehine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, insan haklarını korumada daha geniş güvence sağlayan hükümler bulunması halinde, bu defa İdari Yargılama Usulü Kanunu esas alınacaktır. Öte yandan, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan hüküm, Anayasamızda da düzenlenmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çelişiyor ise, Anayasa hükümlerinin üstün olması nedeniyle, bu çelişkiye rağmen Anayasa hükmü esas alınacaktır.

4. ULUSAL MAHKEME KARARLARINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YERİ

A. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri

“1982 Anayasası, II.kısımında ‘Temel haklar ve ödevler’ genel başlığı altında, temel hak ve özgürlükleri düzenlerken, görünüş itibariyle Sözleşme'den en fazla etkilenen; gerek temel hak ve özgürlüklerin yazılış biçimleri, gerek kullanılmalarının düzenlenişi ve sınırlamaları bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden alınan, 1961 Anayasası'nda bulunmayan bir çok kavramı, Anayasa'nın belirli maddelerine serpiştiren; böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasa arasında benzerlik ve

uyum sağlama çabası içinde olan bir Anayasa'dır."⁶¹

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında benimsenen bazı ilkeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5, 8-11'inci maddelerinde yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, kanunla sınırlama, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması, öngörülen amaç dışında sınırlama yasağı, sınırlamanın durumun gerektirdiği ölçüde olması ve sınırlamanın uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi ilkelerine, Anayasamızda da yer verilmiştir. 2001 yılında yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlandırma sebeplerinin de kaldırılmasıyla bu benzerlik daha da artmıştır.

Anayasamızın, "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" başlıklı 14'üncü maddesinin düzenleniş şekli ve içeriği ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması" başlıklı 17'nci maddesi birbirine paraleldir.

Anayasamızın "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlıklı 15'inci maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Olağanüstü Hallerde Askıya Alma" başlıklı 15'nci maddesi, olağanüstü hallerde taraf devletlerin Sözleşme'yle üstlendikleri yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilme koşulları aynıdır.

Yukarıda yer verilen benzerliklerden de anlaşılacağı üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1961 ve 1982 Anayasalarının hazırlanması ve görüşülmesi sırasında kaynak olarak kullanılmış, temel hak ve özgürlüklerle ilgili pek çok Anayasa maddesinin gerekçelerinde yer almış, bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında en çok yer verdiği kaynak olmuştur.⁶²

Anayasanın 90'ıncı maddesine göre, milletlerarası antlaşmaların

⁶¹ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: a.g.e., s.50.

⁶² GEREK, Şahnaz -Ali Rıza AYDIN: "Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yeri", Amme İdaresi Dergisi, Eylül 2004, Cilt 37, Sayı 3, s.83-110.

Anayasa Mahkemesi'nce denetimi olanaklı değildir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Antlaşmasının Onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin kanunun iptali için açılan davaya bakmıştır. Anayasa Mahkemesi bu dava dolayısıyla verdiği kararında⁶³, uluslararası antlaşmaların iç hukukumuzdaki yeri konusunda öğretilerdeki görüşlere de yer vererek bir değerlendirme yapmıştır. Oyçokluğuyla verilen söz konusu kararda, antlaşmadan bağımsız olarak onay yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceği kabul edilerek, "kimi ülkelerde uluslararası antlaşmaların yasaüstü ve hatta Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90'ıncı maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir antlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, antlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur." denilmiştir. Kararın devamında, "iç hukuk yönünden antlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir" denilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi söz konusu olduğunda, Anayasa'nın 2'nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan insan haklarına saygı ilkesini göz önünde bulundurarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni kararlarında destek ölçü norm olarak kullanmaktadır.⁶⁴

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2'nci maddesindeki "hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet" ilkelerini, Anayasanın 174'üncü maddesindeki, "Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesini üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma

⁶³ AYMK: 27.2.1997 günlü, E.1996/55, K.1997/33, www.anayasa.gov.tr

⁶⁴ ÖZBUDUN, Ergun: a.g.e., s.382-383.

amacı”nı, ayrıca, Anayasanın 15’inci maddesinde yer alan “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi”; 16’ncı maddesinde, “temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için, uluslararası hukuka uygun olarak yasayla sınırlanabileceği” kurallarını, Anayasanın 90’uncü maddesi çerçevesinde esas alarak uluslararası sözleşmelere kararlarında yer vermektedir.

Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkeleri ile uluslararası hukuk kurallarını da ölçü norm olarak dikkate almaktadır.⁶⁵ Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, “Anayasa’nın 2.maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağılı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, Anayasa’nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi, idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir” denilmektedir⁶⁶.

“Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine referans norm olarak ya da dayandığı Anayasa kurallarını destekleyici norm olarak kararlarında yer vermekte⁶⁷; ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne açıkça yasa üstü ya da anayasal değer tanımamakta, Avrupa

⁶⁵ ÖZBUDUN, Ergun: a.g.e., s.380 vd.

⁶⁶ AYMK: 23.3.2004, E.2001/119, K.2004/37, RG.21.7.2004; ŞAHBAZ, İbrahim: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2004, Sayı 54, s.208.

⁶⁷ AYMK: 6.1.1999, E.1996/68, K.1999/1, RG.19.1.2001, S. 24292, S.19, AYMKD, S.18, s.98; 29.1.1980, E.1979/38, K.1980/11, www.anayasa.gov.tr. ; TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 2.Baskı, Ankara 2004., s.123.

İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen kuralların doğrudan doğruya uygulanamayacağını belirtmektedir⁶⁸. Yani, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan kuralları, "bağımsız ölçü norm" olarak değil, "insan haklarına saygılı devlet" ilkesini aydınlatıcı, "destek ölçü norm" olarak kabul etmektedir".⁶⁹

Anayasa Mahkemesi, E.1999/33, K.1999/51(RG.29.6.2000, 24094) sayılı kararında, İmar Kanununun bir hükmünün somut norm denetimi yoluyla incelemesini yaparken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararına da atıfta bulunarak⁷⁰, mülkiyet hakkının belirsiz süreli olarak kısıtlanmasını kabul etmemiştir.

Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı, mülkiyet hakkına kamu yararı amacıyla müdahale ile bireyin hakkının korunması arasında adil dengenin gözetilmesini sağlayacak, olumlu bir karardır.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de Türk Anayasa Mahkemesi kararına gönderme yaptığı kararları da mevcuttur. Börekçioğulları (Çökmez) ve Diğerleri-Türkiye (Başvuru No.58650/00, 19.10.2006) kararında, "... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin kararını dikkate alır ve gerekçesini onaylar. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin kararının, geriye yürüme etkisinin bulunmadığını ve bu nedenle de başvuranlara olası bir Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalinin sonuçlarını tazmin etmeye muktedir bir prosedür sunmadığını not eder...2942 sayılı Kanun'un 38. maddesinin, Anayasa Mahkemesi'nin 10 Nisan 2003 tarihli kararı ile

⁶⁸ AYMK: 22.5.1997, E.1996/3, K.1997/3, RG.2.6.2000, S.24067, s.13; AYMK'da, Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılmasına ilişkin davada, "AİHS kuralları da yasa hükmündedir. Ancak, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası, davada Sözleşmeye nazaran özel yasa niteliğinde olduğundan uygulanma önceliğine sahiptir. Kaldı ki, Sözleşme, Siyasi Parti Kapatma davalarında uygulanacak somut kuralları da içermemektedir" denilmiştir.; TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.123.

⁶⁹ ŞAHBAZ, İbrahim: a.g.m., s.198.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, AİHM'nin 23.9.1981 günlü Sporong ve Lonroth kararına atıfta bulunmuştur.

yürürlükten kaldırıldığını dikkate almıştır. Anayasa Mahkemesi, bir kimsenin mülkiyet hakkına, o kişinin malının *de facto* işgaline karşı dava açma hakkının düştüğünü ileri sürerek ve malın işgalden yirmi yıl sonra yetkililere devredilmesi gerektiğini belirterek sınırlama getirmenin Anayasa'ya aykırı olacağına hükmetmiştir. Üstelik, AIHM'nin içtihadına atıfta bulunarak, Anayasa Mahkemesi, bireylerin keyfi olarak mülkiyet haklarının ve tazminat haklarının ellerinden alınmasının hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır” denilmiştir.⁷¹

B-Danıştay Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri

Danıştay, kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıfta bulunmakta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini destekleyici norm olarak kullanmaktadır.

Danıştay 5. Dairesi'nin, 21.5.1991 günlü, E.1986/1723, K.1991/933 sayılı kararında “Anayasanın 90'uncu maddesindeki hüküm karşısında, uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemezliğine 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 yada sonradan çıkan yasanın antlaşma kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının saksaklanamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemezliğini

⁷¹ SANCAKDAR, Oğuz: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi”, Danıştay'ın 139.Kuruluş Yıldönümü Kutlamalarında Sunulan Yayınlanmamış Bildiri, Ankara 11.5.2007, s.15-16.

açıklamak suretiyle, ulusal hukuk yönünden antlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır.”⁷² denilmiş ve antlaşmalara üstünlük tanınmıştır.

“Danıştay’ın bu değerlendirmesine dayanılarak yapılacak ilk saptama, Sözleşmenin bireylere doğrudan uygulanabilir hükümler taşıdığı ve bağlayıcı olduğudur. Ayrıca, Danıştay bu kararında, insan haklarının artık bir iç hukuk sorunu olarak görülmeyeceğini de vurgulayarak Anayasa Mahkemesi ile de koşutluk kurmuştur. Danıştay aynı kararında ikinci olarak, Anayasa’nın 90 ıncı maddesini değerlendirmiş ve buna göre AİHS’nin Türk hukukunda kurallar kademelendirilmesindeki yerini belirtmiştir.”⁷³

Danıştay 5’inci Dairesi’nin kararında, Sözleşmenin 10’uncu maddesi yorumlanmış, Sözleşmenin 1 ve 57’nci maddelerine yollama yapılarak, 15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesiyle de Viyana toplantısına katılan devletlerin ulusal hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokma taahhüdünde buldukları belirtilmiştir. Danıştay 5’nci Dairesi, kararında doktrinden görüşlere de yer vermiştir.

Danıştay’ın “Uluslararası Hukukun İdari Yargıç Tarafından Uygulanışı”⁷⁴ başlıklı raporunda da uluslararası antlaşmaların ulusal yasalara üstün olduğu görüşünün benimsendiğini söyleyebileceğimiz ifadeler yer verilmiştir. Söz konusu raporda, “Türk hukuk öğretisi...(uluslararası antlaşmaların) ulusal yasalara üstün olduklarının söylenemeyeceği görüşündedir. Oysa tespit etmiş olduğumuz Danıştay kararları aynı görüşte

⁷² Danıştay 5. Dairesi, 22.05.1991, E. 1986/1723, K.1991/933, Danıştay Dergisi, Yıl 1992, Sayı 84-85, s.321-328; SELÇUK, Sami: a.g.m., s.399-428; NAL, Sabahattin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Taraf Ülke Hukuklarındaki Yeri ve Taraf Ülke Hukuklarına Etkisi”, Yargıtay Dergisi, Ocak- Nisan 2002, Cilt 28. S.1-2, s.220.

⁷³ NAL, Sabahattin: a.g.m., s.220.

⁷⁴ Yüksek İdare Mahkemeleri Uluslararası Derneği’nin 20-22 Nisan 1998 tarihlerinde Lizbon’da yapılan VI.Kongresine Sunulan Türk Danıştay’ı Raporu: Erol Çırakman- Nuri Alan,- Sabri Coşkun, - Turgut CANDAN, “Uluslararası Hukukun İdari Yargıç Tarafından Uygulanışı”, Danıştay Dergisi, Yıl 28, 1998, Sayı 96, , s.3-16.

değildir....Danıştay,bir uluslararası antlaşma hükmünün sonradan yürürlüğe giren ulusal yasa ile yürürlükten kaldırılamayacağını kabul (etmektedir).” denilmiştir.

Danıştay 10'uncu 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...”⁷⁵ ifadelerine yer vermiş, kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11'inci maddesiyle güvence altına alındığını açıkça belirtmiş ve söz konusu genelgenin iptaline karar vermiştir. Bu karar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin bir idari davada ulusal mevzuata yer verilmeden, doğrudan ölçü norm olarak kullanılmasının örneğidir.

Danıştay, uluslararası hukuku ulusal hukukun üstünde tutarak, uluslararası sözleşmelerin getirdiği yükümlülüklerin ulusal hukukta yerine getirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Danıştay, 7.12.1989 tarihli, 6/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (RG.9.2.199, S.20428), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukun bir parçası olduğunu, yasaların önce ya da sonra olmalarına bakılmaksızın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanacağını, yasaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni değiştiremeyeceğini, çünkü yasalar üstü olduğunu belirtmiştir.

⁷⁵ Danıştay 10. Dairesi, 10.11.1992, E. 1991/1262, K.1992/3911, Danıştay Dergisi, Yıl 23, 1993, S.87, s.529-533; CANDAN, Turgut: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, 24-25 Ekim 2003, Birinci Baskı, Ankara Şubat 2006, s.62. (1992 tarihli bu karardan sonra 1995 yılında yapılan anayasal değişiklikle birlikte “sendikal faaliyet” alanında anayasal (AY. m. 52) değişiklik yapılmıştır. Böylece kamu personeli için sendika hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır.)

Danıştay 5'inci Dairesi'nin bir kararında⁷⁶, Anayasanın 90'inci maddesine göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olmasının, sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu açıkça ortaya koyduğundan söz edilmiştir.

Danıştay 8'inci Dairesi, uluslararası sözleşmelerin iç hukukun bir parçası olarak yürütmeyi ve yargıyı bağladığını belirtmiştir.⁷⁷

Danıştay 10'uncu Dairesi⁷⁸, 5682 sayılı Yasanın 22'nci maddesi üzerine pasaport verilmeyen kişiyle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 sayılı Protokoldeki seyahat özgürlüğüne yollama yapmıştır.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu da 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 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, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesine de dayanmış ve sıkıyönetim kalktıktan sonra da bu yasağın sürmesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesindeki haysiyet kırıcı ceza ve muamele yasağı ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.⁷⁹

Danıştay 7'nci Dairesi, bir davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararına gönderme yaparak karar vermiştir.⁸⁰ Söz konusu

⁷⁶ Danıştay 5.Dairesi, 22.5.1991, E.1991/1723, K.1991/4374; TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.124.

⁷⁷ Danıştay 8.Dairesi, 27.12.1993, E.1993/1521, K.1993/4374; TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.124.

⁷⁸ Danıştay 10.Dairesi, 14.10.1998, E.1998/4442, K.1998/4832; TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.124.

⁷⁹ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 7.12.1989, E.1988/6, K.1989/4, RG.9.2.1990, S. 20428, s.67 vd.; ÖZDEK, Yasemin: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, 2.Baskı, İstanbul Aralık 2004, s.91.

⁸⁰ Danıştay 7.Dairesi, 14.5.2002, E.2002/1206, K.2002/1864; CANDAN, Turgut: a.g.m., s.79.

kararda, vergi incelemesine esas alınan, ancak güvenlik endişesiyle nezdinde inceleme yapılan vergi mükellefine verilmeyen; vergi mahkemesine de üzerlerindeki isimler silinerek gönderilen ifade tutanaklarına dayanarak davayı reddeden vergi mahkemesinin kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin davacıya değerlendirme olanağı tanınmayan uzman raporuna dayanılarak verilen mahkeme kararıyla adil yargılama ilkesinin ihlal edildiğini kabul eden, 18.3.1997 gün ve 2149/93 sayılı Mantovanelli kararına gönderme yapılarak, tutanakların tamamının ifade sahiplerinin kimlik bilgileri ile birlikte davacıya gönderilmek ve makul süre içerisinde değerlendirmelerini yapmasına olanak tanınmak üzere bozulmuştur. Danıştay 7'nci Dairesi bu kararında Anayasanın 36'ncı maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesini birlikte uygulamıştır.

Ankara 3'üncü İdare Mahkemesi, 26.6.2003 günlü, E.2003/823, sayılı kararıyla, yabancı uyruklu davacının ikametine izin verilmeyerek ülke dışına çıkarılması yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davada; usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulmuş, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde, hiçbir taraf devletin, bir şahsı işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri gönderemeyeceği, sınır dışı edemeyeceği veya iade edemeyeceği yolunda yer alan düzenlemeye dayanarak, 30.11.1994 gün ve 22127 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan, Türkiye'ye iltica eden veya Başka Ülkeye İltica Etmek İçin İzin Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4.maddesinde ikamet izni talebinin kabulü için öngörülen 10 günlük başvuru süresinin geçirilmesinin, başvuruda bulunanın durumunun incelenmesine engel olamayacağına karar verilerek yürütmenin durdurulmasına hükmedilmiştir. Anılan Mahkemece daha sonra verilen, 18.9.2003, E.2003/823, K.2003/1095 sayılı iptal kararı Danıştay 10'uncu

Dairesi'nin E.2004/1387 sayılı kararıyla onanmıştır.

Ankara 5'inci İdare Mahkemesi, Anayasanın 90'inci maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra verdiği, 29.6.2004 günlü, E.2003/1796, K.2004/1212 sayılı kararında⁸¹, Anayasa ve 657 sayılı yasa hükümleriyle yargı yolu kapatılmış olan uyarma ve kınama cezalarına karşı, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin hak arama özgürlüğünü güvenceye alan 14'üncü maddesini esas almış ve davada 657 sayılı yasa hükmüne göre sözleşme hükmüne öncelik vererek davanın esasını incelemiş ve işlemin iptaline karar vermiştir. Ancak, Danıştay 12'nci Dairesi, 18.10.2005 günlü, E.2004/4584, K.2005/3520 sayılı kararıyla söz konusu kararı bozmuştur.

Danıştay 12'nci Dairesi'nin söz konusu kararında, idare mahkemesinin karar gerekçesinde yer verilen uluslar arası sözleşmelerin hiçbirine yer verilmemiş, Anayasanın 129 uncu maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135 inci maddesiyle, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatılmış olduğu belirtilmek suretiyle idare mahkemesi kararı bozulmuştur. Dairenin karar tarihi 18.10.2005'tir. Bu tarihte, Anayasamızın 90 inci maddesine, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası antlaşmalarla yasaların çatışması halinde uluslar arası antlaşma hükmüne öncelik verileceği yolundaki hüküm getirilmiş bulunmaktaydı. Söz konusu Danıştay kararında, Anayasa'nın 129.maddesine yer verilmiş, fakat 90.maddesi göz ardı edilmiştir. Ayrıca, anayasanın 129.maddesinde uyarma ve kınama cezalarını kesin olarak yargı denetimi dışında bırakan bir düzenleme yer almamaktadır. Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı denetiminin kapatılması 657 sayılı Yasanın 135.maddesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla burada, uluslar arası antlaşma hükmüyle Anayasa hükmünün çatışmasından da söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Aksi yönde düşünceler

⁸¹ GÜLMEZ, Mesut: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır.) Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 Kasım 2004, s.71.

de olabilir. Ancak, Danıştay 12'nci Dairesi kararında bu tür değerlendirmelere hiç yer verilmemiştir.

Kanaatimizce, idare mahkemesinin karar gerekçesinde yer verilen uluslar arası antlaşmaların, görülmekte olan davada uygulanabilir olup olmadığı, olayda uluslar arası antlaşma hükmünün Anayasa hükmüyle mi yoksa 657 sayılı Yasanın anılan hükmüyle mi çatıştığı hususları tartışılmalıydı. İdare mahkemesinin karar gerekçeleri karşılanarak, uygulayıcılara bir yol gösterilmeliydi, idare mahkemesinin bu gerekçesi hakkında hiçbir değerlendirme yapılmamasının, idare mahkemelerinin hukukumuzda meydana gelen yenilikleri kararlarına yansıtma çabalarını zayıflatabileceğini düşünüyoruz.

Danıştay 1'inci Daire Üyesi Yılmaz Çimen, Anayasanın 90'ıncı maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik üzerine sunduğu bildirisinde⁸², 90'ıncı 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'üncü 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, yargıçların, yürütme ve yasama organları ile tüm anayasal kurumların, uluslararası antlaşma ile yasalar arasında çatışma olup olmadığını, resen araştıracaklarını belirtmiştir.

Aynı bildiride, uluslararası insan hakları antlaşmalarının Anayasanın

⁸² ÇİMEN, Yılmaz: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 Kasım 2004, s.92-100.

üstünde kabul edilemeyeceği, antlaşma ile Anayasanın çatışması halinde, ilk olarak Anayasanın yorumunda antlaşma hükümlerinden yararlanma suretiyle ancak, antlaşmayı Anayasa'dan üstün konuma getirmeden Anayasa'ya uygun bir çözüm bulunup bulunmadığının araştırılması, bunun mümkün olmaması halinde ise Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi gereğince, Anayasa hükmünün esas alınması gerekeceği savunulmuştur.

Biz de kısmen bu görüşe katılmakla birlikte, Anayasanın 90 ıncı maddesine getirilen hükümde yer alan "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar" deyimi ile usulüne göre kabul edilmiş olan tüm insan hakları antlaşmalarının kastedildiğini düşünüyoruz.

Konya 2'nci İdare Mahkemesi'nin, iki defa üst üste öğrenci katkı payını yatırmayan davacının üniversiteden kaydının silinmesine ilişkin davada verdiği, 31.5.2004 günlü kararında⁸³, Anayasa'nın 90'ıncı maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların yasalar karşısında önceliği bulunduğundan bahisle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eğitim hakkını düzenleyen 1 Nolu Ek Protokolünün 2'nci maddesini esas alınmış, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 46'ncı maddesinde yer alan öğrenci katkı payını ödemeyenlerin kayıtlarının yapılmayacağı ve yenilenmeyeceği hükmü uygulanmayarak, idarenin, katkı payının tahsili amacıyla, kayıt yapmama, yenilememe, derslere almama, katkı payını faiziyle tahsil etme gibi geçici nitelikte müeyyideler içeren kurallarla, eğitim hakkının özünü zedelemekten düzenlemesi gerektiği, öğrencinin kaydının silinmesinin eğitim hakkının özünü zedeleyen nitelikte olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Anılan kararda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin eğitim hakkının sınırlanması koşullarına ilişkin Campbell ve Cosans –Birleşik Krallık kararına da atıfta bulunulmuştur⁸⁴.

⁸³ Konya 2.İdare Mahkemesi'nin, 31.5.2004 günlü, E.2003/469, K.2004/628 sayılı kararı.

⁸⁴ Söz konusu İdare Mahkemesi kararının temyiz edilip edilmediğine dair, Danıştay kayıtlarında herhangi bir bilgiye rastlanmamıştır.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamış ama bu Sözleşmeyi hayata geçirmede çok başarılı olamamıştır, insan hakları ihlalleri nedeniyle yüklü miktarda tazminat ödemek zorunda kalmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu Sözleşmeye taraf devletleri ortak bir demokrasi standardına zorlayan bir "Avrupa Anayasası" konumuna gelmiştir. Kanaatimizce demokrasinin korunması düşüncesi temel alınarak hazırlanan ve Türkiye'nin iç hukukunun bir parçası haline gelmiş bulunan Sözleşme hükümlerinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda anlaşılabilir Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve diğer mahkemelerce uygulanması ve bağımsız ölçü norm olarak kullanılması gerekmektedir. Yukarıda yer verilen kararlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıflarda bulunulmasına rağmen, bu durum halen istisna olma özelliğini korumakta, genel olarak yargı yerleri konuya mesafeli yaklaşmaktadırlar.

C- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 24 Kasım 1998 tarihli kararında Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasına ilişkin, Anayasanın 125/2 madde hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/2, Anayasanın 36 ve 40'inci maddesine aykırı olup olmadığını irdelemiştir. Sonuçta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bu maddesinin Anayasanın üzerinde olmadığına karar vermiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi karar gerekçesinde, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin hiçbir işlemin ayrı tutulmasına olanak tanımaksızın yargı denetimine mümkün ve zorunlu kıldığı ve bu sözleşme hükmünün doğrudan uygulanması yoluyla Yüksek Askeri Şura Kararları'nın da denetlenmesi istenmektedir. Usulüne göre yayınlanıp kanun

hükmünde sayılan milletlerarası andlaşmaların iç hukuk normlarına göre ayrıcalıklı yönü, Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülememesinden ibarettir, yoksa Anayasa üstü bir konumda görülemez. Bu nedenle çeliştiği bir kanundan önce ve doğrudan uygulanabilen bu antlaşma hükmü, ayrıca, Anayasa hükmü yerine uygulanamaz. Daha açık bir deyimle, bir Anayasa hükmü, antlaşma hükmüne aykırılığı nedeniyle ihmal edilemez. Aksi hal, Devletin egemenlik ve bağımsızlığına, özgün bir Anayasa düzenine sahip olma olgusuna ters düşer. Bu nedenle Anayasa'nın 125'inci maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen hukukî denetim yasağı, böyle bir yaklaşımla da aşılamaz.”⁸⁵

Anılan kararda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, “mevcut Türk pozitif hukuk kuralları karşısında yargı yerlerinin bu sözleşmeyi çatışma halinde asli hukuk normu olarak kullanabilmesinin imkânı görülmemektedir. Ancak, yorum kuralları olarak ve yardımcı bir norm şeklinde yargı kararlarının değerlendirilmesi elbette mümkündür. Uluslararası ve ulusal üstü hukuk kurallarının anayasal değerde oldukları kabul edilerek, anayasanın bu kurallarla çatışan bir hükmünün ihmal edilmesine ve sözleşme kurallarının uygulanmasına hukuken olanak yoktur. Bu bakımdan, Türk hukuk düzeninde, uluslararası hukuk kurallarının anayasa üstü değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağı gibi, uluslararası sözleşme ile anayasanın çatışması durumunda mahkemelerin anayasa hükmünü ihmal ederek sözleşme hükmünü uygulamalarına da olanak yoktur. Uluslararası sözleşmelere aykırı olsa bile mahkemeler anayasa hükmünü uygulamak zorundadır. Anayasa hükümleri, uygulama dışı ve etkisiz bırakılamaz...”⁸⁶ demiştir.

Mahkeme, bu görüşünü başka bir kararında da yenilemektedir. Mahkeme kararında, anayasanın uygulama dışı ve etkisiz bırakılamayacağını, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin kesin ve

⁸⁵ AYİM, 24 Kasım 1998, 964/1020; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde sunulan bildiri (Başlıg bulunmamaktadır), s.87.

⁸⁶ AYİM, 24 Kasım 1998, 964/1020 SELÇUK, Sami: a.g.m., s.418.

zorunlu bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Mahkeme kararında şöyle demektedir:

“Anayasamızın Başlangıç bölümünde açıkça belirtildiği üzere; ‘...Anayasanın,...egemenliği....millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı...fikir, inanç ve kararlarıyla anlaşılması, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanması... gerekmektedir’ (1982 Anayasasının Başlangıç bölümünün 3 ve 8’inci prg.). Bu nedenle de, ‘Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları oldukları’ kabul edilmiştir (AY. m. 11). Bundan dolayı, ‘Hakimler, ... Anayasaya ...uygun olarak hüküm vermek zorundadırlar (AY.m.138/1).”⁸⁷

Biz de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin Anayasa hükümlerini uygulama dışı ve etkisiz bırakılamayacağı yolundaki kararına katılıyoruz. Askeri Yüksek idare Mahkemesinin anılan kararları Anayasanın 90 ıncı maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten önceki kararlardır. Ancak, Anayasanın 90 ıncı maddesiyle yapılan değişiklik hükmü temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası antlaşmalarla yasalar arasında çatışma olması halini düzenlemiş, uluslar arası antlaşma hükmüyle anayasa hükmünün çatışması hali yönünden herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Anayasamızın mevcut düzenlemesine göre, Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince anayasa hükümleri uluslar arası antlaşma hükümlerine göre üstündür.

D.Yargıtay Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yeri

Yargıtay uluslararası sözleşmeleri yasa gibi uygulamakta, uluslararası

⁸⁷ AYİM, Birinci Daire, E. 1997/555, K. 1997/528 ; ÇINAR, Özgür Heval: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi, Birinci Baskı, İstanbul 2005, s.110.

sözleşmeleri kararlarında destek ölçü norm olarak kullanmakta, ancak uluslararası sözleşmeleri ulusal hukuka uygulanması zorunlu öncelikli norm olarak kabul etmemektedir.

“Yargıtay, insan hakları alanındaki içtihadında uluslararası sözleşmeleri ağırlıklı destek –ölçü normu olarak kullanmaktadır. İç hukukun yanı sıra verilen kararlarda insan hak ve özgürlükleriyle ilgili sözleşmelere, koşutluk bulunması, aynı çerçevede düzenleme getirmesi halinde gönderme yapılmaktadır. Destek norm alanında da bağımsız –destek norm olarak değil, iç hukukla birlikte anılarak, yollama yapılmış, kimi zaman ise, henüz kabul edilmemiş olmasına karşın karar gerekçesini güçlendirmek için sözleşmeye referans verildiği görülmüştür.”⁸⁸

İnsan haklarına ilişkin sözleşmelerin doğrudan uygulandığı, yani bağımsız ölçü normu olarak uygulandığı nadir Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Yargıtay 6’ncı Ceza Dairesi, 20.11.1995 tarihinde verdiği, E.1995/11619, K.1995/12124 sayılı kararında⁸⁹, tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesiyle ilgili uyuşmazlıkta, CMUK’ta açık hüküm bulunmamasına rağmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesine atıfta bulunarak çözümlü ve Sözleşme’nin 6/3-e maddesi hükmüne göre, duruşmada konuşulan dili anlamayan veya konuşamayan sanıkların tercüman yardımından parasız yararlanmaları gerektiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla, iç hukukumuzda açıkça düzenlenmemiş bir konuda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini doğrudan uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmiştir.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, tabii babalığına hükmolunan çocuğun, gayri sahih nesebli olarak, babasına mirasçı olacağına ilişkin,

⁸⁸ AKTAN, Hamdi Yaver: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli’nde sunulan bildiri (Başlığı bulunmamaktadır), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 Kasım 2004, s.142-143.

⁸⁹ Yargıtay Kararlar Dergisi, Şubat 1996, Cilt 22, S.2, s.304-305; bu karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yaptığı itiraz, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.3.1996 günlü, E.1996/6-2, K.1996/33 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Bkz. Yargıtay Kararlar Dergisi, Nisan 1996, Cilt 22, Sayı 4, s.621-624.

22.02.1997 tarihli, 1/1 sayılı kararında, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, 1959 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesine dayanmış ve kararını bunun üzerine kurmuştur.⁹⁰

Anayasada yapılan değişiklikten sonra Yargıtay 8'inci Ceza Dairesinin 7.7.2004 günlü, E.2003/3622, K.2004/6288 sayılı kararında⁹¹, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1 ve aynı sözleşmeye ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 1'inci maddelerini birlikte yorumlayarak, göçmen kaçakçılığında örgüt tanımına ulaşmıştır.

Yargıtay 7'nci Ceza Dairesi, 14.7.2004 günlü,16002/9362 sayılı kararında⁹², Anayasa'nın 90/son maddesi hükmüne dayanarak Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin "...onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır' şeklindeki 1.maddesi hükmü karşısında 2253 sayılı Yasa'nın 41.maddesinin 'bu kanundaki küçük deyimi suçun işlendiği tarihte henüz onbeş yaşını bitirmemiş kimseleri kapsar' hükmünün geçersiz hale geldiğini ve buradan hareketle aynı yasanın 26.maddesi uyarınca yargılamanın 3005 sayılı Yasa uyarınca yapılamayacağını belirtmek suretiyle sözleşmenin doğrudan uygulanması gerektiğine karar verdiği gibi sözleşmenin iç hukuku ilga ettiğini de açıklamıştır."⁹³

Yargıtay "Ceza Genel Kurulu da genişletilmiş zorarım konusunda Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün

⁹⁰ SELÇUK, Sami: a.g.m., s.415-416; Ayrıca bkz. 22.02.1997 ve 1/1 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 14.09.1998, 4656/6588; 15.05.1998, 11181/3506; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 01.02.1999, 12725/427; 17.12.1997, 10310/11272; YCGK, 09.06.1998,150/211.

⁹¹ AKTAN, Hamdi Yaver: a.g.b., s.147.

⁹² AKTAN, Hamdi Yaver: a.g.b., s.148.

⁹³ AKTAN, Hamdi Yaver: a.g.b., s.148.

12.maddesinin doğrudan uygulanacağına karar vermiştir".⁹⁴

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2.7.2003 günlü kararında⁹⁵, davacının taşınmazının kadastro çalışmaları sırasında mera olarak kaydedilmesi nedeniyle, kadastro tespitinin iptali istemiyle açılan davada, adil yargılanma ilkesine oldukça geniş yer verilmiştir. Olayda, davacı kadastro tespiti sırasında mahalli bilirkişi olarak dinlenmiş ve kendi taşınmazı olduğu iddiasıyla dava açtığı yerin mera olduğunu beyan etmiştir. Yerel mahkeme, davacının mahalli bilirkişi olarak verdiği beyanın kendisini bağlayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, davacının mahalli bilirkişi olarak verdiği beyanının, kendisine açıkça okunmadığı ve bu nedenle davacının iradesini tam olarak yansıtmayacağından ikrar beyanı olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiş, ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan adil yargılanma hakkının ayrıntılı bir açıklamasına yer verildikten sonra, hiçbir araştırma ve inceleme yoluna gidilmeden, davacıya hakkını yargı yeri önünde savunma imkânı verilmeden davanın reddedilmesinin adil yargılanma hakkına aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Yukarıda yer verilen kararlardan da görüleceği üzere, Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıklarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine, özellikle Sözleşme'nin 6 ıncı 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 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'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.

⁹⁴ Yargıtay CGK, 12.10.2004, 8-175/198; AKTAN, Hamdi Yaver: a.g.b., s.148.

⁹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2.7.2003 günlü, E.2003/7-438, K.2003/463, Kazancı mevzuat programı.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İDARE HUKUKU ve İDARİ YARGIDAKİ BAŞLICA HUKUKİ DAYANAKLARI

1. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Hukuk devleti, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukukî güvenceler sağlayan devlettir. Hukuk devleti olmanın gerekleri, demokratik rejim, kuvvetler ayrılığının benimsenmesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, kanuni idare, devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi, idarenin yargısal denetimi, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi, hukuki güvenlik ilkesi, eşitlik ilkesi ve idarenin mali sorumluluğu⁹⁶ olarak sıralanabilir.

Hukuk devleti unsurlarından olan temel hakların güvence altına alınması konusunda uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulaması idari yargıda yargılamanın yenilenmesi sebebi olması nedeniyle hukukî önem taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kararlarının hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabulünden önce de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamalarından destek norm olarak, daha sonra ise kıyasen yararlanılmıştır.

2. İNSAN HAKLARINA SAYGI İLKESİ

Anayasanın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin "insan

⁹⁶ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2004, s.25 vd; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN, Anayasa Hukuku-İdare Hukuku, 7.Bası, Ankara 2006, s.50; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Birinci Baskı, Cilt 1, Bursa 2003, s.99.

haklarına saygılı" olduğu belirtilmiş ve 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Yasayla değişik 14'üncü maddesinde ise, insan haklarına dayalı devlet olduğu ifade edilmiştir.

Anayasamızın 12'nci maddesinde, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu hükmü yer almıştır. 5'inci maddede ise, Devletin temel amaç ve görevleri arasında, "kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" görevi de sayılmıştır.

Anayasanın 13'üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması koşulları da Anayasamızda öngörülen koşullara çok benzemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hakların sınırlandırılmasında, yasaya uygunluk ilkesi ve demokratik bir toplumun gerekleri ilkesi olmak üzere iki ölçüt öngörmektedir. Sözleşmenin 8-11'inci maddeleri arasında haklara yer verildikten sonra, belirtilen hak ve özgürlüğün demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak, maddede öngörülen somut gerekçelerle ve ancak yasayla sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

Demokratik toplumun gerekleri kavramı; demokrasi, hukuk düzeninin, hukukun hakim olduğu bir yaşam tarzıdır. Demokraside bireylerin birbirleriyle ilişkileri, davranış standartlarını belirleyen yasalarla düzenlenmiştir.

Sözleşme, demokratik bir düzen olmaksızın temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınıp gelişmeyeceği görüşünden yola çıkmıştır. Sözleşmede yer alan "demokratik düzen" kavramı ile özel ve belirli bir devlet teşkilatı

tanımlanmak istenmemiş, sadece üye devletlerin ortak olarak üzerinde ittifak edebilecekleri asgari bir demokrasi düzeyi vurgulanmak istenmiştir.⁹⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, getirilen sınırlamanın demokratik toplum gereklerine uygun olup olmadığını denetlerken, öncelikle getirilen sınırlamanın meşru olup olmadığını araştırmaktadır. Örneğin, mahkûmların haberleşmesinin denetimini ya da 21 yaşından küçükler arasında homoseksüel ilişkilerin yasaklanmasının meşru amaçlarla yapıldığına karar vermiştir(Dudgeon/Büyük Britanya, (1981); Noris/İrlanda (1988).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ikinci olarak, getirilen sınırlama için kullanılan araçların meşru amaçla orantılı olup olmadığını denetlemektedir. Örneğin mahkûmların kendi avukatlarıyla yazışmalarını engellenemeyeceğine karar vermiştir.⁹⁸

“Sözleşme organları (Komisyon ve Mahkeme), “yasa” deyimiyle, şekli anlamda kanunları değil, maddi anlamda normlar ihtiva eden her türlü düzenlemeyi anlamaktadır. Komisyon ve Mahkeme, konuyu üye devletlerin iç hukuklarına bırakmış, üye devletler hukukuna göre kanun olarak kabul edilen düzenlemeler, Sözleşme anlamında kanun olarak kabul edilmiştir. Ancak iç hukukun da temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yeterli ve Sözleşmeyle uyum içinde olması gerekir”.⁹⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 18'inci maddesiyle, "Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir." hükmü getirilmiştir.

Hakkın kötüye kullanılması kavramına ilişkin olarak, hukukun genel bir ilkesini yansıtan bu hüküm, âkit devletlere ve Sözleşmedeki haklardan yararlanan bireylere hitabetmektedir.

⁹⁷ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.357.

⁹⁸ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.357.

⁹⁹ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.357.

Taraf devletler, vatandaşlarının ve ülkede yaşayan herkesin Sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerden tam anlamıyla yararlanabilmeleri için gereken bütün önlemleri almak yükümlülüğü altındadır. Bu konuda özellikle Sözleşmenin tanıdığı yetkiye dayanarak, 2-12'nci maddeler arasındaki temel hak ve özgürlükleri kısıtlarken, hiçbir şekilde temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamak ve kısıtlamaları da sadece amaçlarına uygun ve belirli sürelerle uygulamak zorunluluğu vardır. Aynı şekilde, Sözleşmeden yararlanan bireyler de, 17'nci maddede öngörüldüğü şekilde, Sözleşmeyle tanınan temel hak ve özgürlükleri, bu hakları yok etmek veya hür demokratik temel düzeni tahrip etmek amacıyla kötüye kullanamazlar.¹⁰⁰

3. ADİL YARGILANMA HAKKI VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Anayasamızın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı (m d .2) ve emredici olması nedeniyle Anayasa md. 36/1 idari yargı içinde tartışmasız bir öneme sahiptir. Bu ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmiş olup, kapsamı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla sürekli genişletilmektedir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların büyük çoğunluğunda da yer alan bu tür ihlal iddiaları konusunda bizzat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlarda bu kuralın hukukun en temel kuralı olduğu⁶ ve bu maddenin dar yorumunun, bu hükmün kapsam ve amacına uygun düşmediği belirtilmiştir” . Esasen adil yargılamaya ilişkin 6'ncı madde hükmü ilke olarak bütün yargılama usulünde

¹⁰⁰ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.367.

geçerlidir. Bu çerçevede idari yargı bakımından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'ya aykırı nitelik taşımayan bir yargılama yapılması gerekir.

Bu ilke, unsurları ve idari yargı ile ilişkisi bakımından aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

4. EŞİTLİK İLKESİ - AYIRIMCILIK YASAĞI

Eşitlik ilkesi aynı hukukî konumda olanlara aynı hukukî muamelenin yapılması demektir. Anayasanın 10'uncu maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesinde ise, "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." hükmüyle, "Ayrımcılık yasağı" düzenlenmiştir.

Ayrımcılık yapıldığı ileri sürülen konunun mutlaka sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınan bir hakka ilişkin olması gerekir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.14'ün ihlal edilmiş sayılabilmesi için, aynı zamanda ilgili olduğu hakkın da ihlal edilmiş olmasına gerek yoktur. Sözleşme organlarına göre her farklı uygulama, md.14'ün ihlal edildiği

anlamına gelmez. Karşılaştırmaya konu iki durum arasında bir eşitlik varsa, bu takdirde "söz konusu tasarrufun amacı ve sonucu arasındaki ilişki" ve "kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki oranlılık" belirleyici olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iki durum arasındaki benzerliği tespit ettikten sonra ikinci aşamada farklı düzenleme ve uygulamayı gerektiren "haklı bir neden olup olmadığı"na bakmaktadır. Nitekim Belçika'ya karşı Eğitim Dili Davasında" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "belirli bir farklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele ilkesinin ihlal edildiği kabul edilir. Makul bir sebebin var olup olmadığı, ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılık, söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukukî ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilmektedir. Objektif ve makul haklı bir nedene dayanmayan yani meşru bir amaca sahip olmayan ve kullanılan araçla amaç arasında makul bir orantı bulunmayan farklı muamele ayrımcılık sayılır. Sözleşmeciler, hangi farklı muamelenin ne ölçüde haklı görülebileceğine ilişkin belirli bir takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, yalnızca cinsiyete dayanan farklı bir muamelenin Sözleşme'ye uygun olduğu konusunda çok esaslı gerekçeler getirmelidir" sonucuna varmıştır¹⁰¹.

Anayasamızın 10 uncu maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, devlet organları ve idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında nispi eşitlik anlayışının benimsendiği görülmektedir.

¹⁰¹ Belçika'ya karşı 23.7.1968 tarihli Linguistique kararı, Serie: A, no:6; SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.7.

5. DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

Anayasanın 13'üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlanamayacağı belirtilmiştir. 15'inci maddede ise, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasında da milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi gerektiği düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, düzenlediği konulardaki temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında iki ölçüt öngörmektedir. Bunlardan birincisi, "demokratik toplumun gerekleri", ikincisi ise, "yasaya uygunluk" ilkesidir. Örneğin Sözleşmenin 8-11'inci maddeleri arasında, temel hak ve özgürlüğün, demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak, maddede öngörülen somut gerekçelerle ve ancak kanunla kısıtlanabileceği belirtilmiştir.¹⁰²

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, demokratik bir düzen olmaksızın temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınıp gelişemeyeceği görüşünden yola çıkmıştır. Sözleşmede yer alan "demokratik düzen" kavramı ile özel ve belirli bir devlet teşkilatı tanımlanmak istenmemiş, sadece üye devletlerin ortak olarak üzerinde ittifak edebilecekleri asgari bir demokrasi düzeyi vurgulanmak istenmiştir¹⁰³.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇTİHAT HUKUKU OLAN İDARE HUKUKUNUN YARDIMCI KAYNAĞI OLARAK YERİ

Yukarıda Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında Avrupa İnsan

¹⁰² ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.357.

¹⁰³ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.357.

Hakları Sözleşmesi'nin Yeri başlıkları altında yer verilen açıklamalar ışığında, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine ulusal mevzuatın yorumuyla ulaşılan yorumu desteklemek veya güçlendirmek amacıyla, ulusal normla birlikte destek norm olarak başvurulduğunu; ulusal yasaların düzenlemediği veya bir çözüm öngörmediği alanlarda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin doğrudan ölçü olarak kullanıldığını söyleyebiliriz.

1982 Anayasası, uluslararası hukuk kurallarını, hukukun genel ilkelerini ve Atatürk İlke ve İnkıplarını anayasallık blokuna (Anayasaya uygunluk denetiminde kullanılan ölçü normların tümüne anayasallık bloku denir.) dahil etmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi, uluslararası sözleşmeleri, hukukun genel prensiplerini, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni referans norm olarak ya da dayandığı Anayasa kurallarını destekleyici ilke olarak kullanmıştır.¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini destek norm olarak algılamakta, ama tek norm olarak benimsememekte, insanı hem ulusun hem de insanlığın üyesi kabul etmektedir.¹⁰⁵

Danıştay'ın ilk kararlarında, uyuşmazlığın öncelikle iç hukuk kuralına dayanılarak çözüldüğü, sonra bu çözümün Sözleşme hükümleriyle desteklendiği görülmektedir. Danıştay 12'nci Dairesi, İsveç Radyo Televizyon Kurumu ile ilgili kararında¹⁰⁶, belgesel film yapmak için Türkiye'ye gelen ancak film çekmek için izinleri bulunmadığından film ve ses bantlarına el konularak sınırdışı edilen İsveç televizyon ekibinin bu işlemin iptali istemiyle açtığı davada, ulusal yasa hükümlerine göre karar vermiş, ancak, Helsinki Nihai Senedi'ne de göndermede bulunmuştur. Yukarıda, Danıştay kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yeri başlığı altında yer verilen, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile ilgili, Danıştay İçtihatları

¹⁰⁴ FENDOĞLU, Tahsin: "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm Sorunu", Anayasa Yargısı, Ankara 2000, Cilt 17, s.363.

¹⁰⁵ FENDOĞLU, Tahsin: a.g.m., s.379.

¹⁰⁶ Danıştay 12.Dairesi, 24.4.1978, E.1977/1349, K.1978/955, Danıştay Dergisi, Sayı 30-31, s.50 vd.

Birleştirme Kararı'nda da¹⁰⁷ Anayasa ve Sıkıyönetim Kanunu'nun yorumuyla çözüme ulaşılmış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde yer alan "hiç kimse haysiyet kırıcı ceza ve muameleye tabi tutulamaz" hükmüne göndermede bulunulmuştur.

Danıştay 5'inci Dairesi'nin 24.6.1998 tarihi kararında ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükmü, ulusal mevzuatla ulaşılan çözümü desteklemek amacıyla değil, ulusal mevzuatla birlikte kullanılmıştır.¹⁰⁸ Danıştay 7'nci Dairesi'nin 14.5.2002 tarihli kararında¹⁰⁹ da Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3 maddesinin düzenlemelerine doğrudan ve birlikte göndermede bulunularak, kararı temyizden incelenen vergi mahkemesince, savunma hakkı ile ilgili yargılama kuralının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin bir idari davada ulusal mevzuata gönderme yapılmadan doğrudan ölçü normu olarak kullanılmasının ilk örneğini, Danıştay 10'uncu Dairesi, 10.11.1992 günlü Eğitim İşkolu Kamu Görevlileri Sendikası kararında vermiştir.¹¹⁰ Bu kararda, kamu personelinin Anayasa'da öngörülmemeyen, sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakkına sahip olduğu sonucuna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11'nci maddesine doğrudan başvurularak ulaşılmış ve Anayasa'da böyle bir hakkın yer almadığı gerekçesiyle, sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakkının engellenemeyeceği belirtilmiştir.

Danıştay 10'uncu Dairesi, 3.11.1998 tarihli kararında¹¹¹ da aynı yaklaşımı sürdürmüştür. Bu kararda, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki tutukluların, İstanbul'daki tutukevlerinin fiziki yetersizliği sebebiyle, Kartal'da yapımı süren cezaevi inşaatının bitimine kadar, yakın

¹⁰⁷ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararı, 7.12.1989, E.1988/6, 1989/4.

¹⁰⁸ Danıştay 5.Dairesi, 24.6.1998, E.1998/1001, K.1998/2032; CANDAN, Turgut : a.g.m., s.60.

¹⁰⁹ Danıştay 7.Daire, 14.5.2002, E.2002/206, K.2002/1864; CANDAN, Turgut : a.g.m., s.62.

¹¹⁰ Danıştay 10.Dairesi, 10.11.1992, E.191/1262, K.1992/3911; CANDAN, Turgut : a.g.m., s.62.

¹¹¹ Danıştay 10.Dairesi, 3.11.1998, E.1996/7166, K.1998/5511; CANDAN, Turgut : a.g.m., s.63.

illerdeki tutukevlerine nakilleri konusunda, kuruluş kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak Adalet Bakanlığı'nca yapılan düzenlemeyi, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine dayanarak, bu maddede öngörülen Adil Yargılanma Hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine bu şekilde yer verilmekle birlikte, Anayasanın 90'ıncı maddesinde yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında öncelik tanınması karşısında, artık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine idari davalarda daha çok yer verileceği şüphesiz olmakla birlikte, uygulamada da bir çok sorunla karşılaşılacaktır. Çünkü, Anayasa 90'ıncı madde hükmünün yargı yerleri tarafından nasıl uygulanacağı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

İdari davalarda, temel hak ve hürriyetlerle ilişkin uluslararası sözleşmenin ve tezimizin konusu olması bakımından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokollerde yer alan bir hükmün uygulanması söz konusu olduğunda, idari yargıç öncelikle söz konusu hükmün yer aldığı metnin Türkiye tarafından usulüne uygun olarak yürürlüğe konulup konulmadığını araştırmalıdır. Bilindiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi durağan bir metin olmayıp, gün geçtikçe yeni protokoller yoluyla geliştirilmektedir, taraf ülkeler için Sözleşmenin ve ek protokollerinin bağlayıcılığı, bunların usulüne uygun olarak kabulüyle başlamaktadır. Bu nedenle idari yargıç, Türkiye'nin hangi protokolleri yürürlüğe koyduğunu bilmelidir.

İkinci olarak, temel hak ve hürriyetlerle ilişkin uluslararası sözleşme hükmünün doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığına bakılmalıdır. Doğrudan uygulanırlık ile kastedilen, mahkemeler önünde doğrudan uygulanabilirlik, diğer bir deyişle, mahkemelerin önlerindeki davada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygulanacak kural olarak başvurabilmeleridir. Soyut ve genel nitelikte bir hukuk kuralı koyan ve kişilik dışı bir hukukî durum yaratmış olan hükümler doğrudan uygulanabilecek niteliktedir. Öte yandan, bildirici, açıklayıcı nitelikteki hükümler ise, iki durumda, idari davada dayanak

gösterilebilir. Bunlardan ilki, Anayasa'nın, 15, 16, 42, 92.maddelerinin düzenleme alanı ile ilgili uluslararası antlaşma hükümleridir. Bunlar, anayasal değerde bulduklarından, bir idari davada ileri sürülebilirler. İkinci durum ise, açıklayıcı nitelikteki uluslararası antlaşma hükümlerinin ulusal bir düzenlemeye konu edilmesidir. Bu durumda ise, idari davada uygulanacak olan uluslararası antlaşma hükmü değil, ulusal düzenlemedir.¹¹²

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokollerinde yer alan hükümlerin genel olarak, doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler olduğu söylenebilir.

Bir sözleşmenin doğrudan uygulanabilir olup olmadığı hususu araştırılırken şu üç koşula bakılmalıdır: a) Tarafların amaçları, b) sözleşme kurallarının konusu ve c) sözleşme hükümlerinin şekli.¹¹³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 inci maddesinde yer alan "Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar" hükmünden, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin, ülkelerinde yaşayan kişilere doğrudan haklar ve özgürlükler kazandıracak kurallar meydana getirmeyi istedikleri anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin doğrudan uygulanabilirliğini etkileyen diğer bir unsur ise hükümlerin konusudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin birinci bölümünde yer alan hükümler, başka uygulanma kurallarına ihtiyaç göstermeyen, bireyler lehine subjektif hakları tanıyan hükümlerdir. Sözleşmenin 3, 4, 5 ve 7.maddeleri bireyler ile devletler arasındaki ilişkileri doğrudan ilgilendiren kurallar içermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin düzenleniş biçimi de Sözleşme'nin doğrudan uygulanabilir niteliğini göstermektedir. Bir hükmün

¹¹² "Uluslararası Hukukun İdari Yargıç Tarafından Uygulanışı", Danıştay Dergisi, Yıl 1998, Sayı 96, s.3 vd.

¹¹³ BATUM, Süheyl: a.g.e., s.43.

şekil itibari ile doğrudan uygulanabilir olması için, ilkeler ve genel ifadeler şeklinde değil, açık, ayrıntılı ve kesin hükümler biçiminde yazılması gereklidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin birinci bölümünde yer alan temel hak ve özgürlükler ayrıntılı şekilde düzenlenmiş, 8, 9, 10, 11.maddelerin ikinci fıkralarında tanınan hakların sınırları, devletlerin bu hak ve özgürlükleri sınırlarken uymaları gereken koşullar da açık ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Öte yandan Sözleşme'nin tüm maddelerinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu söylenemez. Sözleşme'nin açık, ayrıntılı ve belirgin hükümler içermeyen maddeleri doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir.

Üçüncü olarak idari yargıç, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükmüyle çelişen iç hukuk kuralının niteliğini araştırmalıdır. Bununla kastedilen ulusal düzenlemenin anayasa, yasa, KHK, yönetmelik veya diğer düzenleyici işlem mi olduğunun tespiti.

Anayasa hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında çatışma olması halinde, daha önce de belirtildiği gibi, 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 hükmünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi karşısında önceliği olacaktır.

Ulusal yasalarla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükümlerinin çelişmesi halinde uluslararası antlaşma hükümlerine öncelik verilecektir. Ayrıca, Anayasa 90'ıncı maddesinde "yasalar"dan söz edilmesine karşın, düzenleme sadece "yasalarla" sınırlı değildir. Anayasamıza göre (AY md. 91),KHK ile temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler düzenlenemez. Ancak, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin KHK çıkarılması ve bunun da temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümleriyle çelişmesi halinde,

uluslararası antlaşma hükümlerine öncelik verilecektir.

Yasaya dayanılarak çıkarılmasına rağmen, yasaya aykırı düzenleme içeren bir tüzük ile uluslararası antlaşmaların çatışması halinde de zaten söz konusu tüzük yasaya aykırı olduğundan iptal edilecektir.

Konuyu düzenleyen herhangi bir yasa veya anayasa hükmü yoksa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği düzenleme "doğrudan" uygulanabilir nitelikte ise iç hukuktaki boşluk Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri uygulanarak giderilecektir. Bilindiği gibi, İdare Hukukunun özelliklerinden birisi de bir içtihat hukuku olmasıdır. Dolayısıyla, hukuk veya yasa boşluğu olan hallerde idari yargıcın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını dikkate alması mümkündür. Uluslararası hukuk kuralını ihlal eden, düzenleyici veya bireysel bir idari işlem ise, tıpkı, Danıştay 10'uncu Dairesi'nin kamu görevlilerinin sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakları konusunda verdiği kararda olduğu gibi, uluslararası antlaşma hükmü uygulanarak karar verilecektir.

V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Sözleşmeyle teminat altına alınan insan haklarının pratikte uygulanıp uygulanmadığını denetim sorumluluğu, Strasbourg'da oluşturulan belli organlara verilmiştir. 31 Ekim 1998 tarihine kadar geçen zamanda Sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği üç organ tarafından denetlenmiştir. Bunlar, 1954 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 1959 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesidir. 1 Kasım 1998 de yürürlüğe giren 11 nolu Protokol ile anılan ilk iki organın yerini, tam zamanlı çalışan tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

almıştır. Bakanlar Komitesinin yargısal işlevi ise ortadan kaldırılmıştır.¹¹⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) bireyin hak ve özgürlüklerini totaliter anlayışlara karşı korumayı amaçlayan bir yapıdır. Mahkemenin görevini gereği gibi yapabilmesi için Sözleşmeye taraf Devletlerin müdahalelerine ve etkilerine karşı bağımsız olmalıdır. İkinci Dünya savaşı sonrası oluşturulan Komisyon ve Divanın yapıları o dönemde Sözleşmeye taraf Devletlerce mümkün olabilen uzlaşmanın bir yansımasıdır. Bugünün koşullarında yargı bağımsızlığı açısından oldukça yetersiz olan bu mekanizmalar tarihsel şartlarla birlikte düşünüldüğünde tarihin önemli köşe taşlarından oldukları görülecektir. Ancak, değişen dünya şartlarında bu mekanizmalar yargı bağımsızlığı ilkesi açısından oldukça yetersiz kalmışlardır. Strasbourg mekanizmasının siyasi amaçlardan ve devlet müdahalelerinden arındırılmış bir şekilde sadece hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne bağlı bir şekilde karar verebilecek bir yapıya kavuşturulması ihtiyacı çok net olarak hissedilmiştir.¹¹⁵

Ayrıca, 1980'lerden sonra dava sayısının düzenli olarak artması, yargılama sürecinin kabul edilebilir sürede tamamlanmasını güçleştirdi ve reformu kaçınılmaz kıldı. 1990'ların başında 23 olan Sözleşmeye taraf devletlerin sayısının 1999 yılına gelindiğinde 41'e yükselmesi, adaletin geç işlemesi probleminin büsbütün artmasına neden oldu. Komisyona 1981 yılında 404 başvuru kaydedilirken, 1993 de bu sayı 2037'ye 1997 de 4750'ye yükseldi. Komisyonca kaydedilmeyen veya geçici dosya açılan başvuru sayısı ise 1997 yılında 12000'e ulaştı. Divan istatistikleri de benzer bir resim ortaya koymaktaydı: 1981 yılında 7 olan Divan önündeki dava sayısı, 1993 de 52'ye, 1997 yılında ise 119'a yükselmiştir. Dava sayısındaki bu artış, Sözleşmenin denetim organlarının reformunun taraf devletlerce de

¹¹⁴ Tez çalışmamızın hacmini genişletmemek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 11 Nolu Protokol'den önceki yapısına yer verilmeyecek, 11 Nolu Protokole göre oluşturulmuş olan yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikleri incelenecek, daha sonra 14 Nolu Protokolle Mahkeme'nin işleyişine getirilen değişiklikler ayrı bir başlık altında açıklanacaktır.

¹¹⁵ BIÇAK, Vahit: a.g.m., s.89-90. www.anayasa.gov.tr.

benimsenmesine yol açtı.¹¹⁶

Yeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1 Kasım 1998'de 11 nolu protokolün yürürlüğe girmesi ile çalışmaya başlamış ve Eski Divan'ın işlevine 31 Ekim 1998'de son verilmiştir. Komisyon ise 31 Ekim 1999 tarihine kadar önceden kabul edilebilirlik kararı verilen dosyalarla uğraşmak üzere 1 yıl daha varlığını devam ettirmiştir. Yeni yapı ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yargısal işlevi ortadan kaldırılmıştır. Bakanlar Komitesi, önceden, Komisyon tarafından haklı bulunan başvurular eğer Divan önüne getirilmezse, Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine ve eğer ihlal olduğu kanaatinde ise mağdura tazminat ödenmesine karar verebilmekteydi.

11 nolu Protokolle getirilen yeni yapıdan önceki dönemde, Divan üyeleri veya Komisyon üyeleri temsil ettikleri Devletlerdeki asıl mesleklerine ek olarak Divan ve Komisyon üyeliğini yarı zamanlı olarak yürütmekteydiler. Yapılan değişikliğe göre artık mahkeme tam zamanlı olarak çalışacaktır. Hakimlerin de Strasbourg'da ikamet etmeleri zorunludur. Bu değişiklik mahkemenin bağımsızlığını sağlama bakımından önemlidir.

1 Kasım 1998 de yürürlüğe giren 11 no'lu Protokol ile Komisyon ve Divan'ın yerini tam zamanlı çalışan tek bir Avrupa insan Hakları Mahkemesi almış bulunmaktadır. Bakanlar Komitesinin yargısal işlevi ise ortadan kaldırılmıştır.¹¹⁷

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KURULUŞU VE ÇALIŞMA YÖNTEMİ

Sözleşmenin 20'nci maddesine göre Mahkeme, Sözleşmeye taraf olan devletlerin sayısı kadar hakimden oluşan, daimi görevli bir mahkemedir. 2007

¹¹⁶ BIÇAK, Vahit: a.g.m., s.90.

¹¹⁷ BIÇAK, Vahit: a.g.m., s.88.

yılı itibariyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine 46 devlet taraf olduğundan dolayı, her bir devletten bir hakim olmak üzere Mahkemede 46 hakim görev yapmaktadır.¹¹⁸

Yargıçlar üstün ahlaki vasıflara ve yüksek bir hukukî göreve atanmak için gerekli niteliklere sahip ve ehliyetleri ile tanınmış hukukçulardan, altı yıl için, taraf devletler tarafından gösterilen üç aday içinden Avrupa Parlamentosunca seçilirler. Yargıçların tekrar seçilmeleri mümkündür. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.21, m.22/1, 23).

Mahkeme hakimleri, bağımsız ve tarafsız olup, vatandaşı oldukları âkit devleti temsil edemezler, ondan emir ve talimat alamazlar. Görev süreleri içerisinde, bağımsızlıkları, tarafsızlıktan ve daimi görevin niteliği ile bağdaşmayan herhangi bir görevi üstlenemezler (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.21/2, 21/3).

Mahkeme İçtüzüğü'nün 3'üncü maddesine göre, hakimler göreve başlamadan önce, "bütün yetki ve görevlerini şerefle, sadakatle, tarafsız ve bilinçli olarak yapacağımı ve müzakereleri gizli tutacağımı beyan ederim" şeklinde bir yemin etmek zorundadırlar.¹¹⁹

Yargıçlar 70 yaşına kadar görev yapabilirler. Yerlerine seçilenler göreve başlayıncaya kadar görevlerine devam ederler. Ayrıca görev süreleri dolsa dahi önceden kendilerine havale edilmiş olan davalara bakmaya devam ederler (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.23).

Seçilmiş bir yargıcın görev süresi, seçim tarihinden itibaren hesaplanır. Bununla birlikte, bir yargıç görev süresinin bitimi üzerine yeniden seçilmiş ya da süresi sona eren yahut sona ermek üzere olan bir yargıcın yerini almak üzere seçilmiş olduğu zaman, görev süresi, her iki halde de söz konusu görev süresi bitim tarihinden itibaren hesaplanır (MK m 2/1). Görev

¹¹⁸ www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court+Organisation+of+the+Court.

¹¹⁹ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.382.

süresi sona ermemiş bir yargıç yerine seçilen yargıç, selefinin kalan süresi kadar görevde kalır (MK m.2/2). Seçilmiş olan bir yargıç, halefinin yemin etmesine yahut ant içmesine dek görevde kalmaya devam eder (MK m.2/3).

Mahkeme yargıçlarının bir yargıç hakkında, artık gerekli koşulları taşımadığına ilişkin üçte iki çoğunluk ile karar almaları hali hariç, hiçbir yargıcın görevine son verilemez (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.24).

Mahkeme önüne gelen başvuruları incelemek üzere, üç yargıçlı "Komiteler", yedi yargıçlı "Daireler" ve on yedi yargıçlı bir "Büyük Daire" şeklinde toplanmaktadır. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. md.27/1, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü md.26-27).

A. Komiteler

Sözleşmenin 28.maddesine göre, "Yapılan kişisel başvuruların daha fazla incelenmesinin gerekmediği hallerde oybirliği ile kabul edilmezliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Bu karar kesindir."

Başvuru üzerine, dava dilekçesi bir Daire tarafından kayda geçirilir ve inceleme yargıcına verilir. Bireysel başvurularda, inceleme yargıcı, davanın ilk aşamada reddi kanısında ise, işi kendisinin de katıldığı 3 üyeli komiteye götürür. Komite oybirliği ile ret kararı alabilir. Bu karar kesindir. Daireler, komitelerden geçen ve hakkında kabul edilmezlik kararı verilmemiş olan başvuruları ve devlet başvurularını kabul edilebilirlik koşulları açısından inceler ve esas hakkında karar verir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.29).

B. Daireler

İnceleme yargıcı işin ilk aşamada reddedilecek nitelikte olmadığı kanaatinde ise veya Komite ret konusunda oybirliğine varmamışsa, başvuru

7 üyeli Daire tarafından incelenir. Daire işin esası hakkında karar vermeye yetkilidir. Başvuru Daire önüne geldiğinde, inceleme yargıcı dosyayı hazırlar ve taraflarla temas kurar. Taraflar görüşlerini yazılı olarak sunarlar. Dosya tamamlandığında, konu Dairede duruşma yapılarak görüşülür. İstisnai koşullar nedeniyle aksine karar verilmedikçe, duruşmalar alenidir.

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.

C. Büyük Daire

Büyük Daire, istisnai durumlarda yargılama yetkisine sahiptir. Bir Dairenin yargılama yetkisini Büyük Daireye bırakması durumunda (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.30) ve bir Daire esas hakkında karar verdikten sonra tarafların davanın yeniden görülmesine yönelik taleplerinin kabul edilmesi durumunda (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.43) dava, Büyük Daire tarafından karara bağlanır. Ayrıca, Bakanlar Komitesi'ne istişari mütalaa da verir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.31).

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.

Mahkeme Genel Kurulu, Mahkeme Başkanını ve Daire Başkanlarını seçer. Daire Başkanlarından ikisi aynı zamanda Mahkeme Başkanının

yardımcılığını yaparlar ve gerekirse ona vekalet ederler. Mahkeme yargıçları, vatandaşı bulunduğu taraf devletin ya da namına seçtikleri tarafın söz konusu olduğu davalarda başkanlık yapamazlar (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü md. 13)

Başvuruda konu edilen devletin yargıcı Daire ve Büyük Dairede yer alır. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 27/2).

Büyük Daire, Mahkeme Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları ve "Mahkeme İç Tüzüğü"ne göre seçilen diğer yargıçlardan oluşur. Fakat davanın taraflarından birisi tarafından Daire kararının Büyük Daireye götürülmesi durumunda, başvurunun incelenmesi sırasında, Daire Başkanı ve başvuruda konu edilen Devletin yargıcı dışında, götürme kararı veren yargıçlar Büyük Dairede yer almazlar (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.27/3).

Mahkeme nezdinde bir "Yazı İşleri" bulunur. Yazı İşleri hukukçulardan oluşur (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. m.25). Mahkeme Katibini, Mahkeme Genel Kurulu seçer (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü m.15).

Mahkemenin resmi dili İngilizce ve Fransızca olmasına rağmen başvurular, taraf ülkelerin herhangi birinin dili ile de yapılabilir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü: m.34).

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YETKİSİ

Sözleşmenin 1'inci maddesinde, "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanınır" hükmü yer almıştır. Bu madde Sözleşme hükümlerinin kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetkisini belirlemektedir. 32'nci maddede ise, Mahkemenin yargı yetkisi

düzenlenmiştir. 32'inci maddeye göre, "Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34 ve 37.maddeler uyarınca kendisine intikal eden iş bu Sözleşmenin ve protokollerinin yorumu ve uygulamasına ilişkin tüm konuları kapsar. Mahkeme'nin yargı yetkisinin olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda karar Mahkeme'ye aittir."

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Yönünden Yetkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci maddesine göre, "herkes" ve Sözleşmeye taraf devletler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabileceklerdir. Devlet başvurularında, Sözleşme'ye taraf devletlerden her biri, bir diğer taraf devlete karşı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilir. Bireysel başvurularda ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34'üncü maddesine göre, Sözleşme ile tanınmış olan hak ve özgürlüklerden birinin yetki alanı içinde bulunduğu devlet tarafından çiğnendiği iddiasında olan gerçek kişiler, hükümet dışı her kuruluş ve ya kişi grupları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilir.

"Hükümet dışı kuruluşlar deyimi ile kamu gücü kullanmayan (resmi olmayan) özel hukuk kuruluşları anlaşılır. Belediyeler ve benzerleri gibi yerel yönetim kurumları resmi kuruluşlardır; keza bunlar kişi toplulukları da sayılamayacakları için 34.maddedeki bireysel başvuru hakkının kullanıcısı olamazlar. Buna mukabil dini cemaatler (manastır, kilise vb.) hükümet dışı kuruluş sıfatıyla mağdur niteliğine sahip olup bireysel başvurularda bulunabilirler."¹²⁰

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konu Yönünden Yetkisi

Mahkeme'nin konu yönünden yetkisi, Sözleşme ve Ek Protokollerde

¹²⁰ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.37.

yer alan hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. Sözleşme hükümleri dışında kalan hakları konu alan başvurular Mahkeme’ce konu yönünden yetkisizlik nedeni ile reddedilir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.35/3). Mahkeme bireysel başvuruları incelerken, başvuru konusunun kendi yetki alanına girip girmediğini, Sözleşme’yi yorumlayarak denetler. Mahkeme başvuranın Sözleşme’nin ihlal edilmesine neden olarak gösterdiği olayları değerlendirerek Sözleşme’de yer alan bir hak veya özgürlüğün ihlal edilip edilmediğini araştırır. Mahkeme başvuranın çiğnendiğini ileri sürdüğü Sözleşme maddeleriyle bağlı değildir. Sözleşme maddelerinde yanlışlık yapılması önemli değildir. “Guzzardi kararında belirtildiği gibi, Sözleşme’de Sözleşme’nin çiğnenmesinden yakınan kimsenin Sözleşme’nin hangi maddelerinin ya da hangi hakların çiğnendiğini açıkça belirtmesini zorunlu kılan bir kural yoktur. Guzzardi başvurusunda Sözleşme’nin 6.maddesinin çiğnendiğini ileri sürmüştü de Komisyon kendiliğinden olayları değerlendirerek 6.maddenin değil 5.maddenin çiğnendiği görüşünde olmuştur. Divan da bu görüşü benimsemiştir. Kısaca Mahkeme olayları Sözleşme açısından serbestçe değerlendirir.”¹²¹

Ulusal yargı yerlerinin, olayda ve hukuk kuralında hata yapmalarını inceleme kural olarak Sözleşme organlarının yetki alanına girmez. Ancak, ulusal hukuk kuralında ya da olayda ulusal mercice hata yapılmış olması, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin de çiğnenmesi sonucunu doğurabilir. Bu gibi durumlarda Mahkeme başvuruyu inceler.¹²²

Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin herhangi bir tanımı yapılmadığından ve sınırları Komisyon ve Divan’ın içtihatlarıyla belirlenmesi nedeniyle, Sözleşme kapsamına girmeyen hak ve özgürlüklerin neler olduğunun saptanmasında Komisyon ve Divan’ın ve 11 Nolu Protokolden sonra ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarına

¹²¹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.50.

¹²² GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.50.

bakılması gerekmektedir.

Buna göre, Sözleşme dil özgürlüğünü, kişilerin vatandaşı olmadığı bir devletin ülkesine girme, yerleşme, oturma, kamu hizmetine girme hakkını güvenceye almamıştır. Yine, ulusal bir yasayı, yönetsel işlemi, bir yargı kararını iptal etme veya bozma yetkisi tanınmamıştır. Sözleşme, mülkiyet hakkı ve sendika özgürlüğü dışında, ekonomik ve sosyal hakları kapsamamaktadır.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yer Yönünden Yetkisi

Sözleşme'nin 1'inci maddesinde, taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkese Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tanımış oldukları belirtildiğinden, Mahkeme'nin yer yönünden yetkisi, taraf devletlerin yetki alanlarından oluşmaktadır.

Taraf devletlerin "yetki alanı" kural olarak siyasal sınırlar içinde bulunan coğrafi bölgedir (ülke). Bununla beraber, gerek Komisyon gerekse Mahkeme taraf devletlerin yer bakımından yetkilerinin ülke alanı ile sınırlı olmadığını, bu yetkinin ülke dışında devlet otoritesinin egemen olduğu yerleri de içerdiğini belirtmişlerdir. Buna göre, ülke dışı topraklarda kuvvet bulundurma veya işgal, bir kamu görevlisinin(diplomatik temsilciler gibi) veya devlet organının ülke dışında devlet yetkileri kullanarak yaptığı işlemlerden ilgili devletin sorumluluğu kabul edilmiştir.¹²³

Örneğin Türkiye'nin Kıbrıs'a yaptığı müdahale nedeniyle, Kıbrıs'ın yaptığı 1974 ve 1975 tarihli başvurular Mahkeme'nin yer yönünden yetkisi içinde kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 56.maddesine göre, taraf devletler, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacakları bildirimle,

¹²³ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.53.

Sözleşme'nin uluslararası ilişkilerini yürüttüğü bütün ülkelere ya da bunlardan birine uygulanacağını, ayrıca gerekli gördüğü zaman, bu ülkeler için bireysel başvuru hakkını tanıdığını bildirebilir. Böylece taraf devlet yer yönünden sorumluluğuna istisna getirebilir.

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Zaman Yönünden Yetkisi

Mahkemenin zaman yönünden yetkisi, Sözleşme ve Protokollerin yürürlüğe girmesi ile başlar. Sözleşme ve Protokoller her taraf devlet bakımından farklı tarihlerde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, yürürlüğe girmesinden önceki olaylara uygulanmaz. Ancak, Sözleşme hükmünün ihlalinin süreklilik arz etmesi durumunda, bu kural uygulanmaz.

Komasyon, De Becker- Belçika başvurusunda (9.6.1958), başvuranın, işgal kuvvetleri ile işbirliği yaptığı gerekçesiyle ömür boyu gazetecilik ve yazarlık yapmaktan yasaklanmasının Sözleşme'nin sürekli çiğnenmesi olarak görmüş ve zaman yönünden yetkisi içinde olduğuna karar vermiştir.¹²⁴ Örneğin, bir kişinin mülkiyet hakkından yoksun bırakılması, hemen sonuç doğuran mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir işlemdir ve devamlı ihlal hali söz konusu değildir. Ancak, mülkiyet hakkının kullanılmasını engelleyen, yasal olmayan işgaller devamlı ihlal sayılabilir. Tutukluluk, yargılamada makul sürenin aşılması, mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmesi durumlarında, devam eden bir ihlal söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin yürürlük tarihinden önce başlayan işlem veya uygulamayı yürürlük tarihinden sonra şikayet etmek mümkündür (Yağcı ve Sargın-Türkiye, 8.6.1995; Mitap ve Müftüoğlu-Türkiye, 25.3.1996; Loizidou-Türkiye, 23.3.1995)¹²⁵. Mahkeme, Mitap-Müftüoğlu kararında, yargı yetkisini, Türkiye'nin tanıma bildiriminde bulunduğu 22 Ocak 1990 tarihinden sonraki olaylar için kabul etmiş ve başvurucuların ceza yargılaması bu tarihten sonra devam etmesi nedeniyle,

¹²⁴ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.55.

¹²⁵ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.56.

sadece ceza yargılaması sürecine ilişkin denetleme yapmış, başvuruçuların diğer iddiaları yönünden kendisini zaman bakımından yetkili görmemiştir.. Mahkemenin bu davada zaman yönünden yetkisizlik kararı vermesi doğrudur.

11 Nolu Protokol yürürlüğe girmeden önce Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın yargı yetkisi seçimlik olarak tanınmış, yargı yetkisinin yürürlüğe girişi bakımından devletlerin özel bildirimlerine bağlı tutulmuştu. 11 Nolu Protokol bireysel başvuru hakkını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisinin tanınmasını, Sözleşmenin onay tarihinden itibaren, zorunlu hale getirmiştir.

3. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'İN GÖREV ALANI

Mahkemenin yargılama yetkisi, Sözleşme ve Protokollerinin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olup, 33, 34 ve 47. maddede öngörüldüğü biçimde kendisine gönderilen tüm meseleleri kapsayacaktır (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.32/1).

Mahkemenin yargı yetkisinin olup olmadığı hakkında herhangi bir ihtilaf çıkarsa karar Mahkemeye aittir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.32/2).

Mahkemeye iki tür başvuruda bulunmak mümkündür. "Bireysel Başvuru (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.33)" ve "Devlet Başvurusu (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.34)". Ayrıca Mahkeme Sözleşme ve Protokollerin yorumu ve uygulanmasına ilişkin "Avrupa Birliği Bakanlar Komitesince yapılan başvuru üzerine istişari mütalâaları (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.47) vermekle yetkilidir.

A. Devlet Başvuruları

Herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Devlet, Sözleşme ve Protokol hükümlerinin başka bir Yüksek Sözleşmeci Devlet tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Mahkemeye başvurabilir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.33). Bu başvuru ise "Devlet Başvurusu" olarak isimlendirilmiştir.

Sözleşmenin 33'üncü maddesinde yer alan "Her yüksek taraf devlet iş bu Sözleşme ve Protokolleri hükümlerine vaki ve kendisinin diğer yüksek taraf devlete isnat edebileceğine kanaat getirdiği herhangi bir ihlalden dolayı mahkemeye başvurabilir" hükmüne göre, âkit devletlerden birisi, hak ve özgürlükleri ihlal edilenlerin kendi vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın, diğer âkit devletin Sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasıyla Mahkemeye başvurabilir.

Sözleşmeye göre, bir devlet kendi vatandaşı olmayanlar, Sözleşmeye taraf olmayan devlet vatandaşları veya vatansızlar, hatta şikayet edilen devletin kendi vatandaşlarının haklarının korunması için de şikayet yapabilirler. Devletler, keza, herhangi bir kişinin hakkının ihlali söz konusu olmaksızın, soyut olarak bir devlet mevzuatı veya uygulamasının Sözleşmeye aykırı olduğunu da öne sürebilir. Komisyonun Avusturya-İtalya arasındaki Pfunders olayında belirttiği gibi, 33'üncü madde çerçevesinde başvuru yapılması, şikayetçi devletin hakkını korumaktan ziyade Avrupa kamu düzeninin bir ihlalinin Komisyon önüne getirilmesi şeklinde anlaşılmalıdır.¹²⁶

Devlet başvurusu, Sözleşmeye katılan bütün devletlere karşılıklı olarak tanınmıştır. Bir veya birkaç devlet, Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirmediğini, başka bir deyişle insan haklarını çiğnediğini ileri sürdükleri taraf devletlerden birini Mahkemeye şikâyet edebilir.

Devlet başvurularına "ortaklaşa güvence" de denilmektedir. "Sözleşme, güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin korunmasından her

¹²⁶ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.383.

sözleşen devleti, ayrı ayrı sorumlu tutmuştur. Böylece sözleşen devletler, kişilerin hak ve özgürlüklerinin, diğer sözleşen devletlerce çiğnenmesini önlemek amacı ile nesnel bir sorumluluk altına girmişlerdir. ...ortaklaşa güvence sistemi sözleşen devletlerin öznel haklarına ya da karşılıklılık ilkesine dayanmaz”¹²⁷.

Sözleşmenin bu objektif niteliği, 19’uncu maddesinden de anlaşılmaktadır. Bu hükme göre Mahkeme, âkit devletlerin Sözleşmeyle üstlendikleri yükümlülüklere riayet edip etmediklerini izlemekle görevli olduğundan, Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde, şikayetçinin iddiasıyla bağlı olmayıp, konuyu resen (ex officio) bütün yönleriyle inceleme yetkisine sahiptir. Sözleşmenin bu niteliği sonucu, başvuran şikayetini geri alsa da, Mahkeme incelemesini sürdürebilir. Komisyona göre, “Sözleşmeyle güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması, şikayetçinin kişisel çıkarlarının çok ötesindedir. Bu nedenle, şikayetçinin başvurusunu geri alması, Komisyonu incelemesini sürdürmekten alıkoyamaz.”¹²⁸

Devlet başvurusu, taraf devletlerin objektif sorumluluklarına dayandığından başvuruda bulunan devletin mağdur olması gerekmez. Taraf devlet, kendi vatandaşlarının yanı sıra, vatandaşı olmayan kişilerin, vatansızların, hatta şikayet ettiği devletin vatandaşlarının Sözleşmedeki haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bir başka sözleşmeci devlete karşı başvuruda bulunabilecektir¹²⁹.

Devlet başvurularında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konu yönünden yetkisi bireysel başvurulara oranla daha geniştir. Devlet başvurusu, “Sözleşme ve Protokol hükümlerinin” ihlal edildiği iddiasıyla, bireysel başvurular ise, yalnız “Sözleşme ya da Protokollerde belirtilen hakların” ihlal edildiği iddiasıyla yapılabilir. Dolayısıyla, devlet başvurusu,

¹²⁷ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.31.

¹²⁸ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.384.

¹²⁹ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.51.

yalnız sözleşmeci bir devletin sözleşmede güvenceye alınmış hak ve özgürlüklere saygı göstermemesinden kaynaklanmaz. Bunun dışında kalan her tür sözleşmeye aykırı tutum ve davranış da başvuruya konu olabilir. Örneğin, bir sözleşmeci devletin Mahkemenin inceleme ve soruşturma yapmasına gereken kolaylığı göstermemesi de bu başvuruya konu olabilir¹³⁰.

Devlet başvuruları doğrudan görevli dairece incelenir, bu başvurular için Komiteler ilk inceleme yapmazlar (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, md.29/2).

B. Bireysel Başvurular

Sözleşmenin 34'üncü maddesine göre, "Bu Sözleşmede tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler". Bu maddede "Bireysel Başvuru" düzenlenmiştir.

Sözleşme yukarıdaki maddesi ile bireyi uluslararası hukukun süjesi haline getirmiştir. 11 nolu Protokol, bireysel başvuru hakkının tanınmasını bütün devletlere zorunlu kılmıştır. Türkiye dahil tüm taraf devletler, bireysel başvuru hakkını tanımışlardır.

Bireysel başvuru hakkı, "kişilere, hükümet dışı örgütlere ve kişi gruplarına" tanınmıştır. Buradaki "kişi" kavramının kapsamına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci maddesi uyarınca, "herkes" girmektedir. Sözleşmeye taraf bir devletin yargı yetkisi içinde bulunan bütün kişiler, başvuru hakkına sahiptir. Başvuruda bulunabilmek için şikayet edilen devletin yurttaşı olmak gerekmediği gibi, iç hukuka göre tam ehliyetli olmak da gerekli

¹³⁰ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.51.

değildir. Reşit olmayan, kısıtlı bulunan kişilerin de doğrudan ya da yasal temsilcileri aracılığıyla başvuruda bulunma hakkı vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, yalnız gerçek kişilerin değil, tüzel kişiliğe sahip “hükümet dışı örgütler”in de başvuru hakkını tanımıştır. 34’üncü maddede geçen hükümet dışı kuruluş kavramından, kamusal bir yetkiyi kullanmayan özel hukuk kuruluşları anlaşılmaktadır. Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti, ticari şirket gibi kuruluşlar bu kategori içinde yer alırlar. Buna karşılık, yerel yönetimler, özerk ya da yarı özerk hükümet kuruluşları, kamu tüzel kişileri gibi kamu gücünü kullanan birimlerin bireysel başvuru hakları yoktur. Bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip üçüncü kategori olan “birey grupları”ndan ise, birden fazla bireyin bir araya gelmesiyle oluşan topluluklar anlaşılır.¹³¹

Bireysel şikâyetler ancak Sözleşmenin güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerin ihlâli halinde yapılabilir. Bireysel başvuruda bulunanların bu ihlalden mağdur olmaları, zarar görmeleri gereklidir.

“Devlet başvurusu ile bireysel başvuru arasındaki temel fark budur: Bireysel başvuruda somut bir mağdur aranmasına karşılık, devlet başvurusunda buna ihtiyaç yoktur, yani mevzuat veya uygulamanın soyut biçimde Sözleşme’ye aykırı bulunması yeterlidir.”¹³²

Bireysel başvuruda bulunabilmek için ilke olarak menfaatin kişisel olması, doğrudan olması, doğmuş ve güncel olması gerekir.¹³³

Başvuranın menfaatinin bulunması koşulu, ulusal hukuka göre değil, Sözleşme açısından değerlendirilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Athanassoglou/İsviçre davasında (6.4.2000 tarih ve 27644/95 sayılı karar)¹³⁴ yaptığı yorumda davacıların genel olarak, nükleer enerji ile çalışan fabrikaların zararlarından bahsettiklerini, bu

¹³¹ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s. 53.

¹³² GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.40.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bakınız: GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.40 vd.

¹³⁴ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.48.

fabrikanın fiilen kendi kişisel durumlarını, sağlıklarını veya çıkarlarını etkileyen yakın bir tehlike oluşturma hususunu, somut olarak kanıtlayamadıklarını "uzak menfaat ilişkisi"nin ulusal mevzuat açısından da bir hak olarak ileri sürülemediğini, fabrikanın faaliyet süresinin uzatılması kararı ile başvuru arasında güncel, etkin ve somut bir menfaat bağı bulunmadığı gerekçesiyle, başvuruyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6 kapsamında değerlendirmemiştir.

Bireysel başvurular için Sözleşmenin öngördüğü mağduriyet koşulu, Sözleşme organlarının içtihatlarıyla genişletilmiş ve 'potansiyel' ve 'dolaylı' mağdurların da bireysel başvuruda bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Bireysel başvuruda bulunabilmek için ilke olarak belirli bir yasanın başvuruda bulunan kişiye uygulanması ve bu uygulamadan kişinin zarar görmesi gereklidir, ancak bazı durumlarda sadece o yasanın varlığı kişinin mağdur olmasına yol açabilir. İşte bu tür durumlarda, yasanın kişiye somut olarak uygulanmadan da zarar verebileceğini kabul eden Sözleşme organları, *potansiyel* mağdur sayılan bu kişilerin başvurularını incelemiştir. Örneğin, gizli telefon dinlenmesi amacıyla çıkarılan bir yasa nedeniyle yapılan başvuruda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu yasanın sadece varlığının mağdur olmaya yol açabileceğini kabul etmiştir.

Mahkemeye göre, böyle bir durumda başvuru talebi ettiğinde, yasanın 'soyut' olarak incelenmesi değildir, başvuru kendilerini kişisel olarak etkileyen yasal pozisyonlarının Sözleşmeye aykırılığını ileri sürmektedirler¹³⁵.

İhlalden dolaylı olarak mağdur olmak da mümkündür. Dolaylı mağdur sayılmanın koşulu, başka birinin zarar görmesinden olumsuz olarak etkilenmek, dolaylı olarak zarar görmektir. İhlalin doğrudan zarar verdiği kişilerin yakınları ve bir kişinin zarar görmesinden çıkarları olumsuz olarak etkilenen kişiler, dolaylı mağdur sayılırlar. İhlal bir kişinin ölümüyle

¹³⁵ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s. 54-55.

sonuçlanmışsa, ölen kişinin yakınları dolaylı mağdur olarak bireysel başvuruda bulunabilirler¹³⁶.

“AİHS’nin 34. maddesinin son fıkrası, bireysel başvuru hakkının *etkili* biçimde kullanılmasını engellememe yükümlülüğünü de devletlere yüklemiştir. Bireysel başvuru hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla başvurucuya baskıda bulunulması, başvurucunun tehdit edilmesi, başvurunun geri aldırılması gibi müdahalelerin devletin yetkili organlarınca gerçekleştirildiğinin kanıtlanması durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi davalı devletin Sözleşmenin 34. maddesindeki yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermektedir.”¹³⁷

4. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NE BAşVURU

Mahkeme içtüzüğünün 45’inci maddesine göre başvurular yazılı olarak yapılmalıdır. Dilekçe, şikayetçi veya temsilcisi tarafından imzalanmalıdır.

İçtüzüğün 46’ncı maddesinde devlet başvurularının; 47’nci maddesinde de bireysel başvuruların içeriği belirlenmiştir. 47’nci maddeye göre, bireysel başvuru aşağıdaki bilgileri ihtiva etmelidir:

- Başvuranın adı, yaşı, mesleği, adresi
- Varsa vekili hakkında aynı bilgiler
- Aleyhinde şikayette bulunulan devletin adı,
- şikayet konusu ve sözleşmenin hangi maddesinin ihlal edildiği
- Olaylar ve şikayet nedenleri,

¹³⁶ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s. 54-55.

¹³⁷ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s. 54-55.

-Şikâyet konusuna ilişkin önemli belgeler ve yargısal olsun olmasının kararlar.

Başvuran ayrıca aynı konuda başka bir milletlerarası soruşturma veya uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasına şikâyette bulunup bulunmadığı konusunda da bilgi vermek zorundadır.

Ayrıca, Mahkeme kararlarının hangi resmi dilde yazılmasının istendiği, kimliğinin açıklanmasına itirazı olup olmadığı konularında bilgi verilmeli, Komisyon nezdindeki işlemlerin gizliliğine saygı gösterileceği konusunda bildirimde bulunulmalıdır.

Bu şekil şartlarına uygun olmayan başvurular, kayda alınmaz ve Mahkemece incelenmez.

İçtüzüğün 34'üncü maddesine göre, Mahkemenin resmi dilleri İngilizce ve Fransızcadır. Ancak başkan, üyelerin veya tarafların başka bir dil kullanmalarına izin verebilir. Buna göre, örneğin, Türkiye aleyhine yapılan başvuru Türkçe olarak yapılması mümkündür.

Mahkemeye başvuru herhangi bir harca tabi değildir¹³⁸. İçtüzüğün 65'inci maddesine göre, Mahkemenin şikâyetçinin talebi üzerine tanık dinlemesi durumunda tanığın masrafları şikâyetçi veya Mahkeme tarafından karşılanır. Mahkemenin kendisi tanık dinleme ihtiyacı duyarsa, masraflar Mahkemece karşılanır. 91'inci maddeye göre ise, Mahkeme masrafı kendisine ait olmak üzere bilirkişiye başvurabilir.

91'inci maddeye göre, Mahkeme, md.34'e göre bireysel başvurularda, kendiliğinden veya talep üzerine şikâyetçinin adli yardımdan yararlanmasını kararlaştırabilir. Bunun için, başvurunun görüş bildirmek üzere şikâyet edilen âkit devlet makamlarına iletilmiş olması veya şikâyet hakkında kabul edilebilirlik kararı verilmiş olması gerekir.

¹³⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, 4.Baskı, Ağustos 2002.

Adli yardım, avukatlık ücreti, şikayetçi ve avukatının seyahat, ikamet ve ceplerinden yaptıkları diğer masrafları da kapsar.

İçtüzüğün 33'üncü maddesine göre, Mahkeme duruşmaları alenidir, ancak Mahkeme kendiliğinden veya tarafların talebi üzerine duruşmaların kamuya kapalı olmasına karar verebilir. Ayrıca, küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği, Mahkemenin gerekli gördüğü diğer durumlarda duruşmalar gizli yapılır.

5. BAŞVURUNUN KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARI

Gerek devlet başvuruları gerekse bireysel başvurular öncelikle kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenir. Bu koşullar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 35'te düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası, her iki başvuru yönünden aranan ortak koşulları düzenlemektedir. Buna göre, "Uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye başvurulabilir." (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.35/1). Devlet başvuruları ve bireysel başvurular farklı incelemeye tabi tutulmuştur.

Gerek bireysel başvurularda gerekse devlet başvurularında, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması ve başvurunun altı ay içinde yapılması koşulları aranmaktadır.

A. İç Hukuk Yollarının Tüketilmiş Olması

İç hukuk yollarının tüketilmesi, uluslararası bir yargı organına başvurmadan önce, aleyhinde başvuru yapılan devletin iç hukukunun öngördüğü bütün yollara başvurulmuş ve olumlu bir sonuç alınmamış olmasını ifade eder.

İç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartının gerekçesi, bireye yapılan haksızlığın devletin iç hukuku çerçevesinde düzeltilebilmesi için, sorumlu devlete bir fırsat verilmesi düşüncesidir.¹³⁹

İç başvuru yolları, yargısal yollar, yönetsel yollar ve siyasal yollar olmak üzere üç kümede toplanabilir.¹⁴⁰

İç hukuktaki başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular kabul edilmez. Ancak, iç hukuk yolları tüketildikten sonra bu sebeple önceden reddedilmiş başvuru yinelenabilir.

İç hukuk yolları, ulusal hukuktaki yöntem, biçim, süre ve diğer koşullara uygun olarak tüketilmelidir.¹⁴¹ Öte yandan, iç hukuktaki başvuru yollarının kaçırılmış olması telafisi mümkün olmayan bir durumdur. İç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmediği itirazını yapan devlet, ispat külfeti ile yükümlüdür.

Mahkeme, iç hukuktaki başvuru yollarının etkin ve yeterli olması şartını aramaktadır. Aksi takdirde, başvuru yolları tüketilmemiş bile olsa, başvuruyu esastan incelemeye almaktadır. Burada, iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmediğini beyan eden devletin etkili ve yeterli başvuru yollarının varlığını somut olarak kanıtlaması istenmektedir. "Türkiye'nin güneydoğusunda cereyan eden terörle mücadele faaliyeti sırasında yakılan köylerin şikayet konusu edildiği Akdivar ve ötekiler-Türkiye başvurusunda, ilgililerin hiçbir iç başvuru yoluna gitmemelerine rağmen, Mahkeme iç başvuru yollarının tüketilmesine gerek olmadığı mütalaasında bulunmuştur."¹⁴²

Bu kararda Mahkeme, mal ve mülklerin kasten tahrip edildiği iddiasına karşılık iç hukukta tazminat ödendiğine ve bu tür iddialar hakkında güvenlik güçleri aleyhine ceza davası açıldığına ilişkin hiçbir örnek bulunmamasını

¹³⁹ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e, .s.56.

¹⁴⁰ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s. 64.

¹⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız: GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e, s.68 vd.

¹⁴² GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.71 vd.

dikkate almış, yetkililerin de güvenlik güçlerince bu tür bir eylemin yapıldığını kabul etmede genel bir isteksizlik içinde görüldüğünü kaydederek, başvuruçuları iç hukuk yollarını tüketme kuralından muaf saymıştır. Ancak, Mahkeme, Akdívar kararında, *“Bu karar Türkiye’nin bu bölgesinde hukuk yollarının etkisiz olduğu ya da başvuruçuların mevcut olan ve işleyen hukuk yollarına normal olarak başvurma yükümlülüklerinden muaf tutuldukları şeklinde genel bir beyan olarak yorumlanamaz”* demek suretiyle, bu şekildeki kararları davaların özel koşullarıyla sınırlı olarak, istisnai biçimde verdiğini belirtmektedir.

Akdívar kararında Mahkeme, iddialar hakkında ulusal makamların yeterli ve sonuç alacak şekilde soruşturma yapmadıkları, soruşturmanın, şikayetçilerin ifadelerinin alınmasından iki yıl sonra başlatıldığı, olayların gerçekleştiği bölgede olağanüstü hal ilan edilmiş olduğu dikkate alınarak, başvuruçuların, evlerinin yakılmasından güvenlik güçlerinin sorumlu olduğu iddiasıyla dava açsalar bile, kendilerine ve avukatlarına yaptırım uygulanabileceği, zararlarının tazmini için hukuk ve idare mahkemelerinde dava açmaları halinde de sonuç alınabileceğinin Hükümetçe yeteri kadar ulusal mahkeme kararı sunularak ispat edilemediği sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce, Mahkeme kararında, başvuruçuların hiç başvurmadıkları iç hukuk yollarına başvurmaları halinde, kendilerine ve avukatlarına yaptırım uygulanabileceğinin kabul edilmesi varsayımına dayalı olarak hareket edildiğini göstermektedir, bu husus kararın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin güvenilirliğini oldukça zayıflatmıştır. Üstelik Akdívar kararında, söz konusu kararın istisnai nitelikte olduğu belirtilmesine rağmen, Türkiye’nin Güneydoğu’da terörle mücadele faaliyeti sırasında evlerin yakıldığı, mal ve mülke zarar verildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılan çok sayıda başvuruda, Akdívar kararı esas alınarak, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartı aranmamış, istisna olması gereken kural genel kural haline gelmiştir. Türkiye, yapılan başvurulara konu olaylardan, çoğu kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin başvuru dilekçesini Türk Hükümetine

bildirmesinden sonra haberdar olmaktadır. Bu durumda eğer ortada bir insan hakkı ihlali varsa, Türkiye'nin iç hukukunda bu ihlali ortadan kaldırması için fırsat verilmemiş olmaktadır. Oysa ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği koruma ikincil niteliktedir. Yani, insan hakları ihlallerini önleme ve varolan ihlalleri giderme yükümlülüğü asıl olarak taraf devletlere ait bir görevdir. Ayrıca, iç hukuk yolları tüketilmeden sonuçlandırılan başvuruların tümü terör olaylarıyla bağlantılıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'de terörün olumsuz etkilerini hiç dikkate almamaktadır.

Öte yandan, bize göre, söz konusu başvurulara konu olaylarda aşağıda belirtilen hususlara dikkat edildiği halde ülkemizde iç hukuk yollarının etkin olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kabul edilecektir. Zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkında verdiği kararların çoğunda Türk iç hukukunun meydana gelen ihlali telafi edecek düzeyde olduğu, ancak bu hukuku işletecek mekanizmanın çalıştırılmadığı belirtilmektedir.

İç başvuru yollarının tüketilmesinin aranmadığı ülkemizle ilgili, Yağcı ve Sargın davası (8 Haziran 1995 günlü, Başvuru No:16419/90 ve 16426/90), Akdivar ve ötekiler davası (16.9.1996 günlü, Başvuru No: 21893/93), Aksoy davası (18.12.1996 günlü, Başvuru No:21987/93), Menteş ve diğerleri kararı (28.11.1997 günlü, Başvuru No:23186/94), Selçuk ve Asker kararı (24.4.1998 günlü, Başvuru No: 23185/94), Gündem kararı (25.5.1998 günlü, Başvuru No:22275/93), Yaşa kararı (2.9.1998 günlü, Başvuru No:22495/93), Ogur kararı (20.5.1999 günlü, Başvuru No: 21594) gibi kararlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucuların şikayetine konu, evlerinin güvenlik güçlerince yakıldığı, gözaltında işkence yapıldığı, çocuğunun, yakınının, güvenlik güçlerince öldürüldüğü şeklindeki fillerin faillerinin bilinmediği, taraf devletlerin Sözleşmenin 2 ve 13'üncü maddelerinde göre yapmakla yükümlü olduğu soruşturmaların, sorumluları tespit etme ve cezalandırma amacına yönelik olması gerektiği vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasamızın 125'inci 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'üncü maddeleri kapsamındaki şikayetler 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.

Aytekin kararında (23.9.1998 günlü, Başvuru No: 22880/93) ise, başvuranın eşinin Batman'da bir inşaatı kontrol etmek için aracıyla gittiği sırada, kontrol noktasından geçerken bir asker tarafından açılan ateşle öldürülmesi olayında, ateş açan askerin tespit edilerek, lüzumu muhakeme kararı sonrasında, ceza davası açılması ve taksirle ölüme sebebiyet suçundan mahkum olması nedeniyle, iç hukuk yollarının etkin olduğuna, yetkililerce başvuranın eşinin ölümü ile ilgili koşullar hakkında pasif davranılmadığı belirtilerek, başvuranın iç hukuk yollarını tüketmeden yaptığı başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Görülebileceği üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Aytekin kararında olduğu gibi, ceza soruşturmasının etkin olması halinde, diğer iç hukuk yollarının da etkin olabileceği sonucuna ulaşmaktadır.

Kanaatimizce, ceza hukukunu ilgilendiren bir olayın meydana geldiğinin yetkili makamlarca öğrenilmesi halinde, ilgililerin şikayeti beklenmeksizin soruşturma açılması, soruşturma dosyalarının, sanık ve tanık ifadeleri, otopsi raporları, balistik raporları ve bilirkişi raporlarını içerecek şekilde eksiksiz oluşturulması, kamu davasının şikayetin yapılmasından kısa bir süre sonra hemen açılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kamu görevlilerinin, özellikle güvenlik yargılanmasına engel olarak değerlendirilen mevzuatta değişiklik yapılması gerektirir. Nitekim, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin 4 Aralık 1999 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kabuledilmiş ve bu kanunda 11.1.2003 gün ve 24990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4778 sayılı Kanunla yapılan

değişiklikle, işkence ve kötü muamele suçları 4483 sayılı kanun kapsamından çıkarılmış, bu suçların Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan kovuşturulacağı düzenlenmiştir.

Mahkeme ayrıca, teorik olarak mevcut olmakla beraber, uğranılan haksızlık ve zararı telafi etmekte yetersiz olduğu anlaşılan başvuru yollarının kullanılmasına gerek olmadığı gerekçesi ile Kıbrıs Rumlarının başvurularını da kabul etmiştir. Mahkemeye göre Rumların, Türk Mahkemeleri ve Kıbrıs'taki askeri mahkemeler nezdinde yapabileceği başvurulardan sonuç alma şansları olduğu Türk Hükümeti tarafından kanıtlanamadığından somut olayda iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramaya gerek yoktur.

Kanaatimizce, Mahkeme'nin bu kararı eleştiriye açıktır. Her şeyden önce Kıbrıs sorunu politik nitelik taşımaktadır ve bu nitelik Mahkemenin kararlarına da yansımıştır. İnsan haklarının korunması bakımından, Sözleşme organlarının (Kıbrıs'la ilgili başvurularda 11 nolu Protokolden önceki Komisyon ve Divan'ın) içtihatlarının ciddi kuşkulara ve tartışmalara yol açmaması, belirlenen içtihadi kriterlerin objektif olarak her koşulda uygulanmasına bağlıdır¹⁴³. Kıbrıs başvurularında Sözleşme'nin 1'inci maddesi geniş yorumlanarak, Türkiye'nin Sözleşme'ye göre sorumlu olduğu alanı ulusal toprakları ile sınırlı görmeyen Sözleşme organlarının benzer davalarda da aynı içtihatla bulunmaları gerekirdi. Oysa NATO'nun Kosova Savaşındaki (1999) bombardımanları sırasında yakınları ölen Bankovic ve diğerlerinin 17 NATO üyesi devlete karşı yaptığı başvuruyu (12.12.2001 günlü, Başvuru No:52207/99) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu bombardımanlar davalı devletlerin yargı yetkisi içinde meydana gelmediği için reddetmiştir. Bu karar Loizidou kararında Türkiye'nin sorumluluk alanının, kendi toprakları dışında, yetkili makamlarının eylemlerini de kapsadığı yolundaki kararıyla da çelişmektedir. Loizidou kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *"Sözleşmecî devletlerin toprakları dışında sonuçlar doğuran eylemleri kendi yetkili makamları tarafından yapıldığı için, bu eylemler ulusal sınırları içinde ya*

¹⁴³ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e, .s.114.

da dışında yapılsın, sözleşmecî devletlerin sorumluluğu ortaya çıkabilir” demiştir. Bu karar Bankovic başvurusuna uygulandığında, NATO bombardımanlarının da davalı devletlerin yetkili makamlarının kararıyla yapıldığında kuşku yoktur. Bu tür kararlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin güvenilirliğini oldukça zayıflatmıştır.

İç hukuk yolunun tüketilmesine gerek olmayan durumlardan biri de yönetimin Sözleşme ile bağdaşmayan yönetsel uygulamaları ve alışkanlıklarıdır. Örneğin, ceza ve tutukevinde kötü muameleye uğrayan kişilerin başvurularında, eğer ulusal makamlar, tutuklu ya da gözaltında olanlara kötü muameleye göz yumuyor ise, iç hukuk yolunu tüketme zorunluluğu aranmaz.

İdari yargıda, karar düzeltmenin etkili iç başvuru yolu olup olmadığı önemli bir sorundur. Başvuru konusunda esasa ilişkin kararını açıklamış olan mahkemenin karar düzeltme nedenleri açısından yine aynı mahkemenin kararını yeniden gözden geçirmesini istemesi nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia etmek kanaatimizce inandırıcı bir gerekçe değildir. Çünkü mahkeme zaten kararını verirken gerekçelerini belirtmiştir. Kişinin bu gerekçelere dayanarak konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürebilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de amacına uygun bir yaklaşım olacaktır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 3.5.1993 tarihli Şenay Karaduman kararında, idari yargıda karar düzeltmenin başvuru konusu olan soruna etkili bir çözüm getirmediğini göz önüne alarak, bu yolun tüketilmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁴⁴

Devlet başvurularında iç hukuk yollarının tüketilmesi ise, şikâyetle bulunan devletin iddiasına göre hakları ihlâl edilen bireylerin bu yola başvurmuş olmaları ile sağlanır. Öte yandan, bir devletin diğer bir devlet aleyhine somut olaylara dayanarak değil, bir yasanın veya uygulamasının Sözleşmeye aykırı olduğu ithamıyla yapacağı soyut şikâyetlerde böyle bir

¹⁴⁴ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.46.

şartın aranmayacağıında kuşku yoktur.¹⁴⁵

“Yeni bir iç başvuru yolu oluşturulmuşsa bu yolun da tüketilmesi gerekir. Kazel Yıldız ve Diğerleri-Türkiye, (Başvuru No: 34542/03, 28 Eylül 2006) davasında¹⁴⁶ başvuranlar, köylerinden tahliye edilmeleri, mülklerinin tahrip edilmesi, yetkili makamların evlerine ve topraklarına dönmelerine izin vermemelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. ve 8. maddeleri ile 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline neden olduğu hususunda şikayette bulunmuşlardır. Köylerini terör sonucu terk eden kişiler geri dönmeye ve faaliyetlerine devam etmeye başlamıştır. 14.07.2004 tarihinde TBMM tarafından Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun çıkarılmış ve 27 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (RG.27.07.2004/25535, Düstur/Tertip:5, cilt 43). Söz konusu kanun, köylerindeki mülklerine ulaşmalarına izin verilmeyen kişilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 27.07.2004 tarihli söz konusu Kanun uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi huzurunda başvuruları devam etmekte olan başvuranlar gibi kişilerin, tahliye edilmeleri, mülklerinin tahrip edilmesi ve mülklerine erişememeleri sonucu uğradıkları zarar için tazminat talep etme amacıyla 03.01.2007'e kadar tazminat komisyonlarına başvurabileceklerini belirtmiş ve başvuranları iç hukuk yollarını tüketmekten muaf tutan istisnai koşulların söz konusu olmadığı kanısına varmış sonuçta, söz konusu şikâyetler iç hukuk yollarının tüketilmemiş olmasından dolayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35/1. maddesi uyarınca reddedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, oluşturulan yeni iç hukuk

¹⁴⁵ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.392.

¹⁴⁶ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.47.

yolunun erişilebilir, etkin olduğu ve yine makul beklentileri sağladığı kanısına varmıştır¹⁴⁷.

Bizce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararları oldukça isabetlidir. Çünkü, bilindiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği koruma ikincil niteliktedir. Yani, insan hakları ihlallerini önleme ve varolan ihlalleri giderme yükümlülüğü asıl olarak taraf devletlere ait bir görevdir.

B. Başvurunun Altı Aylık Süre İçinde Yapılmış Olması

Mahkemeye ancak iç hukuktaki başvuruların tüketilmesini sağlayan kesinleşmiş kararlardan itibaren altı ay içinde başvurulmalıdır. Kural olarak altı aylık başvuru süresinin başlangıç tarihi, iç başvuru yolunu tüketen son kararın alındığı tarihtir. Sürenin başlamasında, kararın yazılı olarak bildirilmesi değil, kararın öğrenilmesi önemlidir. İç hukuk yolunun bulunmaması veya etkisiz olduğu durumlarda, sözleşmenin çiğnenmesine neden olan eylem ya da işlemin yapıldığı tarihten itibaren süre işlemeye başlar.¹⁴⁸

Tekrarlanan ihlallerde (bir seferlik bir işlem veya eylemden kaynaklanmayan) her bir ihlâl yeni bir başvuru yapma hakkı verir.

C. Diğer Kabul Edilebilirlik Koşulları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35'inci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında sadece bireysel başvurular için geçerli olan bazı koşullara daha yer verilmiştir. Bu koşullar şunlardır:

1.İsimsiz ve imzasız başvurular işleme konulmaz.

¹⁴⁷ Aydın İçyer-Türkiye, 12.1.2006, Başvuru No:18888/02; SANCAKDAR, Oğuz : a.g.b., s.47.

¹⁴⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz.GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.88.

2.Başvuru Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş veya uluslararası diğer bir çözüm merciine sunulmuş başka bir başvurunun konusuyla esas itibariyle aynı ise ve yeni olaylar içermiyorsa ele alınmaz.

3.Başvuru Sözleşme kapsamında ve Mahkemenin yetkisi içinde olmalıdır. Sözleşmede güvenceye alınmamış hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğini ileri süren, sözleşmenin zaman, kişi ya da yer yönünden uygulama alanı dışında kalan, çekinceler kapsamına giren, 15'inci madde uyarınca yapılan bildirimlerle yükümlülük dışı bırakılan konulara ilişkin olan ve 17'nci maddeye göre "hakkın kötüye kullanılması" olarak değerlendirilen başvurular, Sözleşme hükümleri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir.¹⁴⁹

4.Başvuru açıkça dayanaktan yoksun olmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu koşulu ancak işin esasına girerek değerlendirebilir.

35'inci maddede yargılamanın her aşamasında kabul edilebilirlik koşulları yönünden karar verilebileceği belirtilmiştir.

6. BAŞVURUNUN KABUL EDİLEBİLİRLİK İNCELEMESİ

Devlet başvurusu veya bireysel başvurular Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bir dilekçeyle yapılır.¹⁵⁰

Bireysel başvurular Komite veya Daire, devlet başvuruları ise Dairelerce incelenir ve bunlar tarafından öncelikle bir raportör tayin edilerek başvurunun kabul edilebilirliği incelenir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü md.49/3). Raportörler, bireysel başvurularda gerektiğinde taraflardan ek bilgi ve belge isteyerek, devlet başvurularında ise taraf devletlerin yazılı

¹⁴⁹ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.60.

¹⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46 ve 47. maddelerinde devlet başvurusu ve bireysel başvuru dilekçelerinde bulunması gereken hususlar sayılmıştır. Dilekçe, sözleşmeye taraf herhangi bir devletin resmi dilinde olabilir.

cevaplarını aldıktan sonra, başvurunun kabul edilebilirliği konusunda bir rapor hazırlarlar. Daireler kabul edilebilirlik hakkında istem üzerine veya kendiliğinden duruşma yapabilirler (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İÇtüzüğü md.51/5).

Bireysel başvuru hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34'ncü maddesi ile düzenlenmiştir. Mahkemeye yapılan kişisel başvurular, öncelikle üç kişilik Komiteler veya Dairelerce incelenir. Bu konuda kararı Bölüm Başkanları verir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İÇtüzüğü md. 49/2 (b)).

Daire, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.34 çerçevesinde yapılan bir başvurunun kabulüne ilişkin olarak bir kez karar verdiğiğinde, Daire başka delilleri ve yazılı görüşleri sunmak üzere tarafları davet edebilir. Daha sonra ise duruşma yapıp yapılmayacağına karar verir. Daire Başkanı, yazılı veya sözlü usullerden hangisinin kullanılacağına karar verir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İÇtüzüğü md. 59).

Komiteler oybirliği ile başvurunun kabul edilemezliğine karar verebilirler ve dava listesinden çıkarabilirler, bu karar kesin ve nihaidir (MK m. 53/3). Eğer Komite kabul edilmez kararı almamışsa başvuruyu Daireye gönderir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İÇtüzüğü md. 53/4).

Daireler öncelikle raportör yargıç tarafından sunulmuş olan raporu değerlendirir.

Kabul edilmezlik kararı Komite tarafından oybirliği; Daire tarafından ise basit çoğunlukla alınır. Kabul edilmezlik kararı kesindir ve itiraz mümkün değildir, ancak, kabul edilmezlik kararı maddi bir hatadan kaynaklanmışsa, başvuranın yazılı istemi üzerine bu karar kaldırılabilir. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İÇtüzüğü md. 54, 56).

Yargılamanın herhangi bir aşamasında, başvuru sahibi başvurusunu takip etmek niyetinde değilse veya sorun çözümlenmişse

ya da başka herhangi bir nedenden ötürü, başvurunun incelenmesine devam edilmesi hususunda Mahkeme, artık haklı bir gerekçe görmezse başvurunun kayıttan düşülmesine karar verir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.37).

7. ESAS HAKKINDA İNCELEME

Sözleşmenin 38'inci maddesine göre "Mahkeme başvuruyu kabul ettiği takdirde:

a. Olayları saptamak üzere, başvuruyu tarafların temsilcileri ile birlikte, her iki tarafı da dinleyerek inceler ve eğer gerekiyorsa, soruşturma açar. Bu soruşturmanın etkin bir biçimde yürütülmesi için ilgili devletler Mahkemeye gereken her türlü kolaylığı gösterirler.

b. Mahkeme, meseleyi, bu Sözleşmede tanınan insan haklarına saygı esasına dayalı dostça bir çözüme bağlamak üzere ilgili taraflara hizmetlerini sunar."

Buna göre Mahkemenin iki türlü görevi vardır. Birincisi şikayeti esastan incelemek, diğeri de dostça çözüm için taraflar nezdinde girişimde bulunmaktır.

"Davanın kabul edilebilirliğine karar verildikten sonra, aleyhine şikâyette bulunulan tarafa durum bildirilir ve bir ay içerisinde cevap vermesi istenir, Komite/Daire tarafları dinler ve gerekli görür ise bir sorgu yargıcı gibi tahkikat yapar. Ancak, Komite/Daire bütün bunları yaparken öncelikle taraflar arasında "dostane bir çözüme bağlama" yolu ile uyuşmazlığı gidermeye çalışır. Bu mümkün olmazsa ve Sözleşme hükümlerinin ihlâl edildiği görüşüne varırsa, bir rapor düzenleyerek davayı Daireye götürür. Komite, 34. madde uyarınca yapılan kişisel başvurunun daha fazla incelenmesinin

gerekmediği hallerde, oybirliği ile kabul edilmezliğine veya Kayıttan düşülmesine karar verebilir. Bu karar kesindir.” (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. md. 38, 39).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir başvuruyu kabuledilebilir bulunduğu takdirde, taraflar arasında dostça çözüme ulaşılması için girişimde bulunur. Taraflar uzlaşmaya varırsa ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu çözümü inceleyip insan haklarına saygı esasına uygun olduğuna karar verirse dava kayıttan düşer (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.39). Dostça çözüm kararının uygulanmasını, Mahkemenin bütün nihai kararları gibi, Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesi denetlemektedir¹⁵¹. Türk İdare Hukukunda, dostça çözüm ile kayıttan düşürülmesine karar verilen başvurularda 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin Ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine Ve Merkez Ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun'un¹⁵² 30'uncu maddesine göre uygulama yapılmaktadır. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir tazminata hükmetmişse, Maliye Bakanı ve yasada belirtilen miktarı aşan tazminatlar için ise Danıştay'ın (Danıştay 1'inci Dairesi görevlidir) olumlu görüşü üzerine hazırlanacak kararname ile başvurucuya ödeme yapılmaktadır. Yapılan ödeme sonrasında kusurlu kişilerin tespiti halinde bu kişilere rücu mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının uygulanması için tanıma, tenfiz gibi uygulamalar yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Komitenin kabul edilmediğine karar verdiği başvurular dışında kalan başvurular, görevli Daire önüne gelir. Görevli Daire yapılan kişisel başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, md.29/1).

Kabul edilebilir bulunan bir başvuruda dostça çözüme ulaşılamazsa,

¹⁵¹ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s. 65.

¹⁵² 8.1.1943 tarihli, 4353 sayılı Kanun, RG. 18/1/1943 S. 5307, Düstur - Tertip : 3 Cilt - 24, S. 125.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi esas hakkında karar verir. Bu kararlar Sözleşmenin davalı devletçe ihlal edilip edilmediği saptanır. Sözleşmenin ihlal edildiği tespit edilirse ve davalı devletin iç hukuku bu ihlalin düzeltilmesine izin vermiyor ya da yalnız kısmen düzeltilmesine izin veriyorsa, Mahkeme gerekli gördüğü takdirde zarar gören tarafa hakkaniyete uygun bir tazminat ödenmesine de hükmedebilir.(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.41)

Kararlar, oy çokluğu ile alınır ve hükmün aksine oy kullanan yargıç, muhalefet şerhini karara yazdırabilir. Kararlar, gerekçeli olarak verilirler.

8. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN GEÇİCİ TEDBİRLER ALMA YETKİSİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ihlale neden olduğu ileri sürülen işlemi durdurma yetkisi verilmediği gibi, başvurunun yapılması da doğrudan doğruya işlemin durması sonucunu doğurmaz. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün 39'uncu maddesinde, Mahkemenin yargılamanın devamı sırasında geçici tedbirler alabileceği düzenlenmiştir. Mahkeme, Sözleşmenin 3'üncü maddesi ve İçtüzüğü'nün 39'uncu maddesine dayanarak ihtiyati tedbir kararları almaktadır.

Sözleşmenin 3'üncü maddesi, işkence ve küçük düşürücü muameleyi yasaklamaktadır. 39'uncu maddede ise, "Daire veya gerekiyorsa Daire Başkanı, bir tarafın veya ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine veya doğrudan kendisi, tarafların menfaati veya önündeki davanın gereği gibi görülebilmesi için alınması gerektiğini düşündüğü geçici tedbirleri taraflara bildirebilir. Bu tedbirlere ilişkin bildirimler Bakanlar Komitesi'ne verilir. Daire, bildirdiği bir geçici tedbirin uygulanmasıyla bağlantılı bir konu hakkında taraflardan bilgi isteyebilir." hükmü düzenlenmiştir.

Bu madde genellikle suçluların iadesi söz konusu olduğunda uygulama alanı bulmaktadır.¹⁵³

Mahkeme, bir suçlunun sınırdışı veya iade edileceği bir ülkede, ölüm cezasına çarptırılma veya işkenceye maruz kalma tehlikesi varsa, 3'üncü madde çerçevesinde ihtiyati tedbir kararı alarak, ilgili hükümetten kişinin sınırdışı veya iade edilmesinin durdurulmasını talep etmektedir.¹⁵⁴

Mahkemenin bu kararları da Bakanlar Komitesi tarafından takip edilmektedir. Mahkemenin bu kararlarına üye ülkeler genelde uymaktadırlar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararlara uyulmamasını Cruz Varas-İsveç davasında incelemiştir ve 20 Şubat 1991 tarihli kararında, "ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden değil, Komisyon İçtüzüğünden kaynaklandığını, dolayısıyla âkit devletlerin bu tedbirlere uymamasının tek başına Sözleşmenin ihlali sayılamayacağını" belirtmiştir.¹⁵⁵

Türkiye, Özbek vatandaşlarının başvurusu hariç, bu tür kararlara uymuştur. Özbekistan Cumhurbaşkanı başarısız bir suikast girişiminde bulunarak 16 kişinin ölümüne ve yüzden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet veren iki Özbek vatandaşının Türkiye'den ülkelerine iadesi yönünde işlemler sürerken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İçtüzüğü'nün 39'uncu maddesi çerçevesinde tedbir kararı alarak, Türk Hükümetinden, konu hakkında kesin karar verilinceye kadar, sanıkların iadelerinin durdurulmasını talep etmiştir. Mahkeme, bu kararında, sanıkların iade edilmeleri halinde işkenceye maruz kalabilecekleri ve haklarında ölüm cezasının verilebileceği ihtimaline dayanmıştır. Türk Hükümeti talep doğrultusunda iade işlemlerini durdurarak durumu Özbekistan Hükümetine bildirmiştir. Özbekistan Hükümetinin, sanıklara iade edildikleri takdirde işkence yapılmayacağı ve haklarında ölüm cezası verilmeyeceği konularında

¹⁵³ TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.166.

¹⁵⁴ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.415.

¹⁵⁵ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.416.

taahhütte bulunması üzerine, sanıklar Özbekistan'a iade edilmişlerdir.¹⁵⁶

Mahkeme Öcalan kararında¹⁵⁷ iki geçici tedbir kararı vermiştir. Birincisi, Öcalan'a verilen idam cezasının infaz edilmemesi, ikincisi ise, savunma hakkına saygı gösterilmesidir.

9. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ KESİNLEŞMESİ

Kural olarak devlet başvuruları ve bireysel başvuruların esası, daireler tarafından incelenir. Ancak, iki istisnai durumda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 17 yargıçlı Büyük Dairesi davanın esası hakkında karar verir.

Birincisi, bir dairenin davaya bakma yetkisini dava hakkında esas hakkında hüküm vermeden önce Büyük Daireye bırakmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 30'uncu maddeye göre, "Daire önünde görülen dava, Sözleşmenin ve protokollerin yorumu konusunda ciddi sorunlar doğuruyorsa ya da sorunun çözümü Mahkeme tarafından önceden verilmiş bir karar ile çelişme ihtimali taşıyorsa, Daire hüküm vermediği süre içerisinde ve taraflar itiraz etmedikçe yargı yetkisinden Büyük Daire lehine vazgeçebilir.(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.30)

İkincisi ise, dairenin davanın esası hakkında karar vermesinden sonra, taraflardan birinin davanın yeniden görülmesi için davayı Büyük Daireye götürmesidir. Birinci durumda Büyük Daire davayı ilk derece yargı yeri olarak çözümlerken, ikinci halde ikinci derece yargı yeri (istinaf) sıfatıyla çözümler.¹⁵⁸

"Bir daire kararının verildiği tarihten itibaren üç ay içinde ve istisnai

¹⁵⁶ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.415.

¹⁵⁷ Öcalan-Türkiye, 16.2.1999, Başvuru No: 46221 www.yargitay.gov.tr/AİHM/AİHM.html

¹⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.120-121.

durumlarda davanın taraflarından her biri, davanın Büyük Daireye gönderilmesini isteyebilir.

Büyük Daire bünyesinde beş yargıçtan oluşan bir kurul, dava Sözleşme ve protokollerinin yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ciddi bir sorun doğuruyorsa ya da genel nitelikli ciddi bir konu teşkil ediyorsa, istemi kabul eder.

Kurul istemi kabul ederse, Büyük Daire bir hüküm ile davayı sonuçlandırır.” (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.43)

Dairelerin kararları, tarafların kararın Büyük Daireye gönderilmesini istemediklerini beyan etmeleri durumunda veya karar tarihinden itibaren üç ay içerisinde davanın Büyük Daireye gönderilmesi istenmezse ya da Büyük Daire bünyesinde beş hâkimden oluşan Alt Kurul yapılan başvurunun ciddi veya genel nitelikli bir sorun doğurduğunu kabul etmez ve reddederse kesinleşir. Kesinleşen kararlar yayımlanır.

Kararlar bağlayıcı olup, taraf devletler, Sözleşmenin 46'ncı maddesi hükmü uyarınca karara uymayı taahhüt ederler. Mahkemenin nihai kararı, uygulamayı denetlemek üzere Bakanlar Komitesi'ne gönderilir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, md.46).

10. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ

Avrupa Konseyi'nin organları, karar organı olan Bakanlar Komitesi, danışma organı olan Parlamenter Meclis, yerel yönetimlerin geliştirilmesini amaçlayan Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi (Üye ülkelerin belediye başkanlarından ve mahalli idareler temsilcilerinden seçilen asil ve yedek

üyelerden oluşur.) ve Genel Sekreter'dir.¹⁵⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının uygulanmasını denetleme görevi vermiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi 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'nci maddesine göre sahip olduğu yargılama ve karar yetkisi, 11 Nolu Protokol ile kaldırılmıştır.

Bakanlar Komitesi, Sözleşmenin 54'üncü maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanmasını gözetmekle yetkilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ilgili devletçe yerine getirilmesi için gereken önlemleri alır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uymayan devletler için üyeliğin askıya alınması veya Avrupa Konseyi'nden çıkarmaya kadar varan yaptırımlar uygulayabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilmesi durumunda Komite ilgili devlete bir süre vererek kararın yerine getirilmesini ister. İlgili devlet ihlalini ve sonuçlarını ortadan kaldırarak, alınan önlemleri Komiteye bildirir. Bakanlar Komitesi alınan önlemleri yeterli buluncaya kadar konu gündemde kalır. Komite üçte iki çoğunlukla karar verir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, davalı devletin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 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

¹⁵⁹ ÇETİNTÜRK, Ekrem: a.g.m., s.21.

konusunda serbesttir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının gereklerinin davalı devlet tarafından yerine getirilip getirilmediğini izlemek görevi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi' ne aittir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çeşitli kararlarında, ihlal tespiti yaptığı kararlarının yerine getirilmesi konusunda uygunluk denetiminin Bakanlar Komitesi'nin görevi olduğunu belirterek, ne tür önlemler alınması gerektiği yolunda davalı devlete talimat vermenin kendi yetki alanı içinde olmadığını vurgulamıştır¹⁶⁰.

Mahkeme'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiğine ilişkin bir kararı varsa Bakanlar Komitesi'nde bir icra dosyası açılmakta, ilgili devletin aldığı tedbirler sonrası mahkeme kararının gereğinin yerine getirildiği sonucuna ulaşıldığında da bu dosya Bakanlar Komitesi'nin kararıyla kapatılmaktadır.¹⁶¹

Avrupa Konseyi adına yürütme organı niteliğinde olan ve üye devletlerin Dışişleri Bakanlarından oluşan Komite, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının gereğinin yapılmasını denetlemek ve takip etmekle görevli icra organıdır. Komite: Mahkeme kararını taraf devlete duyurmakta, başvurucuya varsa tazminatın ödenmesini sağlamakta, kısacası, kararın gereklerinin yapılmasını takip ederek dosyayı bir raporla sonuçlandırmaktadır.

Bakanlar Komitesinin üye devletlerdeki muhatabı Hükümetlerdir. Dışişleri Bakanları aracılığıyla Hükümetlerle ilişki kurmakta, tazminatın ödenmesi dışında ihlallerin tekrarlanmaması için hangi tedbirlerin alındığını

¹⁶⁰ Soering –Birleşik Krallık, (7.7.1989) par.127; Akdivar ve diğerleri-Türkiye(1.4.1998), par.47; Selçuk ve Asker-Türkiye(24.4.1998), par.125; Mentesh ve diğerleri-Türkiye(24.7.1998) par.24; ÇAVUŞOĞLU, Naz: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi:Kararların Uygulanması Türkiye Kararları, Birinci Basım, Ağustos 2003, s.58.

¹⁶¹ DOĞRU, Osman: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi”, Anayasa Yargısı, Ankara 2000, Cilt 17, s.195.

inceleyerek, kararın gereğinin yerine getirildiğine kanaat getirdiğinde, Sözleşmede öngörülen görevini yerine getirdiğine karar vererek başvuru dosyasını kapatmaktadır.

Komite, sözleşme hükümlerinin ağır derecede İhlal edildiği hallerde üyeliği geçici olarak askıya alabilmekte veya Konseyden çekilmeye davet edebilmektedir. Davet kabul edilmediğinde de Komite'nin ilgili devleti üyelikten çıkarmaya karar verme yetkisi bulunmaktadır.

Ancak, Bakanlar Komitesi alınacak önlemler konusunda herhangi bir öneride bulunmamakta, genel olarak alınacak önlemlerin takdirini sözleşmecî devlete bırakmaktadır¹⁶².

10.1.2000 tarihli 736'ncı Bakanlar Komitesi toplantısında kabul edilen, 46/2 maddesinin uygulanmasına ilişkin kurallara göre; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Bakanlar Komitesi'ne gönderilen nihai kararlar gecikmeksizin gündeme alınır(Kural 2). Mahkemenin ihlal tespit etmiş olması ve/veya 41'inci madde uyarınca tazminata hükmetmesi durumunda, Bakanlar Komitesi, 46/1 madde uyarınca, davalı devletin ne gibi önlemler aldığını bildirmesini ister (Kural 3a). Davalı devlet kararın gereklerini yerine getirmek için aldığı önlemleri ayrıntılı olarak Bakanlar Komitesi'ne bildirmekle yükümlüdür. Bakanlar Komitesi, a.Tazminata hükmedilmiş ise, gecikme faizi de dâhil olmak üzere tazminatın ödenip ödenmediğini ; ve eğer gerekiyorsa, b. İhlali sona erdirecek ve zarar gören kişinin mümkün olduğunca ihlal öncesi durumunu yeniden sağlayacak "*bireysel önlemlerin*" alınıp alınmadığını; c.Benzer yeni ihlallerin önlenmesi veya devam etmekte olan ihlallere son vermek için "*genel önlemlerin*" alınıp alınmadığını inceler.¹⁶³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının yerine getirilmesi için gerekli bütün önlemler alınıncaya kadar dava Bakanlar Komitesi'nin gündeminde kalır. Bakanlar Komitesi alınan önlemleri yeterli bulduğunda, dava dosyasının

¹⁶² GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.129.

¹⁶³ ÇAVUŞOĞLU, Naz: a.g.e., s.59.

kapanmasına karar verir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında tazminata hükmedilmişse, bu tazminatın üç ay içinde ödenmesi gereklidir, üç aylık sürenin aşılması halinde gecikme faizi de ödenir.

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 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 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 mahkum olmuş başvuruçuların Sözleşme’ye aykırı bulunan bu mahkumiyetlerinin sonuçlarını bütünüyle ortadan kaldırmayı sağlayacak bireysel önlemlerin en kısa zamanda alınması istenmişti¹⁶⁴. 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 karşıladığını söylüyor, ancak, uygulamada somut ve görünür bir ilerleme sağlanması için polis ve jandarmanın temel ve hizmet içi eğitimlerinin Avrupa Konseyi’nin polis eğitim projesi çerçevesinde yeniden düzenlenmesini, güvenlik güçlerinin neden olduğu hak ihlalleri karşısında etkili cezai soruşturmanın yürütülmesi ve caydırıcı cezaların öngörülmesini, yargıç ve savcılar için İHAS ile İHAM içtihadı hukuku üzerine kısa ve uzun vadeli eğitim programlarının geliştirilerek sürdürülmesini ve İHAM karar çevirilerinin yargı yerlerine geniş dağıtımının sağlanmasını istiyordu. Ayrıca, alınan önlemlerin uygulamaya etkisinin, özellikle hak ihlalleri iddialarıyla ilgili etkili soruşturmalar ve güvenlik güçlerinin cezai sorumluluklarına ilişkin istatistiki verilerle birlikte

¹⁶⁴ Sadak, Zana, Dicle ve Doğan-Türkiye davası ile ilgilidir. ÇAVUŞOĞLU, Naz: a.g.e., s.61.

düzenli olarak Komite'ye bildirilmesi için Türk makamlarına çağrıda bulunmuştu."¹⁶⁵

VI. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE 14 NOLU PROTOKOLLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne artan oranda başvuru yapılması dolayısıyla Mahkemenin iş yükünün artması, Sözleşme'ye taraf olan ülke sayısının artması karşısında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile oluşturulan denetim sistemini daha etkinleştirmek amacıyla, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 Nolu Protokol 13 Mayıs 2004 tarihinde Sözleşmeye taraf Devletlerin imzasına açılmıştır. Türkiye de 1.6.2006 tarihli, 5512 sayılı Kanunla¹⁶⁶ söz konusu protokolün onaylanmasını uygun bulmuştur.

14 nolu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelemeye değer bulunmayan önemsiz nitelikteki başvuruların ilk incelemelerinin daha hızlı yapılarak sonuçlandırılması, kabul edilebilirlik şartlarına başvuran kişinin önemli oranda zarar görmesi unsurunun eklenmesini öngörülmekte, başvuruların daha az sayıda yargıç tarafından incelenebilmesine imkan sağlanması amaçlanmaktadır. Mahkeme'nin mevcut sistemine, gelen başvuruların ilk incelemesini yapmak üzere tek yargıç sistemi eklenmiş, bu görevi yapmakta olan komitelerin de bazı şartlarla başvuruların esasını inceleyerek karar verme yetkisi tanınmıştır. Protokol ile tek yargıç düzeni, yargıçların görev süreleri, komitelerin yetkileri, kabul

¹⁶⁵ ÇAVUŞOĞLU, Naz: a.g.e., s.62.

¹⁶⁶ RG. 6.6.2006, S.: 26190, <http://rega.basbakanlik.gov.tr>.

edilebilirlik şartları, dostane çözüm, davanın incelenmesi ve kararların bağlayıcılığı ve uygulanması ile ilgili birçok yeni düzenleme getirilmektedir. Ayrıca bazı madde numaraları da değiştirilmiştir.

14 nolu Protokolün 19'uncu maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf tüm devletlerin Protokol ile bağlanma rızalarını bildirdikleri tarihten sonra başlayan üç aylık sürenin bitimini takip eden ayın birinci günü yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Henüz bu süreç tamamlanmadığından 14 nolu Protokol yürürlüğe girmemiştir¹⁶⁷. Bu nedenle, 14 nolu Protokol ile getirilen değişiklikleri ayrı bir başlık altında ve maddeler halinde incelemeyi uygun bulduk.

-Yargıçların Görev Süreleri ve Görevden Alınmaları konusunda yapılan değişiklikler:

14 nolu Protokolle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 23'üncü maddesinde yeni yapılan düzenleme ile yargıçların görev süreleri 9 yıla çıkarılmaktadır. Tekrar seçilmeleri de mümkün değildir (14 Nolu Protokol md. 2). 14 nolu Protokolün kabulünden önce yargıçların görev süreleri 6 yıldır ve tekrar seçilmeleri de mümkündür. Bu düzenleme ile yargıçların bir kez olmak şartıyla daha uzun süre görev yapma imkânı sağlanmıştır. Yargıçların görev sürelerini doldurduktan sonra tekrar seçilememelerine ilişkin düzenleme, tecrübeli hakimlerin tecrübelerini yenileriyle paylaşması ve içtihatlarda sürekliliğin sağlanması imkânını büyük ölçüde zayıflatacağından eleştirilebilir, ancak, bu düzenleme ile yargıcın kendi ülkesi resmi makamlarına karşı bağımlılığı ortadan kaldırılmış olduğundan yargıcın bağımsız ve tarafsızlığı önemli ölçüde korunmuş olmaktadır.

¹⁶⁷ 06.03.2006 tarihi itibarıyla 14 Nolu Protokol, 45 ülke tarafından imzalanmış, 27 ülke tarafından da onaylanmıştır. Protokolü onaylayan ülkeler, Ermenistan, Bulgaristan, Kıbrıs, Danimarka Gürcistan, Yunanistan, İrlanda, Lihtenştayn, Litvanya, Malta, Moldova, Norveç, Romanya, Sırbistan ve Karadağ, Slovakya, Slovenya, İsveç, Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, İngiltere, Macaristan, Arnavutluk, Avusturya, Estonya, Monaco, San Marino, Hırvatistan'dır. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun>; Bilgi için bkz. BİLİR, Faruk: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2006, Cilt 55, Sayı 1, s.137.

Sözleşmenin 22'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "Yeni Yüksek Sözleşmeci Tarafların bu Sözleşme'ye katılmaları halinde Mahkeme'yi tamamlamak ve boşalan üyelikleri doldurmak için aynı usul izlenir" hükmü 14 nolu protokol ile kaldırılmıştır (14 Nolu Protokol md. 2).

14 nolu Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte görevlerinin birinci döneminde olan yargıçların görev süreleri kendiliğinden toplam dokuz yılı tamamlayacak şekilde uzatılacak, diğer yargıçlar, kendiliğinden iki yıl süreyle uzatılan görev sürelerini tamamlayacaklardır (14 Nolu Protokol md. 21). Sözleşmenin görevden alma ile ilgili 24'üncü maddesindeki düzenleme, 23'üncü maddeye eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre, hiçbir yargıç, diğer yargıçlar tarafından gerekli koşulları yerine getirmediğine üçte iki çoğunluk ile karar verilmedikçe, görevden alınmayacaktır (14 Nolu Protokol md. 2).

- Yazı İşleri Birimi ve Raportörler

Sözleşme'nin 25'inci maddesi, madde 24 olmuştur ve metni şu şekilde değiştirilmiştir: "Mahkeme'de, görevleri ve kuruluşu Mahkeme içtüzüğünde belirlenen bir Yazı İşleri Müdürlüğü bulunur. Tek yargıç düzeninde kurulduğunda mahkemeye, Mahkeme Başkanı'nın yetkisi altında görev yapan raportörler tarafından yardım edilir. Raportörler Mahkeme'nin Yazı İşleri'nin bir parçasını oluşturur."

- Tek Yargıçlı Düzen, Komiteler, Daireler ve Büyük Daire

Sözleşmenin 27'nci maddesi, 26'ncı maddesi olmuştur. " Tek yargıçlı düzen, komiteler, Daireler ve Büyük Daire" başlıklı 26.madde, "*1- Mahkeme, önüne gelen davaları incelemek üzere tek yargıçlı düzen, üç yargıçlı komiteler, yedi yargıçlı Daire'ler ve on yedi yargıçlı Büyük Daire halinde toplanır. Mahkeme'nin Daireleri, belirli bir süre için komiteleri oluşturur.*

2- Mahkeme Genel Kurulu'nun talep etmesi üzerine, Bakanlar Komitesi oybirliğiyle alınan karar ile ve belirli bir süre için Dairelerdeki yargıç sayısını beşe düşürebilir.

3- Tek yargıç düzeni oluşturulduğunda, yargıç seçilmiş bulunduğu Yüksek Âkit Devlet ile ilgili başvuruları inceleyemez.

4- Başvuruya konu olan Yüksek Âkit Devlet adına seçilmiş yargıç, Daire ve Büyük Daire'de re'sen yer alır; bu yargıcın yokluğunda veya katılması mümkün olmayan durumlarda, anılan devletin önceden sunacağı listeden Mahkeme Başkanınca seçilen bir kişi yargıç sıfatıyla yer alır.

5- Büyük Daire'de, ayrıca Mahkeme Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları ve Mahkeme İctüzüğüne göre seçilecek diğer yargıçlardan bulunur. Bir başvuru 43'üncü madde uyarınca Büyük Daire'ye sevk edildiğinde, Daire Başkanı ve ilgili Yüksek Âkit Taraf adına seçilmiş yargıç haricinde, bu kararı vermiş olan Daire yargıçları Büyük Daire'de yer alamazlar." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu yeni düzenlemeye göre, Mahkeme'nin yapılanması, tek yargıçlı düzen, üç yargıçlı Komiteler, yedi yargıçlı Daireler ve onyediyargıçlı Büyük Daire şekline dönüştürülmüştür. Davanın tek yargıç tarafından görüldüğü durumlarda, yargıç seçilmiş olduğu Devlet ile ilgili hiçbir başvuruyu inceleyemeyecektir. Yine bu maddede yapılan düzenlemeye göre, Mahkeme Genel Kurulunun talep etmesi üzerine, Bakanlar Komitesi oybirliğiyle alınan karar ile ve belirli bir süre için Dairelerdeki yargıç sayısını beşe düşürebilir. Bu düzenleme ile, hakimlerin iş yükünün azaltılması Büyük Daire ve dairelerin daha hızlı bir şekilde karar verebilmelerinin amaçlanmaktadır.

Başvuruya konu olan Yüksek Âkit Devlet adına seçilmiş yargıç, Daire ve Büyük Daire'de re'sen yer alır; bu yargıcın yokluğunda veya katılması mümkün olmayan durumlarda, anılan devletin önceden sunacağı listeden Mahkeme Başkanınca seçilen bir kişi yargıç sıfatıyla yer alır (14 Nolu Protokol md. 6). Büyük Daire'de, ayrıca Mahkeme Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları ve Mahkeme İctüzüğüne göre seçilecek diğer yargıçlarda bulunur. Bir başvuru, Büyük Daire'ye sevk edildiğinde, Daire Başkanı ve ilgili Yüksek Âkit Taraf adına seçilmiş yargıç haricinde, bu kararı

vermiş olan Daire yargıçları Büyük Daire'de yer alamazlar (14 Nolu Protokol md.6).

14 nolu Protokolle değiştirilmiş Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 27'nci maddede, tek yargıcın yetkileri belirlenmiştir.

“Madde 27- Tek yargıçların yetkileri

1- Yeniden incelemeye gerek olmaksızın karar alınabilecek hallerde, tek yargıç, 34'üncü maddeye uygun olarak Mahkeme'ye iletilen bir başvuruyu kabul edilemez bulabilir veya kayıttan düşürebilir.

2- Tek yargıcın vereceği karar kesindir.

3- Tek yargıç bir başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı vermez veya başvurunun kayıttan düşürülmesine hükmetmezse, başvuruyu incelenmesi için bir komiteye veya bir Daire' ye iletir.”

Bu düzenlemeye göre, tek yargıçlar yapılan başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapacaktır. Tek yargıçlar yeniden incelemeye gerek olmaksızın karar alınabilecek hallerde başvuruyu kabul edilemez bulabilir veya kayıttan düşürebilir. Tek yargıcın vermiş olduğu kararlar kesindir. Tek yargıç bir başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı vermez veya başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermez ise, başvuruyu incelenmesi için bir komiteye veya bir daireye iletacaktır (14 Nolu Protokol md. 7).

Yapılan bu düzenleme ile komitelerin yaptığı görevler tek yargıca da verilmiştir. Mahkeme tarafından incelenmeye değer bulunmayan ve büyük bir zaman kaybına yol açan önemsiz nitelikteki başvuruların ilk incelemeleri daha hızlı yapılabilmesi için tek yargıç tarafından incelenebilmesi öngörülmüştür. Çok sayıda başvuru yapılması karşısında bu düzenleme ile eleme/ayıklama tedbirleri getirilmiştir. Buna göre eskiden üç üyeli filtre

komitesinin yaptığı bu işlem tek yargıç üye tarafından yapılabilecektir.¹⁶⁸

Kanaatimizce, bu düzenleme Mahkeme tarafından incelenmeye değer bulunmayan ve büyük bir zaman kaybına yol açan önemsiz nitelikteki başvuruların ilk incelemelerinin tek yargıca verilmesi konusunda yerinde bir düzenlemedir. Ancak bu düzenleme ile Mahkemenin yapılanmasında önemli bir yeri olan kurul halinde karar verme konusunda, kabul edilebilirlik konusunda farklı bir yöneme gidildiğini söylemek mümkündür. Bu düzenleme yargıçların iş yükünün artmasına neden olacaktır. Ayrıca, tek yargıcın bu şekilde bir yetki ile donatılması önemli bir yeniliktir. Tek bir yargıcın böyle geniş yetkilerle donatılmış olması, gerek iç hukuk yollarının tüketilmesi, gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önceki içtihatlarının takibi ve yorumlanması açısından, başvuruların çok daha iyi hazırlanmasını gerektirecektir.¹⁶⁹

14 Nolu Protokole göre, Tek yargıç düzeni oluşturulduğunda, yargıç seçilmiş bulunduğu Devlet ile ilgili başvuruları inceleyemez (14 Nolu Protokol md. 6). Bu düzenleme, başvuruda bulunan kişiler açısından güvence teşkil etmektedir. Böylelikle, yargıçların seçilmiş bulunduğu Devlet ile ilgili başvurular konusunda, baskı altında kalmamaları ve Mahkemenin tarafsızlığının sağlanması amaçlanmaktadır. Tek yargıç oluşumunda yargıçların ağır iş yükü altında kalmamaları için, Mahkeme'ye, Mahkeme Başkanı'nın yetkisi altında görev yapan raportörler tarafından yardım edileceği düzenlenmiştir (14 Nolu Protokol md.4)

- Komitelerin Yetkileri

14 Nolu Protokolün 8.maddesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 28.maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 28- Komitelerin yetkileri

¹⁶⁸ BİLİR, Faruk: a.g.m., s.,143.

¹⁶⁹ CENGİZ, Serkan: "14 Nolu Protokol İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2005, Sayı 56, s.344.

1- Madde 34'e uygun olarak yapılan bir başvuru hakkında bir komite oybirliğiyle,

a. yeniden incelemeye gerek olmaksızın karar alınabilecek hallerde başvuruyu kabul edilemez bulabilir veya kayıttan düşürebilir; veya

b. davanın temelini teşkil eden sorun, Sözleşme veya Protokollerinin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili olup, zaten Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına ilişkin ise, davayı kabul edilebilir bulabilir ve aynı anda davanın esasına ilişkin karar verebilir.

2- 1. fıkrada değinilen karar ve hükümler kesindir.

3- İlgili Yüksek Âkit Taraf adına seçilmiş yargıç komite üyesi değilse, komite, ilgili Tarafın 1.b bendinde bahsedilen usulün uygulanmasına itiraz etmesi durumu dahil olmak üzere ilgili tüm unsurları göz önüne alarak, davanın her aşamasında o yargıç, komitenin üyelerinden birinin yerine geçmeye davet edebilir."

Bu düzenleme ile komitelerin başvurular konusunda kabul edilebilirlik veya kayıttan düşürme ile ilgili görevleri yanı sıra, bazı hallerde, başvuruların esası hakkında karar verme yetkisi de tanınmaktadır.

28'inci maddeye göre, yeniden incelemeye gerek olmaksızın karar alınabilecek hallerde, komite oybirliğiyle, başvurunun kabul edilmezliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Ayrıca davanın temelini teşkil eden sorun, sözleşme veya Protokollerin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili olup, zaten Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına ilişkin ise, davayı kabul edilebilir bulabilir ve aynı anda davanın esasına ilişkin karar verebilir. Bu kararlar kesindir (14 Nolu protokol md. 8). Ancak komitenin bu kararları oybirliğiyle alması gerekir. Eğer komite bu kararları oybirliğiyle alamazsa, bu durumda kabul edilebilirlik kararı ve esas hakkındaki karar bir daire tarafından verilecektir. Kabul edilebilirlik kararı bir daire tarafından ayrı olarak da verilebilecektir (14 Nolu protokol md. 9, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

md.29). Devlet başvurularında ise, ancak istisnai hallerde bir daire, kabul edilebilirlik kararını ayrı olarak verebilecektir.

Komitelerin davanın esası hakkında karar verebilmesi için, davanın temelini teşkil eden sorun, sözleşme veya Protokollerin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili olmalı ve Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına ilişkin olmalıdır. Komitelerin esastan karara bağladığı başvurular hakkında, daire veya Büyük Daireye müracaat imkânı yoktur. Bu düzenlemelerle başvuruların daha hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amaçlanmaktadır.

Anılan maddeye göre, Sözleşmeye taraf Devlet adına seçilmiş yargıç komite üyesi değilse, komite, davanın her aşamasında o yargıç, komitenin üyelerinden birinin yerine geçmeye davet edebilir (14 Nolu protokol md. 8, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.28).

- Kabul Edilebilirlik Şartları

Yapılan önemli değişikliklerden birisi de Sözleşmenin 35'inci maddesinde yapılan değişikliktir. 14 Nolu Protokolün 12'nci maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35'inci maddesinin 3'üncü fıkrası aşağıdaki gibi değiştirilmiştir.

"3 Mahkeme 34. maddeye uygun olarak iletilen bireysel başvuruyu aşağıdaki hallerde kabul edilemez bulur:

a. Başvurunun Sözleşme veya ilgili Protokol hükümleri dışında kalması, açıkça dayanaktan yoksun olması veya bireysel başvuru hakkının suiistimali mahiyetinde olması, veya;

b. Sözleşme ve Protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumları hariç olmak üzere, başvuranın önemli mağduriyetinin bulunmaması."

Maddeye göre, başvurunun Sözleşme veya ilgili Protokol hükümleri dışında kalması, açıkça dayanaktan yoksun olması veya bireysel başvuru hakkının suiistimali mahiyetinde olması durumunda başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilecektir. Maddenin (b) bendine göre, Sözleşme ve Protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumları hariç olmak üzere, başvuranın önemli mağduriyetinin bulunmaması durumunda başvuru kabul edilemez bulunacaktır (14 Nolu Protokol md. 12).

Bu değişiklikle kabuledilebilirlik şartları arasına başvuran kişinin önemli bir mağduriyetinin bulunması koşulu eklenmiştir. “Yani, başvuran kişinin dikkate değer bir zarara uğramış olması gerekir. Eğer başvuran kişinin önemli bir mağduriyeti yok ise bu durumda başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilecektir¹⁷⁰. Ancak, Sözleşme ve protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumlarında başvuran kişinin önemli bir mağduriyetin bulunması şartı aranmayacaktır.

Bizce, bu önemli bir değişikliktir. Yeni değişikliğin hem Mahkeme'nin hem de bireylerin lehine olduğunu söylemek mümkündür. Mahkeme artık gerçek manada haksızlığa uğrayanların davalarına bakabilecek ve bunları daha iyi inceleyecektir.

Yeni getirilen bu kabuledilebilirlik koşulu, 14 Nolu Protokolün yürürlüğe gireceği tarihe kadar hakkında kabuledilebilirlik kararı verilmemiş olan tüm başvurular hakkında uygulanacaktır. Söz konusu kabuledilebilirlik koşulunu, Protokolün yürürlüğünü takip eden iki yıl boyunca sadece Daireler ve Büyük Daire uygulayacaktır. İki yıllık sürenin bitiminde tek yargıç ve komiteler tarafından da uygulanmaya başlanacaktır (14 Nolu Protokol md.20).

¹⁷⁰ BİLİR, Faruk : a.g.m., s.145.

-Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin duruşmalara katılma yetkisi:

14 Nolu Protokolün 13'üncü maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Üçüncü Tarafın Müdahalesi" başlıklı 36'ncı maddesine üçüncü bir fıkra eklenmiş ve bir daire veya Büyük Daire'de görülen tüm davalar hakkında Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin yazılı görüş verebileceği ve duruşmalara katılabileceği düzenlenmiştir.

36'ncı maddenin ilk iki fıkrasında üçüncü tarafın müdahalesi düzenlenmiştir. Buna göre, "Daire ve Büyük Daire önündeki tüm davalarda, vatandaşlarından birinin başvuran taraf olması halinde, Yüksek Sözleşmeci Tarafın yazılı görüş sunma ve duruşmalarda bulunma hakkı vardır. Mahkeme Başkanı, adaletin doğru sağlanabilmesi amacıyla, yargılamada taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafı yazılı görüş sunma veya duruşmalarda taraf olmaya davet edebilir.

-Davanın İncelenmesi

14 Nolu Protokolün 14'üncü maddesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 38'inci maddesinde yapılan değişikliklerle, "Mahkeme, başvuruyu tarafların temsilcileriyle birlikte inceler ve gerekirse, ilgili Yüksek Âkit Tarafların, etkin olarak yürütülmesi için gerekli tüm kolaylıkları sağlayacakları bir soruşturma yapar" hükmü getirilmiştir.

- Dostane Çözümler

14 Nolu Protokolün 15'inci maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 39'uncu maddesinde değişiklik yapılarak Dostane Çözüm yeniden düzenlenmiştir. "Dostane çözümler" başlığını taşıyan 39'uncu madde,

"1- Başvurunun herhangi bir aşamasında Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı esnasından hareketle, davanın dostane çözüm ile sonuçlandırılması için ilgili taraflara hizmet

sunabilir.

2- 1. fıkra hükümlerine göre yürütülen işlemler gizlidir.

3- Dostane çözüme varılırsa, Mahkeme olaylarla ve varılan çözümlerle sınırlı kısa bir açıklamayı içeren bir karar vasıtası ile başvuruyu kayıttan düşürür.

4- Bu karar, kararda belirtilen dostane çözüm şartlarının icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne iletilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre, başvurunun herhangi bir aşamasında Mahkeme, Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı esasından hareketle, davanın dostane çözüm ile sonuçlandırılması için ilgili taraflara hizmet sunabilir. Dostane çözüme ilişkin yürütülen işlemler gizlidir. Yürütülen işlemler sonucunda dostane çözüme ulaşırsa, Mahkeme olaylarla ve varılan çözümlerle sınırlı kısa açıklamayı içeren bir karar vasıtası ile başvuruyu kayıttan düşürür. Bu karar, kararda belirtilen dostane çözüm şartlarının icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine iletilir. Yeni düzenlemeye göre, başvurunun her aşamasında dostane çözüm yoluna gidilebilecektir (14 Nolu Protokol md. 15).

14 Nolu Protokolün kabulünden önce, dostane çözüm yoluna sadece başvurunun kabul edilmesinden sonra ancak davanın esasına geçilmeden önceki bir süreçte gidilebilmekteydi.

Kanaatimizce, yapılan yeni düzenlemede, Protokolle getirilen diğer tüm değişikliklerde olduğu gibi, insan hakları ihlallerinin ulusal hukuklarda çözümlenmesinin sağlanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ulusal hukuk tarafından çözümlenmeyen başvurularla ilgilenmesinin sağlanması, Mahkeme'ye yapılan başvuruların tekrar iç hukuka aktarılması amacı güdülmektedir. Çünkü, bilindiği gibi, Sözleşmenin getirdiği koruma ikincil

nitelikte bir korumadır.¹⁷¹

Yapılan düzenleme ile başvurunun her aşamasında ilgili Devlet tarafından gösterilecek olumlu girişimler, hem hak ihlallerinin iç hukukta çözümlenmesine katkı sağlayacak hem de Mahkeme'nin önündeki iş yükünü azaltacaktır. Ayrıca, dostça çözümün, adaletin gecikmesini önlemek ve davanın sonucuna ilişkin belirsizliği önlemek gibi faydaları da vardır. Bunun yanında, başvurunun her aşamasında dostça çözüme gidilebilecek olması, hakkında başvuruda bulunan Devletleri, Mahkeme kararının etkisinden kurtulmak için bu yola sevk edebilecektir. Özellikle de başvurunun aleyhine sonuçlanacağını düşünen Devletler karardan çok kısa bir süre önce bu yola gidebilecek ve Sözleşme ihlali ve bunun sonuçlarından kurtulabilecektir¹⁷².

Belirtmek gerekir ki, bir başvurunun dostça çözüm ile sonuçlandırılması için, yalnız taraflar arasında varılan bir uzlaşma yeterli değildir. Taraflar arasında varılan uzlaşmanın, Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı şartlarına da uygun olması gerekir. Bu konuda takdir yetkisi Mahkeme'ye aittir. Mahkeme bu takdir yetkisini insan haklarına saygı çerçevesinde belirleyecektir. Eğer taraflar arasında varılan uzlaşma insan haklarına saygı şartına uygun değilse, Mahkeme dostça çözüm kararı da vermeyebilecektir¹⁷³.

Başvurunun dostane çözümlerle sonuçlanması ve bu durumun Mahkemenin kararıyla teyit edilmesi sonrasında bu karar da denetlenmek üzere Bakanlar Komitesine gönderilecektir. (14 Nolu Protokol md. 15).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Kararların Bağlayıcılığı ve Uygulanması" başlıklı 46'ncı maddesine de değişiklikler getirilmektedir. Protokolün 16'ncı maddesiyle yapılan değişiklikle ;

¹⁷¹ ÇAVUŞOĞLU, Naz: a.g.e., s.73.

¹⁷² ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.65.

¹⁷³ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.64-65.

“1- Yüksek Âkit Taraflar taraf oldukları her davada Mahkeme'nin kesin kararlarına uymayı yükümlenirler.

2- Mahkeme'nin kesin kararı, kararın icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi 'ne iletilir.

3- Bakanlar Komitesi kesin kararın icrasının denetlenmesinin kararın yorumlanmasına dair bir mesele tarafından engellendiği görüşünde ise, konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme'ye gönderebilir. Gönderme kararının Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çoğunluğuyla verilmesi gerekir.

4- Bakanlar Komitesi bir Yüksek Âkit Tarafın, taraf olduğu davada verilen kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise, ilgili tarafa resmi bir ihbar tebliğ ettikten sonra ve Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oyçokluğuyla aldıkları kararla, ilgili tarafın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.

5- Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme 1. fıkra ihlal edilmediğini tespit ederse, davayı davanın incelenmesini bitirecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderir.” hükmü düzenlenmiştir.

Yapılan değişikliğe göre, Bakanlar Komitesi, kararın yerine getirilmesinin, kararın yorumlanmasına dair bir mesele tarafından engellendiği görüşünde ise, konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme'ye gönderebilecektir. Bu kararın Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çoğunluğuyla verilmesi gerekir.

Bunun yanı sıra, Bakanlar Komitesi, ilgili ülkenin kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise, taraf devlete bu konuda resmi bir ihbar gönderdikten sonra, üçte iki çoğunlukla alacağı bir kararla, ilgili tarafın karara uyup uymadığı meselesini Mahkemeye intikal ettirebilecektir. Mahkeme

kararın yerine getirilmediği görüşünde ise, bu tespiti ilişkin kararı ile birlikte alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme kararın yerine getirildiği görüşünde ise, bu kararı da Bakanlar Komitesi'ne gönderir.

Bizce, getirilen bu düzenleme, Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi konusunda önemli bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile kararların yerine getirilmesinde siyasal bir organ olan Bakanlar Komitesi'nin yanı sıra, Mahkemeye de yetki verilmiş, taraf devletin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararını yerine getirmesinin denetimindeki siyasallık unsuru önlenmeye çalışılmıştır.

14 Nolu Protokolün 17'nci maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "İmza ve Onay" başlıklı 59'uncu maddesine eklenen ikinci fıkrayla, Avrupa Birliğinin de bu sözleşmeye katılabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 59'uncu maddedeki bu değişikliğin Avrupa Birliği'nde yaşanan gelişmeler, özellikle de Avrupa Birliği Anayasası göz önüne alınarak yapıldığı belirtilmektedir. Yapılan bu değişikliğin Avrupa Birliği Anayasası'nda karşılığı Anayasa'nın I-9/2 maddesinde, şu şekilde yer almıştır: "Birlik, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne katılabilir. Böyle bir katılım Birlik'in Anayasa'da tanımlanan yetkilerini etkilemez". Bu katılımıla birlikte, Avrupa Birliği de Mahkeme önünde davalı olarak yargılanabilecektir¹⁷⁴.

Genel değerlendirme: 14 Nolu Potokolle getirilen değişikliklerin bütününe baktığımızda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin insan hakları konusunda sağladığı güvencenin ikincil nitelikte olduğu hususu ve asıl olanın Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukukları yoluyla insan haklarının korunması gerektiği fikri ön plana çıkmaktadır. İnsan hakları ihlallerinin ulusal hukuklarda

¹⁷⁴ ÇAVUŞOĞLU, Naz: "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi", Anayasa Yargısı 22, Ankara 2005, s.10. (www.anayasa.gov.tr).

özömlenmesinin sağlanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ulusal hukuk tarafından özömlenmeyen başvurularla ilgilenmesinin sağlanması, Mahkeme'ye yapılan başvuruların tekrar iç hukuka aktarılmasının amaçlandığı görölmektedir. Yapılan değişikliklerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iş yükü azaltılarak, önüne gelen başvuruları daha iyi inceleyebilmesi ve kararların verilmesinde ve yerine getirilmesi sürecinde siyasal baskının azaltılması, Mahkeme'nin tarafsızlığının pekiştirilmesi sağlanacaktır. Ancak, getirilen değişiklikler nedeniyle taraf devletlerin de kendi iç hukuklarında, insan hakları ihlallerini önlenmesi ve var olan ihlallerin sonuçlarının giderilmesinde yasama, yürütme ve yargı organlarını etkinleştirecek gerekli önlemleri acilen almaları gerekmektedir. Ulusal hukuklarda etkin denetimin sağlanmaması durumunda, insan hakları ihlalleri nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurular devam edecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ YERİNE GETİRLMESİ

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Sözleşmenin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusunda 1, 19, ve 46 ncı maddelerde düzenlemelere yer verilmiştir.

"İnsan Haklarına Saygı Gösterme Yükümlülüğü " başlıklı 1 inci maddede, *"Yüksek Akit Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar"* hükmü,

"Mahkemenin Kuruluşu" başlıklı 19 uncu maddede; *"Bu sözleşme ve protokollerine, yüksek sözleşmeciler tarafından kabul edilen yükümlülüklerin uygulanmasını sağlamak için; aşağıda "mahkeme" olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulur. Mahkeme devamlı görev yapar."* hükmü;

"Kararların Bağlayıcılığı ve Uygulanması" başlıklı 46'ıncı maddede ise; *"1-) Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.*

2-) Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir." hükmü yer almıştır.

1'inci maddeye göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletler, Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri yetkileri, çerçevesindeki bütün

bireylere, vatandaşlık bağı aranmaksızın, sağlamakla yükümlüdürler. Devlet hak ve özgürlükleri sağlama sorumluluğunu yerine getirmezse, 19 uncu madde gereğince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu duruma müdahale etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği karar ise 46 ıncı madde uyarınca bağlayıcı olacaktır. Ancak, Mahkeme kararlarının iç hukukta yerine getirilmesi için gerekli olan araçları seçmekte taraf devlet özgürdür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Marckx ve Belçika kararında¹⁷⁵ bu durumu şu şekilde belirtmiştir: "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 karar esas itibariyle '*deklare edici*'dir ve 53 üncü maddeden (şimdiki 46.maddeden) doğan yükümlülüğü yerine getirmek için, ulusal hukukta kullanılacak araçları seçme işini devlete bırakmaktadır."

Sözleşmenin 46 ıncı maddesi hükmüne göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlayıcıdır. Buradaki bağlayıcılık, davanın tarafları yönünden söz konusudur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları kurucu değil, tespit edici niteliktedir. Kararda, bireyin Sözleşmeyle güvence altına alınan bir hakkının ihlal edildiği tespit edilmektedir. İhlalin faili, şikâyet edilen taraf devletin bir organıdır. Mahkeme kararı yalnız şikâyet edilen devlet açısından bağlayıcıdır. Ancak kararla, ilgili devletin ne iç hukuk düzeni değiştirilebilir, ne de devlet organlarının yapmış olduğu bir işlem ortadan kaldırılabilir. Bununla beraber ilgili devlet, kararın gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. İhlale son vermek ve olabildiğince eski hali yeniden ihya etmek zorundadır. Bunun nasıl yapılacağı kendi takdirine kalmış olmakla beraber, kararın uygulanması için mutlaka iç hukukunda gereken değişiklik ve düzenlemeleri yapmak durumundadır. Kararın muhatabı olan taraf devlet ayrıca, gelecekte başka

¹⁷⁵ Marckx-Belçika, 13.6.1979 tarihli karar, ARSLAN, Zühtü: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler" Anayasa Yargısı, Yıl 2000, Cilt 17, s.276.

bireylere karşı da bu tür ihlal eylemlerinden kaçınmak zorundadır.¹⁷⁶

Mahkeme kararları iç hukukta doğrudan sonuç doğurmaz, milli mahkeme kararlarını iptal edecek, değiştirecek nitelikleri yoktur. Mahkeme bir temyiz mercii değildir. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius Wildhaber tarafından şu şekilde açıklanmıştır: “Uluslar arası bir mahkeme ve özellikle 800 milyon nüfusu barındıran coğrafi bir bölgede yetkisi bulunan bir mahkemenin temyiz mahkemesi gibi işleyip hareket edemeyeceği açıktır. Uluslar arası mahkemelerde ulusal mahkemelerdekine benzer bir biçimde duruşma yapılamaz; deliller ve hukuki sorunlar ulusal mahkemelerin incelediği gibi ayrıntılı bir biçimde incelenemez. Bunun nedeni sadece böyle yapıldığında büyük bir iş yükünün altında kalınacak olması değildir. Şurası açıktır ki, ulusal otoriteler yerel bilgi ve deneyime ve her türlü müdahalede görelî bir sürate sahip olmaları nedeniyle, delilleri ve hukuku değerlendirmede daha iyi bir konumda bulunmaktadır ve bu nedenle de daha iyi ve etkin bir güvence sistemini gerçekleştirebilmektedirler. Bu ‘dördüncü derece kuralı’nda görülmektedir. Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ‘dördüncü derece’ bir mahkeme değildir; ulusal mahkemelerin iddia edilen hukuksal hatalarını düzeltmek veya ulusal mahkemeleri, kararları yerine kendi delil değerlendirmelerini ve kararlarını geçirmek gibi bir görevi ve yetkisi yoktur.”¹⁷⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmiş kararları bağlayıcı nitelik taşımakla birlikte, taraf ülkelerin iç hukuklarında doğrudan sonuç doğurucu bir etki yaratmaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, kendiliğinden, Sözleşmeye aykırı bir yasayı yürürlükten kaldırmaz, bir idari işlemi iptal etmez ya da bir yargı kararını bozmaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşmeye aykırılık tespit etmesi halinde, kararın gereklerini yerine getirmek için iç hukuk düzeninde kullanacağı yolların

¹⁷⁶ VILLIGER, Mark, E.Handbuch der Europäischen, s.149; Naklen ÜNAL, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslar arası İlkeleri, Ankara 2001, s.403.

¹⁷⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius Wilhaber’in Anayasa Mahkemesi’nin 38.Kuruluş Gününde yaptığı konuşma, Ankara 25 Nisan 2000; Naklen ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.407.

seçiminde taraf devletler, serbestliğe sahiptir¹⁷⁸.

Sözleşmeciler devletler, Sözleşme organlarının, Sözleşme'nin niteliğine ilişkin olarak aldıkları kararları kendi iç işlerine karışma olarak görmemişlerdir. Devletler, nasıl ulusal yargı organlarının aldıkları kararları yadırgamıyorsa kendi yarattıkları uluslararası yargı organlarının kararlarını da yadırgamamışlardır. Kaldı ki, bu organların aldıkları ihlal kararları, uygulamanın veya mevzuatın Sözleşme'ye uymadığını, Sözleşme'ye aykırı olduğunu bildiren kararlardır. Bu organların ulusal bir yargı kararını, bir yasayı ya da bir hükümet kararını bozma, iptal etme gibi yetkileri de yoktur. Bunların aldıkları kararlar, iç hukukta kendiliğinden hüküm ifade eden, sonuç doğuran kararlar da değildir. Devletin yükümlülüğü, Sözleşme organlarının kararları doğrultusunda, Sözleşme ile olan aykırılığı giderecek önlemleri almaktır.¹⁷⁹

Mahkeme kararlarının hüküm fıkraları, kararlarının uygulanmasına ilişkin olarak çok az yardımcı olmaktadır. Mahkeme, hüküm fıkrasında, Sözleşme'deki hangi hak ve özgürlüğün tespit edildiğini belirtmekte ve gerekli gördüğü takdirde adil karşılıkla ilgili Sözleşme hükmünü uygulayarak, maddi ve/veya manevi tazminat ile mahkeme masraflarına hükmetmektedir, ihlal tespiti ile tazminat ve masraflar gibi mali konuları dışındaki talepler, yetkisizlik nedeniyle mahkeme tarafından reddedilmektedir¹⁸⁰.

Mahkeme içtihatlarına göre, Mahkeme'nin ihlal tespit ettiği bir karar, davalı devlete bu tür ihlalleri sona erdirmeye ve durumu mümkün olduğu kadar ihlal öncesindeki şekline kavuşturacak biçimde onarma (eski hale iade) yükümlülüğü yükler. Durumun eski hale iadesi mümkün olmadığı takdirde, davalı devlet, Mahkeme'nin ihlal tespit ettiği kararla

¹⁷⁸ ÇAVUŞOĞLU, Naz: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması, Ağustos 2003, s.34.

¹⁷⁹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 6.Bası, Ankara 2005, s.124.

¹⁸⁰ DOĞRU, Osman: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s.196.

bağdaşabilecek araçları seçmekte serbesttir. Mahkeme bu konuda talimat veremez veya açıklayıcı beyanda bulunamaz. Bu konuda uygunluğu izlemek, Sözleşme'nin 54 üncü maddesine göre Bakanlar Komitesine düşen bir görevdir¹⁸¹.

Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında ihlal tespit edilmiş ise, "ihlalin durdurulması", "ihlalin sonuçlarının giderilmesi" ve "ihlal tekrarının önlenmesi" gerekmektedir¹⁸².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşmenin ihlali tespit edildiğinde, Sözleşmenin 41'inci maddesine göre, ihlal eden devlet öncelikle mümkün olduğu takdirde eski halin iadesini sağlamalıdır. Ancak, davaların uzun sürmesi sebebiyle bu her zaman mümkün olmayabilir, bu durumda ihlalci devlet, tazminat ödemekle yükümlüdür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir iç hukuk kuralının Sözleşmeye aykırı olduğunu belirlemişse, artık taraf olan devlet, söz konusu olan hukuk kuralını sözleşmeye uygun hale getirmek zorundadır.¹⁸³

Sözleşmenin ihlali, taraf ülkelerin iç hukuk kurallarından kaynaklanmışsa, bunların değiştirilmesi veya Sözleşmeye uygun şekilde yeni düzenleme yapılması gerekecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlilik dışı çocukların miras hakkıyla ilgili Vermeire Belçika'ya Karşı davasında, aynı konuda 13.6.1979 tarihinde vermiş olduğu Marckx-Belçika kararını öncelikle hatırlatarak, yükümlülüklerini yerine getirmek için devletin uygun araçları seçme konusunda serbest olmasının, mevzuatta gerçekleştireceği reform tamamlanana kadar devlete Sözleşmenin uygulanmasını askıya alma imkânı tanımadığını belirtmiş ve iç hukuk düzenlemeleri yapılana kadar, ulusal yargı organlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin aynı konuda vermiş olduğu karara uygun karar vermelerinin, iç hukukun Sözleşme hukukuna

¹⁸¹ Mentş ve diğerleri,-Türkiye davası, Karar Tarihi: 24.7.1998, www.yargitay.gov.tr.

¹⁸² DOĞRU, Osman: a.g.m., s.196.

¹⁸³ YILDIRIM, Kadir: "Sözleşme ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, s.300. www.anayasa.gov.tr/anayargi/ayrg2000.htm

uyumlandırılmasında etkili bir araç olabileceği ve bu yolla tekrar ihlallerin önlenebileceği belirtilmiştir¹⁸⁴.

İhlal genellikle uygulamadan kaynaklanmakla beraber, bizzat kanuni mevzuatın kendisinden de kaynaklanabilmektedir. Uygulamadan kaynaklanan ihlallerin tekrarlanmaması idari tedbirlerle mümkün olabilmektedir. Ancak, ihlal doğrudan kanunun uygulanmasından kaynaklanıyorsa, üye devletin ihlalin tekrarlanmaması yükümlülüğü nedeniyle, kanunun değiştirilmesi yoluna gidilmelidir. Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararlarında gerekçe ve hüküm bölümü "Karar" başlığı altında birlikte yazılmaktadır. Dolayısıyla teknik olarak hüküm bölümü ve gerekçe bölümü ayırımı da yapılamadığından, ihlale neden gösterilen gerekçe bağlayıcı bulunmaktadır. Gerekçe, açıkça kanun değişikliğini gerektiriyorsa, ihlalin tekrarlanmasını önlemek için kararın gereği olarak kanun değişikliği yapmak zorunlu olmaktadır. Nitekim Bakanlar Komitesi, üye devletin ihlalin tekrarlanmaması için nasıl bir tedbir aldığını takip etmekte ve yeterli tedbir alındığı kanaatine ulaştığında bir raporla, dosyayı kapatmaktadır.

Sözleşme'ye taraf devletin hâkiminin de bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme ile kabul edilen yükümlülüklerle sözleşmeciler devletlerin uygun davranıp davranmadığını denetlemek için kurulmuştur. Mahkemenin görevi, yargı yetkisinin olup olmadığı hakkındaki uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, Sözleşme'nin yorumu ve uygulanmasına dair tüm konuları kapsamaktadır.

Sözleşme'nin demokratik toplumların değişen sosyal ve hukuki şartları karşısında etkisini koruyabilmesi, gelişmeci yorumu gerekli kılmakta; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaşayan bir belge olarak

¹⁸⁴ ÇAVUŞOĞLU, Naz: a.g.e., s.37.

Sözleşme'yi günümüz şartlarına uygun yorumlamaktadır.¹⁸⁵

Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumunu sınırlandırıcı değil açık tutucu uygulama içindedir. Mahkeme, devlete ve devlet aracılığı ile üçüncü kişilere Sözleşme ile tanınan hakların etkili korunmasını sağlama yükümlülüğü getirirken, kişi hak ve hürriyetlerini ekonomik ve sosyal boyutlarıyla değerlendirme ve Sözleşme'de yer alan hak ve hürriyetleri teorik haklar olmanın ötesine taşıyarak, gerçek ve kullanılabilir haklar haline getirme arayışı içinde hareket etmektedir.¹⁸⁶

“Böylece, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme hükümlerinin ‘lafzından’ hareketle, gereğinde öteki yorum metodlarına da (tarihi veya statik, dinamik, karşılaştırmalı veya analogik, dar veya geniş yorum) başvurarak, Sözleşme'nin ‘özel niteliği’, ‘amaç ve konusu’, ‘günümüz toplumunun değer hükümleri ve ihtiyaçları’; her alanda saptanan değişim ve gelişmeleri, kısaca günümüz koşullarını göz önünde tutarak ‘evrimsel’ (evolutif; evolutive, ‘geliştirici’) ve ‘ileri götürücü (progressif; progressive) kısaca ‘ereksel’ yorumla Sözleşme’yi uygulamıştır.”¹⁸⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, sözleşmecî devletleri bağlayıcı nitelikte olmakla birlikte, uluslararası antlaşma niteliğinde değildir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece somut olaylara ilişkin olarak karar veren bir mahkeme değildir; bunun yanında bir Avrupa standardı oluşturma istemiyle kendisine başvuruda bulunan bir mahkemedir. Sözleşme'nin güvence altına aldığı hakları sosyal yaşamdaki değişimleri göz önüne alarak yeniden yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Sözleşme hükümleriyle bütünleşerek, Sözleşme metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. İrlanda-Birleşik Krallık davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, aslında sadece Mahkeme önüne gelen davaların karara bağlanmasını

¹⁸⁵ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.140-142.

¹⁸⁶ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.142.

¹⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.142

değil, aynı zamanda, daha genel olarak, Sözleşme'nin getirdiği kuralların açıklanması, korunması ve geliştirilmesini sağlayarak, taraf devletlerce üstlenilen taahhütlerin yerine getirilmesine yardımcı olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin iç hukuklarda uygulanmasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarından bağımsız düşünmek mümkün değildir.¹⁸⁸

Sonuçta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşme hükümlerini yorumlamaya yetkili tek mahkemedir.

Mahkemenin Türkiye açısından taşıdığı önem, Türkiye-Avrupa Birliği ilişkilerinde de kendini göstermektedir. 10-11 Aralık 1999 tarihinde Helsinki'de toplanan Avrupa Birliği Konseyi, yayınladığı Bin Yıl Bildirgesi ile Türkiye'nin "Avrupa Birliği'ne aday ülke" statüsünde olduğunu kabul etti. "Aday ülke" statüsünden "üye ülke" statüsüne geçişin söz konusu olabilmesi için bazı konularla ilerleme kaydedilmesi ön şartı getirildi. İnsan hakları konusunda ilerleme kaydedilmesi bu önkoşulların başında gelmektedir. Türkiye'nin bu alanda aldığı mesafeyi gözlemleyecek ve tespit edecek organların başında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gelmektedir. Avrupa Birliği Komisyonunun Türkiye hakkındaki 1999 Yılı İlerleme Raporu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tespitlerinin Türkiye'nin insan hakları alanında ilerleme sağlayıp sağlamadığının önemli bir göstergesi olduğunu açıkça ifade etmiştir.¹⁸⁹

İnsan Hakları Mahkemesi verdiği kararlarla halihazırda Türk hukuk uygulamasını ve mevzuatını önemli ölçüde etkilemektedir. İncal davasında Devlet Güvenlik Mahkemelerinde askeri hakim görev yapmasının adil yargılama hakkını ihlal ettiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilmesi üzerine 1999 yılında Anayasa ve yasa değişikliği yapılarak

¹⁸⁸ ÇAVUŞOĞLU, Naz: a.g.e., s.31.

¹⁸⁹ BIÇAK, Vahit: "Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", Anayasa Yargısı, Ankara 2000, Cilt 17, s.88.

asker hakimın Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev yapması uygulamasına son verilmiştir. Öcalan davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararı, verilen cezanın infazı sürecini durdurmuştur.¹⁹⁰

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ YÖNTEMLERİ

Yukarıda da belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nihai kararlarının yerine getirilmesini denetleme yetkisi, Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesi'ne verilmiştir.

Bakanlar Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanmasını denetim yetkisini kullanırken, Sözleşmenin 46/2'inci maddesi uyarınca kendisine gönderilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı üzerine, önce davalı devletin bu kararın yerine getirilmesi için ne gibi önlemler aldığını kendisine bildirmesini ister. Davalı devlet aldığı önlemleri bildirinceye kadar, dava Bakanlar Komitesi'nin gündeminde kalır. Daha sonra Komite, davalı devletin kendisine bildirdiği önlemleri değerlendirir. Eğer alınan önlemleri yeterli görmezse, doyurucu önlemler alınıncaya kadar konuyu gündeminde tutar ve ara kararlarıyla davalı devleti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararını yerine getirmeye zorlar. Bakanlar Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının yerine getirilmesi için gerekli tüm önlemlerin alındığına ikna olduktan sonra, nihai bir kararla

¹⁹⁰ BIÇAK, Vahit: a.g.m., s.88-89.

davayı gündeminden çıkarır¹⁹¹.

Sözleşmede, Mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi durumunda, kararları yerine getirmeyen devlete karşı uygulanabilecek herhangi bir yaptırım düzenlenmemiştir.

İnsan haklarına saygı yükümlülüğünü ihlal eden bir taraf devlete karşı tek yaptırım, Avrupa Konseyi Statüsünün 8'inci maddesinin uygulanarak, Konsey üyesi bir devletin Konseydeki temsil haklarının askıya alınması ya da Konseyden çıkarılmasıdır.

“Sözleşmenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını yerine getirmemekte direnen bir devlete karşı hiçbir yaptırım öngörmemesi, Sözleşmenin önemli bir boşluğu olarak değerlendirilmektedir. Uygulamada da bazı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesinde ısrar edilmesi, Avrupa Konseyi organlarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla girişimde bulunmaya yöneltmiştir. Bu bağlamda, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi bir tavsiye kararıyla, Bakanlar Komitesi'ne kararların yerine getirilmesi sistemini güçlendirecek kimi önerilerde bulunmuştur. Bakanlar Komitesi de, aldığı bir tavsiye karar ile Sözleşmeye taraf devletleri ulusal düzeyde mümkün olduğu kadar "eski halin iadesi"ni (*restitutio in integrum*) sağlamaya davet etmiş ve "yargılamanın yenilenmesi" de dahil olmak üzere, davanın yeniden incelenmesi için yeterli yolları güvenceye almak amacıyla taraf devletleri ulusal hukuk sistemlerini incelemeye çağırmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 50 nci yıldönümü nedeniyle toplanan İnsan Hakları Üzerine Bakanlar Konferansında (Roma, 2000), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilme sürecinde Bakanlar Komitesi denetiminin güçlendirilmesi gereği vurgulanmıştır. Konferans sonucunda açıklanan kararda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46 ncı maddesi ile ilgili usul

¹⁹¹ ÖZDEK, Yasemin: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, İkinci Baskı, İstanbul Aralık 2004, s.72.

kurallarının gözden geçirilmesi gereği belirtilmiştir. Ayrıca Bakanlar Komitesi, davanın yeniden görülmesini mümkün kılacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesine karşı gerekli önlemleri içerecek girişimlerde bulunmaya çağırılmıştır.”¹⁹²

Bunun üzerine Bakanlar Komitesi 10 Ocak 2001'de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanmasıyla ilgili yeni kuralları kabul etmiştir. Bu karara göre, Bakanlar Komitesi şu koşulları denetleyecektir: 1) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tazminata hükmettiği kararlarda, gecikme faizi de dâhil olmak üzere, tazminatın ödenip ödenmediği ve eğer gerekiyorsa 2) ihlalin durdurulması ve zarar gören tarafın mümkün olduğu kadar ihlalden önceki durumuna kavuşması için *bireysel önlemlerin* alınıp alınmadığı, 3) benzer yeni ihlalleri önlemek ya da devam eden ihlalleri sona erdirmek için *genel önlemlerin* alınıp alınmadığı.

Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından doğan ödevler üç geniş kategoride toplanmaktadır: Tazminatın ödenmesi, bireysel önlemlerin alınması ve genel önlemlerin alınması.

Bireysel önlemlerin başlıcası, -ihlale bir yargı kararının yol açtığı durumlarda- iç hukukta yargılama sürecinin yeniden açılmasıdır. Bunun yanında alınabilecek bireysel önlemler çeşitlidir Örneğin, ihlale neden olan önlemin uygulanmasının durdurulması, işlemin iptal edilmesi, cezai konularda mahkûmiyet hükmünün kaldırılması vb. Bireysel önlemler kapsamında, mağdur hakkında "pozitif önlemlerin" uygulanması da söz konusu olabilir. Örneğin, hukuka aykırı biçimde kamu görevinden alınan kişinin görevine iade edilmesi gibi. Genel önlemlerin başlıcaları ise ihlale yol açan mevzuatın ve içtihat hukukunun değiştirilmesidir Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ulusal dile çevrilerek kamu görevlilerine dağıtılması, yargıçların ve polislerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları konusunda eğitimi de, uygulamada Bakanlar Komitesi'nin davalı devletlerden almalarını istediği genel

¹⁹² ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s. 74.

önlemlere örnektir.¹⁹³

Bu açıklamalara göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlalinin kaynağı, ulusal mevzuat, yargı kararları ve idarenin işlem veya eylemleri olabilir. Sözleşmecî devlet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal eden işlemin sonuçlarını ortadan kaldırmak ve mümkün olduğu ölçüde ihlalin yapılmasından önceki duruma dönülmesini, sağlamakla yükümlüdür.

“Mevzuattan kaynaklanan ihlaller şu şekillerde meydana gelebilmektedir:

1-) Sözleşmede düzenlenmiş bir hak veya özgürlüğün kullanılması, ulusal mevzuatta yasaklanmış veya mevzuat tarafından demokratik toplumda gerekli olmayan bir biçimde kısıtlanmışsa,

2-) Sözleşmede tanınmış olan bir hak ulusal hukukta düzenlenmediği için kullanılamıyorsa,

3-) Sözleşmedeki bir hakkın sınırları idari makamların kötüye kullanmalarını önleyecek şekilde ulusal mevzuatta düzenlenmemesidir.”¹⁹⁴

İhlalin mevzuattan kaynaklandığı durumlarda, kararın yerine getirilmesi mevzuat değişikliğini gerektirir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda ulusal mevzuatta değişiklik yapılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Sözleşmecî ülkelerde uygulanmasını sağlayan en önemli yöntemdir. Bu sayede, Mahkeme içtihatları ulusal mevzuatlar haline gelmekte ve iç hukukta uygulanması kolaylaşmaktadır.

Yargıdan kaynaklanan ihlaller ise:

1-) Ulusal mahkemelerin, sözleşmedeki haklarla ilgili ulusal maddi

¹⁹³ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s. 75.

¹⁹⁴ DOĞRU, Osman: a.g.m., s.197.

hukuku, sözleşme standartlarına aykırı bir biçimde yorumlanıp uygulamalarından kaynaklanabilir,

2-) Ulusal mahkemelerin usul hukukunu sözleşmedeki özellikle adil yargılanma hakkına aykırı bir biçimde yorumlanıp uygulanmalarından da kaynaklanabilmektedir."¹⁹⁵

İhlal ulusal mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlalin giderilmesinde, Lüksembourg, Norveç ve İsviçre gibi bazı ülkeler yargılamanın yenilenmesini kabul etmişlerdir. Milli mahkeme kararlarının Sözleşmeye aykırılığının tespit edilmesi halinde, bu durumun yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmasını savunan görüşler doğrultusunda, 15.7.2003 tarih ve 4928 sayılı yasayla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53'nci maddesine (ı) bendi eklenmiştir. Bu hükümde, "Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olmasının yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturacağı düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararıyla davalı devletin zarar gören başvurucuya tazminat ödemesine hükmetmişse, bu kararın yerine getirilmesi tazminatın ödenmesi ile olur. Bu tazminat, maddi tazminat, manevi tazminat ve masrafları kapsamaktadır. Mahkeme tazminat ve masrafların ne miktarda, hangi para biriminden, ne kadar süre içinde Hükümet tarafından başvurucuya ödeneceğini belirtmektedir. Mahkeme, tazminat ve masrafların üç aylık süre içinde ödenmemesi halinde gecikme faizi uygulamasına da hükmetmektedir."¹⁹⁶

"İhlal, sözleşme ile buna aykırı olan işlemin veya kuralın, birbiriyle

¹⁹⁵ DOĞRU, Osman: a.g.m., s.197.

¹⁹⁶ DOĞRU, Osman: a.g.m., s.199.

çelişkiye düştükleri andan itibaren vardır. Buna göre, hukuka aykırı durumun mümkün oldukça geçmişe yönelik ortadan kaldırılması gerekmektedir. İhlalin geçmişe dönük kaldırılması yükümlülüğünün ise bazı sınırları bulunmaktadır."¹⁹⁷ Bunlar:

"Hukuk Güvenliği: Geçmişe dönük şekilde eski durumun iadesi bir devletin hukuk güvenliğini sarsıyorsa, bu uygulanmayabilir ve hukukun güvenliği ilkesi tercih edilir. Ulusal hukuk normlarını sözleşmeye uygun hale getirirken ve mahkeme kararlarını ulusal hukukta geriye dönük uygularken, bu ilkenin göz önünde tutulmasında yarar vardır.

Zira, sözleşmeye taraf olmakla, sözleşmenin bizatihi kendisi de hukuk güvenliği içinde değerlendirilmelidir. Mahkeme kararlarının, ulusal hukukta, geçmişe dönük uygulanmasındaki istisnayı oluşturan hukuk güvenliği ilkesi, yalnız Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezlik ilkesine göre değil, idari ve adli üst yargı mercii kararlarının geriye dönük uygulanmasındaki anlayışa göre de değerlendirilmelidir.

Nitekim, Mahkeme Marchx kararında, bu ilkeden bahsetmiş ve Sözleşmenin, günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğinden hareketle, Belçika Devletini bu kararın verilmesinden önceki hukuki işlemleri ve olayları yeniden ele almaktan kurtarmıştır.

Eski Durumun iadesi Mümkün Değilse: Bu durumda, artık maddi olarak eski hale getirmek olanaksızdır. Mahkeme kararlarının geriye dönük uygulanması söz konusu olmamaktadır. Böyle bir durumda ise eski durumun tamamen veya kısmen iadesi mümkün değilse, giderilemeyen diğer kısmı için belirli bir oranda tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 41)

Mahkeme, bu durumu Mentesh ve diğerleri kararında aşağıdaki görüşle açıklamaktadır:

¹⁹⁷ YILDIRIM, Kadir: a.g.m., s.307.

"Mahkeme bir kararında, Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varmışsa, davalı devlete, bu tür ihlali sona erdirmeye ve ihlalden önceki durumu olabildiğince yeniden sağlayabilecek şekilde ihlalin sonuçlarını onarma (restitutio in integrum) yükümlülüğü yüklediğini hatırlatır. Ancak, pratikte ihlalden önceki durumun yeniden sağlanması imkânsız ise davalı devlet, mahkemenin ihlal saptadığı kararın yerine getirilmesini sağlayacak araçları seçmekte serbesttir. Mahkeme bu konuyla ilgili Hükümete talimat niteliğinde karar veremez veya açıklayıcı bir beyanda bulunamaz. Bu konuda uygunluk denetimi yapmak, Sözleşmenin 54'üncü maddesine göre Bakanlar Komitesi'ne düşen bir görevdir."¹⁹⁸

Sonuç olarak, Mahkeme kararında ihlal tespit etmiş ise, ihlalin durdurulması, ihlalin sonuçlarının giderilmesi ve ihlalin tekrarının önlenmesi gerekmektedir. Taraf devletler söz konusu ihlalleri ise çeşitli yöntemlerle giderebilmektedir. Bu yöntemleri bireysel ve genel yöntemler diye iki ana başlık altında inceleyebiliriz.

1. İHLALİ GİDERİCİ BİREYSEL YÖNTEMLER¹⁹⁹

A. Tazminat

İhlal keyfiyetinin telafisi mümkün olduğu takdirde, bu ihlalin telafisi eski haline iadesi (restitutio in integrum) yoluyla sağlanmalıdır. Bunun mümkün olmadığı durumlarda ise, Sözleşmenin 41'inci maddesi uyarınca başvurucuya adil karşılık ödenmesi gerekmektedir. Bu adil karşılık maddi, manevi tazminat ve masrafları kapsamaktadır. Mahkeme ihlal kararında, hükümet tarafından başvurucuya ne miktarda, hangi para biriminden, ne kadar

¹⁹⁸ Menteş ve Diğerleri-Türkiye, 24.7.1998, 23186/94 paragraf 24 ; www.yargitay.gov.tr.

¹⁹⁹ Bu konu altındaki başlıkların sınıflandırılmasında, DOĞRU, Osman: a.g.m., s.198-219'da yer verilen sınıflandırma esas alınmıştır.

süre içinde tazminat ve masrafların ödeneceğini belirtmektedir. Hatta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tazminat ve masrafların üç aylık süre içerisinde ödenmemesi halinde gecikme faizi uygulanacağını da kararında belirtmektedir. Hakkında ihlal kararı verilen devletin ise başvurucuya ödeme yapması ve bu ödemeyi yaptığına dair banka dekontunu Bakanlar Komitesi'ne ilemesiyle de karar yerine getirilmiş olmaktadır. "Ulusal hukuk yargı organlarının kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tazminat hakkında vermiş oldukları kararlar arasında farklılıklar olabilir, böyle bir ihtimal dahilinde ise tek çözüm yolu mahkeme kararlarından hangisi başvurucunun lehine ise o karar uygulanmalıdır. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilgili davada ihlal kararına varmış ve tazminata hükmetmiş, fakat iç yargı organı tam tersi bir karar vermişse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı uygulanacaktır. Çünkü, burada 'sözleşmenin üstünlüğü' ilkesi esas alınacak ve üye devletlerin Mahkeme kararlarına uygun hareket etme mükellefiyeti devreye girecektir ve devletin eski hale iadesi zorunluluğu ve/veya tazminat ödemesi söz konusu olacaktır."²⁰⁰

B. Yargılamanın Yenilenmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir üst temyiz mahkemesi olmadığı için verdiği kararlar, iç hukukta yapılan işlem veya eylemin veya verilen bir mahkeme kararının, Sözleşme'nin veya ek protokolleri ihlal edip etmediğinin tespitine ilişkin olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin taraf devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı işlemini ortadan kaldırmak, değiştirmek veya iptal etmek yetkisi bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ihlali tespit ettiğinde tazminat ödenmesine karar verebilir. Ancak, tazminat ödenmiş olması, ihlalin iç hukukta etki ve sonuçlarını giderme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

²⁰⁰ YILDIRIM, Kadir: a.g.m., s.311.

Yargılamanın yenilenmesi yoluna, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşmeye aykırılık saptadığı bir vakada mağduriyetin tazminat ödenmesiyle giderilemeyeceği ve yalnız yargılama sürecinin yeniden açılmasıyla mağduriyete son verilebileceği durumlarda başvurulur. Örneğin, bir ceza davasında mahkûm edilen kişinin iç hukukta adil yargılanmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından saptandığında, yargılama yenilenmedikçe ceza çekilmeye ve mahkûmiyet hükmü diğer sonuçlarını doğurmaya devam edeceği için, tazminat ödense de mağduriyet sürecektir. Sözleşme uygulamasında, bu tür durumlarda iç hukukta yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmaktadır. Adil yargılanma hakkı ihlalleri, yalnız ceza davalarında değil, ceza davaları dışında da yargılamanın yenilenmesine neden olabilmektedir. Örneğin, bazı devletler hukuk davaları ve idari davalarda da yargılamanın yenilenmesi yolunu tanımıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf devletlerin yargılamanın yenilenmesine iç hukuklarında yer vermeleri yönünde bir yükümlülük getirmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında taraf devletlerin bu yönde bir yükümlülüğü bulunmadığını belirtmektedir.²⁰¹ Öte yandan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalini ortadan kaldırmak için yargılamanın yenilenmesine ulusal mevzuatta yer verilmesini taraf devletlere tavsiye etmektedir. Bakanlar Komitesi'nin, 19.1.2000 tarihli, 694.Bakan Delegeleri Toplantısında kabul edilen R(2000)2 sayılı Tavsiye Kararında,²⁰² *"Sözleşme'nin 46.maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesin kararlarına üye devletler uymayı taahhüt etmekte ve bu kararların gereğinin yerine getirilmesini denetlemek de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin görevine girmektedir; üye devletlerin taahhüdü, Sözleşme'nin*

²⁰¹ Saidi-Fransa Kararı, 20.9.1993, (14647/89) Serie:A, no.261-C; TEZCAN, Durmuş –Mustafa Ruhan ERDEM –Oğuz SANCAKDAR: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s.138.

²⁰² TEZCAN, Durmuş- Mustafa Ruhan ERDEM – Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.138.

41.maddesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, mağdurun Sözleşme'nin ihlalden önceki durumuna mümkün olduğunca yakın olan duruma dönmesini sağlamak için kararlaştıracağı, hakkaniyete uygun bir tazminatı ödemeye ve/veya Mahkeme'nin gerekli hallerde alacağı genel önlemlere uymayı da içermektedir (restitutio in integrum); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hakkaniyete uygun tatmin veya tazminat kararının ulusal mevzuata uygun şekilde yerine getirilmesi için gerekli önlemleri belirlemek ise, davalı devletin yetkili makamlarına düşmektedir; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin uygulamasının da teyid ettiği üzere, Mahkeme kararını bir bütün olarak tamamen yerine getirilebilmesi için en uygun ve bazen tek çözüm ise yargılamanın yenilenmesi veya kararın düzeltilmesidir. Bu yüzden, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 1.Üye devletleri kararın bir bütün olarak tamamen yerine getirilebilmesi için mümkün olduğu ölçüde, ulusal mevzuata uygun çözümlerin yer almasını sağlamaya davet eder; 2.Üye devletleri, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal edildiğini belirlediği bir davada; a.Mağdurun ulusal mahkeme kararı nedeniyle mağduriyetinin devam etmesi ve bunun tazminatla karşılanamayıp sadece yargılamanın yenilenmesi veya karar düzeltilme yoluyla giderilmesinin mümkün olması;b.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararından; ba.Ulusal mahkeme kararının esas itibariyle Sözleşme'ye aykırı olduğu; bb.İç hukuk yolları sonucu ciddi bir usul hatası veya eksikliği şüphesine dayalı bir ihlal tespitine gidildiği hallerde, yargılamanın yenilenmesi ve karar düzeltme de dahil en uygun çözümlerin ulusal mevzuatta yer almasını sağlamak için cesaretlendirmek ister.” denilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Mahkemenin verdiği ihlal kararı nedeniyle ulusal hukukta yargılamanın yenilenmesi yolunun açılması, "Sözleşmeye ve Mahkeme içtihatlarına bağlılığı" göstermekte ve mümkün olduğunca "ihlal öncesi duruma dönülmesi"ne imkân

tanımaktadır²⁰³.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 19.01.2000 tarihli 694'üncü Bakanlar Komitesi toplantısında alınan 2 sayılı Tavsiye Kararı da bu yöndedir.

Bu karara göre:

"... AK Bakanlar Komitesi'nin uygulamasının da teyit ettiği üzere, Mahkeme kararının bir bütün olarak tamamen yerine getirilebilmesi için en uygun ve bazen tek çözüm ise, yargılamanın yenilenmesi veya kararın düzeltilmesidir. Bu yüzden, AK Bakanlar Komitesi:

1-) Üye devletleri kararın bir bütün olarak tamamen yerine getirilebilmesi için mümkün olduğu ölçüde, ulusal mevzuatta uygun çözümlerin yer almasını sağlamaya davet eder.

2-) Üye devletleri, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiğini belirlediği bir davada,

a-) Mağdurun ulusal mahkeme kararı nedeniyle mağduriyetinin devam etmesi ve bunun tazminatla karşılanamayıp sadece yargılamanın yenilenmesi veya karar düzeltme yoluyla giderilmesinin mümkün olması,

b-) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararından;

aa-) Ulusal mahkeme kararının esas itibariyle Sözleşmeye aykırı olduğu,

bb-) Ulusal hukuk yollarının sonucu ciddi bir usul hatası veya eksikliği şüphesine dayalı bir ihlal tespitine gidildiği hallerde, yargılamanın yenilenmesi ve karar düzeltme de dahil en uygun çözümlerin ulusal mevzuatta yer almasını sağlamak için cesaretlendirir." Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin, ulusal hukukta yargılamanın yenilenmesi için

²⁰³ ÇINAR, Özgür Heval: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi, Birinci Baskı, İstanbul 2005, s.124.

davalı devlete talimat verme yetkisini kendisine tanımadığını da belirtmiştir²⁰⁴

Sözleşmeye taraf devletlerin bu konu hakkındaki ulusal hukuk düzenlemelerine baktığımızda ise, "Avusturya, Lüksemburg, Malta, Norveç ve İsviçre'de sözleşmeye aykırılığı tespit edilen bir ceza mahkemesi kararına karşı, salt bu nedenle yasal olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Çekoslovakya, Macaristan ve Yunanistan'da ise, bu konuda somut bir yasal düzenleme olmamakla beraber, yargılamanın iadesi yolunun açık olduğunu, buna karşılık Almanya, İtalya, Hollanda, Portekiz, İspanya ve İngiltere'de ise bu yolun kapalı olduğunu"²⁰⁵ görmekteyiz.

Türkiye'de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları nedeniyle yargılamanın yenilenmesi, 2002 yılında 4771 sayılı Yasa ile tanınmıştır. Ancak bu yasa, 2003 yılında 4793 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve yargılamanın yenilenmesinin koşulları yeniden düzenlenmiştir.

Türkiye'de yargılamanın yenilenmesi yolunun tanınması, eski DEP milletvekilleri *Sadak, Zana, Dicle ve Doğan'ın* başvurusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkının ihlalini saptamasıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, DEP milletvekillerinin yargılandıkları DGM'nin bağımsız ve tarafsız olmadığı gerekçesiyle 6'ncı maddenin ve milletvekillerinin kendilerine isnat edilen suçun niteliğinin değiştirilmesinden zamanında haberdar edilmedikleri ve aleyhlerindeki tanıkları sorgulama haklarının tanınmadığı gerekçesiyle 6'ncı maddenin 1. fıkrası ile 3. fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinin ihlal edildiğine ve başvuruculara tazminat ile yargılama giderlerinin ödenmesine karar vermiştir.²⁰⁶ Bu kararın ardından Bakanlar Komitesi, eski

²⁰⁴ Saidiv-Fransa, 20.9.1993, Seri A, No:261-C, EHRR 17, 251, PRG 47, ÇINAR, Özgür Heval: a.g.e., s.125.

²⁰⁵ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.409.

²⁰⁶ Sadak ve diğerleri-Türkiye, 17 Temmuz 2001 tarihli karar, [www.yargitay.gov.tr/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.html](http://www.yargitay.gov.tr/Avrupa%20İnsan%20Hakları%20Mahkemesi/Avrupa%20İnsan%20Hakları%20Mahkemesi.html).

milletvekillerinin DGM tarafından 15 yıl hapis cezasına mahkum edildikleri bu davada hapis cezalarını çekmeye devam ettiklerini dikkate alarak, tazminatın ödenmesinden başka bireysel önlemlerin alınmasını gerekli bulmuş ve bu bağlamda eski milletvekillerinin yeniden yargılanması için Türk makamlarının önlem almasını istemiştir. Türkiye'de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını yargılamanın yenilenme nedeni sayan ilk yasal düzenleme de, Bakanlar Komitesi'nin bu uyarısının ardından yapılmıştır.²⁰⁷

4771 sayılı Yasa²⁰⁸ ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılarak, hem hukuk davalarında, hem de ceza davalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları "yargılamanın yenilenmesi" nedeni olarak kabul edilmiştir.

Bu yasayla, kesinleşmiş bir ulusal mahkeme kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ya da Ek Protokollerini ihlal ettiğine ilişkin bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının verilmesi halinde, ihlalin tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu durumlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleşmesinden sonraki bir yıl içinde "muhakemenin iadesi" isteminde bulunma yolu açılmıştır.

Kanaatimizce, yargılamanın yenilenmesinin, "ihlalin tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu durumlar" la sınırlı tutulması, yargılamanın yenilenmesine başvurulmasını oldukça güçleştiren bir koşuldur. Zaten aşağıda da anlatılacağı gibi,yapılan değişiklikle söz konusu koşul yasadan çıkarılmıştır.

Ancak 4771 sayılı Yasa, bu yolu yalnız bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılacak başvurular için kabul ederek (geçici m. 2), yargılamanın yenilenebileceği durumlara

²⁰⁷ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s. 98.

²⁰⁸ 3 Ağustos 2002 tarihli, 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, m.6 ve 7. RG. 9 Ağustos 2002, S. 24841, www.basbakanlik.gov.tr.

önemli bir sınırlama getirmiştir. Böylece, Bakanlar Komitesi'nin yeniden yargılanmalarını istediği eski milletvekilleri bu yasanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

4771 sayılı Yasa, eski DEP milletvekillerini de yargılamanın yenilenmesi yolundan yararlandıracak şekilde, 4793 sayılı Yasayla değiştirilmiştir.²⁰⁹ Bu yasa, bir önceki 4771 sayılı Yasanın bu konuda getirdiği bütün düzenlemeleri yürürlükten kaldırmış (m. 5) ve yargılamanın yenilenmesi konusunu yeniden düzenlemiştir. 4793 sayılı Yasayla da²¹⁰ hem hukuk davalarında, hem de ceza davalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmış ve bu çerçevede Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. Yeni düzenleme de, hukuk davalarında ve ceza davalarında, bir ulusal mahkeme hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da protokollerinin ihlal edilerek verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından saptanması halinde, "muhakemenin iadesi" yolunu tanımaktadır ve bu yola başvuru süresi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıldır.

Bizce, bu düzenleme ile "ihlalin tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğunun anlaşılması" şartının kaldırılması isabetli olmuş, böylece, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına dayanarak yeniden yargılama yapılması kolaylaştırılmıştır.

4793 sayılı Yasanın geçici 1.maddesi ise, yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilecekler bakımından önemli bir sınırlama getirmiştir: Bu yasanın yargılamanın yenilenmesi ile ilgili hükümleri *"bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan*

²⁰⁹ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.98-99.

²¹⁰ 23 Ocak 2003 tarihli, 4793 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG.4 Şubat 2003, S. 25014 . www.basbakanlik.gov.tr

Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında" uygulanacaktır. Böylece, *Öcalan* başvurusu gibi- bu yasa yürürlüğe girdiği sırada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılmış ancak sonuçlanmamış başvurular, yargılamanın yenilenmesi yolundan muaf tutulmuştur.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 4793 sayılı Yasayı yetersiz bulmuştur: 26 Mart 2003'te aldığı bir kararla Bakanlar Komitesi, 4793 sayılı Yasanın halen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde görülmekte olan davaları kapsamadığını belirterek, bu durumu değiştirecek adımların hızla atılacağına ilişkin beklentisini dile getirmiştir. Öte yandan Bakanlar Komitesi, 4793 sayılı Yasanın *Sadak, Zana, Dicle* ve *Doğan* için yargılamanın yenilenmesi yolunu açtığını, ancak eski milletvekillerinin hapis cezalarının infazının durdurulmadığını kaydetmiş ve bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin saptadığı ihlallerin sonuçlarını etkin biçimde ortadan kaldıracak yeni bir adil yargılamanın yapılacağını umut ettiğini belirtmiştir.

Bakanlar Komitesi'nin bu kararından sonra, Temmuz 2003'te çıkarılan 4928 sayılı Yasa da²¹¹, aynı sınırlamayı koruyarak, idari davalarda yargılamanın yenilenmesi yolunu tanımıştır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapan 4928 sayılı Yasa, bir idari yargı hükmünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da protokollerinin ihlal edilerek verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından saptanması halinde, yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul etmiştir." Ancak, bu yolun *"bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararlar ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında"* uygulanacağına ilişkin hüküm, bu yasaya da eklenmiştir (m. 7). Böylece, hukuk davaları, ceza davaları ve

²¹¹ 15 Temmuz 2003 tarihli, 4928 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, m.6, RG.19 Temmuz 2003, S. 25173 www.basbakanlik.gov.tr.

idari davalarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları nedeniyle yargılamanın yenilenmesi yolu, birbirine paralel hükümlerle kabul edilmiştir.

Kanaatimizce, her üç yasada geçici maddelerde yer alan zaman sınırlaması, eşitlik ilkesine aykırı olduğu veya kanun yapma tekniğine uygun olmadığı şeklinde eleştirilebilirse de, yargı makamlarının iş yükünün arttırılmaması bakımından olumlu olmuştur. Zaten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üye devletlere yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul etmeleri konusunda bir yükümlülük getirmemektedir. Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulü çok olumlu bir adım olmakla birlikte, istikrarın sağlanması ve yargı makamlarının iş yükünün arttırılmaması bakımından zaman sınırı getirilmesi yerinde olmuştur. Öte yandan tıpkı Öcalan davasında olduğu gibi, ülkemiz açısından siyasi yönü ağır basan davalar yönünden de böyle bir sınırlamaya gidilmesi doğal karşılanmalıdır.

Mahkemelerce ihlalin giderilmesi yargılamanın yenilenmesi yoluyla sağlanabilir. Ancak, "akit devletler, Sözleşmeye göre böyle bir yükümlülük altında değildir. Taraf devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde kesin hüküm kavramı yerleşmiş olduğundan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları mahkeme kararlarının bu niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu durumlarda tazminat ödenmesi tek yol olarak ortaya çıkmıştır. Ancak, tazminat ödenmesi bazı durumlarda yeterli olmadığından yargılamanın iadesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Sözleşmeye aykırılığı tespit edilen bir mahkeme kararına dayanılarak şikâyetçinin cezasının infazının sürdürülmesi halinde böyle bir durum söz konusu olabilir."²¹²

Yargılamanın yenilenmesi konusunda, iki görüş bulunmaktadır. Yargılamanın yenilenmesini savunanlar: "Bu yöntem ile Sözleşmeye aykırı olan yerel mahkeme kararlarının gözden geçirilerek düzeltilebileceğini ve böyle bir imkânın mevcut olması halinde tazminat ödemeye de gerek

²¹² ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.408.

kalmayacağını savunmaktadırlar. Bu görüşü savunanlara göre, birçok birey açısından yapılan haksızlığın mahkeme kararıyla tespit edilerek ilan edilmesi daha fazla değer taşımaktadır. Ayrıca bu yöntemin, mahkemenin uyguladığı insan haklarına ilişkin Avrupa Standartlarının, akit devletlerin milli mahkemelerince de yeknesak bir tarzda uygulanmasına ortam hazırlayarak, insan hakları hukukunun uyumlu bir şekilde gelişmesini sağlayacağını iddia etmektedirler.

Bu görüşe göre, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olması yargı bağımsızlığına aykırı değildir. Çünkü, yargılamanın yenilenmesinin amacı adaletin sağlanmasıdır. Öte yandan mahkeme yine önceki kararı yönünde hüküm tesis edebilir.”²¹³

Bu görüşü savunanların karşısında ise, bu yöntemin mahkeme kararlarının kesin hüküm niteliğini ortadan kaldırarak hukuk güvenliğini sarsacağı, milli mahkemelerde davayı kaybeden tarafları Mahkemeye şikâyet yönünde cesaretlendireceği ve dolayısıyla bu organların iş yükünün artacağı, kaldı ki, bağımsız mahkemelerin, yargılamanın yenilenmesi halinde dahi, ilk kararlarındaki sonuca varabilecekleri gibi gerekçeleriyle, bu yöntemle karşı çıkanlar bulunmaktadır.”²¹⁴

Bu görüş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkisini Anayasadan almadığını (AY. m. 146 vd.) ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanamayacağını belirterek yargılamanın iadesi şartının anayasanın egemenlik anlayışıyla bağdaşmasının çok zor olduğunu belirtmektedir²¹⁵.

²¹³ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E.1996/2, K.1997/2; SANCAKDAR, Oğuz: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hâkiminin Vereceği Kararlara Etkisi”, Danıştay'ın 139.Kuruluş Yıldönümü Kutlamalarında Sunulan Yayınlanmamış Bildiri, Ankara 11.5.2007, s.29.

²¹⁴ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.409.

²¹⁵ ÖZER, Atilla: “Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu” Anayasa Yargısı, Ankara 2003, Sayı 20, s.190.

Biz, yukarıda açıklandığı üzere, insan hakları ihlalinin kaynaklarından birinin de yargı kararları olması ve bu ihlalin ortadan kaldırılmasında tazminat ödenmesinin her zaman yeterli olmaması ve zaman zaman ihlalin sonuçlarının ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla giderilmesinin mümkün olması nedeniyle, hukukumuzda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulüne olumlu bakıyoruz. Ancak, hukuk sistemimizde başta Anayasa olmak üzere gerekli değişiklikler yapılmadan, hakim ve savcılara Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları hakkında yeterince eğitim ve bilgi verilmeden, yapılan yasa değişiklikleriyle getirilen düzenlemede çok aceleci davranıldığını, anılan yasaların Anayasaya aykırı olduğunu düşünüyoruz.

Kanaatimizce, yargılamanın yenilenmesi konusunda yukarıda anılan yasalarla getirilen düzenlemeler Anayasaya aykırıdır. Anayasanın 11 inci maddesine göre, Anayasa hükümleri diğer devlet organlarıyla birlikte yasama organını da bağlayan en üstün hukuk kurallarıdır. Anayasamıza göre Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir, Türk Milleti, egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. Yine Anayasamızda, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı sistemimizde yer almamasına rağmen, 4771 sayılı, 4793, 4928 sayılı kanunlarla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiş, dolayısıyla, Anayasa'da herhangi bir düzenleme yapılmadan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adeta yargı sistemimize dahil edilmiştir. Anayasamızın 138 inci maddesi mahkemelerin bağımsızlığını düzenlemektedir. Bu maddenin ikinci fıkrasında hiçbir organ, makam, merci ve kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı düzenlenmiştir. Biz tezimizde, yargı yerlerimizin baktıkları davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni bağımsız ölçü

norm olarak uygulayabilecekleri, Sözleşme'nin birinci bölümünde yer alan hükümlerin doğrudan uygulanabilir niteliğe sahip olduğunu, Sözleşme'nin yegâne yorumlayıcısı ve denetimini sağlamakla yetkili mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının da yargı yerlerince mutlaka göz önünde bulundurulmasını savunuyoruz. Ancak buna rağmen, Anayasamızın mevcut hükümleri ve egemenlik anlayışı karşısında, 4771 sayılı, 4793, 4928 sayılı kanunların yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümleri, Anayasanın Başlangıcı ile 5, 6, 9 ve 138'inci maddelerine aykırı olduğunu düşünüyoruz.

4771 sayılı Kanunun yargılamanın yenilenmesini öngören maddelerini de içerecek şekilde, iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 günlü, E.2002/146, K.2002/201 sayılı kararıyla²¹⁶ başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde; *“Kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama yapılmasını sağlayan ve olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri ilgili yasalarda sayılarak belirlenmiş, dava konusu düzenlemeyle de, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararlarıyla saptanması, bu sebepler arasına eklenmiştir. Buna göre, yargılamanın yenilenmesi isteminin yasaya uygun olarak yapıldığının Yargıtay'ın ilgili genel kurullarınca saptanması halinde, dosya kararı veren mahkemeye gönderilecek, davanın tâbi olduğu usul hukuku kuralları uygulanmak suretiyle yargılamanın yenilenmesi sebebi değerlendirilip, istem uygun görüldüğünde kabul edilerek davanın esası hakkında yeni bir karar verilecektir. Yargılamanın sonucuna göre, mahkemenin önceki kararını onaylaması da bir olasılık olup, getirilen düzenlemede bunu engelleyecek bir kural yer almamaktadır. Ayrıca, davaya bakan hâkimler, Anayasa'ya, kanuna ve*

²¹⁶ www.anayasa.gov.tr.

hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerinden, iç hukukun yargılama usulüne müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir durum söz konusu değildir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar ile bu kurallarla bağlantılı olarak 4771 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi ve 13. maddesinde yer alan "... 6 ve 7 inci maddeleri, bu Kanunun yayımı tarihinden bir yıl sonra ..." ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 4., 6., 9. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." denilmiştir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulünü anayasaya aykırı bulmamıştır.

Biz, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına katılmıyoruz. Öncelikle, kanunun emredici düzenlemesi karşısında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, ulusal yargı kararı ile Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit eden kesinleşmiş kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulü zorunludur. Artık ulusal yargı yerinin önceki kararında ısrar edebileceği söylenemez. Belki, ihlalin örneğin savunma hakkının tanınmamış olmasından kaynaklanması halinde, ulusal yargı yeri, savunma hakkını tam olarak tanıdıktan ve savunma kanıtlarını değerlendirdikten sonra ulaşacağı vicdani kanıya göre yine aynı kararı verebilir. Dolayısıyla ulusal mahkeme, yargılamanın yenilenmesi isteminin incelenmesi neticesinde istemin niteliğine, ihlalin mahiyetine ve olayın özelliğine göre bir karar verebilir. Ama yine de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasamızda düzenlenen ve ulusal yargı sistemimizde yer alan bir mahkeme değildir.

4771 sayılı Kanun için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş olup, 10 yıl içinde bu kanuna karşı tekrar Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacaktır. Ancak, 4793 sayılı ve 4928 sayılı Yasalara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasında bir engel yoktur.

Şunu hemen belirtelim ki, biz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunuyoruz. Ancak bunun için öncelikle Anayasada gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bize göre, Anayasanın 5'inci maddesine şu hüküm getirilmelidir: *“Ulusalüstü yetkileri bulunan kuruluşlara üyeliği gerektiren uluslar arası antlaşma hükümleri saklıdır”*. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'ne, uluslar arası antlaşmaların kabulünden önce öndenetiminin yapılması yönünde yetki verilmeli ve bu şekilde Anayasa Mahkemesi'ni öndenetiminden geçmiş olan uluslar arası antlaşmaların yasalarla çatışması halinde antlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin düzenleme getirilmelidir. Bu şekilde Anayasa Mahkemesi'ne tıpkı kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemesi gibi, uluslar arası antlaşmaların da Anayasaya uygunluğunu denetleme görevi verilmeli, mahkemelerin, Anayasa'da düzenlenmiş bir konuda, Anayasaya uygun düzenleme içeren bir yasa hükmü ile uluslar arası antlaşma hükmünün çatışması halinde, tıpkı somut norm denetimi yolunda olduğu gibi konuyu Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürmesi sağlanmalıdır. Ayrıca, Anayasanın 90'ıncı maddesine, *“Anayasanın insan haklarına ilişkin hükümlerinin yorumlanmasında Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler de göz önünde tutulur”* hükmü eklenmelidir.

Bunların yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'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.

Hakim ve savcılara, avukatlara, hakim ve savcı adaylarına yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

hakkında eğitim çalışmalarına ağırlık verilmelidir. Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasında 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra, hakim ve savcıların söz konusu uluslar arası antlaşmalara ilişkin literatürü de izlemeleri gerekli hale gelmiştir. Bu nedenle, hakim ve savcılarının yabancı dil eğitimine ağırlık verilmeli, hakim ve savcı adaylarının mesleğe kabulünde yabancı dil biliyor olma şartı aranmalıdır.

Polis, jandarma, cezaevi personeli gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulamakla sorumlu olan kamu personeline, uygulama ağırlıklı eğitim verilmelidir.

a) Yargılamanın Yenilenmesi İçin Gerekli Koşullar

aa. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya Ek Protokollerden En Az Birisi İhlal Edilmiş Olmalıdır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53 üncü maddesinin 4928 sayılı kanunla değişik 6'ıncı bendinde "*Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir sebep olarak öngörülmüştür.*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya Ek Protokollerden en az birisinin ihlal edildiği tespit edilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuru, önkoşul eksikliği nedeniyle esasa girilmeden veya dostane çözüm ya da başvurunun kayıttan düşürülmesi yoluyla sonuçlanmış ise, bu durumda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmeyecektir.

bb. İhlal, Kesinleşmiş Bir Yargı Yeri Kararından**Kaynaklanmalıdır.**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali, ceza, hukuk veya idari yargı yerlerince verilmiş, kesinleşmiş bir mahkeme kararından kaynaklanmalıdır. Askeri yargı yerleri tarafından verilen kararların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal etmesi halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi kabul edilmemiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin yargılama usulü, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'yla düzenlenmiştir. Bu Kanunun 56.maddesinde İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun uygulanacağı haller sınırlı olarak sayılmış olup, bunlar arasında kanun yolları, yargılamanın yenilenmesi maddeleri sayılmamıştır. 1602 sayılı Kanunun 64 ve 65'inci maddelerinde yargılamanın yenilenmesi yolu düzenlenmiş, ancak bu maddelerde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulüne yer veren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde Askeri Yargıtay'ın yargılama usulü de ayrı bir kanunla düzenlenmiş olduğundan Askeri Yargıtay'da da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulüne ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmaktadır.

Kararın kesinleşmesi, iç hukuka göre karara karşı gidilebilecek "olağan" denetim yollarının tüketilmiş olmasıyla sağlanır.

"Çünkü karara karşı iç hukuka göre gidilebilecek olağan denetim muhakemesi yolları varsa, bu takdirde "iç başvuru yolları" tüketilmiş olmayacağından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce ön koşul eksikliğinden dolayı yapılan başvurunun reddine karar verileceği için Sözleşme'ye veya Ek Protokollere yönelik bir ihlal gündeme gelmeyecektir. Şayet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal tespiti

yaptığı karar yargı kararına konu olmayan idari işlem, eylemden veya benzer başka nedenden kaynaklanıyorsa yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak da mümkün olmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek görülmeyen durumlarda kesinleşmiş karar şartı aranmayabilecektir. Bu da iç hukuk bakımından çelişki oluşturacaktır.”²¹⁷ Biz de bu görüşe katılıyoruz.

Davayı esastan çözümlleyen kararlar, nihai kararlar yargılamanın yenilenmesine konu olabilir. Davanın esasına ilişkin olmayan kararlar (ara kararlar, dilekçe ret kararları, feragat, kabul gibi taraf iradeleri ile oluşan kararlar gibi) yargılamanın yenilenmesine konu olmaz. “Temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle reddedilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi isteminin kararı veren mahkemece incelenmesine engel değildir. Ancak bu karara karşı yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulabilmesi için o karar aleyhine başvurulacak kanun yolu kalmamış olmalıdır. Danıştay'ın temyiz aşamasında işin esasına girmeden verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez. Danıştay'ın temyiz incelemesi sonucu verdiği onama veya bozma kararları esas karar olmadıklarından yargılamanın yenilenmesi yoluyla kaldırılması mümkün değildir. Bunlar işin esası hakkında verilen karar olmayıp, sadece ilk derece mahkemesinin kararının hukuka uygunluğunu denetler. Yargılamanın yenilenmesine konu teşkil etmeyen başka kararlar da vardır. Bunlar; dilekçenin reddi kararları, ara kararlar, merci tayini kararları, yürütmenin durdurulması kararları, delil tespiti, ilk inceleme aşamasında verilen kararlar, davanın açılmamış sayılmasına dair kararlar, davadan vazgeçme, davayı kabul, sulh gibi davayı sonuçlandıran taraf işlemleri, Danıştay'ın idari nitelikteki kararları, görev ve yetki uyuşmazlığına ilişkin kararlar örnek gösterilebilir.

İlk derece mahkemesi sıfatıyla verilmeyen kararlara karşı

²¹⁷ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.24.

yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez.(Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E.1998/385, K.1999/339) Yargı yerlerince ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen temyize konu kararların hukuka uygunluğu yönünden yapılan temyiz incelemesi sonucunda verilen Danıştay kararları yargılamanın yenilenmesine konu edilemez(Danıştay 3.D. E.1998/1136, K.1998/1337; Danıştay 7.D.E.2004/2407, K.204/2691). Hakem kararlarına karşı da yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir”²¹⁸.

cc. İhlal, Ancak Yargılamanın Yenilenmesi Yoluyla Ortadan Kaldırılabilirdir.

Yargılamanın yenilenmesi yoluyla ihlalin sonuçları ortadan kaldırılamıyorsa bu yola başvurmak mümkün değildir. Örneğin kamulaştırmaya ilişkin bir bedel uyuşmazlığında ihlalin ortaya çıkardığı sonuç yeniden yargılamaya gerek olmadan bedelin başvurucaya ödenmesi veya taşınmazın idari işlem ile başvurucaya iadesi ise yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmak mümkün değildir. “Gözaltı süresinin uzunluğu, yargılama süresinin uzunluğu, masumluk karinesi gibi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6) nedenlere dayanarak “tamir edilebilir olmayan” bir ihlal tespit edilmiş ise, artık iç hukuka göre ihlalin ortadan kaldırılması mümkün olmadığı için yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmez.”²¹⁹ Başvurucaya tazminat ödenmiş olması, yargılamanın yenilenmesine engel oluşturmaz.

²¹⁸ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.24-25.

²¹⁹ TEZCAN, Durmuş- Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.145.

dd. Başvurucu Tarafından Yargılamanın Yenilenmesi Talep Edilmiş Olmalıdır.

Yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde yapılan yargılama sonucunda lehine ihlal tespiti yapılmış başvurucu açısından söz konusu olabilir. İç hukukta davanın taraflarına ait olan bu yetki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen ihlal kararı sonrası ancak başvurucuya aittir.

Davaya taraf olmayan kimseler ve bu arada müdahilin tek başına yargılamanın yenilenmesini talep hakkı yoktur. Çünkü müdahil ancak katıldığı tarafla birlikte hareket edebilir ve farklı bir talepte bulunamaz. Şartları varsa başvurucunun halefleri de bu talepte bulunabilir²²⁰.

Yargılamanın yenilenmesinde başvurucunun hukuki menfaatinin olması gerekir. Başvurucunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen karar sonrası yargılamanın yenilenmesinde hukuki menfaati yoksa yargılamanın yenilenmesi mümkün olmamalıdır. Karar lehine olan taraf yargılamanın yenilenmesini isteyemez.

Kimi durumlarda ihlalin niteliği yargılamanın yenilenmesini gereksiz kılabilir. Örneğin makul sürenin aşılması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen mahkumiyet kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmenin başvuruya yararı olmayacaktır.²²¹.

ee. Yargılamanın Yenilenmesi Talebi Süresi İçinde Yapılmalıdır.

Yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir (İYUK 53/3.).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinlik kazanması, kararın

²²⁰ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.26.

²²¹ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.27.

daireler veya Büyük Daire tarafından verilmesi durumuna göre değişiklik arz eder. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 42'nci maddesinin, 44/2'nci maddeye yaptığı yollama uyarınca, daire kararları, tarafların davanın Büyük Daireye gönderilmesini istemediklerini beyan etmeleri veya kararın verilmesinden sonraki üç ay içerisinde davanın Büyük Daireye gönderilmesinin istenmemesi veya 43'üncü madde çerçevesinde yapılan Büyük Daireye götürme isteminin Büyük Daire bünyesinde kurulan Alt-Kurul tarafından reddedilmesi halinde kesinleşir. Büyük Daire kararları ise verildikleri anda kesinleşirler (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.44/1). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 44/3'üncü maddesi uyarınca, ancak kesinleşmiş kararlar yayınlanacağından, kararın yayınlanmasının kesinlik kazanmayla ilgisi bulunmamaktadır. Bu durumda, yargılanmanın yenilenmesi başvurusunda bulunabilmek için söz konusu bir yıllık süre; daire kararının taraflarca Büyük Daireye götürülmeyeceğinin beyan edilmesi tarihinden, böyle bir beyan yapılmamış ise, kararın verildiği tarihten sonraki üç ayın dolduğu tarihten; taraflardan biri tarafından yapılan istemin Alt-Kurul tarafından reddedilmesi tarihinden veya nihayet istisnai durumlar neticesinde daire kararı Büyük Dairede görülmüşse, Büyük Daire kararının verildiği tarihten itibaren başlayacaktır²²².

b) Yargılamanın Yenilenmesi Usulü

Yargılamanın yenilenmesi talebi kural olarak, esas kararı veren mahkemeye hitaben yazılmış dilekçeyle olur ve o mahkemece karara bağlanır (İYUK md.53/2).

İlgili yargı yeri, İYUK md.55/2'deki hükümlere göre dilekçe ve eklerini karşı tarafa tebliğ eder ve savunmasını alır. Müteakiben yargılamanın yenilenmesinin şartlarının bulunup bulunmadığını üç aşamada inceler;

²²² SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.27.

Birinci aşamada; mahkemece verilmiş nihai ve kesin bir kararın bulunup bulunmadığı, başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı ve yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birisinin olup olmadığı araştırılır.

İkinci aşamada; yargılamanın yenilenmesi sebebinin haklı olup olmadığı araştırılır. Haksız ise talep reddedilir (İYUK md.55/3).

Üçüncü aşama, talep haklı ise istemin kabulüne karar verir ve davaya yeniden bakarak kararını verir.

Yargılamanın yenilenmesi aşamasında duruşma yapılması mahkemenin takdirine bağlıdır (İYUK md.55/4). Bu aşamada şartları varsa talep üzerine yargı kararının yürütülmesinin durdurulması istenebilir²²³.

Genel olarak, yeniden yargılama sonucunda verilen karar, önceki kararlarla aynı doğrultuda olabilir. Bu durumda o kararını yineleyebilir. İkinci bir ihtimal ise, mahkemenin önceki kararını kısmen veya tamamen değiştirmesidir. Bu durumda, artık yeni bir karar söz konusudur ve bu karar eskisinin yerini alır, yeni karar eskisinin altına yazılır, asıl hükmün yerine geçer²²⁴.

Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğu durumda, artık mahkemenin önceki kararında ısrar edemeyeceği görüşleri bulunmaktadır. Kaboğlu²²⁵, İYUK'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşme'nin ihlal edildiği yolundaki kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi nedeniyle, eğer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir ihlali saptamışsa, ilk derece mahkemesinin buna uymak zorunda olduğunu; eğer ihlal, yargılama usulüne ilişkin bir noksanlıktan kaynaklanmışsa, o noksanlığı ikmal edip hükmünü

²²³ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b, s.27.

²²⁴ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E.1996/2, K.1997/2, SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.29.

²²⁵ KABOĞLU, İbrahim Ö.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, 24-25 Ekim 2003, Birinci Baskı, Şubat 2006, s.84-85.

vereceğini; eğer dava konusu idari işlemde veya eylemde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık tespit etmişse, ilk derece mahkemesinin de bu yönde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına uygun olarak karar vermek zorunda olduğunu, kanunun düzenlemesinin emredici olduğunu belirtmektedir.

Bir başka görüş, yeniden yargılama sonucu ulusal mahkemenin ilk kararında ısrar edebileceğini, bu durumda, sonuçta ortaya çıkacak ikinci karara karşı yeniden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulamayacağını, böyle bir başvurunun yapılması durumunda, "başvurunun mahkeme tarafından daha önce incelenmemiş olması" (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35/2) koşulu gereğince, ikinci başvuru kabul edilmezlik kararıyla karşılaşacağını ileri sürmektedir.²²⁶

Biz de kanunun düzenlemesi nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğu durumda, artık mahkemenin önceki kararında ısrar edemeyeceği yolundaki Kaboğlu'nun görüşüne katılıyoruz. Çünkü, maddenin emredici düzenlemesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalinin bir idari yargı yeri kararından kaynaklandığının Mahkemece kesinleşmiş kararlar tespit edilmesi yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak, ihlalin örneğin savunma hakkının tanınmamış olmasından kaynaklanması halinde, ulusal yargı yeri, savunma hakkını tam olarak tanıdıktan ve savunma kanıtlarını değerlendirdikten sonra ulaşacağı vicdani kanıya göre yine aynı kararı verebilir. Dolayısıyla ulusal mahkeme, yargılamanın yenilenmesi isteminin incelenmesi neticesinde istemin niteliğine, ihlalin mahiyetine ve olayın özelliğine göre bir karar verebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ulusal yargı mercilerince verilmiş bir kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya

²²⁶ TEZCAN, Durmuş- Mustafa Ruhan ERDEM - Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.147.

eki Protokollerde yer alan hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının ulusal hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabulü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukta yerine getirilmesi konusunda çok önemli bir adımdır. Bu mekanizma ile ulusal yargı yerlerinin, kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararları daha fazla dikkate almalarına yol açacak bir gelişmedir. Böylece, yargı yerlerinin insan hakları ihlallerini önleyici denetimi sayesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye aleyhine yapılacak birçok başvurunun da önüne geçilmesi sağlanacaktır.

Uygulamada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden verilen kararın yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilerek davanın yeniden görülmesine rastlanmaya başlanmıştır. Örneğin, Eren-Türkiye başvurusu verilen karar yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Olayda, ÖSYM tarafından düzenlenen üniversiteye giriş sınavlarının birinci aşamasında üç kez başarısız olan başvuru, 1997 yılında yapılan sınavın birinci aşamasını (ÖSS sınavını) geçmiş, ikinci aşamada (ÖYS sınav) 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 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş (Başvuru No:60856/10), 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, başvurucunun kopya çektiğine ilişkin herhangi bir tespitin ve delilin bulunmadığını ve bu konuda Türkiye tarafından da başvurana bir suçlama yöneltmediğini, akademik kurulun öğrencinin elde ettiği parlak sonucun izah edilemez nitelikte olduğu yönündeki görüşünün yetersiz olduğunu, başvuru sahibinin sınav sonucunun iptaline yönelik işlemin hukuki ve mantıki dayanaktan yoksun olduğunu ve keyfi bir işleme yol açmış olduğunu belirterek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Nolu Ek Protokolün 2'nci maddesinde düzenlenen eğitim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Danıştay 8'inci Dairesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53/1-ı maddesi gereğince, söz konusu kararla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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.²²⁷

Danıştay 8'inci Dairesi'nin söz konusu kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının gerekçelerine hiç yer verilmemiş olmakla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirme ve ulaştığı sonuç doğrultusunda karar verilmiştir. Ayrıca, söz konusu kararda, dava konusu işlemin Anayasamızda güvence altına alınan

²²⁷ Danıştay 8.Dairesi'nin, 19.1.2007 günlü, E.2006/4857, K.2007/69 sayılı kararı.

eğitim ğretim hakkını ihlal ettiği belirtilmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Nolu Ek Protokolün 2'nci maddesine atıfta bulunulmamıştır. Anayasamıza göre Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir, Türk Milleti, egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. Yine Anayasamızda, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı sistemimizde yer almamasına rağmen, 4771 sayılı, 4793 sayılı kanunlarla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiş, dolayısıyla, Anayasa'da herhangi bir düzenleme yapılmadan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adeta yargı sistemimize dahil edilmiştir. Danıştay 8'inci Dairesi'nin kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararına doğrudan atıf yapılmayarak, eğitim ğretim hakkına ilişkin olarak Anayasamızda yer verilen hükümlerin esas alınmasının, yargı yetkisinin Anayasa'dan kaynaklandığını vurguladığı, Anayasa'yla yargı yerlerine verilen yetkinin kullanılmasında hassas davranıldığı yorumu yapılabilir.

C. Diğer Bireysel Yöntemler

Hakkında ihlal kararı verilen veya ihlal iddiası ile hakkında dava açılan devlet, ihlali sona erdirebilecek başka bireysel tedbirlere de başvurabilir. Mahkumiyetin adli sicilden silinmesi, özel af bu tip yöntemlere örnek gösterilebilir.

Bazı durumlarda da "başvurucunun ülkesine gönderilmesi durumunda insanlık dışı muamele ile karşılaşabileceği gerekçesiyle, geri gönderme kararını Sözleşmenin 3. maddesine aykırı gördüğü bir çok karar vermiştir. Davalı devletler, bu kararlardan sonra dava Mahkeme'nin önünde bulunduğu sırada, iade veya geri gönderme kararını kaldırmışlar ve başvurucuya ikamet

izni vermişlerdir."²²⁸

Özetle, ihlali durduracak, sonuçlarını giderecek ve ihlalin tekrarını önleyecek farklı bireysel nitelikte tedbirlerin alınması mümkündür.

2. İHLALİ GİDERİCİ GENEL YÖNTEMLER

Mahkemenin, bir davada, Sözleşmenin ihlal edildiğini tespit etmesinden sonra, devletin genel tedbirler almasının amacı, aynı tür ihlallerin tekrarının önlenmesi, devletin, bir kez daha aynı konuda davalı olarak Strasbourg organları önüne çıkmasının önlenmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlarının ulusal hukuka etkisi bu alanda açık bir biçimde görülmektedir.

A. Bilgilendirme

"Mahkemenin ihlal kararının tercüme edilmesinden sonra bu karar hakkında kamuoyunun ve ilgili kamu makamlarının ve yargıçların bilgilendirilmesi gerekmektedir. Çünkü, bu yöntem ile yasama, yargı ve idarenin ihlaller karşısında tavır alabilmeleri, yargının ihlal tekrarının önlenmesi için içtihat değişikliğine gidebilmeleri ve ulusal mahkemelerin davalarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda yorumlayabilmeleri sağlanmaktadır.

Ancak, Mahkeme bir devletle ilgili aynı konuda birden fazla ihlal kararı vermiş olursa, Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararlarının sadece çevrilip yayınlanmasını kararların icra edilmiş sayılması için yeterli görmemektedir. Mahkeme kararlarının ulusal yargı yerleri tarafından anlaşıldığını ve ulusal hukukta mahkeme kararları verilmesini

²²⁸ DOĞRU, Osman: a.g.m., s.205-206.

beklemektedir."²²⁹

Mahkeme kararlarının çevrilip yayınlanmasının dışında, meslek içi eğitim çalışmaları, insan haklarına ilişkin broşürler vs. bu yöntemin diğer türlerini oluşturmaktadır.

B. Mevzuat Değişiklikleri

Mahkeme, bir ulusal hukuk kuralının Sözleşmeye aykırı olduğunu belirtmişse, taraf olan devlet, Sözleşmeye aykırı yeni durumların ortaya çıkmaması için söz konusu olan hukuk kurallarını Sözleşmeye uygun hale getirmek zorundadır. Bu zorunluluk hem Sözleşmenin bütününden, hem de Sözleşmeye taraf olan devletler, taraf oldukları Mahkemenin kararlarına uymayı taahhüt ederler hükmünü taşıyan Sözleşmenin 46'ncı maddesinden kaynaklanmaktadır.

Mevzuat değişiklikleri, "maddi veya usul hukuk alanında yapılabilmektedir. Maddi hukuk alanında yapılan değişiklikler ulusal hukuktaki bazı suç veya cezaları kaldırmakta veya daraltmakta ya da özel alanda yeni hak ve özgürlüklerin tanınmasına veya sınırlarının genişletilmesine yol açmaktadır.

Usul hukuku alanında yapılan değişiklikler ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5, 6. ve 13. maddelerine ilişkin ihlallerin Mahkemece karara varılmasından sonra Sözleşmeciler Devletlerin Usul Kanunlarında yapılmaktadır."²³⁰

Örneğin, mevzuat değişikliği yoluyla tutuklu ve hükümlülerin haberleşmelerine demokratik toplumda gerekli olmayan müdahalelerin mahkeme tarafından Sözleşmeye aykırı görülmesi, Sözleşmeciler devletleri,

²²⁹ DOĞRU, Osman: a.g.m., s.208.

²³⁰ DOĞRU, Osman: a.g.m., s.210- 215.

infaz rejimini düzenleyen cezaevleri ile ilgili kurallarında değişikler yapmaya zorlamaktadır. Çünkü Mahkeme, Golder-UK kararında hükümlünün avukatıyla görüştürülmemesini, Campbell-UK kararında ise hükümlü ile avukatı arasındaki yazışmaların okunmasını haberleşme özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.²³¹

C. İctihat Değişikliği

Ulusal hukuk mahkemelerinin, bir olayda yerel hukuk hükümlerini (ve bazen Sözleşmeyi de kendi düşüncelerine göre) yorumlayıp uygulayarak verdikleri kararlar nedeniyle mahkemenin Sözleşmeye aykırılık tespit etmesi, ihlallerin tekrarlanmaması için ulusal mahkemeleri içtihat değişikliğine zorlamaktadır.²³² Aslında bu zorunluluğun olması da gereklidir. Çünkü, eğer ulusal mevzuat Sözleşmeye uygun bir hale getirilmeye çalışılıyorsa, bununla birlikte içtihat değişikliklerinin de olması kaçınılmazdır. Nitekim, batı sistemlerinde "İctihat Hukuku", bazen insan haklarının güvencelerinin ulusal mevzuatlarda tanınması kadar, hatta bazen ulusal mevzuatlarda tanınmasından daha fazla etkili olabilmektedir.

Ancak, "taraf devletler, Bakanlar Komitesi'ne bilgi verirken, kuvvetler ayrığı prensibi uyarınca, ulusal mahkemelerin böyle Sözleşme standartlarına uygun yorum yapacaklarına dair bir taahhütte bulunmamaktadır. Hükümetler sadece, ulusal mahkemelerin Sözleşmenin ulusal hukuktaki statüsüne gönderme yapmakta ve Sözleşme standartlarına uygun yorum yapılarak verilmiş ulusal mahkeme kararlarını sunmakla yetinebilmektedirler."²³³

Bunlar dışında, ihlalin giderilmesinde af, özel af, adli sicilden silme gibi önlemlere de başvurulmaktadır.

²³¹ Golder-UK, 21.2.1975, Seri A, EHRR 1.524; Campbell-UK, 25.3.1992, Seri A, No:EHRR 15:137, DOĞRU, Osman: a.g.m., s.217.

²³² DOĞRU, Osman: a.g.m., s.219.

²³³ DOĞRU, Osman: a.g.m., s.220.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKUMUZA ETKİLERİ²³⁴

1987 yılına kadar, Türkiye, vatandaşlarının kendi aleyhine Strasbourg mekanizmasını işletebilmesine imkân sağlamadığından dolayı bu tarihe kadar Strasbourg organlarının kararlarının Türk hukukunun gelişimine fazla bir katkısı söz konusu olmamıştır. Bu dönemde diğer bazı taraf devletler tarafından Türkiye aleyhine birkaç dava açılmış ancak genellikle sonuna kadar takip edilmeden dostça çözümlerle sonuçlandırılmıştır. Bu dönemde açılan diğer bazı davalar ise, Kıbrıs Rum kesimince Türkiye aleyhine açılan dava gibi, siyasi nitelik taşımalarından dolayı Türk hukukunun gelişimine fazla bir katkı sağlamamıştır²³⁵.

Türkiye, 28 Ocak 1987 de 11439 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 22 Ocak 1990 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' ne bireysel başvuru hakkını; 25 Eylül 1989 tarihli ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) yargı yetkisini kabul etmiştir. Bu tarihten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukumuza etkileri, belirgin bir şekilde görülmeye başlanmıştır.

Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliğine aday olması süreci, ulusal mevzuatımızda bir çok değişikliklerin yapılmasına sebep olmuştur. Bazı değişiklikler ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalinin önlenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uyulması amacıyla gerçekleştirilmiştir.

Anayasamızda, 1987'de üç madde ve bir geçici maddede, 1993'de bir maddede; 1995'de Başlangıç ve 15 maddede, 1999'da önce bir maddede

²³⁴ Bu başlık altında, mevzuatımızda idari yargıyı ilgilendiren değişikliklere yer verilmiş, ceza hukuku ve medeni hukuk alanında meydana gelen değişikliklere yer verilmemiştir.

²³⁵ BIÇAK, Vahit: a.g.m., s.110-111.

daha sonra üç maddede yapılan değişiklikleri, 2001 yılında yapılan otuz dört maddelik anayasa değişiklikleri ve buna bağlı uyum yasaları ile 2004 yılında yapılan on maddelik anayasa değişiklikleri izlemiştir.²³⁶

1987 yılında vatandaşların seçme ve halk oylamalarına katılma yaşınının 21'den 20'ye indirilmesi (md. 67/III); milletvekili sayısınının 400'den 450'ye çıkarılması (md.75); anayasayı değiştirme usulünün yumuşatılması (md.175); bazı siyasi hak ve faaliyetleri yasaklayan geçici 4'üncü maddenin iptali gerçekleştirilmiştir. 1993 yılında yapılan değişiklikle, devletin radyo ve televizyon yayınları alanındaki tekeline son verilmiştir.(md.133) 1995 yılında yapılan üçüncü değişiklik ile Anayasanın Başlangıç bölümü ve 14'üncü maddesinde değişikliğe gidilmiş ve başlangıç bölümünün ilk fıkrasındaki devletin kutsal varlığı ibaresi kaldırılmıştır.

İnsan hakları alanında yapılan değişikliklerin büyük bir bölümü, dernek kurma özgürlüğü (md.33), sendikal faaliyet (md.52), toplu iş sözleşmesi hakkı (md.53), siyasi partilerle ilgili hükümler (md.68-69), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (md.135), kooperatifçiliğin geliştirilmesi (md.171) gibi kolektif haklar alanında gerçekleşmiştir. Siyasi hak ve özgürlükler alanında, seçmen olma yaşı 18'e indirilmiş (md. 67/3), tutuklu ve yurt dışındaki yurttaşlara oy hakkı tanınmış (md. 67/5), parti üyeliği yaşı indirilmiş (md. 68/1), yükseköğretim elemanları ile öğrencilere parti üyeliği serbest bırakılmış (md. 68/6-7), partilerin kadın kolu, gençlik kolunu yasaklayan hüküm anayasadan çıkarılmıştır (md. 68/5). 1999 tarihinde Anayasanın 143'üncü maddesine ilişkin olarak DGM'den askeri üyeler çıkarılmıştır. Aynı yılda yapılan başka bir değişiklik ise özelleştirmeyi (md. 47) ve kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıklarda ulusal veya uluslararası tahkime başvuruyu (md. 125) Anayasaya sokmuştur.

²³⁶ Bkz. Kanun No 3361, Kabul T. 17.05.1987, RG. T. 18.05.1987, S.19464; Kanun No 3913, Kabul T. 8.7.1993, RG. T.10.07.1993, S.21633; Kanun No 4121, Kabul T. 23.07.1995, RG. T. 26.07.1993, S. 22355; Kanun No 4388, Kabul T. 18.06.1999, RG. T. 18.06.1999, S. 23729; Kanun No. 4464, Kabul T.13.08.1999, RG. T. 14.08.1999, S. 23786; Kanun No 4709, Kabul T.3.10.2001, RG. T. 17.10.2001, S. 24556; Kanun No 5170, Kabul T.07.05.2004, RG. T. 22.05.2004, S. 25469. www.basbakanlik.gov.tr.

Bu iki yenilik doğrultusunda, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine dair yetkilerinde de sınırlamaya gidilmiştir. (md. 155)

3.10.2001 tarihli, 4709 sayılı Yasayla, yapılan anayasa değişikliği ile başlangıçta yer alan, "Hiçbir düşünce ve mülahazanın" anayasal ilkeler karşısında korunamayacağı ifadesi, "hiçbir faaliyetin" şeklinde değiştirilerek düşünce özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalardan birisi kaldırılmıştır.²³⁷

2001 yılı değişikliğiyle, daha önce Anayasada varolan temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama sebepleri kaldırılmış, temel hakların Anayasanın ilgili maddesinde gösterilen özel sebeplerle ve hakkın özüne dokunulmaksızın sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir (md.13). Kanunla yasaklanmış bir dilde yayın yapılamayacağına ilişkin hüküm kaldırılmıştır (md.29). Adil yargılanma hakkı, 36'ncı maddede düzenlenerek, anayasal hak olarak kabul edilmiştir. Devletin işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu kabul edilmiştir (md.40). 41'inci madde yapılan değişiklikle ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı düzenlenmiştir. Kamulaştırma bedelinin nakden ve peşin ödeneceği, taksitlendirme yapılabilecek hallerde, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faizin uygulanacağı benimsenmiştir (md.46). Devlete çalışanların yanı sıra işsizleri de koruma görevi verilmiş (md.49) sendika hakkı memurları ve diğer kamu görevlilerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir. (md.51, 53), karşılıklılık esasına göre, yabancılara da dilekçe hakkı tanınmıştır (md.74).

Kanaatimizce, 2001 yılı Anayasa değişikliği, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma amacı doğrultusunda, Avrupa Birliği organlarının baskısı sonucu yapılmış olsa da demokratikleşme yönünde olumlu bir adımdır. Ancak temel hak ve özgürlükler yönünden sınırlı bir iyileştirme sağlamıştır.

²³⁷ ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK- İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, 7.Baskı, Ankara 2006, s.42.

Anayasanın 14'üncü maddesinde Devletin insan haklarına dayanan bir devlet olarak tanımlanması, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırılması, Anayasa'nın geçici 15'inci maddesinin son fıkrasının Anayasadan çıkarılması, 36'ncı maddeye adil yargılanma hakkının eklenmesi önemli gelişmelerdir. Öte yandan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında 13'üncü maddede yer alan genel sınırlama sebepleri, Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 21, haberleşme özgürlüğüyle ilgili 22, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğüyle ilgili 26, dernek kurma özgürlüğüyle ilgili 33, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkıyla ilgili 34, sendika kurma hakkıyla ilgili 51'inci maddelere özel sınırlama nedeni olarak eklenmiştir. Yani, 13'ncü maddedeki genel sınırlama sebepleri, özel sınırlama sebepleri haline dönüştürülmüş, fazla bir değişiklik olmamıştır. Ayrıca, Anayasa değişikliğinden önce mevcut olmayan yeni sınırlandırma nedenleri de getirilmiştir. Örneğin, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri kavramları yeni sınırlama nedenleri olarak kabul edilmiştir (Anayasa md. 20, 21, 22, 26).

7.5.2004 tarihli, 5170 sayılı Yasayla²³⁸ yapılan Anayasa değişikliği ile ölüm cezası hukukumuzdan çıkarılmıştır. Bu değişiklikler, kadın erkek eşitliğini (md.41), Yüksek Öğretim Kurumu'ndan askeri üyelerin çıkartılmasını (md. 131), askeri harcamaların Sayıştay denetimine tabi olmasını (md. 160), temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmelerin yasalardan üstün olmasını (md.90), DGM'lerin kaldırılmasını (md. 143), Uluslar arası Ceza Divanı'na katılımı (m. 38), ölüm cezalarının Anayasada yer alan hükümlerden çıkartılmasını (md. 15,17,38 ve 87), basın özgürlüğünün korunmasını (md.30) düzenlemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 9.7.1997 tarihli Akkuş kararından sonra, mülkiyet hakkının korunmasıyla ilgili olarak önce Anayasanın 46'ncı maddesinde, 3.10.2001 tarihli 4709 sayılı yasa ile değişiklik yapılmış ve sonra

²³⁸ RG. 22.5.2004, S. 25469, www.basbakanlik.gov.tr.

24.4.2001 tarihli 4650 sayılı yasada, önemli değişiklikler yapılmış, kamulaştırma bedelinin geç ödenmesini önlemek amacıyla idarelerce yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemlerine başlanamayacağı hükmü getirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları mahkemesi'nin Akkuş ve Aka kararlarında²³⁹, kamulaştırma davalarındaki bedel artırmalara ilişkin elde edilen tazminatın, yüzde 30 yasal faiz oranı ile ödenmesini, yüksek enflasyon oranlarını dikkate alarak, mülkiyet hakkına yapılmış orantısız bir müdahale olarak değerlendirmesi üzerine, 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren yasal faiz yüzde 50'ye çıkarılmış ve daha sonra ise, 1 Ocak 2000 sonrası için yasal faiz kısa dönem reeskont faizlerine bağlanmıştır.

14.12.2000 tarihli İstanbul'daki Fransız Papazlar Enstitüsü kararından sonra 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı yasayla (RG, 2002) Vakıflar Kanunu'nda değişiklik yapılarak cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulu'nun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilecekleri ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

5.12.1990 tarihli, 3686 sayılı Kanunla TBMM bünyesinde İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu kurulmuştur. 1991 yılından itibaren, bir Devlet Bakanı insan haklarının takip ve koordinasyonu ile görevlendirilmeye başlanmıştır. 9.4.1997 tarihli, 1997/17 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile insan hakları ile ilgili konularda görevli Devlet Bakanının başkanlığında, Başbakanlık, Adalet, İçişleri ve Dışişleri Bakanlığı Müsteşarlarının katılımıyla İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu teşkil edilmiştir. 4.6.1998 tarihli ve 23362 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi kurulmuştur. İnsan haklarının korunmasını ve ihlallerin önlenmesini sağlamak amacıyla 2.11.2000 tarihli ve 24218 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle, İl ve İlçe Kurulları

²³⁹ Aka –Türkiye, 23.9.1998, 19639/92, Akkuş-Türkiye, 9.7.1997, 20704/92.
[www.yargitay.gov.tr/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.html](http://www.yargitay.gov.tr/Avrupa%20İnsan%20Hakları%20Mahkemesi/Avrupa%20İnsan%20Hakları%20Mahkemesi.html).

oluşturulmuştur. Ayrıca, İçişleri ve Adalet Bakanlıkları başta olmak üzere çeşitli kurum ve kuruluşlar bünyesinde de insan hakları birimleri kurulmuştur. Başbakanlık teşkilatı hakkındaki 3056 sayılı Kanunda değişiklik yapan 12.4.2001 tarihli, 4643 sayılı Kanunla, Başbakanlık merkez teşkilatı içerisinde ana hizmet birimi olarak “İnsan Hakları Başkanlığı” kurulmuştur. 9.4.1997 tarihi, 1997/17 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile kurulan İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu, “İnsan Hakları Üst Kurulu” adı altında yeniden yapılandırılmış ve kanuni bir statüye kavuşturulmuştur. Söz konusu kanunla, “İnsan Hakları Danışma Kurulu”, “İnsan Hakları İhlal İddialarını İnceleme Heyetleri” oluşturulmuş ve bu kuruluşların sekreteryaya hizmetlerini yapma görevi İnsan Hakları Başkanlığına verilmiştir. Söz konusu kuruluşlar, temel hak ve özgürlüklerin yargı dışı, siyasi ve/veya idari mekanizmalarla korunmasına yönelik kuruluşlardır.

3 Ağustos 2002 tarihli, 4771 sayılı Yasayla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu’na eklenen hükümlerle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. 16.9.2003 tarih ve 4903 sayılı Yasayla da İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 53.maddesine eklenen hükümlerle paralel bir düzenlemeye gidilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İncal ve Çıraklar kararlarında, Devlet Güvenlik Mahkemelerini bağımsız ve tarafsız yargı yeri olmadıkları sonucuna varmasından sonra, öncelikle, 18.6.1999 tarih ve 4388 sayılı Yasa ile Anayasanın 143’üncü maddesi ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda değişiklik yapılarak, askeri yargıçlar bu mahkemelerden çıkarılmış, daha sonra ise, 7.5.2004 tarihli, 5170 sayılı Yasayla yapılan Anayasa değişikliğiyle, DGM’leri düzenleyen 143’ncü madde kaldırılmıştır.

Etkili başvuru yolunun sağlanması amacıyla, 1999 yılında Memurların Yargılanması Hakkındaki Kanun değiştirilmek suretiyle hazırlık soruşturmasının idarece yapılması uygulaması yeni ve kısmen olumlu bir

düzene tabi kılınmıştır. Anayasanın 129'uncu maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere: "Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır." Bu anayasal düzenlemenin yanında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile eski Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik ile memurun soruşturulmasına izin vermeye yetkili merciler, idari kurullar yerine idari açıdan üst konumda bulunan kişiler olmuştur (md. 3). Kanuna göre, Cumhuriyet Başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka bir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar ve şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni istemektedir (md. 4/1).²⁴⁰ Bu yasaya göre savcı tarafından talep edilen soruşturma açılma izninin incelenmesi, itiraz süresi de dahil olmak üzere, dört buçuk ay içinde sonuçlandırılmalıdır. "Bu hükümler çerçevesinde, savcının hazırlık soruşturması yapma imkânı sadece ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delillerle sınırlıdır, savcının kamu görevlisinin ifadesine başvurma olanağı yoktur. Delil toplama ve ifade alma görevini, yukarıda belirtilen ivedilik veya kaybolma tehlikesi hariç, adli mekanizma içerisinde olmayan, suç ve suçun iz ve delillerine ulaşma konusunda uzmanlaşmamış, idarenin belirlediği kişiler yapmaktadır ki bunun ne kadar sağlıklı olduğu tartışmalıdır. Bu soruşturma, idari yetkili merciin izin vermesinde ise etkili olacaktır. Diğer yandan yetkili merciin izin verilmesine veya verilmemesine dair kararının içeriği konusunda da açıklık yoktur, nelerin gerekçe olarak değerlendirileceği belirtilmemiştir."²⁴¹ Memurların "amirin izni" olmaksızın yargılanamamaları Türkiye hakkında hazırlanan ilerleme

²⁴⁰ ÇINAR, Özgür Heval: a.g.e., s.153.; 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, RG. 4.12.1999, S. 23896, www.basbakanlik.gov.tr ;

²⁴¹ ÇINAR, Özgür Heval: a.g.e., s.154.

raporlarında eleştirilmektedir.

Konu, 2003 Türkiye İlerleme Raporu'nda "Ocak 2003'de Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına Dair Yasa ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 154. maddesi değiştirilerek işkence ve kötü muamele durumlarında kamu görevlileri hakkında soruşturma açmak için üstlerinden izin almak zorunluluğu kaldırılmıştır. Ancak yargısız infaz, ortadan kaybolma ve mal tahribi gibi diğer bazı suç iddialarında, soruşturma açabilmek için halen izin gerekmektedir"²⁴² cümleleriyle ifade edilmektedir.

Bu nedenle, 17.07.2004 tarih ve 5232 sayılı Kanun ile de 4483 sayılı Kanunda bazı değişiklikler yapılmıştır.²⁴³ Örneğin, 4483 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin 3 ve 4'üncü fıkraları değiştirilmiştir. Buna göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerdeki iddiaların sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmayacaktır. İddiaların şüpheye mahal vermesi durumunda ise ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet Başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacak ve durum, ihbar veya şikayette bulunana bildirilecektir. 5'inci maddeye eklenen fıkra hükmüne göre ise, ihbar veya şikâyet eden kişilerin konu ile ilgili olarak daha önceki ön incelemenin neticesini etkileyecek yeni belge sunması halinde Cumhuriyet Başsavcılıkları ile izin vermeye yetkili mercilerin müracaatı işleme koyabileceği hususu düzenlenmiştir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu ile Türk Silahlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlilerinin özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar saklı kalmak şartıyla dernek kurabilecekleri düzenlenmiştir.²⁴⁴

²⁴² <http://sam.baskent.edu.tr/ilerleme-raporlari/ilerleme-tr-2003.pdf>.

²⁴³ RG. 31.07.2004, S. 25539, www.basbakanlik.gov.tr.

²⁴⁴ 4.11.2004 tarihli, 5253 sayılı Kanun, RG. 23.11.2004, S. 25649.

Genel değerlendirme: Yukarıda yer verilen mevzuat değişiklikleri, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma hedefi doğrultusunda gerçekleştirilmiştir. Avrupa Birliği Komisyonu'nun 2002 İlerleme Raporunda, Türkiye'nin yapması gerekenler kısa ve orta vadede olmak üzere belirtilmiş, Türkiye bunları yerine getirebilmek için 2001 ve 2004 yılı Anayasa değişiklikleriyle, kamuoyunda uyum yasaları olarak bilinen yasal değişikliklerle, ifade özgürlüğü, gösteri yapma özgürlüğü, kültürel haklar ve ordunun sivil kontrolü gibi konular düzenlenmiştir. Bu konular Türkiye açısından hassas konular olmaları nedeniyle büyük siyasi önem taşımaktadır. Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma amacı doğrultusunda değişiklikler yapılırken, aceleci davranılmakta, söz konusu düzenlemelere ilişkin hukuki altyapı sağlanmadan ve söz konusu mevzuatı uygulayacak, yasama, yürütme ve yargı organlarında görevli kamu personelinin gerekli eğitimi sağlanmadan hareket edilmektedir. Kanaatimizce, sadece yasa değişiklikleriyle Avrupa ortak kamu hukukunun bir parçası olmak mümkün olamaz. Önemli olan söz konusu değişikliklerin amaca uygun olarak doğru bir şekilde uygulanabilmesidir.

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İDARİ YARGILAMA SÜRECİNE ETKİLERİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Mahkeme'nin Yargı Yetkisi" başlıklı 32.maddesinde, "*1.Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34 ve 37.maddeler uyarınca kendisine intikal eden, iş bu Sözleşmenin ve protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm konuları kapsar.2.Mahkeme'nin yargı yetkisinin olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda, karar Mahkeme'ye aittir*" hükmü bulunmaktadır.

46'ncı maddeyle ise, Sözleşme'ye imza koyan devletler, Mahkeme'nin söz konusu yetkilerini tanıyarak taraf oldukları davalarda verilen kararlara

uyacaklarını taahhüt etmişlerdir. Ancak ulusal yargı organlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne hiyerarşik bağılılıkları olmadığından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararların ve yapılan yorumların ulusal yargı yerlerini ve onların kararlarını nasıl etkileyeceği tartışmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınmış olması, Anayasa'nın 90'ıncı maddesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında öncelik tanınması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararların idare hukukunda yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesi, konunun önemini arttırmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin yorumlarken bazı ilkelerden yola çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, ulusal hukuklarda yer alan benzer kavramlara karşı Sözleşme kavramları bağımsızdır. Mahkeme Sözleşmede yer verilen terim veya kavramların anlamının belirlenmesinde kendisini her bir taraf devletin iç hukukunun bunlara verdiği anlamla bağlı görmemekte ve anlamı özerk olarak belirlemektedir ki buna otonom yorum yöntemi denilmektedir.²⁴⁵ Dolayısıyla idari bir faaliyet örneğın yaşam hakkı, işkence yasağı, makul gözaltı süresi, özel yaşamın korunması, din ve düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyeti gibi hak ve özgürlükleri ihlal ediyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuru üzerine bu faaliyeti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri çerçevesinde inceleme yetkisine sahiptir.

İkinci ilke, toplumun değişen ihtiyaçlarına göre, Sözleşme'nin geliştirici olarak yorumlanmasıdır. Sözleşme hükümleri statik olmayıp, zamanın geçmesi ile ilerlemeye ve geliştirmeye açıktır. Tyres davasında²⁴⁶ Sözleşme'nin yaşayan bir enstrüman olduğuna açıklıkla vurgu yapılmıştır.

Üçüncü olarak, taraf devletlere Sözleşmede güvence altına alınan hak

²⁴⁵ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.266.

²⁴⁶ 25.4.1978, Series A, No:26; BIÇAK, Vahit: a.g.m., s.107.

ve özgürlüklerin hayata geçirilmesinin yöntemi hakkında takdir yetkisi tanınmıştır. Mahkeme, bu durumu taraf devletlerin hareket alanı şeklinde ifade etmektedir.²⁴⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görev alanını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki Protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin korunması ve ihlali iddialarının incelenmesi oluşturur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amacını göz önünde tutarak otonom (=özerk) yorum yoluyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerde korunan bir hak veya özgürlüklerle ilgili olduğu ölçüde idari uyuşmazlıkları da inceleyebilmektedir. Otonom yorum ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşmede yer verilen terim veya kavramların anlamının belirlenmesinde kendisini her bir taraf devletin iç hukukunun bunlara verdiği anlamla bağlı görmemesi ve anlamı özerk olarak belirlemesi anlaşılır. Dolayısıyla idari bir faaliyet örneğinin yaşam hakkı, işkence yasağı, makul gözaltı süresi, özel yaşamın korunması, din ve düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyeti gibi hak ve özgürlükleri ihlal ediyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuru üzerine bu faaliyeti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri çerçevesinde inceleme yetkisine sahiptir.

Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşmenin değişik maddelerinin ihlali çerçevesinde incelediği başlıca konular şunlardır: İdari işlemlerle ilgili olarak ikamet izni verilmemesi (Serie A 138; Rehber, 109), güvenlik soruşturması (A 116; Rehber, 78), sınır dışı etme (Serie A 111; Serie A 235; Rehber, 299), ruhsat (toplu taşımacılıkla ruhsatın idarenin iznine bağlı olması konusunda örneğin 27.10.1987 tarihli Pudas kararı, (Serie A 125), likit gaz işletmeciliği ile ilgili uyuşmazlıklarla ilgili olarak örneğin 23.10.1985 tarihli Benthem kararı, (Serie A 97), içki satma ruhsatı

²⁴⁷ BIÇAK, Vahit: a.g.m., s.108.

konusunda 7.7.1989 tarihli Tree Traktörer Aktrebolag-İsveç kararı, (Serie A 159), imar planlaması-uygulaması (Serie A 222; Rehber, 245; Serie A 213; Rehber, 234), davacının inşaat yapma hakkını ortadan kaldırma niteliğindeki süreklilik arz eden yasaklamalar (örneğin Serie A 163; Serie A 180-B), vergi: Sübjektif idari işlem olan vergi konusunda örneğin çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşması çerçevesinde Finlandiya vatandaşı olması ve İsveç'te sürekli ikamet etmemesi nedeniyle İsveç makamlarının kendisinden Belediye Vergisi ve Kilise Vergisi alamayacağı gerekçesiyle yapılan başvuruya ilişkin (Serie A 187; Rehber, 184) ve vergi cezaları gibi idari yaptırımlar, yönetimde açıklık ve bilgi edinme hakkı 07.07.1989 tarihli Gaskin kararına konu olayda, başvuru reşit oluncaya kadar on sekiz yıl boyunca belediyenin himayesinde olmakla birlikte bu sürenin çoğunda bakıcı ailelerin yanında kalmış ve onlardan kötü muamele gördüğünü iddia etmiştir. Başvurucunun gerekçesi, iç hukukta kamu makamlarının kendisinin bakımıyla ilgili belgelerin yer aldığı dosyayı gizli tutması nedeniyle dosyanın tümünü edinemediği için özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğidir (Serie A 160; Rehber, 138). Kamu hizmeti konusunda 09.02.1967 ve 23.07.19689 tarihli Belçika eğitim dili davasından söz edilebilir. (Belge, 5 et 6; Rehber, 3).²⁴⁸

Disiplin yaptırımları kural olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görev alanına girmez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 22.3.1994 tarihli Ravensborg kararında bu hususu belirtmiştir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi otonom yorum yoluyla meslekten çıkarma sonucunu doğuran disiplin yaptırımlarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi m.6 kapsamında incelemektedir.(örneğin, Serie A 43; Serie A 58)²⁴⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki Protokollerde yeralan hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, demokratik toplumun gerekleri ve yasallık

²⁴⁸ SANCAKDAR, Oğuz: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler” Amme İdaresi Dergisi, Sayı 38, 1 Mart 2005, s.90.

²⁴⁹ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.m., s.91.

ilkesi ölçütlerine yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir çok maddesinde, düzenlenen temel hak ve özgürlüğün ancak kanunla sınırlandırılabilceği öngörülmüştür. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanun terimi ile şekli anlamda kanunları değil maddi anlamda normlar ihtiva eden her türlü düzenlemeyi kabul etmektedir. Bu konuda, 25.3.1985 tarihli Bartold kararında, meslek kurallarını düzenleyen Veteriner Odası Tüzüğü'nü Sözleşme anlamında yasal bir dayanak olarak kabul etmiş ve tüzüğe dayanılarak alınan bir önlemi, Sözleşmeye aykırı bulmuştur."²⁵⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Akkuş-Türkiye davasında (9.7.1997) kamulaştırmada munzam zararın kabul edilmemesi ve yıllık %30 oranında faiz uygulanmasını, kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi nedeniyle ödenen miktarın enflasyon karşısında gerçek değerini yitirdiği gerekçesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 no'lu Protokol ile korunan mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Aynı konuda Türkiye aleyhine çok sayıda başvuru yapılmış çoğunda Türkiye hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir.

Sözleşmede yer alan hükümlerin amacını tespit etmek ve hayata geçirmek açısından, Mahkemenin verdiği kararların izlenmesi çok önemlidir.

Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmiş olan, Adil yargılanma hakkı, Anayasamızda, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasayla "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36.maddesine getirilen değişiklikle, artık hukukumuzda anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir.

Ayrıca, bu anayasal hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde kabul edilen sınırlamalara da tabi değildir. "Yani bir idari davada adil yargılama hakkının söz konusu edilebilmesi için, davanın konusunun medeni hak ve yükümlülöklere ya da idari cezalara ilişkin

²⁵⁰ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.358.

olması gerekmemektedir. Konusu medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olmayan veya idari cezayı konu edinmeyen; örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nce halen, egemenlik hakkının sert çekirdeğini oluşturduğu kabul edilen vergi aslı ile ilgili davalarda da tarafların yargılamanın adil yargılama ilkesine uygun olarak yapılmasını isteme hakları, söz konusu değişikliklerle, anayasal güvence altına alınmıştır.”²⁵¹

Adil yargılanma hakkı, ne anayasamızda ne de ulusal kanunlarımızda tanımlanmamış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6'ncı maddede ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında unsurları belirlenerek tanımlanmış olduğundan, idari yargıcın bakmakta olduğu her davada Anayasamızın 36'ncı maddesiyle güvenceye alınan adil yargılanma hakkını, Sözleşmenin 6.maddesi çerçevesinde yorumlayıp uygulaması gerekecektir. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 32'nci maddesiyle, Sözleşme ve eki Protokollerin hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasında yargı yetkisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ait olduğundan ve Sözleşme ve eki Protokoller de Anayasamızın 90'uncü maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası ve ulusal kanunlara göre üstün kabul edildiğinden, idari yargıcın adil yargılanma hakkını yorumlarken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumunu takip etmesi ve dikkate alması gerekecektir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53'üncü maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi de bu hususu zorunlu kılmaktadır.

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukta Verilmiş Olan Kesin Hükme Etkisi

Türk idari yargı düzeninde, kesin hüküm halini almış bir yargı kararının

²⁵¹ CANDAN, Turgut: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu 24-25 Ekim 2003, Birinci Baskı, Ankara Şubat 2006, s.78.

ortadan kaldırılması, ancak, yargılamanın yenilenmesiyle olanaklıdır. 4928 sayılı Kanunla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53.maddesine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararın yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulüne ilişkin bendin eklenmesine kadar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının kesinleşmiş ulusal mahkeme kararını ortadan kaldırıcı etkisi bulunmamaktaydı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararın yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulüne ilişkin ayrıntılı açıklamaya yer verilmiş olduğundan, tekrardan kaçınmak amacıyla burada başkaca açıklama yapılmayacaktır.

B. İç Hukuk Yolları Tüketilmeden Yapılan Bireysel Başvurunun İdari Yargılama Sürecine Etkisi

Bilindiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, başvuru için öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını aramadığı durumlar da mevcuttur. İdari yargı yerinde dava yoluna gidilmeksizin, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması ve başvurunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kabulü halinde, bu durum idari yargı yönünden sorun yaratmaz. Zira, bu halde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilecek kararın muhatabı hükümettir.

Buna karşılık, Jabari-Türkiye davasında olduğu gibi, bireysel başvurunun, idari yargı yerinde açılan dava devam etmekte iken yapılması veya bireysel başvuruda bulunulduktan sonra, süresi içinde, ayrıca idari yargı yerinde de dava açılması durumunda, derdestlik iddiası veya idari yargı yerinin, davada bekletici sorun yapması gerektiği ileri sürülebilir mi?

Kanaatimizce, daha önce de belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hiyerarşi bakımından ulusal mahkemelerin üstünde olmadığı gibi, onların yerine geçerek karar verme yetkisine de sahip değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işlevsel olarak bir temyiz mahkemesi de değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, üye devletlerin, Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesi'nde belirtilen temel hak ve özgürlüklere uygun hareket edip etmediklerini denetleyen bir organdır. Dolayısıyla, derdestlik iddiasında bulunulamaz veya idari yargı yerince bu nedenle davanın reddine karar verilemez.

Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurunun ulusal yargı yerlerinde devam eden yargılamayı durdurucu etkisi bulunmamaktadır. İdari yargılama Usulü Kanunu'nda da idari yargı yerini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurunun sonuçlanmasını bekleme yükümlülüğü getiren bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla, idari yargı yerlerinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurunun sonuçlanmasını bekletici sorun yapmaları gerektiği ileri sürülemez.²⁵²

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NCE TÜRKİYE HAKKINDA VERİLEN VE TÜRK İDARE HUKUKUNU İLGİLENDİREN KARAR ÖRNEKLERİ

Bu başlık altında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerle ilgili olarak Türk İdare Hukukunu ilgilendirdiğini düşündüğümüz karar örneklerine söz konusu hak ve özgürlüklerin açıklamasıyla birlikte yer verilecektir.

A. Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı Sözleşmenin 2'nci maddesi ve 6'ncı Protokol ile düzenlenmiştir.

“Madde 2-Yaşama Hakkı

²⁵² Aksi yönde görüş için bkz. CANDAN, Turgut: a.g.m., s.76-77.

1.Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasansın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

2.öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma'nın 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 veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için ;

c) Ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması için.

"Mahkeme'ye göre, 2.madde sadece yaşam hakkını güvence altına almakla kalmamakta; aynı zamanda öldürmenin meşru sayıldığı durumları da göstermektedir. 2.madde bu sıfatla Sözleşme'nin temel maddelerinden biridir ve bu hükme, barış zamanında 15.madde yolundan istisna getirilemez. Söz konusu bu madde 3.madde ile birlikte demokratik toplumların temel değerlerinden birini içermektedir. Bu nedenle madde hükmünü dar yorumlamak gerekir (McCann ve diğerleri-İngiltere, 27.9.1995; Salman-Türkiye, 26.6.2000)."²⁵³

Yaşam hakkı dolayısıyla, taraf devletlere negatif ve pozitif yükümlülükler getirilmiştir. Hiç kimsenin kasten öldürülemeyeceği ilkesi, negatif yükümlülüğü oluşturmaktadır. 2'nci.madde, devletin negatif yükümü olarak, her tür kasıtlı veya taksirli adam öldürmeyi kural olarak yasaklamıştır.

Mahkeme, Türkiye hakkında yapılan başvurularda; iddiaların idari ve adli makamlarca ciddiyetle araştırılmadığı, göz altı kayıtlarının tutulmadığı, güvenlik güçlerince yapılan operasyonların planlanması ve uygulanması sırasında gereken dikkat ve özenin gösterilmediği, yargısız infaz yapıldığı, kişi

²⁵³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref- Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.155.

hayatının tehlike altında bulunduğu durumlarda idari makamlar tarafından bu tehlikeyi bertaraf edecek önlemlerin alınmadığı, kayıp olduğu iddia edilen kişilerin hakkında uzunca bir zaman sonra haber alınamamasından ve devletin kayıp kişileri bulmak konusunda ciddi gayret göstermemesinden bu kişilerin ölümünden devletin sorumlu olduğu sonucuna varıldığı (Kurt-Türkiye, 25.5.1998), sağlıklı olarak göz altına alındıktan sonra bedeninde yaralarla serbest bırakılan kişinin bu durumunu, devletin inandırıcı şekilde açıklayamadığı, güvenlik güçleri tarafından durumun gerektirdiğinden fazla güç kullandığı gibi gerekçelerle Türkiye hakkında mahkumiyet kararları vermiştir.

Demiray-Türkiye davasında (21.11.2000), PKK mensubu terörist olduğu suçlamasıyla gözaltına alınan kişi, hükümetin iddiasına göre, PKK silahlarının depolandığı yeri gösterme teklifinde bulunmuş ve önde ilgili kişi, arkada kendisini izleyen üç güvenlik görevlisiyle söz konusu mahalle gidilirken tuzak bir mayının patlamasıyla adı geçen parçalanıp ölmüştür. Olayda Mahkeme, önleyici (koruyucu) tedbir alınmadığı gerekçesiyle, 2'nci madde hükmünün çiğnendiğine karar vermiştir.²⁵⁴

Oğur-Türkiye davasında, güneydoğudaki terörizmle mücadele çerçevesinde yürütülen bir askeri operasyon sırasında, maden ocağındaki bekçi kulübesinden çıkan kişinin, açılan ateş sonucu ölümünde (operasyonun, o sırada o bölgede bulunan masum kişilerin ölümüne sebebiyet vermeyecek şekilde düzenlenmemiş olması yüzünden) hükümet sorumlu bulunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 30.10.1997 tarihli raporunda, ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8.7.1999 tarihli kararında, Memurin Muhekemati Hakkında Kanunu Muvakkatin uygulanması sonucu, Şırnak İl İdare Kurulu tarafından verilen takipsizlik kararının Danıştay 2'nci Dairesi'nin 19.9.1991 tarihli kararıyla onanması gündeme gelmiş ve hayat hakkını koruma yönündeki yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Mahkemece de benimsenen Komisyon raporunda, başvuru sahibinin oğlu ile ilgili ulusal düzeyde yapılan soruşturmanın bağımsız organlarca yapılmadığı, zira, kovuşturmayaya yer olmadığı

²⁵⁴ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref- Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.157.

kararı veren kurulun Şırnak İl İdare Kurulunu oluşturan üyelerle soruşturmacıdan oluştuğu ve soruşturmacının bir jandarma subayı olduğu, kurul başkanı olarak vali yardımcısının ve üyeler olarak da vilayet üst görevlilerinin yer aldığı bu kurul mensuplarının, esasen güvenlik güçlerinin fiillerinden hukuken sorumlu olan valinin emrinde çalıştıkları, bu bakımdan ne görünürde bağımsızlığa ne de sürekli bu görevde kalma güvencesine sahip olmadıkları vurgulanmıştır²⁵⁵ ayrıca, Danıştay incelemesinin dosya üzerinden yapıldığı, soruşturmanın bu aşamasının da ölenin yakınlarına kapalı olduğu, Danıştay kararının onlara tebliğ edilmediği ve böylece Danıştay nezdinde itirazda bulunma hakkından mahrum kaldıkları aynı raporda belirtilmiştir.

Aynı gerekçeyle, Güleç-Türkiye,(27.7.1998) davasında, şiddet hareketlerinin yer aldığı kanunsuz gösteride açılan ateş sonucu ölüm; Ergi-Türkiye (28.7.1998) davasında, teröristleri yakalamak için kurulan pusudan güvenlik güçlerince açılan ateş sonucu civardaki bir evin balkonunda bulunan kişinin ölümü olaylarında da mahkumiyete karar verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Güleç kararında, idari yargıda tam yargı davasının açılmamış olması nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu yolundaki savunmayı kabul etmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararında, *“Güneydoğu Anadolu’daki güvenlik durumundan dolayı bu bölgede ölüm olayları sık sık gerçekleşmektedir. Ancak ne şiddetli silahlı çarpışmaların varlığı ne de yüksek ölüm oranları, Madde 2 kapsamında, güvenlik güçlerinin yer aldığı çarpışmalardan veya mevcut davada olduğu gibi, yasadışı gösterilerden kaynaklanan ölümlere ilişkin etkili ve bağımsız bir soruşturma yürütme yükümlülüğünü göz ardı edemez”* denilmiştir. Anılan davada, soruşturma görevlisinin tamamen sübjektif davrandığı, soruşturmacıları atayan ve jandarmadan sorumlu olan il valisinin veya yardımcısının başkanlık ettiği İl İdare Kurulunun yapısının uygun olmadığı, Danıştay’ın bu kurulun raporuna dayanarak,

²⁵⁵ TEZCAN, Durmuş: “Türk İdari Yargı Sistemini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi” Danıştay’ın Kuruluş Yıldönümünde Sunulan Yayınlanmamış Bildiri, 11.5.2007, s.22.

soruşturmaya mahal olmadığı kararı aldığı, bu kararın da davacıya bildirilmediğini eleştirmiş, soruşturmanın tam yapılmadığı ve bağımsız yetkililer tarafından yürütülmediği sonucuna vararak, 2'nci maddenin ihlal edildiğine ilişkin karar vermiştir²⁵⁶

2'nci madde dolayısıyla devletin pozitif yükümlülüğü ise, kendi yetki alanındaki kişilerin hayat hakkını korumaktır. "Devletin üstlendiği pozitif yükümlülük, a) bir yandan gereğinde somut önlemlerle hayatın somut bir tehlikeden korunmasını (koruma tedbirleri); b) öte yandan da adam öldürme fiilinin caydırıcı bir müeyyideye bağlanıp yasaklanması ve bu yasağa riayetin sağlanmasını gerektirir. Örneğin devlet, ciddi ölüm tehdidi altında bulunan kişiyi, kendi imkânı içinde olan önlemleri alarak korumaya çalışacak ve keza adam öldürme fiilini suç haline getirerek, bu suçun işlenmesi halinde, faili tespit için gerekli soruşturmayı yapıp suçluların cezalandırılmasını temine çalışacaktır. Bu görevin ihmali, 2.maddenin ihlalidir."²⁵⁷

Kılıç-Türkiye (28.3.2000) davasında, Mahkeme meçhul kişilerce öldürülmüş bulunan Kemal Kılıç'ın devamlı tehdit edildiğini ileri sürerek güvenlik güçlerinden korunma istediği, adı geçeninin çalışmakta olduğu gazete bürosunun tehditlere karşı koruma altına alınması için polisle temaslarda bulunulduğu, güvenlik güçlerinin durumu bilmelerine rağmen koruma tedbirleri alma yönünde girişimde bulunmadıkları gerekçesiyle devletin yaşam hakkını koruma görevini yerine getirmeyerek 2'nci maddenin çiğnendiğine karar vermiştir.

2'nci maddede yaşam hakkına getirilebilecek istisnalar sınırlı sayıda olmak üzere belirtilmiştir. Maddede, yasanın öngördüğü durumlarda ölüm cezasının yerine getirilmesi, bir kişinin kendisini veya başkasının haksız saldırıya karşı korunması için (meşru müdafaa), bir kişiyi yasal yollara uygun olarak yakalamak ya da yasaya uygun surette tutuklu bulunan kişinin

²⁵⁶ Güleç-Türkiye kararı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.160.

²⁵⁷ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.160.

kaçmasını önlemek için, bir ayaklanma ve isyanı bastırmak için kuvvete başvurulması durumunda meydana gelebilecek ölümün 2.maddenin ihlalini teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Ancak, bu istisna hallerde dahi, kuvvete başvurmanın maddede sayılan amaçlara yönelik olarak “mutlak surette gerekli” olması lazımdır.ayrıca, kullanılan kuvvet ile güdülen amaç arasında ve kuvvet kullanma yolundan sağlanan menfaat arasında orantı (ölçü) yani adil bir dengenin bulunması gerekmektedir.²⁵⁸

Bu ve benzeri kararlar (Güleç, Kaya, Ergi, Yaşa, Tanrıku, Cemil Kılıç, Mahmut Kaya, Timurtaş, Salman, İlhan, Akkoç, Taş, Dulaş, Çiçek, Akdeniz, Avşar, Özçelik ve diğerleri, İrfan Bilgin, Orak, Şemsi Önen gibi kararlardır) dikkate alınarak, iç hukukta memurların yargılanması hakkında kanun değiştirilmiş ve 02.12.2000 tarihli 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun yürürlüğe konulmak suretiyle, savcıların hazırlık soruşturmasındaki yetkileri kısmen artırılmıştır. Ancak kamu görevlisinin bağlı olduğu makam tarafından soruşturma yapılmasına izin verilmediği sürece cumhuriyet savcısı herhangi bir soruşturma işlemi yapamayacak hatta sanığın ifadesini bile alamayacaktır (4483 s. Kanun md. 4).

Anayasamızın 15'inci maddesinde yaşam hakkı düzenlenmiş olup, 5170 sayılı Yasayla Anayasamızda yapılan değişiklikle, ölüm cezaları kaldırılmıştır. Bu gelişmede, ölüm cezalarının kaldırılmasına ilişkin 6 Nolu Protokol hükümleri etkili olmuştur. Protokole göre, devletler ancak savaş veya yakın savaş tehdidi durumunda işlenen eylemler bağlamında, yasalarında ölüm cezalarına ilişkin hüküm bulundurabilirler.

Anayasa Mahkemesi, polisin silah kullanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa açısından değerlendirmesini yapmış ve yaşam hakkının anayasanın aradığı "belirlilik" ve "zorunluluk" kriterlerine

²⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.166.

göre sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, (Anayasa Mahkemesi E. 1996/68, K. 199971; RG, 2001: 62) Türkiye'nin taraf olduğu ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla anayasal denetimin ölçü normları arasına giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de hukuka uygunluk hallerinden devletin yararlanabilmesi için, şiddet fiili ve kuvvete başvurunun mutlak zorunlu olması gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda Komisyonun Farrell/İngiltere kararında da önlemin somut durumun gerektirdiği yoğunluğu aşamayacağını, dolayısıyla oran koşulu belirlenirken güdülen amacın niteliği, somut durumun insan hayatı ve beden bütünlüğü için oluşturduğu tehlike ve kuvvet kullanımından doğan ölüm riskinin derecesinin göz önünde tutulacağını, Komisyonun Steward/İngiltere kararına da atıf yaparak belirterek görülen davadaki 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na 3. maddeyle eklenen Ek Madde 2'nin²⁵⁹ incelenmesinde bu hükümlerle kolluk kuvvetlerine verilen ateşli silah kullanma yetkisinin yaşama hakkının özüne dokunduğunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2'nin aradığı şiddet ve fiili kuvvete başvurma'nın "zaruret halinde olması"nın alınan önlem ile ulaşılmak istenen sonuç arasında "zorunluluk ve orantılılık" kısaca "ölçülülük" koşuluna uymadığını belirtmiştir. Faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silah kullanma yetkisi verilmesi suretiyle doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanılmasının yaşam hakkını ihlal edeceği sonucuna varmıştır. Biz en temel insan hakkı olan yaşama hakkının korunmasında Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği kriterlerin doğru olduğunu düşünüyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye hakkında yapılan başvuruların çoğunluğunu, polis ve güvenlik güçlerinin faaliyetlerine ilişkin

²⁵⁹ Ek madde 2 hükmü şöyleydi; "Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler"; SANCAKDAR, Oğuz: a.g.m., s.97.

olarak yargısız infaz, gözaltında kayıp veya ölüm, işkence iddiaları oluşturmuş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu başvuruların büyük çoğunluğunda Türkiye'nin yaşama hakkını ve kötü muamele yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları Türkiye'de insan hakları alanındaki iyileştirmelerin en önemli sebeplerinden biridir. Gözaltı sürelerinin kısaltılması, gözaltındaki kişilerin avukatlarıyla, yakınlarıyla ve doktorla görüşebilmelerine ilişkin güvence getirilmesi, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nden askeri yargıçların çıkarılması, kamu görevlilerinin yargılanma usullerinin yeniden düzenlenmesi, işkence ve kötü muamele suçlarının Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan takip edilmesinin sağlanması, siyasal partilerin temelli kapatılmasına alternatif olarak devlet yardımından yoksun bırakılma yaptırımının getirilmesi, Yargıtay Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğnamelerin davanın taraflarına tebliğ edilmesi, kamulaştırmada yasal faiz ve temerrüt faizi oranlarının değiştirilmesi bunlara örnek olarak sayılabilir. Bütün bu gelişmeler idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamada etkili olmuştur. Kanaatimizce, idari yargı yerlerinin kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını dikkate alarak hüküm vermeleri, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamada idari yargının etkinliğini de arttıracaktır.

B. İnsan Hakları İhlallerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Verilen Karar Örnekleri

Genel olarak idarenin işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğu (mali sorumluluğu) kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk başlıkları altında incelenmektedir. İdarenin kusurlu sorumluluğu, hizmet kusuru kavramıyla ifade edilir ve idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklık olarak

tanımlanır.²⁶⁰ Gerek öğretilerde, gerekse içtihatlarda, , hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi, hizmetin hiç işlememesi hallerinde hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir.

İdarenin kusursuz sorumluluğu ise, idarenin kusuru olmaksızın, idari işlem veya eylem ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması halinde, idarenin sorumlu tutulduğu sorumluluk halidir. Kusursuz sorumluluk belli başlı iki ilkeye dayandırılmaktadır: Tehlike (Risk) ilkesi ve Fedakarlığın Denkleştirilmesi(Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik) İlkesi.²⁶¹

Tehlike (Risk) ilkesi, idarenin, niteliği veya yapısı itibariyle tehlike içeren faaliyetleri veya kullandığı araçlardan bir zarar meydana gelmiş ise, bu zararın kusur şartı aranmaksızın, hatta idarenin tehlikenin önlenmesi için her türlü özeni göstermiş olması halinde dahi, sorumlu olmasıdır.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, idarenin kamu yararı düşüncesi ile giriştiği bir faaliyet sonucunda, kusur şartı aranmaksızın, belli kişilerin zarara uğraması halinde, zarara uğrayan kişilerin bu zararının idarece tazmin edilmesini ifade eder.

Bunlar dışında, yargı içtihadıyla oluşturulan bir başka sorumluluk hali ise, Sosyal Risk ilkesidir ki bu halde, idarenin eylemi ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı da aranmamaktadır. Sosyal risk ilkesi halinde, zararı veren idareye yabancı, dışarıdan bir kişidir. Kamu düzenini bozmaya, anayasal düzeni yıkmaya yönelik, toplumun genelini hedefleyen saldırı neticesinde zarar meydana gelmektedir ve zarar gören, toplumun bir ferdi olduğu için, özel ve olağandışı bir zarar görmekte, ve zarar görenin, zararın meydana gelmesinde hiçbir kusuru bulunmamaktadır. Danıştay kararlarına göre, *“Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terörist eylemlere herhangi bir biçimde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan*

²⁶⁰ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2004, s.244.

²⁶¹ GÜNDAY, Metin: a.g.e., s.253.

*zarar görmektedirler. Kısaca, zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece ...sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir.esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir.*²⁶²

İdari yargı yerlerinin özellikle destekten yoksun kalma tazminatı talebiyle idare aleyhine açılan maddi ve manevi tazminatı hedefleyen tam yargı davaları bağlamında genellikle idareyi "*sosyal risk ilkesi*" gereğince kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde tazminata mahkum etmekte iken, benzer kimi olayda hizmet kusuru, kimisinde ise kusursuz sorumluluk ilkesine göre hareket ettiği görülmektedir.

Ülkemizde olağanüstü hal ilan edilen bölgelerden başta yaşam ve mülkiyet hakkının ihlali olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne pek çok müracaat yapılmıştır.

Olağanüstü hal gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin askıya alınması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15) istisna olup, "durumun gerektiği ölçüde" alınan önlemler güdülen amaçla oranlı olmalı ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle ters düşmemelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, OHAL ilanının gerekip gerekmediği ve oranlılığın bulunup bulunmadığını somut olaya göre değerlendirmektedir. Aksoy kararında (Res. 1996-VI) olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikenin olup olmadığını araştırmış ve PKK'nın bu nitelikte bir terör örgütü olduğu sonucuna varmıştır (§ 70)²⁶³.

²⁶² Danıştay 10.Dairesi, 13.10.1993 günlü, E.1992/3372, K.1993/3777, Danıştay Dergisi, Sayı 89, s.581.

²⁶³ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.m., s.98.

Terör örgütü PKK ile mücadelede meydana gelen çoğunluğu mezralardaki birkaç evin çatışmalar sırasında zarar görmesi ile bağlantılı olarak bazı başvurular yapılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 16.9.1996 tarihli Akdivar kararında ve 28.11.1997 tarihli *Menteş ve diğeri-Türkiye* kararında, iç hukuk yolları tüketilmeden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulmuş olmamasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bu davalarda, Türk hükümeti, Danıştay kararlarında idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğuna dayalı olarak tazminata hükmedildiğine, dolayısıyla iç hukukta etkili başvuru yollarının bulunduğuna ilişkin savunma yapmışsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dava konusu olayda başvuru sahiplerinin iddialarına ilişkin tam ve etkili bir soruşturma yapılmadığı ve bunun da mahkemeler önünde tazminat arama dahil başvuru yollarının önünü kapadığı ve Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²⁶⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru sahiplerinin şikâyetine konu, evlerinin güvenlik güçlerince yakıldığı, gözaltında işkence yapıldığı, çocuğunun, yakınının, güvenlik güçlerince öldürüldüğü şeklindeki fiillerin faillerinin bilinmediği, taraf devletlerin Sözleşmenin 2 ve 13'üncü maddelerinde göre yapmakla yükümlü olduğu soruşturmaların, sorumluları tespit etme ve cezalandırma amacına yönelik olması gerektiği vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasamızın 125'inci 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'üncü 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

²⁶⁴ *Menteş ve Diğeri-Türkiye* kararı (28.11.1997) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.319.

hukuk yolu olarak kabul etmemiştir. AYTEKİN kararında (23.9.1998 günlü, Başvuru No: 22880/93) ise, başvuranın eşinin Batman'da bir inşaatı kontrol etmek için aracıyla gittiği sırada, kontrol noktasından geçerken bir asker tarafından açılan ateşle öldürülmesi olayında, ateş açan askerin tespit edilerek, lüzumu muhakeme kararı sonrasında, ceza davası açılması ve taksirle ölüme sebebiyet suçundan mahkum olması nedeniyle, iç hukuk yollarının etkin olduğuna, yetkililerce başvuranın eşinin ölümü ile ilgili koşullar hakkında pasif davranılmadığı belirtilerek, başvuranın iç hukuk yollarını tüketmeden yaptığı başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Görülebileceği üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AYTEKİN kararında olduğu gibi, ceza soruşturmasının etkin olması halinde, diğer iç hukuk yollarının da etkin olabileceği sonucuna ulaşmaktadır.

Kanaatimizce, ceza hukukunu ilgilendiren bir olayın meydana geldiğinin yetkili makamlarca öğrenilmesi halinde, ilgililerin şikâyeti beklenmeksizin soruşturma açılması, soruşturma dosyalarının, sanık ve tanık ifadeleri, otopsi raporları, balistik raporları ve bilirkişi raporlarını içerecek şekilde eksiksiz oluşturulması, kamu davasının şikâyetin yapılmasından kısa bir süre sonra hemen açılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kamu görevlilerinin, özellikle güvenlik yargılanmasına engel olarak değerlendirilen mevzuatta değişiklik yapılması gerektir. Nitekim, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin 4 Aralık 1999 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kabuledilmiş ve bu kanunda 11.1.2003 gün ve 24990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4778 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, işkence ve kötü muamele suçları 4483 sayılı kanun kapsamından çıkarılmış, bu suçların Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan kovuşturulacağı düzenlenmiştir.

Bu kararlar nedeniyle iç hukuk yolları tüketilmeden Komisyon önüne götürülen 358 başvurunun Türk makamlarınca ciddi bir şekilde incelenmesi, Türk görevlilerinin fiillerinden kaynaklananlar varsa bunların yargılanıp,

mağdurların zararlarının giderilmesi gerekir.

14.12.2000 tarihli İstanbul'daki *Fransız Papazlar Enstitüsü'nün* yaptığı başvuruya konu olayda (No:26308/95) şikâyetçiler, Osmanlı Sultanı tarafından kurumlarına 1859 yılında bağışlanan kilisenin amaç dışı kullanıldığı gerekçesiyle ellerinden alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne tahsis edilmesinden yakınmışlardır. Komisyon, Enstitünün malları elinden alındığı takdirde hizmet veremeyeceği gerekçesiyle başvuruyu kabul etmiş ve daha sonra Vakıflar Genel Müdürlüğü başvuru Enstitüden son 5 yılda kira geliri olarak elde ettiği 41.670 dolardan feragat etmesi nedeniyle dostane çözümle davanın düşmesine karar verilmiştir.

12.10.2001 tarihinde yapılan Öneriyıldız başvurusuna konu olayda ise çöplük olan yere gecekondü 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 ailesinden 9 kişi ölmüştür. Davacıların, İdare 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 hükmedilmiştir²⁶⁵. Davacıların ve davalı idarelerin temyiz istemleri reddedilerek karar 21.4.1998 gününde onanmıştır. Davacı Öneriyıldız, yaşam hakkının ihlali sebebiyle (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2) Avrupa

²⁶⁵ Danıştay artık manevi tazminata da faiz yürütülebileceğini kabul etmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 16.6.2005 günlü, E.2003/591, K.2005/2154 sayılı kararı. www.danistay.gov.tr.

İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında²⁶⁶, inşa edilen gecekondulara 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, idarelerin çöp toplama alanına yakın gecekondularda 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. Bu kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karar gerekçesine aynen katılıyoruz.

C. İhlale Neden Olan Kamu Görevlisine Rücu Sorunu

Anayasanın 40/3'üncü maddesine göre, "Temel hak ve özgürlüklerin korunmasının sağlanması bağlamında kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemleri sonucu uğradığı zarar Devletçe tazmin edilir."

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu Anayasa 125/1 maddesinde belirtilmiştir. Anayasa m.129/5 maddede ise, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılacağı düzenlenmiştir.

²⁶⁶ Öneriyıldız-Türkiye: 30 Kasım 2004 günlü, Başvuru No: 48939/99 sayılı karar.
www.yargitay.gov.tr/aihm.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12'nci maddesinde, kişisel sorumluluk ve zarar konusunda, devlet memurlarının görevlerini dikkatle ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu, devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesinin esas olduğu, zararların ödettilmesinde genel hükümlerin saklı olduğu vurgulanmıştır.

Anılan Kanunun 13'üncü maddesinde ise, *"Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*

İşkence ya da zalimane, gayri insanî veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda ödenen tazminatlarından dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır. (26.3.2002 tarih ve 4748 sayılı Kanun m.3)

12'nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir." hükmü yer almıştır.

Bu hüküm gereğince, Bakanlar Kurulu tarafından, 27.6.1983 tarih ve 83/6510 sayılı, *"Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler*

*Hakkında Yönetmelik*²⁶⁷ çıkarılmıştır.

Söz konusu yönetmeliğin 6.maddesine göre, zararın tazmini için gereken şartlar; zararın mevcut olması, zararın doğrudan doğruya memurun fiilinden doğması, zararın mücbir sebepten hasil olmamasıdır.. Zararın ve miktarın tespiti konusunda ise, memurun kasıt, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idarenin malca uğradığı zararın rayiç bedel üzerinden ödenmesi esastır. Zarara uğrayan devlet malının rayiç bedelinin tespitinde, demirbaş defterinde alındığı tarihteki değeri de belli edilmek suretiyle kayıtlı bulunan veya bağış yoluyla veya başka şekilde devlete mal edilen mallarda zarar söz konusu ise ait oldukları kurumlarca üç kişiden az olmamak üzere oluşturulacak bir heyet tarafından zarara uğrayan malın rayiç değeri, piyasa araştırması yapılmak, ticaret odaları ile belediyelerden bilgi istemek suretiyle belirlenir ve ondan sonra zararın miktarı tespit edilir. Zararın ödettirilme şekli konusunda *şayet memur ödemeyi kabul ederse* taksitle ve maaşından kesinti yapılması mümkündür. *İdareye verdiği zararı ödemeyi kabul etmeyen memurlar hakkında genel hükümlere göre takibat yapılır ve dava açılır.* Memurların görevlerini kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gereken dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle zarara uğrayan kişilerin zararları, başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca ilgili kurumlarca karşılanır. Memurların ödeyeceği tazminat borçlarının zamanaşımına uğramasında genel hükümler uygulanır.

Bilindiği üzere, kamu personelinin hizmetin icrasıyla ilgili olarak kusurlu fiil ve davranışlarıyla üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlar, bir görev kusur olabileceği gibi; Duran'ın ilk kez kavram olarak ortaya attığı 'salt kişisel bir kusur'dan da kaynaklanabilir."²⁶⁸

Salt kişisel kusur, Anayasa Mahkemesinin bir kararında, "kamu

²⁶⁷ RG. 13.8.1983, S. 18134. www.basbakanlik.gov.tr/mevzuatbilgisistemi.

²⁶⁸ ÖZGÜLDÜR, Serdar: "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", içinde, ÖZAY, İlhan: Günışığında Yönetim, İstanbul Ekim 2004, s.866.; DURAN, Lütfü: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974, s.11.

görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları; kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasden yapılan işlem ve eylemlerle, bağışlanmayacak ölçüde ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden oluşur, kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını aşar ya da yönetimin işlev alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.”²⁶⁹

Görev kusuru ise, kamu personelinin hizmetten ayrılmayan, idari bir tasarruf yaparken mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural ve gereklerine, artık hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, ferden kendisine atıf ve izafe edilebilecek boyutlarda ve biçimde aykırı davranışlarıdır.”²⁷⁰ ...Kamu faaliyet ve hizmetlerinin ifası sırasında veya dolayısıyla personelin kişisel gibi görünen ancak aslında hizmet ve ödevlerinden ayrılamayan eylem ve kusurları, görevle ilgili olarak işlenen ‘görev kusuru’ niteliğinde hizmet kusuru addedildiğinden; zarar gören kişiler personeli değil, onları çalıştıran kurumları dava etmek durumundadırlar. Görev kusurundan doğan tazminat borcunu karşılayan idarenin, sorumlu personele aynı oranda rücu hakkına sahip olduğu da kuşkusuzdur.”²⁷¹

Kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları, yargı kararlarına uymama, kamu görevlilerinin kötü niyetle davranması ve ağır kusur durumlarında kişisel kusurdan söz edilir.”²⁷²

Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında²⁷³, Danıştay’ca verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının bu kararları uygulama

²⁶⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 25.3.1975 günlü, E1974/42, K.1975/62 sayılı kararı; ÖZGÜLDÜR, Serdar: a.g.e.s.867.

²⁷⁰ ÖZGÜLDÜR, Serdar: a.g.e., s.864; GÜRAN, Sait: “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler” Danıştay Dergisi, Yıl 9, Ankara 1979, Sayı 34-35, s.58.

²⁷¹ ÖZGÜLDÜR, Serdar: a.g.e., s.863.

²⁷² GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2004, s.250.

²⁷³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 22.10.1979 gün ve E.1978/7, K.1979/2 sayılı kararı, RG. 29.11.1979- S.16824.

durumunda bulunan bakan ya da öteki kamu görevlilerince uygulanmamasının kişisel kusur oluşturacağı belirtilmiştir.

Devlet Memurları Kanunu madde 13'e 26.3.2002 tarih ve 4728 sayılı Kanunla eklenen 2. fıkra uyarınca *"işkence ya da zalimane, gayri insanî veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır"*. "Buna göre eğer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3'den dolayı Türkiye aleyhine bir ihlal tespitinde bulunulmuş ve bunun sonucunda başvurucuya tazminat ödenmiş ise, bu tazminat için ihlale neden olan kamu görevlisine rücu edilebilecektir. Bununla birlikte getirilen düzenlemenin uygulama alanının oldukça sınırlı olduğu ve yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3'e dayanarak ihlal tespitinde bulunulması durumunu kapsadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir başka maddesine veya Ek Protokollere yönelik bir ihlal söz konusu olduğunda anılan hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Özellikle Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3 ile birlikte m.13'ün (etkin soruşturma yapılmaması) ihlali nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulduğu, ancak Mahkemenin yalnızca m.13'ün ihlaline yönelik bir tespitte bulunduğu durumlarda DMK m.13/2 uygulanmayacaktır. Öte yandan hükmün uygulama alanı, yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3 ile sınırlı olduğu için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3 yanında bir başka hükmün de (örneğin m. 2, 5 veya 13 gibi) ihlal edildiğini tespit ettiği durumlarda ödenen tazminatın *"tamamı"* için mi ilgili kamu görevlisine rücu edileceği hükümden açıkça anlaşılammaktadır. Bundan başka anılan hükme göre yalnızca ödenen *"maddi ve/veya manevi tazminat için"* ilgili kamu görevlisine rücu edilebileceği, buna karşılık *"yargılama*

masrafları" için böyle bir olanağın bulunmadığı görülmektedir."²⁷⁴

Dışişleri ve Maliye Bakanlıkları tazminatın genel bütçeden ödenmesine rağmen, tazminat ödenmesini gerektiren fiili işleyen kamu görevlilerinin çoğu kez bundan haberinin dahi olmadığını vurgulayarak suç işleyen ilgili kamu görevlisine rücu mekanizmasını ileri sürmekle birlikte İçişleri Bakanlığı terörle mücadeleyle zaafa uğratabileceği endişesinin yanı sıra, söz konusu tazminatın memurdan rücu yoluyla tahsilinin pratikte güç olduğunu belirtmektedir.

D. Hak Arama Özgürlüğü ve Adil Yargılanma Hakkı¹⁰⁹

Anayasamızın 36.maddesine 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasayla getirilen değişiklikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı Anayasamızın bir parçası haline getirilmiştir. Söz konusu maddede, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü yer almış, adil yargılanma hakkı anayasal bir terim haline gelmiştir.

Anılan maddenin değişiklik gerekçesinde, "Bu değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı metne dahil edilmektedir"²⁷⁵ denilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin birinci fıkrası *yargı bağımsızlığı, savunma hakkı ve davaların makûl sürede, hakkaniyete uygun olarak sonuçlandırılmasını* amaçlamaktadır. Madde 6/1 metninde:

"Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek

²⁷⁴ TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKDAR: a.g.e., s.155.

²⁷⁵ TBMM Tutanak Dergisi, D.21, Y.Y.3, C.70, B.131, S.737, s.6.

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 verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir" denilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6'ncı madde, demokratik yönetimin temel öğelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesini de içermektedir. Golder-Birleşik Krallık kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu hususu belirtmiş ve adil yargılanma hakkının adli mekanizmanın sadece işleyişini değil, organizasyonunu yani kurumlarını da içerdiğini vurgulamıştır.²⁷⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil yargılanma hakkını geniş yorumlamaktadır. Bu durum Mahkemenin Delcourt-Belçika kararında şöyle ifade edilmiştir:"Sözleşme çerçevesindeki demokratik bir toplumda, adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilme hakkı çok önemli bir yer tuttuğundan, md 6/1'in dar yorumlanması bu hükmün amacı ve gayesine uygun olmaz."²⁷⁷

Sözleşmede "medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar" ve "cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar" olmak üzere iki grup uyuşmazlıklar adil yargılanma hakkının kapsamı içinde tutulmuştur. İdari davalar veya disiplin hukuku veya anayasaya aykırılık iddiaları kural olarak, bu madde uygulamasının dışındadır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa

²⁷⁶ İNCEOĞLU, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İkinci Bası, İstanbul 2005, s.5; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.266.

²⁷⁷ Delcourt-Belçika (17.1.1970) Series A, No11; İNCEOĞLU, Sibel: a.g.e., s.5.

İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amacını göz önünde tutarak otonom (=özerk) yorum yoluyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerde korunan bir hak veya özgürlüklerle ilgili olduğu ölçüde idari uyumsuzlukları da inceleyebilmektedir. Otonom yorum ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşmede yer verilen terim veya kavramların anlamının belirlenmesinde kendisini her bir taraf devletin iç hukukunun bunlara verdiği anlamla bağlı görmemesi ve anlamı özerk olarak belirlemesi anlaşılır²⁷⁸. Dolayısıyla idari bir faaliyet örneğinin yaşam hakkı, işkence yasağı, makul gözaltı süresi, özel yaşamın korunması, din ve düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyeti gibi hak ve özgürlükleri ihlal ediyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuru üzerine bu faaliyeti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri çerçevesinde inceleme yetkisine sahiptir.

6'ncı maddenin 1'inci fıkrasında, adil yargılama hakkının unsurlarının bir kısmı açıkça sayılmıştır. Bunlar, a) yargılamanın kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yapılması, b) yargılamanın makul sürede bitirilmesi, c) yargılamanın açık/aleni olarak yapılması ve ç) yargılamanın hakkaniyete uygun olarak yapılmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu ilkeleri yorumlarken, maddede açıkça sayılmamasına rağmen, maddenin başka "zımnî unsurlar" içerdiği sonucuna varmıştır. Bu unsurlar ise, dava hakkı (mahkeme önünde hak arama özgürlüğü), taraflar arasında silahların eşitliği, "yargılamada çelişiklik"(vicahilik veya yüzyüzelik), gerekçeli karar ilkeleridir²⁷⁹.

Maddenin 2'nci fıkrası ile: *masumluk karinesini*, 3'üncü fıkrası ile *savunma haklarını* (sanığın anladığı dilden suçlanması ve neden suçlandığını bilmesi, savunma için yeterli zaman ve mekân verilmesi, kendisini bizzat ya da seçeceği avukat yolu ile savunması, tanıkların savunması ve sorgulanması, gerekiyorsa ücretsiz olarak bir tercümandan yararlanma hakkı) düzenlenmiştir.

²⁷⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.266-267.

²⁷⁹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.267.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6'ncı maddenin 2 veya 3'üncü fıkralarının ihlali iddialarını 1 nci fıkrayla bağlantılı olarak ele alıp incelemektedir. Dolayısıyla medeni hak davası veya idari davalarda da 2 ve 3 'üncü fıkrada yer alan güvenceler gözetilecektir.²⁸⁰

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilen İdari Uyuşmazlıklar

aa. Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlgili Uyuşmazlıklar Kapsamında Değerlendirilen İdari Uyuşmazlıklar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "medeni hak ve yükümlülükler" kavramını yorumlarken, maddi kritere başvurmuş, yani yargılamaya konu teşkil eden hak yahut iddianın cevherini (dava konusu) esas almıştır²⁸¹. Mahkeme tüm durum ve ihtimalleri kapsayacak genel ve soyut bir tanımlama yapmaktan kaçınarak, her somut olayı kendi özel koşulları içinde değerlendirerek sonuca varmaktadır.

Komisyon ve Divan, şikâyet konusu uyuşmazlık, kamu hukukundan kaynaklanmakla birlikte "*kişiyi etkiliyor*" ise şikâyet konusunu incelemektedir. Örneğin, idarî yargının konusuna giren her işlem, şikâyet konusu yapıldığında incelenmemekte, bu işlemler sonucunda kişinin temel hak ve hürriyetini etkileyen bir sonuç doğuruyorsa inceleme konusu yapılmaktadır. Zira, Komisyon ve Divana göre olaya uygulanan kanunun niteliği önemli değildir. Bu kanunlar ister hukukî, ister ticari ve isterse idari kanunlar olsun ve olaya idari bir makam ya da mahkeme baksın, somut olayda kişinin özel hukuk alanını da ilgilendiriyor veya etkiliyorsa, 6'ncı maddenin uygulanması gerektiğine karar vermektedir. İnşaat ruhsatı verilmesi isteminin reddi, bir meslek veya faaliyetin icrası için istenilen izin, idari yargının temel ilkelere uygun işlemediği yolundaki itiraz,

²⁸⁰ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.268.

²⁸¹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.269.

kamulaştırma, mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklar Komisyon ve Divan tarafından 6'ncı madde kapsamında görülebilmektedirler.

Bu doğrultuda, 16.7.19971 tarihli Ringeisen kararı, 28.6.1978 tarihli König kararı, 8.7.1987 tarihli Baroana kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinin sadece özel hukukun klasik anlamdaki uyuşmazlıklarını kapsamayacağını, bir başka deyişle gerek özel hukuk kişileri arasında, gerekse bir özel hukuk kişisiyle devlet arasındaki uyuşmazlıklarda (bu uyuşmazlıklarda devlet, ister bir özel hukuk kişisi gibi davranmış olsun, isterse kamu gücünü kullanmış olsun) bu kapsama dahil olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca, bu tür uyuşmazlıklar konusunda ister, genel görevli mahkeme veya istere bir idari organ ya da mahkeme görevli olsun bu önemli değildir. Önemli olan söz konusu hakkın niteliği ve anlamıdır.²⁸² Bu yüzden idari işlem ve eylemlerden bazıları 6.maddede yer alan medeni hak ve yükümlülük niteliğinde sayılarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne 6.madde kapsamında götürülebileceği kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre medeni hak ve yükümlülük niteliğinde olan idari işlemler şunlardır:

a) Mülkiyet hakkı ile ilgili idari işlemler. Sporrong ve Lönnroth-İsveç davasında, kamulaştırma kararının uzun süre alması karşısında etkili bir yargı yolunun öngörülmemiş olması 6 ncı maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Kamu ihalesi sonucu alınan tarım arazisinin kullanma izninin iptali, bir bölgenin imar planında değişiklik yapılmasına itiraz; bina yasaklarının gözden geçirilmesi dahil olmak üzere gayrimenkul ve menkuller üzerindeki mülkiyet hakkı ve mülkiyetin kullanımı alanında sonuç doğuran idari işlemler.

b) Bir meslek, san'at veya başka bir iktisadi faaliyetin yürütülmesiyle ilgili idari işlemler. Alkollü içeceklerin satılması, klinik işletilmesi gibi konulara ilişkin ticari faaliyet ruhsatlarının iptalleri, avukatlık veya hekimlik gibi mesleki

²⁸² TEZCAN, Durmuş: a.g.b., s.13.

faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin idari kararlar, örneğin, ruhsatın iptali veya mesleki faaliyetin durdurulması²⁸³.

c) Reşit olmayan çocukların ana-babadan ayırarak korunması amacı ile idari önlemler alınması,

ç) Çalışma hayatı, sosyal sigorta, iş sözleşmesinin bozulması, işten çıkartma ile ilgili ve Pellegrin kriterleri çerçevesinde kamu personeline ilişkin olanlar da dahil olmak üzere idari işlemler,

d) İdarenin kusurundan doğan zararlar ve diğer kamu hukuku alanında yer alan tazminat talepleri,

e) Medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin asıl davanın devamı niteliğindeki, dava masraflarına ilişkin yapılan ikinci bir dava süreci ve mahkeme kararının icrası da medeni hak ve yükümlülük çerçevesinde görülmekte ve md 6/1'e uygunluk açısından değerlendirilmektedir.²⁸⁴

f) Taşınmaz devrine ilişkin işlemin yetkili idari makamca onanmasına ilişkin uyumsuzluk.²⁸⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre kamusal yönü ağır basan ve medeni hak ve yükümlülük kavramı dışında kalan uyumsuzluklar ise şunlardır:

- a) Siyasi haklar
- b) Yabancıların ülkeye kabulü, sınır dışı etme
- c) Vergilendirme
- d) Kişi özgürlüğünün kısıtlanması

²⁸³ İNCEOĞLU, Sibel: a.g.e., s.54.

²⁸⁴ İNCEOĞLU, Sibel: a.g.e., s.54.

²⁸⁵ TEZCAN, Durmuş: a.g.b., s.14.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref- Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.271-272.

e) Kamu fonlarından yapılan ödemeler

f) Devlet memurluğu statüsüne ilişkin uyuşmazlıklar²⁸⁶:Pellegrin-Fransa davasında, Mahkeme devlet ile kamu görevlileri arasında ve bunların hizmet koşulları ile ilgili uyuşmazlıklarda 6.maddenin 1.fıkrasının uygulanabilirliği sorununu geniş olarak incelemiştir. “Mahkeme, memuriyet görevi ve sorumluluklarının niteliğini esas alan fonksiyonel kriteri benimsemiş ve davaya konu olan görevin; i)kamu yönetimine özgü faaliyetlere has nitelik taşıması;ii) devlet ya da öteki kamusal kolektivitelerin(cemaat, topluluk...) genel yararlarının korunması görevine dahil olması; iii) bu hizmetin ifasında kamu gücünü kullanan kişi olarak hareket edilmiş olması şartları mevcut ise, uyuşmazlık 6/1.fıkranın kapsamı dışında olacaktır”²⁸⁷. Kararda, bu tür görevlere klasik örnek olarak ordu veya polis tarafından görülen hizmetler gösterilmiştir.

Başvurucu Pellegrin, 1989’da sözleşmeli statüde, Fransız Gelişme ve İşbirliği Bakanlığına Bakan danışmanı olarak işe alınmıştır. Başvurucu daha sonra bu görevinden alınmış, yine Bakanlık bünyesinde Gabon’da çalışması için yeni bir sözleşme yapılmış, ancak başvuru sözleşmesinde varolan deniz aşırı ülkelerde çalışmak için gerekli olan sağlık koşuluna sahip olmadığından sözleşmesi sona erdirilmiştir. Başvurucu, bu karara karşı Paris İdare Mahkemesinde dava açmış, mahkeme bilirkişi atayarak yeniden tıbbi rapor istemiştir. Bu rapor başvuru kişinin sağlığı ile ilgili reaksiyonunun aşırı olduğu şeklinde bildirilmiştir. Bunun üzerine başvuru, 1992’de hem görevinden uzakta iken alamadığı ücretini hem de manevi tazminat talep etmiştir. Dava başvuru aleyhine sonuçlanmış, başvuru 16 Ocak 1998’de Paris Yüksek İdare Mahkemesine itiraz etmiştir. Pellegrin bu arada, 8 Temmuz 1995’te Sözleşme’nin 3 üncü ve 13 üncü maddelerinin yanı sıra, davasının 6 ncı maddeye aykırı olarak, makul sürede görülmediği iddiası ile Avrupa Komisyonu’na başvurmuştur.

²⁸⁶ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.273.

²⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.273.

Pellegrin kararında; “Sözleşmeli veya kadrolu çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın, kamu personeline md 6/1’in uygulanabilirliğini belirlemek için Mahkeme çalışanın görevleri ve sorumluluklarının niteliğine dayalı işlevsel bir kriter kabul etmelidir. Bunu yaparken, Sözleşme’nin amacı ve hedefine uygun olarak, md.6/1’in sunduğu güvencelere yönelik istisnaların sınırlı bir yorumunu kabul etmek zorundadır. Mahkeme, her ülkedeki kamu hizmeti sektöründeki bazı mevkilerin kamu hukuku tarafından verilen güçleri kullanmaya katılmayı veya genel menfaat içinde sorumluluk almayı içerdiğini not eder. Bu nedenle, bu tür mevkilere sahip olanlar devletin egemen gücünün bir parçasını kullanmaktadırlar. Bunun için, devletin bu memurlardan özel bir sadakat ve güven bağlılığı (bond of trust) talep etmekte meşru bir menfaati vardır. Diğer taraftan, böyle bir ‘kamu idaresi’ yönü olmayan mevkilere bakıldığında, bu türden bir menfaat yoktur. Bu nedenle Mahkeme Sözleşme’nin 6.md’nin 1.fıkrasının amacı dışına çıkan tek uyuşmazlığın, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülenler olduğunu karara bağlamaktadır. Bu faaliyetlerin açık örneği polis ve silahlı kuvvetler tarafından yapılan faaliyetlerdir. Uygulamada Mahkeme, her davada başvuruçunun görevleri ve sorumluluklarının niteliği ışığında mevkiinin doğrudan veya dolaylı olarak kamu hukuku tarafından verilen güçlerin kullanılmasına katılmayı veya devletin ya da diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumak için verilmiş görevleri içerip içermediğini araştıracaktır. Buna bağlı olarak Mahkeme, işlevsel bir kriter saptamayı hedeflediğinden, kamu hukukunca verilen güçlerin icrasına katılmayı içeren mevkilerde bulunan çalışan ve kamu otoritesi arasındaki uyuşmazlıklar md 6/1’in uygulamasını gerektirmeyecektir. Emekli maaşına ilişkin uyuşmazlıkların hepsi ise md 6/1’in kapsamı içinde değerlendirilecektir. Çünkü emekli çalışanlar açısından kendileri ve kamu otoritesi arasındaki özel bağlılık ortadan kalkmıştır; onlar özel hukuk çerçevesinde çalışanlarla karşılaştırılabilir bir konumda bulunmaktadırlar, onları devlete bağlayan güven ve sadakate

dayalı özel ilişki sona ermiştir ve çalışan artık devletin egemen gücünün bir bölümünü kullanmamaktadır.”²⁸⁸

Mahkeme Pellegrin’in başvurusu hakkında, bu kişinin yürüttüğü kamu görevinin devletin egemen gücünü icra ettiği bir alan olduğu sonucuna ulaşarak, md 6/1’in bu davada uygulanamayacağı karar vermiştir.

Pellegrin kriteri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin daha sonraki bir çok kararında ve Türkiye aleyhine açılan davalarda da uygulanmıştır. Örneğin, disipline aykırı davranışları nedeniyle Yüksek Askeri Şura kararı ile orduyla ilişkisi kesilen bir grup subay ve astsubay tarafından, Anayasanın 125.maddesi gereğince bu kararlar aleyhine yargı yoluna gitme imkânı kapalı olduğundan bahisle yapılan başvurulara ilişkin kararlarında²⁸⁹, Pellegrin kriterini uygulayarak, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin emanetçisi olarak hareket eden kamu hizmetinin özel faaliyetini yürüten memurların uyuşmazlıklarının md 6/1 dışında olduğunu belirtmiştir.

Eğit-Sen Diyarbakır Şubesi üyelerinin Türkiye’ye karşı yaptığı başvuruda, başvuruçulardan Y.Zengin, 1993’te kendisine Diyarbakır Valisi tarafından verilen disiplin cezasının “bağımsız ve tarafsız” bir yargılama sonucunda verilmemiş olduğunu ileri sürmüştür. Vali tarafından, etkinliklerine izin verilmeyen sendikanın basın bildirisini imzaladığı gerekçesiyle, 657 sayılı Yasaya (md.125/C) dayanılarak Y.Zengin hakkında aylıktan kesme cezası verilmiştir. Başvurunun kabul edilebilirliğini inceleyen Komisyon, uyuşmazlık konusunun açıkça disipliner nitelikte olduğunu, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili olmadığı gibi, suç isnadı ile de ilgili olmadığını belirterek, şikâyetin konu bakımından yetki alanı dışında kaldığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.²⁹⁰

Aynı şekilde Bükler-Türkiye davasında da bu kriter uygulanmıştır. Bükler

²⁸⁸ İNCEOĞLU, Sibel: a.g.e., s.45-52.

²⁸⁹ Batur, Erbek, Duran ve diğerleri-Türkiye, 4.7.2000 tarihli, 38604/97, 38923/97, 39830/98...nolu kabul edilmezlik kararı, GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.273.

²⁹⁰ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.200.

davasında, başvuru, Kayseri Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde asistan olarak görev yapmakta iken idari bir işlemle, mesleki yetersizlik nedeniyle sözleşmesi yenilenmemiş, bu işleme karşı açılan davada, İdare Mahkemesi işlemi iptal etmiş, ancak, rektörlük idare mahkemesi kararını uygulamamıştır. Rektörlüğün temyizi sonucunda Danıştay 5.Dairesi idare mahkemesinin kararını bozmuş, idare mahkemesi bu karara uyararak, davanın reddine karar vermiştir, başvuru temyiz yoluna başvurmuş, bunun üzerine Danıştay 5.Dairesi idare mahkemesi kararını onamıştır. Ancak, başvuru karar düzeltme için başvurmuş ve bunun sonucunda 5.Daire, karar düzeltme talebini kabul ederek idare mahkemesi kararını tekrar bozmuştur. İdare mahkemesi bu karara uyararak, işlemi yeniden iptal etmiş, karar 19 Şubat 1994'te Rektörlüğe gönderilmiş, Rektörlük yine yasal süresi içinde kararı uygulamış ve temyize başvurmuştur. Danıştay 8.Dairesi, Rektörlüğün temyiz talebini reddederek idare mahkemesi kararını onamıştır. Rektörlük karar düzeltme yoluna başvurmuş, 8.Daire bu talebi de reddetmiştir. Bükür, 28 Mart 1995'te Rektörlüğe başvurarak görevine iadesini ve maaşı ile diğer maddi haklarının verilmesini talep etmiştir.

Başvuru göreve iade talebini kabul eden milli mahkemelerin kararlarına uygun olarak görevini yapmaya hak kazandığı süreye ilişkin olarak, aylık maaşlarının ve buna bağlı maddi haklarının ödenmesi için Rektörlüğe üç ayrı dava açmıştır. Bu davalarda, İdare Mahkemesi, Rektörlüğün, mahkemenin başvurusunun lehine olan iki kararını hukuka aykırı bir biçimde yerine getirmediği zararlardan sorumlu olduğunu belirtmiş, ilgili sürelerle ilişkin olarak başvurucuya maaşlarının ve maddi haklarının ödenmesini karara bağlamıştır. Başvurucuya ödeme yapılmıştır. Başvuru, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğini iddia ederek ve idare mahkemelerinin lehine verdiği kararları Üniversitenin uygulamaması nedeniyle üniversitedeki görevine yeniden iadesinin yedi buçuk yıl sürdüğünü belirterek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, memurluk statüsüne rağmen başvurusunun görevinin kamu hukukundan kaynaklanan güçleri icra etmeye

doğrudan veya dolaylı olarak katılma ve devletin veya diğer kamu otoritelerin genel menfaatini korumaya yönelik görevler içermediğini belirterek; md 6/1'in uygulanabileceğini karara bağlamıştır.²⁹¹

Olayda 4 Mart 1988 tarihinde üniversitenin dava edilmesiyle başlayan süreç, 7 Aralık 1995 tarihinde üniversitenin başvurucuya görevi iade etmesiyle sona ermiştir. Dava, yedi yıl ve dokuz ay sürmüştür. Hükümet, taraflara çeşitli imkânlar sunulduğunu ve başvurucunun temyiz talepleri yüzünden bu gecikmenin olduğunu, mahkemelerin toplam olarak 14 karar verdiğini belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, çalışma hayatına yönelik uyuşmazlıklar, işinden atılması sonucu geçinme araçlarını kaybeden kişinin menfaati düşünüldüğünde, doğaları gereği hızlı karar alınmasını gerektirir. Basit bir işçi işveren ilişkisine ilişkin uyuşmazlığın bu kadar uzun sürmesi, milli hukuk sisteminin bu tür uyuşmazlıkları ele almadaki etkililiğini sorgulamaya neden olur. Hükümetin belirttiği gibi taraflara sunulan çeşitli imkânlar, bireysel hakların korunması ile uyumlu ise de, bu durum kamu otoritelerini, md 6/1 çerçevesinde makul sürede yargılanma hakkı da dâhil olmak üzere, yargı sistemini maddenin bütün gereklerini yerine getirir hale getirme görevinden muaf kılamaz: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi geçen sürenin aşırı olduğu kanaatine varmıştır”.

bb. "Suç isnadı" ile İlgili Uyuşmazlıklar Kapsamında Değerlendirilen İdari Uyuşmazlıklar

Bazı idari işlem ve eylemlerin suç isnadı niteliğinde sayılıp, 6 ncı madde kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülebileceği kabul edilmiştir. Bunlar şu şekilde tasnif edilebilir:

²⁹¹ Bükler-Türkiye, 24.10.2000, İNCEOĞLU, Sibel: a.g.e., s.51.

a- Vergi cezaları gibi idari cezalar

b- Davacının inşaat yapma hakkını ortadan kaldıran süreklilik arz eden yasaklamalar: örneğin 25.10.1989 tarihli Jacobsson/isveç davası ve 28.6.1990 tarihli Skârby/isveç davası.

c- Havaalanının yakınında oturanların gürültü ve kirlilik nedeniyle ilgili İdareye karşı ileri sürdükleri kişisel ve aynı hak iddiaları: örneğin Zürich Kantonuna karşı havaalanının yakınında oturanların gürültü ve kirlilik nedeniyle ileri sürdükleri kişisel ve aynı hak iddiaları ile ilgili 3.7.1983 tarihli Zimmermann ve Steiner davası

d- Likit gaz işletmeciliği ile ilgili uyuşmazlıklar: örneğin 23.10.1985 tarihli Benthem davası

e- Toplu taşımacılıkla ruhsatın idarenin iznine bağlı olması: örneğin 27.10.1987 tarihli Pudas kararı

f- içki satma ruhsatı:

g- Meslekten çıkarma sonucunu doğuran disiplin cezalarının da 6. madde kapsamına alınması: örneğin 23.6.1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyer kararı, 10.2.1983 tarihli Albert ve Le Compte kararı²⁹²

h- Takdir hakkının kötüye kullanılması,

i- Kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkı: Lüksemburg Danıştay'ının aynı üyelerinin Danıştay'ın aynı konuya ilişkin hem inceleme kararında hem de yargısal kararında yer almalarının yargının tarafsızlığını zedelediğinden bahisle Procola davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 28 Eylül 1995 tarihli kararında Lüksemburg'u mahkum etmiştir. Türkiye'de Danıştay bünyesinde idari dairelerle dava dairelerinin ayrılmış olması benzeri bir sorunun Türkiye bakımından söz konusu olmadığını

²⁹² TEZCAN, Durmuş: a.g.b., s.14.

göstermektedir²⁹³.

Öte yandan, 2.12.2000 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemle ilgili olarak ceza davalarında ön soruşturma aşamasında adli yargının devre dışı bırakılıp İdarenin etkin bir konuma sahip olması nedeniyle Memurin Muhakematı Hakkında Kanuni Muvakkatin (MMK) Sözleşmede öngörülen hakları ihlal ettiği yönünde bazı başvurular bulunmaktadır. Ogur-Türkiye davasında²⁹⁴, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 30.10.1997 tarihli raporunda, ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8.7.1999 tarihli kararında, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin uygulanması sonucu, Şırnak İl İdare Kurulu tarafından verilen takipsizlik kararının Danıştay 2.Dairesi'nin 19.9.1991 tarihli kararıyla onanması gündeme gelmiş ve hayat hakkını koruma yönündeki yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Mahkemece de benimsenen Komisyon raporunda, başvuru sahibinin oğlu ile ilgili ulusal düzeyde yapılan soruşturmanın bağımsız organlarca yapılmadığı, zira, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veren kurulun Şırnak İl İdare Kurulunu oluşturan üyelerle soruşturmacıdan oluştuğu ve soruşturmacının bir jandarma subayı olduğu, kurul başkanı olarak vali yardımcısının ve üyeler olarak da vilayet üst görevlilerinin yer aldığı bu kurul mensuplarının, esasen güvenlik güçlerinin fiillerinden hukuken sorumlu olan valinin emrinde çalıştıkları, bu bakımdan ne görünürde bağımsızlığa ne de sürekli bu görevde kalma güvencesine sahip olmadıkları vurgulanmıştır."²⁹⁵ Ayrıca, Danıştay incelemesinin dosya üzerinden yapıldığı, soruşturmanın bu aşamasının da ölenin yakınlarına kapalı olduğu, Danıştay kararının onlara tebliğ edilmediği ve böylece Danıştay nezdinde itirazda bulunma hakkından mahrum kaldıkları aynı raporda belirtilmiştir.

²⁹³ TEZCAN, Durmuş: a.g.b., s.14.

²⁹⁴ TEZCAN, Durmuş: a.g.b., s.22.

²⁹⁵ TEZCAN, Durmuş: a.g.b., s.23.

cc. Vergi Uyuşmazlıkları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

“Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon), vergilendirmeye ilişkin davaları başlangıçtan beri kamu hukukuna dahil bir alan olarak değerlendirmiş ve 6 ncı maddeye aykırılık iddialarını kabul edilemez bulmuştur. Komisyona göre, vergi hukukunda kamu hukuksal yön ve kamusal yetki kullanımı ağır basmaktadır. Vergi hukukunun bu açık yapısı nedeniyle ‘kişisel hak ve yükümlülüklerin’ karara bağlanmasının söz konusu olmadığı vergisel uyuşmazlıklar 6 ncı maddenin kapsamına girmemektedir.”²⁹⁶

Bununla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Editions Periscope davasında, uygulanması gereken vergi istisnasının hukuka aykırı olarak reddedilmesi sonucu oluşan maddi zararın tazmin edilmesi talebini 6 ncı madde kapsamında değerlendirmiştir. Mahkemenin bu davadaki yaklaşımı maddi menfaat üzerine kuruludur ve uyuşmazlığın kaynağındaki vergi uyuşmazlığı dikkate alınmamıştır. “Dolayısıyla, vergilendirme işlemlerinden kaynaklanan maddi zararların giderilmesini amaçlayan ‘tazminat talepleri’ 6 ncı maddenin kapsamında değerlendirilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken, vergi uyuşmazlığının bizzat kendisi değil, bu uyuşmazlığı yaratan işlemin doğurduğu maddi zarara ilişkin uyuşmazlık kapsam dahilindedir.”²⁹⁷

Kural olarak vergi uyuşmazlıkları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6 kapsamında değerlendirilmemekle birlikte vergi cezaları, Ceza Hukuku alanında ele alınarak ceza uyuşmazlığı kapsamında 6 ncı maddeye dahildir.

“Yaptırımın adına yasa koyucu tarafından verilen isim ne olursa olsun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen güvenceler açısından değerlendirme yapmakla olup, vergi cezaları da bu kapsama dahildir”²⁹⁸. Ceza yönü ağır basan uyuşmazlıkların suç isnadı kapsamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6'da öngörülen adil

²⁹⁶ SOYDAN, Billur Yaltı: “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı I”, Vergi Sorunları Dergisi, Ağustos 2000, Sayı 143, s.157.

²⁹⁷ SOYDAN, Billur Yaltı: a.g.m., s.158.

²⁹⁸ Lambert Pierre, Naklen, SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.58.

yargılanma hakkı ilkelerinden yararlandırılacağına ilişkin Bendenoun-Fransa kararı (Bendonoun-Fransa, 24.2.1994, Ser.No:284)²⁹⁹, bu konuda temel içtihat oluşturmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararda, vergi cezalarının mali zararın tazminini değil, temelde tekrar suç işlenmesini önlemeye yönelik olarak cezalandırmayı amaçladığını belirterek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinin kapsamı içinde olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Deweer-Belçika kararında³⁰⁰, suç isnat edilen kişinin ceza yargılamasını engellemek için uzlaşmaya gitmesi durumunda, zorlama olmamasını yerine getirilmesi gerekli koşul kabul etmiştir. Mahkemeye göre bu kural özgürlük ve hukuk devleti üzerine kurulmuş uluslar arası bir uzlaşmanın emridir. Mahkeme, işyerinin geçici olarak kapatılması sonucu oluşacak maddi kayıp baskısı altında dostane çözüme giden başvurusunun zorlama altında Sözleşme'nin güvence altına aldığı adil yargılanma hakkından vazgeçtiği sonucuna vararak Sözleşme md.6/1'in ihlal edildiğini belirtmiştir.

“Bir vergi uyuşmazlığında öngörülen yaptırımın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/1 anlamında suç isnadı sayılabilmesi için yaptırımın:

a) Öncelikle belli bir kişiyi veya bazı kişileri değil, tüm vergi mükelleflerini ilgilendirmesi gerekir. Şayet herhangi bir kimse o yaptırımın muhatabı olabiliyorsa bu unsur gerçekleşmiş sayılır.

b) Bu özellik disiplin cezalarının da md. 6 kapsamında sayılmama nedenini oluşturmaktadır.

c) Önleyici ve cezalandırma amaçlı vergi miktarını arttırma nedenleri genel nitelikli bir kural ile düzenlenmelidir.

²⁹⁹ AĞAR, Serkan: “Adil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 Sayılı Vergi Barışı Yasası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2005, Sayı 59, s.351.

³⁰⁰ AĞAR, Serkan: a.g.m., s.355.

d)Uygulanan yaptırım miktarının çok yüksek rakamlara ulaşması ve ödememe halinde paraya çevirme veya hapisle tazyik edilme şeklinde bir yaptırım öngörülmesi gerekir"³⁰¹.

Bu açıklamalara göre, hapis cezasına bağlanan vergi kaçakçılığı, parasal yaptırımlara bağlanan vergi ziyai cezasından doğan uyuşmazlıklar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6.madde kapsamındadır. Bu durumda, cezalı tarhiyat işlemine karşı vergi mahkemesinde dava açıldığında, vergi mahkemesinden bu konuda verilen karar üzerine itiraz yoluyla Bölge İdare Mahkemesine veya temyiz yoluyla Danıştay'a başvurulduğunda, davacılar adil yargılanma hakkını ileri sürebilir ve iç hukuk yolları tüketildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de bu iddiayı taşıyabileceklerdir.

dd. Seçim Uyuşmazlıkları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Serbest seçim hakkı. Ek 1 No'lu Protokol md.3'de yer almaktadır. Uygun sürelerle, gizli oyla serbest seçim yapılması ve bireysel seçim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Ek 1 No'lu Protokol md.1) garanti altına aldığı tek siyasi hak olma niteliği taşımaktadır. Bunun nedeni, seçim hakkının demokratik devlet yapısıyla doğrudan ilişkili olmasıdır. Buna göre seçimler, serbest, gizli olmalı ve halkın görüşünü özgürce açıklayabilmesine olanak tanımalıdır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Ek 1 No'lu Protokol md.3'ün hem aktif ve hem de pasif seçim hakkını garanti ettiği sonucuna ulaşmıştır. Kuşkusuz her taraf devletin seçimin hangi koşullar içinde gerçekleşeceğini yasayla düzenlemesini de şart koşmaktadır. Her ne kadar, seçim sisteminin oluşturulmasında ilgili devletin geniş bir takdir yetkisi bulunmakta ise de keyfi sınırlamalara yol açabilecek düzenlemeler bu hükme aykırılık oluşturur. Ek 1 No'lu Protokol md.3, yalnızca yapılacak seçimde halkın düşüncesini özgürce dile getirmesinin garanti altına alınması yönünde bir zorunluluk öngörmektedir.

³⁰¹ AĞAR, Serkan: a.g.m., s.355.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 3. Dairesi, kapatılan Fazilet Partili vekiller Merve Kavakçı, Nazlı Ilıcak ve Mehmet Sılay'ın yaptığı üç ayrı başvuruda yer alan, parti kapatma gerekçesiyle 5 yıl süreyle seçilme haklarının elinden alınmasından dolayı getirilen siyaset yasağını serbest seçim haklarının ihlali olarak görmemiş ve meşru bulmuş, ancak bu meşru hedef için getirilen müeyyidelerin ağır ve oransız olduğu ve meşru amaçla dengeli olmadığı, sonucuna varmıştır. Bu kararın hukuki etkisi bütün kapatılan siyasi yasaklı kişilerin bu hükümden yararlanmasına gerekçe yapılabilecek olmasıdır³⁰².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 3 Kasım 2002 tarihinde yapılan genel seçimlerde yüzde 10'luk ülke barajının altında kalan DEHAP'ın yaptığı başvuruyu karara bağlamış ve seçimde uygulanan baraj oranının seçim hakkını engellediği iddiasıyla açtığı davada yüzde 10 seçim barajının "serbest seçim hakkını ihlal etmediğine" karar vermiştir.

b. Adil Yargılanma Hakkının Unsurları ve İdari Yargının Değerlendirilmesi

aa. Dava Hakkı (Mahkeme Önünde Hak Arama) ve İdari Yargı

Mahkeme, 6/1 maddedeki, "herkes....bir mahkeme tarafından davasının....görülmesini istemek hakkına sahiptir" hükmünden hareketle "mahkeme önünde hak arama" olanağının zımnen kabul edildiğini belirtmiştir. Mahkeme bu sonuca varırken, Sözleşmenin metni ve içeriği ile konu ve amacına, hukukun üstünlüğü kuralına ve hukukun genel ilkelerine dayanmıştır.

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

³⁰² SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., Ankara s.60.

gerekmektedir. Kişilerin nitelikleri aşağıda belirtilen bir mahkemede hak arama özgürlüğüne sahip olması ve mahkemeye başvuru konusunda hiçbir engelle karşılaşmamaları gerekmektedir. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının gereğinde cebri icra yoluyla yerine getirilmesi de bu hakka dahildir.³⁰³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 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. De Gepufftre De Pradelle-Fransa davasında, birden çok ilgiliye yönelik idari işlemlerin ilgililere tek tek duyurulması yerine genel duyuru yapılmasını 6'ncı maddenin ihlali olarak nitelendirmiştir. Bu davada, başvurucağın taşınmazının da içinde bulunduğu bir alan, Çevre Bakanlığı tarafından "Doğal Güzellik Alanı" ilan edilmiş ve itirazın nasıl olacağı Resmi Gazetede yayımlanan Bakanlık Kararnamesi ile duyurulmuş. Başvuranın açtığı idari dava Resmi Gazete'de yayım tarihinden itibaren dava süresinin geçirildiği gerekçesiyle reddedilmiş. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işlemlerin başladığının taşınmaz sahiplerine yazılı olarak bildirilmesi yanında, işlemlerin olumlu ya da olumsuz sonuçlarının da bildirilmesi gerektiği, başvuranların aylarca hatta yıllarca Resmi Gazete'yi izlemek zorunda kalmamaları gerektiği, başvurucağın pratik ve etkili biçimde Danıştay'a başvurma imkânının kaldırılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6'nın ihlali olduğu sonucuna varılmıştır.³⁰⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı 13'üncü maddesinde "Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına

³⁰³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ:a.g.e., s.279.

³⁰⁴ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.33.

dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makam etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.” Hükmü yer almıştır.

Etkili Başvuru Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 13) ile ilgili olarak; 11.07.2000 tarihli sınır dışı etme konusundaki Jabari-Türkiye kararında (No: 40035/98), başvuru yapan Jabari İran vatandaşı olup, İran'da bulunduğu sırada evli bir kişiyle ilişkisi olması nedeniyle polis tarafından göz altına alınmış, daha sonra yasadışı yollardan Türkiye'ye girmiş, sahte pasaportla İstanbul üzerinden Fransa ve oradan da Kanada'ya giderken Fransız polisi tarafından yakalanarak Türkiye'ye iade edilmiş ve İstanbul'da havaalanında göz altına alınmıştır. 1994 tarihli Sığınmacılar Yönetmeliği'ne göre, sığınma talebi, beş günlük süre içerisinde yapılmadığı için reddedilmiş, ancak Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (UNHCR) devreye girmesiyle İstanbul'da bir otele yerleştirilmiştir.

Başvuru, İran'a geri gönderilmesi halinde taşlanma suretiyle öldürülme veya kırbaçlanma cezası gibi insanlık dışı ceza ile karşılaşacağını ileri sürmüştür. 16 Şubat'ta sığınmacı statüsü verilmiş, 8 Martta sınır dışı edilme kararına aleyhine Ankara İdare Mahkemesi'ne yürütmeyi durdurma talebinde bulunmuş ancak 16 Nisan 1998'de reddedilmiş, iptal talebi de geçici oturma izni verildiği gerekçesiyle 4 Kasım 1998'de kabul edilmemiştir. Etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 13) konusunda başvuru talebi zamanaşımına tabi olduğundan İran'a iadesinden neden korktuğunu anlatamamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, etkili hukuk yolu kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3'e aykırı bir muameleden korkulması halinde bu konudaki talebin bağımsız ve dikkatli bir biçimde incelenmesini gerektirir. Ankara İdare Mahkemesi bu güvenceyi sağlayamadığından etkili hukuk yoluna ulaşma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bununla birlikte başvuru bu ülkeye gönderilmemesi yeterli adil karşılık oluşturmuş, başka bir tazminatın gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre 13.madde anlamında etkin

başvuru, 3.maddeye aykırı muameleye tabi olmaya dair gerçek tehlike korkusunun maddi temelleri bulunduğu dair iddianın bağımsız ve ayrıntılı bir şekilde incelenebilmesidir ve gerektiğinde alınan önlemin (yapılan işlemin) yürütülmesinin durdurulması olasılığının bulunmasıdır. Ankara İdare Mahkemesi, bu belirtilen önlemlerin hiçbirini sağlayamadığı için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu olayda, Türk idari yargısına başvuruyu etkin bir hukuk yolu olarak görmemiştir.”³⁰⁵

“Jabari kararında, ‘16 Nisan 1998'de adı geçen mahkeme, başvuranın dilekçesini sınır dışı etme kararında kanuna aykırı bir durum olmadığı için reddetmiş ve kararın uygulanması halinde onarılması mümkün olmayan zararların meydana gelmeyeceği gerekçesiyle de yürütmenin durdurulmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır’ denmektedir. Şayet idare mahkemesi, mevzuat nedeniyle kanuna aykırı bir durum olmasa bile telafisi güç bir durumun olduğunu belirlemiş olsaydı bile yine de yürütmenin durdurulması kararı veremeyecekti. Çünkü İYUK md.27'deki iki koşulun birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır. Sonuçta, önceki mevzuat döneminde yer alan ve bu iki koşuldaki sadece birisinin yeterli olmasını öngören anlayışı esas almak gerekli ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları karşısında artık zorunlu hale gelmiştir”³⁰⁶. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

Kanaatimizce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraf devletlerin tüm organları tarafından uygulanması yönündeki beklentiyi yansıtmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idare mahkemesinin sadece ulusal mevzuatı dikkate alarak karar vermesinin, yaşama hakkının ihlali ve/veya kötü muameleye maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalan başvurucuyu yeterince koruyamamış olduğunu belirlemiştir. Bu karar, tezimizde savunduğumuz, ulusal yargı yerlerinin ve idari yargı mercilerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini göz

³⁰⁵ KARAHANOĞULLARI, Özlem Erdem: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Yargı”, İnsan Hakları Yılı, Yıl 2001-2002, Cilt 23-24, s.35.

³⁰⁶ SANCAKDAR, Oğuz : a.g.m., s.103.

önünde bulundurarak karar vermesi gerektiği yolundaki iddiamızın haklılığını ortaya koyan bir karar niteliğindedir.

Anayasamızda yer verilen bazı idari işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olması konusu dava hakkı ile yakından ilişkilidir. Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulmuş, ancak, bu kararların askeri disiplinle ilgili olması nedeniyle, uyuşmazlığın 6'ncı madde kapsamında olmadığı gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir. (Batur, Erbek, Duran ve Diğerleri, Toraman, Özden..davaları). Kalaç-Türkiye kararında (1.7.1997), Divan, askeri disiplinin gereklerine uygun olarak, tarikatlara girme gibi davranışların yasaklanabileceğini, bu konuda dini inanç özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilebileceğini kabul etmiştir.

Anayasanın 129'uncu ve Devlet Memurları Kanunu'nun 135'inci maddesi uyarınca uyarma ve kınama cezalarına karşı da yargı yolu kapalıdır. İdari yargı yerleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 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 uyarma cezası alması üzerine 2003'te Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açtığı davada ihlal kararı verilmiştir.

Anılan Karaçay-Türkiye kararında, (Karar tarihi, 27 Mart 2007, Başvuru no:6615/03) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uyarma cezasına karşı iç hukukta etkili başvuru yolunun bulunmadığını, dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 13'üncü maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir. Ayrıca, kararda, ordu, emniyet ve diğerleri gibi bazı sektörlerde görev yapan devlet memurlarının sendikal faaliyetlerine, resmi görevlerin ifa edilmesinde gerekli olması koşuluna bağlı olarak sınırlama getirilmesinin mümkün olduğunu, ancak Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nda elektrikçi olarak çalışan başvuranın bu tür sınırlamaları gerektirecek bir görevde bulunmadığını, dolayısıyla AİHS 11.maddenin ihlal

edildiğine karar vermiştir³⁰⁷.

Altın-Türkiye davasında (Başvuru No:39822/98, AİHM'nin 6 Nisan 2000 tarihli kararı), Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun uyguladığı bir disiplin yaptırımı sonucu görevinden alınan bir savcının başvurusu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Olayda, "Başvurucu, politik görüşlerini açıklaması nedeniyle iki kez disiplin yaptırımına uğramış ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na (md.69) dayanılarak Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu 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.maddenin uygulama alanında olmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur."³⁰⁸

bb. Kanunla Kurulmuş, Tarafsız ve Bağımsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre yargı yeri yasayla kurulmuş, "bağımsız ve yansız" olmalıdır. Bir mahkeme için yasayla kurulma, suçtan ya da olaydan önce yasayla kurulmuş olağan mahkeme olma anlamına gelir (doğal yargıç ilkesi). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde yer alan anlamıyla "*mahkeme*", dava konusu olaydan bağımsız olarak, kanunla kurulmuş, yetkileri ve uygulayacağı kurallar kanunla belirlenmiş, karar verme yetkisine sahip, kararları gerektiğinde devlet gücüyle yerine getirilecek yargı organını ifade eder.³⁰⁹ Bununla birlikte, mahkemenin kanunla kurulmuş olması şartı, onun mutlaka yargı erki içinde yer almasını gerektirmez. Nitekim,

³⁰⁷ Karaçay-Türkiye kararı için bkz. http://kesk.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=329&Itemid=96.

³⁰⁸ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.200.

³⁰⁹ REİSOĞLU, Safa: Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001, s.105

Komisyon ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, düzenli mahkemeler dışında bir çok organı Sözleşmenin 6'ncı 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 bir çok organ "*kanunla kurulmuş mahkeme*" sayılmıştır.³¹⁰ Sözleşmenin 6'ncı maddesinde yer alan "*mahkeme*" kavramı ile; kanunla kurulan, bağımsız, tarafsız ve yargılama usulü güvencesine sahip bir makam anlaşılmalıdır.³¹¹ Diğer bir ifadeyle mahkeme; bir davaya bakan, hâkim niteliğindeki kişilerden kurulu, yargı yetkisini haiz ve uyuşmazlığı esastan çözen makamdır.³¹² Şüphesiz mahkeme, tabii hâkim (kanunî hâkim) güvencesini de kapsamaktadır. Mahkeme, yargılanacak uyuşmazlıktan önce kanunla kurulmalı ve yetkilendirilmelidir. Kişi ve olaya göre yargılama mercii kurmayı engelleyen, dava açılmadan önce kurulup, yargılama usulünün yasama organı tarafından yasa ile belirlendiği bir mahkeme olmalıdır.

Mahkemenin bağımsız olması, herhangi bir kişi, makam yahut organdan emir almamak, özellikle yürütme erki ve davadaki tarafların etki alanı dışında olmak demektir. Mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsız olması, hak arama hürriyetinde, adil yargılamanın bir ön şartı ve unsurudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına ve nihayet, mahkemenin, global bir değerlendirme ile, "*bağımsız bir görünüm*" verip vermediğine

³¹⁰ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.168.

³¹¹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.279..

³¹² ÖZBUDUN, Ergun: a.g.e., s.383.

bakmaktadır.³¹³ Adil yargılamadan bahsedebilmek için yargılamayı yapacak mercilerin hem yürütmeye hem de yasamaya karşı bağımsız olması gerekmektedir.

Mahkemenin tarafsızlığı,, davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı yokluğu; özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazısının taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhindeki bir duyuya ya da çıkara sahip olmaması demektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tarafsızlık kavramını objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır. *Sübjektif tarafsızlık*, mahkeme üyesi yargıcın birey sıfatıyla, kişisel tarafsızlığı; *objektif tarafsızlık* da kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması; tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin oranının tarafsızlığı konusunda makûl her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır.³¹⁴

Örneğin, Procola davasında³¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Luxembourg Danıştay'ının hükümete bazı idari konularda görüş bildiren dairesinde görevli yargıçların, aynı konu ile ilgili bir uyuşmazlığı inceleyen kurulda yargılamaya katılmalarının, daha önce verdikleri idari görüş nedeniyle, davacıda tereddüt oluşturabileceğini, bu durumun mahkemenin tarafsızlığı ilkesiyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6'ya aykırı bulmuştur.

Anayasamızın 138'inci maddesine göre, "*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile*

³¹³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.280.

³¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.282.

³¹⁵ Procola-Luxembourg, 28.9.1995, SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b, s.36.

ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. “ Anayasamızın 139’uncu maddesinde de hakimlik ve savcılık teminatı öngörülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İncal-Türkiye davasında ve takip eden bir çok davada, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde yargıçlardan birinin askeri yargıç olmasını 6/1 maddedeki “bağımsız ve tarafsız” mahkeme güvencesine aykırı bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu içtihadı nedeniyle, PKK terör örgütü elebaşı Öcalan davası sırasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, mahkeme heyetinde askeri yargıç bulunması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vereceği kuvvetle muhtemel olduğundan, 18.6.1999 tarih ve 4388 sayılı kanunla Anayasanın 1473’üncü maddesinde değişiklik yapılarak, askeri yargıçlar bu mahkemelerden çıkarılmıştır. 2004 yılı Anayasa değişikliğiyle birlikte DGM’leri düzenleyen 143’üncü madde ortadan kaldırılmıştır. Kanımızca bu değişiklik isabetli olmuştur.

Arap Yalgın ve Diğerleri-Türkiye davasında (25.9.2001; Başvuru No:33370/96), başvuru Ankara Sıkıyönetim Mahkemesi’nin tarafsız ve bağımsız olmadığını, dolayısıyla adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, askeri yargıçlar yürütmenin emrindeki orduya tabidirler. Yine askeri hakimler askeri disiplin ve sicil değerlendirmesine tabidirler. Dolayısıyla terfi etmek için hem idari hem de yargısal üstlerinin olumlu sicil notuna ihtiyaç duymaktadırlar. Son olarak atanmalarıyla ilgili kararlar, idari makamlar ve ordu tarafından alınmaktadır. Sıkıyönetim Mahkemesi heyetinde bulunan subay üye konusunda ise, Mahkeme bu üyenin ilgili sıkıyönetim ve/veya kolordu komutanının emir komutası altında olduğunu gözlemlemektedir. Bununla birlikte Mahkeme’nin görevi, bu tür mahkemelerin bir Sözleşmecî Devlet’te kurulmasının gerekli olup olmadığını in abstracto olarak belirlemek ya da ilgili uygulamayı gözden geçirmek değil, fakat bu mahkemelerden herhangi birinin işleyişinin başvuruların adil yargılanma

hakkının ihlalini teşkil edip etmediğini belirlemektir. Bu bağlamda Mahkeme, bu davada olduğu gibi, bir mahkemenin üyeleri arasında görevleri ve hizmet organizasyonları bakımından taraflardan birinin hiyerarşisine tabi üyelerin bulunması durumunda, sanık şahısların bu üyelerin bağımsızlığına ilişkin makul şüpheler besleyebileceğini düşünmektedir. Bu tür bir durum demokratik bir toplumda uyanması gereken güveni etkileyecektir. Ayrıca, Mahkeme bir sivilin kısmen de olsa silahlı kuvvetler mensuplarından oluşan bir mahkemenin önüne çıkarılmak zorunda bırakılmasına büyük önem atfetmektedir. Öne sürülenler ışığında Mahkeme, Devlet'in anayasal düzenini yıkmaya çalışmak suçlamasıyla Sıkıyönetim Mahkemesi'nde yargılanan başvuranların, iki askeri yargıç ve sıkıyönetim komutanına bağlı bir subay üyenin içinde bulunduğu bir heyet tarafından yargılanmasından dolayı haklı bir endişeye sahip olabileceğini düşünmektedir³¹⁶ denilerek, 6'ncı maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Biz de sivillerin silahlı kuvvetler mensuplarından oluşan bir mahkemenin önünde yargılanmasının demokratik hukuk devletiyle bağdaşmayacağı görüşünü taşıyoruz.

cc. Davanın Makul Bir Süre İçinde Görülmesi

Sözleşmenin 6/1 'inci maddesi yargılamanın "*makul bir süre içinde*" bitirilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır. Ancak, dava konusu her olaya uygulanabilecek standart bir makul süre tespiti mümkün değildir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her somut olayda, olayın özelliklerine göre, sürenin makul olup olmadığını araştırıp, sonucuna göre bir karar vermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargılamada makul süreyi araştırırken üç ölçüt kullanmaktadır. Birincisi, dava konusunun niteliği, ikincisi, yargılama sırasında şikâyetçinin ulusal merciler önündeki tutumu, üçüncüsü ise, ulusal

³¹⁶ SANCAKDAR, Oğuz : a.g.b., s.37-38.

yargılama makamlarının tutumudur.³¹⁷ Dava konusunun niteliği ile anlatılmak istenen, hukuki meselenin çözümündeki güçlük, dava ile ilgili kanıtların toplanmasında karşılaşılan engel ve karmaşık durumlardır. Şikayetçinin ulusal makamlar önündeki tutumundan 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 (Mahkeme kararı; Zimmermann-Steiner/İsviçre, 13.7.1983, A 66, S24 ; Martins Moreira/Portekiz, 26.10.1988, A 143, S.52)³¹⁸. Ayrıca, makul sürenin aşıldığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurulduğu halde, iç başvuru yollarının tüketilmiş olması, yani makul sürede bitirilmediği ileri sürülen yargılamanın sonuçlanmış olması şartı aranmamaktadır.

“Yargılamada makul sürenin aşıldığı şikâyeti, 6.madde bağlamında Mahkeme önüne getirilen davalarda sayı itibariyle en ön sırayı işgal etmektedir. Bunların sayısı yüzlercedir ve hemen hemen bütün davalarda hükmün ihlali saptanmış bulunmaktadır.”³¹⁹ Bu nedenle, taraf devletler, idarî ve yargı teşkilatlarını davaları makul süre içerisinde bitirecek şekilde örgütlemek ve düzenli olarak çalışmalarını sağlamakla yükümlüdürler. Yargılama süresinin başlangıcı ve sonu mahiyetleri gereği, hukuk (medenî hak) ve ceza davalarında farklı olmaktadır.

Hukuk davalarında süre, dava dilekçesinin yargılama makamına verilmesi ile başlar. Ancak, ulusal mevzuat mahkemeye başvurmadan önce, bir idarî makama başvuruyu öngörmüş ise, süre bu tarihten başlar.

³¹⁷ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.286.

³¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.287.

³¹⁹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.287.

Yargılama sürecinin tamamı bu süreye katıldığı gibi, hükmün verilmesinden sonraki istinaf (varsa), temyiz yollarını da kapsar.

Ceza davalarında sürenin başlangıcı, kişinin bir suçla itham edildiği, daha doğrusu ithamdan herhangi bir kovuşturma işlemi yapılmak suretiyle sanığın haberdar olduğu andan başlar. Sürenin sonu ise, kanun yolları da dahil olmak üzere, yargılamanın kesin hükümle sonuçlandırıldığı tarihte biter.

Davada uygulanacak kanun hükmünün anayasaya aykırılığı nedeniyle, anayasa mahkemesinde iptal davası açılmasından, bu mahkemeden kararın çıkmasına kadar geçen süre, makul süre hesabına dahil edilmez. Ancak, eğer anayasa mahkemesinin vereceği karar davanın esasını etkileyecek nitelikte ise, bu süre de hesaba dahil edilir. Geciken adaletin adalet olmadığı deyimi bütün hukuk sistemlerinde mevcuttur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İdari davaların makul sürede sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak, Pizzetti-İtalya davasında şikayetçi ve dört arkadaşının emekli ve sakatlık aylıklarına ilişkin uyuşmazlıkların 4 ila 16 yıl arasında sonuçlanmasını; Scuderi-İtalya davasında terfide maaş hesaplanmasına ilişkin davanın 4 yıl 5 ay sürmesini; Massa-İtalya davasında, aynı işi yapan kadın ve erkeğin maaşları arasındaki farklılık dolayısıyla görülen davanın 6 yıl sürmesini; Pailo, Richard Henra, Le Ferme-Fransa davalarında, kan hastası olan şikayetçilere kan nakli sırasında AIDS virüsü bulaştırılması nedeniyle açılan tazminat davalarının 4-6 yıl arasında sonuçlandırılmasını 6.maddeye aykırı bulmuştur.

Büker-Türkiye başvurusunda, üniversitede yardımcı doçent olarak çalışan davacının görevine son verilmesi nedeniyle açtığı davanın yedi buçuk yıl sürmesi nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ahmet Kılıç-Türkiye davasında (25.4.2006, Başvuru No:38473/2)³²⁰ Belediyede memur statüsünde çalışan ilgilinin görevine, son iki yıla ait adli sicil kayıtlarına dayanılarak son verilmiş, adı geçen tarafından, 12.6.1995'te işlemin iptali ve maddi haklarının tazmini istemiyle açılan davada idare mahkemesi, 27.11.1996 tarihinde, adli yargıda dava açılması gerekeceği gerekçesiyle görev yönünden davanın reddine karar vermiştir. Davacı kararı yürütmeyi durdurma talepli olarak temyiz etmiş, Danıştay idare mahkemesi kararının ve idari işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiş, bunun üzerine ilgili, Belediyedeki işine döndürülmüştür. Danıştay İdare mahkemesinin kararını bozmuş, idare mahkemesince yapılan yargılamada dava konusu işlemin iptaline ve maddi haklarının davacıya ödenmesine hükmetmiştir. Bu karara karşı idarenin yaptığı temyiz başvurusu da Danıştay tarafından 13.12.2001 tarihinde reddedilmiştir. Bu kararın başvurana tebliğ edildiği 3.4.2002 tarihine kadar davacıya herhangi bir ödeme yapılmamıştır. Bunun üzerine ilgili, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kesinleşmiş kararın uygulanmamasının 6/1 kapsamında davalı devletin sorumluluğunu gerektirdiğini, davanın karmaşık olmadığını, zira başvuranın belediyedeki işinden çıkarılması ile ilgili olduğunu, ancak, işi ile ilgili olması ve kendisine ödenmesi gereken meblağın halen ödenmemiş olmasının başvuran için hayati önem taşıdığını, yerel mahkemelerin altı yıl boyunca biri geçici tedbir olan beş karar aldığını, davanın Danıştay'da görülmesi esnasında üç yıl iki ay gibi uzun bir sürenin geçmiş olduğunu belirterek, yargılamanın makul sürede tamamlanmadığına karar vermiştir.

Döleneken-Türkiye davasında³²¹ (Başvuru No:31132/96, 06.12.2005); dava konusu olayda Döleneken'lerin yedi yaşındaki oğlu Alper 12 Nisan 1988 tarihinde TCDD'ye (Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları) ait bir kuyuda ölü bulunmuştur. (...) Danıştay, ilk derece mahkemesine yapılmış

³²⁰ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.40.

³²¹ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.41.

tazminat başvurusunu süreaşımı nedeniyle bozmuştur. İdare Mahkemesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu md.49/4 uyarınca kararında ısrar etmiştir. TCDD de Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na başvurmuştur. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, başvuranlara yüklenebilecek hiçbir gecikmenin olmadığına kanaat getirmiştir. Böylelikle dava dosyası son kez ilk derece mahkemesi'ne gönderilmiş, 17.04.1997 tarihinde mahkeme Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca TCDD'nin başvuranlara 9.000.000 TL. manevi ve 1.000.000 TL. maddi tazminat ödemesini kararlaştırmıştır. Üç farklı derecedeki mahkemede alınan altı karar sonunda dava yaklaşık dokuz yıl sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6/l'in ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir.

Latif Fuat Öztürk-Türkiye davasında (2.2.2006, Başvuru No:54673/00),³²² başvuran yol yapımı için İzmir Büyük Şehir Belediyesi ile sözleşme imzalamıştır. Yol yapımı sürmekteyken, Belediye, sözleşmeleri feshetmiştir. İzmir Ticaret Mahkemesi, 16.3.1992 tarihli kararı ile sözleşmelerin feshinin hukuka aykırı, dolayısıyla geçersiz olduğuna karar vermiştir. Başvuran Belediyeden mahkeme kararına uymasını talep etmiş, belediye bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine başvuran belediyeye karşı tazminat davası açmış, dava beş yıldan uzun sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu sürenin makul süre şartına uygun olmadığına karar vermiştir.

İdari yargı kararlarının uygulanmaması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6 ve md.13'ün ihlalini oluşturur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davaların kesin hüküm halini almasına karşın, gereklerinin yerine getirilmemesini davaların hiç sonuçlanmadığı anlamında yorumlamaktadır.

Yargı kararının hiç uygulanmadığı durumlarda ise, Avrupa İnsan

³²² SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.40.

Hakları Sözleşmesi md.6'nın ihlali süreklilik kazanmaktadır. Gecikmeli de olsa kararların bir süre sonra uygulanması, yargılama sürecine eklenmekte ya da uyuşmazlığın türüne göre başlı başına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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 dahildir. Bir mahkemece verilen kararın yerine getirilmesi, Sözleşme md.6/1 ile amaçlanan "yargılama"nın bütünüleyici parçasıdır . Aksi durumda yargı yolu anlamsızlaştırılmış ve devre dışı bırakılmış olur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, yargı kararları uygulanmazsa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6/1 ihlal edilmiş olur. Yargı kararının hukuka uygun şekilde yerine getirmede idarenin ihmali, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6/1 'in etkin kullanımından yoksun kalınması anlamına gelmektedir. Mahkeme tarafından verilmiş bir kararın yürütülmesi, "yargılamanın" tamamlayıcı bir parçası olarak görülmelidir³²³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkeme kararlarının uygulanma tarihini de makul süre kavramını incelerken dikkate almaktadır. Kelali ve diğerleri-Türkiye davasında, (Başvuru No:67585/1, 26.1.2006)³²⁴, 1996'da Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından arsası kamulaştırılan başvurana yerel mahkemeler tarafından ödenmesine karar verilen ek tazminatın, 16 Mayıs 2000 tarihinde ödendiğini, sonuç olarak mahkeme kararının ancak bu tarihte sona ermiş olduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir.

Bu konuyla ilgili olarak, Okyay ve Diğerleri-Türkiye Davası'nı da (Başvuru No: 36220/97, 12.07.2005)³²⁵ belirtmek gerekir. Söz konusu davada, üç termik santralin Muğla ilinde yarattığı çevre kirliliği nedeniyle kapatılmasına ilişkin ulusal mahkemelerce verilen kararın ulusal yetkili makamlar tarafından yerine getirilmemesiyle ilgili olarak Avrupa İnsan

³²³ Hornsby-Yunanistan, 19 Mart 1997 kararı; Ahmet Kılıç-Türkiye 25.4.2006, Başvuru No:38473/0; SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.40.

³²⁴ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.42.

³²⁵ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.48.

Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Başvurucular, idari makamların, Muğla ilinde kurulu Yatağan, Gökova (Kemerköy) ve Yeniköy termik santrallerinin işletmelerinin durdurulmasına ilişkin idare mahkemelerince ve Danıştay tarafından verilen kararların yerine getirilmesindeki ihmallerinden dolayı Sözleşmenin 6'ncı maddesindeki adil yargılanma haklarının ihlal edildiğinden yakınmışlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyla ilgili kararında, bir mahkeme tarafından verilen kararın yerine getirilmesinin, Sözleşmenin 6/1 maddesinde amaçlanan "yargılama"nın bütünüleyici parçası olarak dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Eğer Sözleşmeci Devletin yasal sistemi, kesin ve bağlayıcı olan bir mahkeme kararının veya bir tarafın maruz kalacağı zararı önleyen bir tedbir kararının uygulanamaz hale gelmesine izin veriyorsa, bu durumda, 6.maddeyle sağlanan mahkemeye ulaşma hakkı görünürde kalacaktır. Bu ilke, davacının medeni hakları için kesinlik sağlayan idari işlemler bağlamında bir tartışmanın sonucu ile ilgili olduğu takdirde daha da önemlidir, demek suretiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6/1'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³²⁶ Bergama'da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının uygulanıp uygulanmadığı konusu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi aracılığı ile düzenli raporlar ve tavsiye kararları ile denetlenmektedir. İşletmeye açılma ruhsatı verilmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının uygulanmadığı anlamına gelecektir. Kararın uygulanmamasının, Türkiye'nin Avrupa Konseyi'nin çıkarılmasına kadar varabilecek bir takım siyasi sonuçları da doğurabileceği hususu hatırlatılmış, sonuç olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin md.6 ve 8'in ihlal edildiğine ve her başvuru için 3.000 Euro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Bir başka önemli örnek Öçkan ve Diğerleri/Türkiye Davasıdır (Başvuru No:46771/99, 28 Mart 2006)³²⁷. 8 Kasım 1994 tarihinde, başvuruların da

³²⁶ Okyay ve Diğerleri-Türkiye davası, Başvuru No:36220/97, 12.7.2005, SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.48.

³²⁷ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.49.

aralarında bulunduğu Bergama ve çevre köyleri halkı, Çevre Bakanlığı tarafından kabul edilmiş olan izin verme kararının iptal edilmesi için İzmir İdare Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuşlardır. Altın çıkarılması için şirket tarafından siyanür kullanılmasının tehlikeleri, özellikle yeraltı su tabakasının kirlenmesi, mahalli bitki ve hayvanların yok edilmesi riskleri, belirtilen gerekçeler arasında yer almıştır. İdare mahkemesi, 15 Ekim 1997'de söz konusu izin işleminin iptaline karar vermiş, Danıştay 1 Nisan 1998'de kararı onamıştır. Söz konusu madenin kapatılması ise idare tarafından ancak, 27 Şubat 1998'de gerçekleştirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İdare'nin, hukuk Devleti'nin bir parçasını oluşturduğunu ve adaletin en iyi şekilde işleminin İdare'nin yararına olduğunu, eğer İdare görevini yerine getirmekte ihmalkârlıkta bulunursa veya yerine getirmeyi reddederse ya da geç yerine getirirse, yargıya başvuran kişinin faydalandığı güvencelerin var olma nedenlerini kaybedeceğini belirtmekte (Hornsby-Yunanistan, 19.3.1997 tarihli karar) ve ulusal makamların İdare Mahkemesi'nin 15 Ekim 1997 tarihinde verdiği ve 1 Nisan 1998 tarihinde Danıştay tarafından onanan kararına gerçekten ve makul süre içinde uymadıklarına ve böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ve 6'ncı maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ankara 5.İdare Mahkemesi, mahkemece verilen iptal kararının uygulanması istemiyle idareye yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada³²⁸, ulusal mevzuata ve yargı kararlarının uygulanması konusundaki mahkeme içtihatlarına değindikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hornsby-Yunanistan kararına da atıfta bulunmuş, yargı kararlarının yerine getirilmemesinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirildiği belirtilmiştir.

Kanaatimizce, “geç gelen adaletin adalet olmadığı” deyişi çok doğru bir tespiti yansıtmaktadır. İdari yargıda davalar yıllar sürmekte, davalar

³²⁸ Ankara 5.İdare Mahkemesi, 17.9.2004 günlü, E.2004/2756, K.2004/1459.

sonuçlanıncaya kadar bireylerin hukuki durumlarında bir çok değişiklik meydana gelmiş olmakta ve geç elde edilen yargı kararının uygulanması anlamsız kalabilmektedir. Davaların çok uzun sürmesi, bireylerin adalet duygusunu ve mahkemelere duyulan inancı ve güveni sarsmaktadır.

Bize göre, idari yargıda davaların uzun sürmesinin önüne geçmek için, ikinci dilekçe ve ikinci savunma aşamaları kaldırılmalı, Böylece, dosyanın tekemmülü hızlanacak, yargılama süresi kısılacaktır. Ayrıca, yürütmenin durdurulmasına karar verilen dosyaların tekemmül ettirildikleri tarihten itibaren belirli bir süre içinde karara bağlanacağı hükmü getirilerek, yargılama sürecinin kısaltılması amaçlanmalıdır.

Yine, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde, mahkemelere, kararın yerine getirilmemesinde sorumluluğu bulunan kamu görevlileri hakkında suç duyurusunda bulunma yükümlülüğü getirilmeli, tazminat ve vergi davalarında, idarenin, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faizi ödeyeceği düzenlenmelidir.

Bunun yanında, Bölge İdare Mahkemelerine istinaf mahkemeleri sıfatı kazandırılmalıdır. Mevcut durumda, idare ve vergi mahkemelerinin yürütmenin durdurulması hakkındaki kararlarıyla, 2577 sayılı Kanunun 45'inci maddesinde sayılan bazı nihai kararları itiraz yoluyla Bölge İdare Mahkemelerine götürülmektedir. Bunun dışındaki tüm nihai kararlar temyiz yoluyla Danıştay'da görülmekte ve bazı davalar da ilk derece olarak Danıştay'da görülmektedir. Bu durum Danıştay'ın iş yükünü muazzam ölçüde arttırmakta, davaların çok uzun sürede çözümlenmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle, halen temyiz mercii olarak Danıştay'da görülen birtakım davaların itiraz yoluyla bölge idare mahkemelerinde görülmesi sağlanmalıdır.

dd. Yargılamanın Açık (Aleni) ve Duruşmalı Olması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6/1 madde, 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. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1'inci maddesine göre, hüküm açık celsede verilir. Alenilik, evrensel hukukun ilkelerindedir.

Geniş anlamda aleniyet ise, yukarıda sayılanlara ek olarak tarafların dosyada mevcut, her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilmelerini kapsar. Sözleşmenin 6/1'inci 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.³²⁹ Yargılamada 6.madde koşulları, yargılamanın her derecesi için geçerlidir. Ancak, istinaf ve temyiz derecelerinde, “açık duruşma” gereğine riayet olunup olunmadığı hususu, ilk derece mahkemesi kararına yapılan itirazın konusu ve önemi, yargılama faaliyetinin bütünü göz önüne alınarak, her bir derece mahkemesinin yargılamada oynadığı role bakılarak ele alınmaktadır³³⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Helle davasında³³¹, temyiz mercii olarak görev yapan Yüksek İdare Mahkemesinin davacının duruşma talebini dikkate almadan karar vermesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6'ya aykırı bulmamıştır.

Açık duruşma kuralına, genel ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik, küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği, adaletin selameti sebepleriyle sınırlama getirilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, cezaevi içinde yapılan disiplin suçu yargılamasının kamu düzeni ve güvenlik nedeniyle; meslek odası

³²⁹ TAŞKIN, Ahmet: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı”, Adalet Dergisi, Yıl 95, Mayıs 2004, Sayı 19, s.64-65.

³³⁰ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.288.

³³¹ Helle-Finlande; SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.44.

tarafından yapılan disiplin yargılamasını da meslek sırrı ve özel hayatın korunması sebebiyle gizli yapılmasını 6.madde hükmüne uygun bulmuştur.³³²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Frederic davasında³³³, ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Yüksek İdare Mahkemesinin davacının duruşma talebini dikkate almadan, davayı sonuçlandırmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6'ya aykırı bulmuştur.

Danıştay kararlarında, tarafların duruşma yapılması talebi adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmekte, ilk derece davalarda talep olmasına rağmen duruşma yapılmaması, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun emredici hükmü dolayısıyla da bozma sebebi olarak görülmektedir. Örneğin Danıştay 5.Dairesi'nin bir kararında³³⁴, "...davalı idareye tebligat yapıldığı halde, davalı idareyi temsilen gelen olmaması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa 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 şikayet yollarının tükenmesini beklemeden uyuşmazlığın esası hakkında verilen kararlarda hukuka uyarlık bulunmadığından davacının temyiz isteminin kabulü gerekir." denilmiştir. Biz de bu kararı benimsiyoruz.

Uygulamada, idari yargı yerlerinde duruşma yapıldığında duruşmaya zabıt kâtibî katılmamakta, tarafların beyanları Mahkeme Başkanı tarafından not alınmaktadır. Kanaatimizce, adli yargıda olduğu gibi, duruşmalara zabıt kâtibinin katılması ve duruşma zaptı tutulması, yargılamada objektifliği sağlanması ve üst yargı makamı tarafından, ilk derece mahkemesi kararının daha sağlıklı şekilde incelenmesine olanak tanıyacaktır.

³³² Campbell-İngiltere, 28.6.1984, A 80, S 86; Compte-Belçika, 10.2.1983, A 58 ; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.290.

³³³ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.43.

³³⁴ Danıştay 5.Dairesi, 29.9.2004 günlü, E.2004/291, K.2004/3370, www.kazanci.com.tr.

ee. Yargılamanın Hakkaniyete Uygun (Adil) Olması

Hakkaniyete uygun (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 maddî ve hukukî 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.³³⁵ Eyleme verilen cezanın fazla veya eylem nedeniyle verilen tutuklamanın uzun olması gibi maddî hukuka ilişkin konularda hakkaniyet araştırması yerine yargılama sürecinde adil davranılıp davranılmadığı denetlenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hakkaniyete uygun yargılamanın genel ve nesnel bir tarifini yapmamıştır. Önüne gelen her başvuruda, yargılama faaliyetinin bütününe inceleyerek, davanın hakkaniyete uygun (adil) şekilde yapılıp yapılmadığını araştırmaktadır. Bu şekilde, Mahkeme, 6.maddede sayılmamış olan, adil yargılama hakkının zımni unsurlarını da içtihadıyla oluşturmuştur. Bu unsurlar ise, dava hakkı (mahkeme önünde hak arama özgürlüğü), taraflar arasında silahların eşitliği, “yargılamada çelişiklik” (vicahilik veya yüzyüzelik), gerekçeli karar ilkeleridir.

ff. Silahların Eşitliği İlkesi

Mahkeme'ye göre, adil yargılamanın ilk ve önemli gereği taraflar arasında “silahların eşitliği” (equality of arms) yani mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümler bakımından taraflar arasında (iddia ve savunma; davalı ile davacı) tam bir eşitliğin gözetilmesi, bu dengenin yargılama boyunca korunması; başka

³³⁵ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.290-291.

bir deyişle mücadelenin eşit silahlarla yapılmasıdır (Delcourt-Belçika, 17.1.1970, A11,S 28; Monnel ve Morris-İngiltere, 2.3.2987, A 115, S 62 ve son)³³⁶

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

Yargılama sırasında taraflardan birinin delillerini toplamama, tanıklarını dinlememe, karşı iddiada bulunmasını engelleme, mahkemede hazır bulunmasına karşı çıkma, bu ilkenin uygulanmaması anlamına gelir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her davada silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını davanın özel koşullarını inceleyerek denetlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihadına göre, ceza davasında sanık ile savcı eşit durumda olmalıdır. Savcılıkça mahkemeye sunulan tüm belgeler, savunmasını hazırlayabilmesi için sanığa verilmelidir. Temyiz incelemesinde, kararın daire tarafından müzakeresi sırasında Yargıtay Başsavcısının hazır bulunması silah eşitliğinin bozulmasıdır (Borgers-Belçika, 30.10.1991, A 214-b) ceza ve hukuk davalarında mehiller taraflar için aynı olmalıdır. Tanıklar aynı koşullar altında dinlenilmelidir. Göç-Türkiye davasında (9.11.2000), Yargıtay Başsavcılığınca dava Dairesine sunulan savcılık mütalaasının sanığa tebliğ edilmemiş olması, silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6/1 maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Taraflar, karşı tarafça sunulan kanıt ya da belgeleri tartışma olanağına sahip olmalıdır. Raportör yargıç tarafından hazırlanan raporun, duruşmadan önce Yargıtay savcısına gönderilmesine rağmen karşı tarafa bildirilmemesi silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunmuştur (Slimane, Kaid-Fransa, 25.1.2000).

Aksoy (Eroğlu)-Türkiye Davasında (Başvuru No: 59741/00, 31.10.2006)³³⁷, başvuran 1990 yılında, başvuran, ordunun hizmetinde çalışan sivil memur statüsüyle Gülhane Askeri Tıp Akademisi'nde hemşire olarak görevlendirilmiştir. 14.04.1999 tarihinde, Milli Savunma Bakanlığı Yüksek

³³⁶ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.291.

³³⁷ SANCAKDAR, Oğuz: a.g.b., s.55.

Disiplin Kurulu, yasadışı bir örgütün sempatzanı olduğu ve siyasi faaliyetler yürüterek kurumun düzenini bozduğu gerekçesiyle, başvuranı memuriyetten çıkarma kararı vermiştir.09.07.1999 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne müracaat eden başvuran, bu kararın iptali ve işten çıkarılmasına yönelik alınan tedbirlerin iptali isteminde bulunmuştur. Milli Savunma Bakanlığı, idari soruşturma dosyasını, Yüksek Mahkeme'ye gizlilik kaydı ile iletmiştir. Yüksek Mahkeme'nin kararından, başvuranın talebinin, Milli Savunma Bakanlığı tarafından "gizli" damgalı bir zarfın içine konulmuş bilgi ve belgelere ve idari soruşturma kapsamında elde edilen ifadelere dayanılarak reddedildiği ortaya çıkmaktadır. Başvuran, soruşturma sırasında savunma hakkına saygı gösterilmemesine itiraz etmiş, dosyada bulunan ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararının temelini oluşturan belgelerin iletilmesindeki noksanlığın taraflar arasındaki dengeyi bozduğunu. silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, “Vicahilik ilkesi uyarınca yargılanma hakkı, taraflar için, karşı tarafın oluşturduğu görüşlerden veya sunduğu kanıtlardan haberdar olma ve bunlar üzerinde tartışabilme olanağını içermektedir. Bu prensip, tarafların sunduğu görüşler ve belgeler için geçerli olduğu kadar Hükümet komiseri gibi bağımsız bir memur, bir idare veya sözkonusu kararı veren mahkeme tarafından sunulan görüşler ve belgeler için de geçerlidir.

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

Başka bir bireyin temel haklarını saklı tutmak veya önemli bir kamu yararını korumak için bazı kanıtları savunmanın bilgisine sunmamak gerekebilir. Sanığa adil bir yargılanma garanti edilmek isteniliyorsa, haklarının

sınırlanmasıyla savunmaya çıkarılan her zorluk izlenen yargılama usulüyle yeterince telafi edilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bu tür ilkelerin, özellikle davada başvuran açısından ağır disiplin suçlarına dayalı görevden alma hususuna uygulanması gerekir. Hükümet'in, başvuranın görevden alınmasına ilişkin idari yargılama usulü sırasındaki soruşturma dosyasının açığa çıkarılmamasını haklı gösterecek argümanı olup olmadığına bakılır. Yine milli güvenliğe veya misilleme riski altındaki tanıkları korumaya veya soruşturma metotlarını gizli tutma gerekliliğine bağlı, bu yönde bir uygulamayı haklı çıkarabilecek unsur taşıyıp taşımadığına bakılır. Söz konusu karar sadece "gizli" olarak nitelendirilmiş, soruşturma dosyasına dayalı olarak alınmıştır. Savunma Bakanlığı tarafından iletilen belge ve bilgilerin davanın sonucu hakkında temel bir önemi olduğuna şüphe yoktur. Fakat, ilgilinin yargılama usulünde kazanmayı umduğu şey ve soruşturma dosyasındaki belge ve bilgilerin niteliği dikkate alındığında, başvuranın Yüksek Mahkeme'nin kararını vermesinden önce bunlara yanıt vermesinin olanaksızlığı adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelir" denilmiştir.

Kanaatimizce, bu konuda 2577 sayılı Kanunun 20'nci maddesinin 3'üncü bendi hükmü de tartışılmalıdır. Anılan hükümde Devletin güvenliği ve yüksek menfaatlerine veya bunlarla birlikte yabancı devletlere ilişkin bilgi ve belgelerin, görülmekte olan bir davada mahkemeye verilmeyebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerle idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanınmış olmaktadır, zira mahkemece istenen bilgi ve belgelerin maddede sayılan nitelikte olduğunun takdiri de idareye bırakılmıştır. Maddede verilmeyen bilgi ve belgeye dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemeyeceği düzenlenmekle birlikte, adil yargılamanın gerekleri de yerinme getirilmemiş olacaktır.

Ülkemizde idari yargı bakımından silahların eşitliği ilkesi değerlendirildiğinde, İdari davalarda silahların eşitliği ilkesine aykırılıklar, davaların açılışı ile birlikte başladığı görülecektir.

2577 sayılı Yasa'nın "*İdari Davaların Açılması*" başlıklı 3'üncü maddesinin

3'üncü bendinde, "*Dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur.*" Böylece, davacı kanıtları, yasa ile öngörüldüğü için, davanın açılışıyla birlikte davalı idareye gönderilmektedir. Bu kurala aykırılık durumunda 15'inci madde uyarınca dava dilekçesinin reddine karar verilmektedir. Davalı idarenin yanıtlama koşulları ise, Yasa'nın 16'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Davalı idarenin mahkemeye sunduğu belgelerin birer örneğini davacıya gönderme yükümlülüğü bulunmamaktadır. 2577 sayılı Yasa'nın 16. maddesine 4001 sayılı Yasa ile eklenen 5'inci bende göre, "*Davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneği idarenin savunması ile birlikte ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir.*"

“ İşlem dosyalarının çok fazla belgeden oluşabileceği düşünülürse, bu dosyaların da davacıya iletilmemesi bir oranda 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 yaptırımını bulunmamaktadır. Davacının dava dilekçesi iptal edilirken, davalı idarelere mahkemece tekrar tekrar yazıldığı halde istenen belgeleri göndermemesi nedeniyle kendiliğinden işleyen bir hak kaybı yöntemi belirlenmemesi önemli bir eksiktir.”³³⁸

2577 sayılı Yasa'nın 20'nci maddesinin 1'inci bendine 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'nci maddenin öngördüğü işleyiş, gereksinim duyulan bilgi ve belgelerin genellikle davanın taraflarına da birer örneği gönderilen ara kararları ile

³³⁸ DİNÇ, Güney: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2005, Sayı 57, s.301.

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 sürülebilecektir³³⁹.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 49/1. maddesinde de benzer bir yöntem öngörülmüştür. Yargı yerleri kendiliğinden kanıt toplayabilirler. Ancak bu kanıtların davanın yanlarına iletilmesi, onlara, bunları tartışıp değerlendirme olanağının sağlanması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mehmet Göç-Türkiye davasında (9.11.2000), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın dava Dairesine sunduğu tebliğnamenin davacıya tebliğ edilmemesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bularak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6/1 maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. 466 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile, haksız tutuklanması nedeniyle tazminat istemini içeren uyuşmazlıkla ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu kararında, "Mahkeme, Başsavcı'nın tebliğname içeriğinin dikkate alınıp başvurucuya tebliğnameye karşı farklı bir görüş sunma olanağının sağlanmamasını, hak ihlali olarak değerlendirmiştir. Hızlı bir süreç içerisinde çabuk sonuçlandırılması amaçlanan davalarda, ulusal yargılama düzeninin bağımsız bir üyesince ileri sürülmüş bile olsa (örneğin, Cumhuriyet Başsavcısı gibi) adil yargılanma hakkı, ilkesel olarak hukuk ya da ceza yargılamasının yanlarına, sunulan tüm görüşler ve gösterilen tüm kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve yorumda bulunma olanağının verilmesini amaçlamaktadır" denilmiştir.

³³⁹ DİNÇ, Güney: a.g.m., s.301.

Danıştay'da ilk ve son derece mahkemesi olarak görülen davalarda 2575 sayılı Yasa'nın 60/2 maddesi uyarınca, Danıştay Başsavcısı, incelediği dava dosyaları hakkındaki görüşlerini, mahkemeye bildirmektedir.

Aynı Yasa'nın 61/1 maddesinde de, başsavcının görevlendirmesi doğrultusunda, savcıların dava dosyaları hakkındaki görüşlerini mahkemeye sunmaları öngörülmüştür.

Duruşmasız yargılamada, savcının, 2575 sayılı Yasa'nın 61/1 maddesine göre kendiliğinden derlediği bilgi ve kanıtları da ekleyerek mahkemeye sunduğu görüşlerinin davanın yanlarıncı öğrenilip tartışılmasına olanak verilmeyen yargılamanın sonuçlandırılması, yukarıda yer verilen Mehmet Göç/Türkiye kararının gerekçelerine göre, silahların eşitliği ilkesinin açık ihlalini oluşturacaktır.

Danıştay'daki incelemenin 2577 sayılı Yasa'nın 18/4. maddesinde öngörülen sözel ve yüz yüze yargılama düzeni içerisinde yürütülmesi, yanlara savcılık görüşünü yanıtlama olanağı vereceği için silahların eşitliği ilkesine aykırılık bir oranda giderilebilmektedir.

2577 sayılı Yasa'nın 18/4 maddesinde, Danıştay'da yanların katılacakları davalarda, savcının da bulunması zorunlu kılınmıştır. 2575 sayılı Yasa'nın 61/3. maddesinde ise, yargı yerleri önünde gerek görüldüğünde, Danıştay savcılarının görüşlerini sözlü olarak açıklayacakları yazılıdır. Böylece davanın yanlarının katılmadıkları karar toplantılarında, savcının da yer alması, düşüncelerini sözlü olarak açıklaması öngörülmüştür.

Bu işleyiş, yukarıda yer verilen Mehmet Göç/Türkiye kararının gerekçelerine göre, silahların eşitliği ilkesinin açık ihlali sonucunu vermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin 3/d bendinde, suçlama altındaki her sanığın, "... *iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek...*" hakkına sahip olduğu

belirtilmektedir. Mahkeme, tanık konusunu, iki ana başlık altında değerlendirmektedir; "*Tanıkları Dinleme Hakkı*" ve "*Tanıkları Sorgulama Hakkı*" Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin 3'üncü bendi, "*Sanık*" güvencelerini kapsamaktadır. Ancak, 6'ncı maddenin 2 ve 3'üncü fıkrasında, öngörülen güvencelerin, her ne kadar ceza davasında sanık için öngörülmüşse de, medeni hak yargılamasında da uygulama bulacağına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çeşitli kararlarında kabul edildiği, yukarıda belirtilmişti. Dolayısıyla, idari yargıda tanık dinlenmeyeceği kuralının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulunması muhtemeldir.

İdari yargıda, idari uyumsuzluğa neden olan maddi olayın açık olmadığı durumlarda tanık dinlenmesi halinde hakimin vicdani kanaat edinmesi ve daha adil karar vermesi mümkün olacaktır.

Öte yandan, İdari yargı mercileri, tanık dinlemediği halde, işlem dosyasındaki davalı idarenin ajanları eliyle saptanan tanık anlatımlarına dayanarak karar verebilmektedir. Soruşturmayı açtıran kişi veya organın görevlendirdiği muhakkik, soruşturmacı adı verilen kamu personeli, teftiş kurulu üyesi müfettişler, soruşturulan kişiyi sorumluluk altında bırakabilen pek çok tanıdığı yemin vererek dinlemektedirler. Soruşturulan kişinin soruşturma aşamasında tanık dinletme olanağı da pek çok olayda bulunmamaktadır. Dolayısıyla, İşlem dosyasındaki tanık anlatımlarının karar üzerinde etkili olduğu durumlarda, davacının idari yargılama aşamasında tanık dinletme isteminin kabul edilmemesi "Silahların Eşitliği" ilkesine aykırı olacaktır.

"Türkiye'nin idari yargılama yöntemlerinin saptanmasında, Fransız Danıştay'ının önemli etkileri olmuştur. Oysa günümüzde, Fransız Danıştay'ı da içtihat değişikliği yaparak idari davalarda tanık dinleme yolunu açmıştır. Yargılama yasalarının değişmesini beklemeden Türkiye'de de aynı yöntemle bu

sakıncayı giderme olanağı vardır.”³⁴⁰

Uygulamada, bazen, aslında tanık olarak beyanına başvuru yapılan kişilerin mahalli bilirkişi adı altında dinlendiği durumlar vardır. Örneğin iki köy arasındaki sınır uyuşmazlığı davalarında bu yola başvurulmaktadır. Aynı şekilde Vergi Usul Kanununun mükerrer 378’inci maddesine göre bir vergi davasında inceleme elemanlarının veya mükelleflerinin muhasebecisinin dinlenmesi mümkündür.

Kanaatimizce, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan tanık deliline İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda yer verilmelidir.

gg. Gerekçeli Karar İlkesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını adil yargılama hakkının bir unsuru olarak nitelendirmiştir. Adil yargılanma hakkı, mahkemenin kararının, mutlaka ve otomatik olarak bir veya diğer tarafın yaptığı beyanlara dayandırılmasını değil, mahkemeye taraflarca sunulmuş olan bütün fiilî ve hukukî delillerin tarafsız bir şekilde göz önüne alınmasını gerektirir. Mahkeme taraflarca kendisine sunulan bütün delilleri, hüküm açısından önemli olsun olmasın, önyargısız olarak değerlendirmelidir. Sözleşmenin 6/1’inci maddesine göre, mahkemeler kararlarını gerekçeli olarak yazmak yükümlülüğü altında olmakla beraber, bundan, tarafların her iddiasına karşı ayrıntılı cevap verilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, millî mahkemeler, davanın ciddî bir şekilde incelendiği konusunda tarafları tatmin etmelidir. Anayasamızın 141 nci maddesinde “bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli” olması öngörülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temyiz mercilerinde alt derece mahkemesinin kararlarına atıfta bulunarak kararın onanmasını, tek başına

³⁴⁰ DİNÇ, Güney: a.g.m., s.304.

adil yargılama ilkesine aykırı bulmamıştır³⁴¹.

İdari yargıda yürütmenin durdurulması taleplerinin reddi kararları, somut olay açısından gerekçelendirilmeyip, sadece İYUK md.27'deki koşulların bulunmadığından söz edilerek yazılmaktadır. Bu durumda, davacı, idare mahkemesinin yürütmenin durdurulmasının reddi kararının somut gerekçelerini ve dolayısıyla, bu karara hangi gerekçelerle itiraz edeceğini bilemeyeceğinden, adil yargılanma ilkesinin ihlal edildiğinden söz edilebilir.

Adil yargılamanın diğer unsurları ise sanığın kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamaması, konuşulan dili anlayamayan sanık için tercüman bulundurulması, müdafî yardımından faydalandırılması gibi aynı zamanda Sözleşmenin 6'ncı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen haklardır. Ancak, bu haklar sanık hakları olarak ifade edilmişlerse de, medeni hak davalarında da uygulanacaklardır. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, Sözleşmenin 6/2-3'üncü maddelerinde yer alan hükümler adil yargılama kuralını koyan birinci fıkranın özel uygulanma şekilleridir.

Zana-Türkiye davasında(25.11.1997)³⁴², Kürtçe savunma isteği mahkemece reddedilen ve bu nedenle savunma hakkından vazgeçtiği kabul edilen başvuru, iç hukuk yolları tükettikten sonra konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne intikal ettirmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "Hükümetin iddiasının aksine başvuruların (...) mahkemede usulü itirazda bulunması ve mahkemeye Kürtçe yanıt vermek istemesi, hiçbir biçimde savunma hakkından ve (...) mahkeme önüne çıkmaktan vazgeçtiğini göstermez..." demiştir. Ancak benzer konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tam tersi kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, "...Fransa'daki ayrılıkçı etnik grup Brötanların, Fransızca'yı yeterince anlamamalarına rağmen,

³⁴¹ SANCAKDAR, Oğuz : a.g.b., s.45.

³⁴² Kararın metni için bkz. www.adalet.gov.tr.

Fransız mahkemeleri önünde Brötanca tercüman talep etmelerinin karşılanmaması üzerine yapılan başvurular, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kategorik olarak geri çevrilmiştir. Mahkemenin kesinleşmiş içtihadına göre, akit devletler, resmi dilleri dışındaki bir dilde yargılama yapmakla yükümlü değildir..." demektedir³⁴³. Brozicek/İtalya kararında sanık Almandı ve dille ilgili zorluk çektiğini mahkemeye bildirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İtalyan yetkililerin başvuruçunun yeterli İtalyanca bildiğini belirlemediği sürece tebligatı tercüme ettirmeleri gerektiğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kamanski/Avusturya kararında³⁴⁴ ise daha kısıtlayıcı bir tutum sergilemiş ve tüm belgelerin yazılı çevirilerinin gerekli olmadığını ifade etmiştir.

Tercümandan yararlanma hakkı, konusunda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bir düzenleme yoktur. Ancak, Yargıtay 6.Ceza Dairesi, 20.11.1995 tarihli, E.1995/11619, K.1995/12124 sayılı kararı³⁴⁵, emsal alınarak bu sorun çözülebilir. Anılan kararda tercüman ücretinin sanıklara yükletilmesiyle ilgili uyuşmazlıkta, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda açık hüküm bulunmamasına rağmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine atıfta bulunularak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-e maddesi hükmüne göre, duruşmada konuşulan dili anlamayan veya konuşamayan sanıkların tercüman yardımından parasız yararlanmaları gerektiğine hükmedilmiştir. Bunun gibi, idari davada, tercüman atanmasının zorunlu olduğu hallerde, bunu mahkemenin ataması uygun olacaktır.

Adil yargılanma hakkı, Anayasamızda, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasayla "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesine getirilen değişiklikle, artık hukukumuzda anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir.

³⁴³ ÜNAL, Şeref: a.g.e., s.208.

³⁴⁴ SANCAKDAR, Oğuz : a.g.b., s.44.

³⁴⁵ Yargıtay Kararlar Dergisi, Şubat 1996, Cilt 22, Sayı 2, s.304-305; bu karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yaptığı itiraz, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.3.1996 günlü, E.1996/76-2, K.1996/33 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Bkz.Yargıtay Kararlar Dergisi, Nisan 1996, Cilt 22, Sayı 4, s.621-624.

Ayrıca, bu anayasal hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde kabul edilen sınırlamalara da tabi değildir. "Yani bir idari davada adil yargılama 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 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nce halen, egemenlik hakkının sert çekirdeğini oluşturduğu kabul edilen vergi aslı ile ilgili davalarda da tarafların yargılamanın adil yargılama ilkesine uygun olarak yapılmasını isteme hakları, söz konusu değişikliklerle, anayasal güvence altına alınmıştır."³⁴⁶

Adil yargılanma hakkı, ne anayasamızda ne de ulusal kanunlarımızda tanımlanmamış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6'ncı maddede ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında unsurları belirlenerek tanımlanmış olduğundan, idari yargıcın bakmakta olduğu her davada Anayasamızın 36'ncı maddesiyle güvenceye alınan adil yargılanma hakkını, Sözleşmenin 6'ncı maddesi çerçevesinde yorumlayıp uygulaması gerekecektir. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 32'nci maddesiyle, Sözleşme ve eki Protokollerin hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasında yargı yetkisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ait olduğundan ve Sözleşme ve eki Protokoller de Anayasamızın 9'uncü maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası ve ulusal kanunlara göre üstün kabul edildiğinden, idari yargıcın adil yargılanma hakkını yorumlarken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumunu takip etmesi ve dikkate alması gerekecektir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53.maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi de bu hususu zorunlu kılmaktadır.

³⁴⁶ CANDAN, Turgut: a.g.m., s.79.

c. Adil Yargılanma İlkesi Bağlamında Türk İdari Yargısında Yapılması Gerekenler

Anayasanın 90'ıncı maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası antlaşmalara yasalar karşısında üstünlük tanınması ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53'üncü maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 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, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'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.

Hakim ve savcılara, avukatlara, hakim ve savcı adaylarına yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hakkında eğitim çalışmalarına ağırlık verilmelidir. Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasında 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra, hakim ve savcıların söz konusu uluslar arası antlaşmalara ilişkin literatürü de izlemeleri gerekli hale gelmiştir. Bu nedenle, hakim ve savcılarının yabancı dil eğitimine ağırlık verilmeli, hakim ve savcı adaylarının mesleğe kabulünde yabancı dil biliyor olma şartı aranmalıdır.

Polis, jandarma, cezaevi personeli gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulamakla sorumlu olan kamu personeline, uygulama ağırlıklı eğitim verilmelidir.

İdari yargılama sistemimizde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ülkemiz hakkında verdiği kararlarda belirtilen hususlar doğrultusunda şu düzenlemeler yapılmalıdır:

Anayasamızın 159'uncu maddesinde "esas itibariyle hemen hemen her kararı bir idari tasarruf niteliği taşıyan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarına karşı idari yargı yolunun kapatılmış olması hem Anayasada düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırıdır hem de adil yargılanma hakkının açık bir ihlali niteliğindedir".³⁴⁷

Bu nedenle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı ve Anayasada sayılan ve yargı yolu kapalı olan, Yüksek Askeri Şura kararları, uyarma ve kınama disiplin cezaları gibi, diğer tasarruflara karşı da yargı yolu açılmalıdır.

Bize göre, 2575, 2576, 2577 sayılı Yasalardaki hükümler yargılamanın makul bir sürede sonlandırılmasına yönelik olarak yeniden düzenlenmelidir. Bunun için, idari yargılamada, mahkemece gerek olmadığına karar verildiği durumlarda, ikinci dilekçe, ikinci savunma kaldırılmalıdır. Böylece, dosyanın tekemmülü hızlanacak, yargılama süresi kısaltacaktır.

Ayrıca, yürütmenin durdurulmasına karar verilen dosyaların tekemmül ettirildikleri tarihten itibaren belirli bir süre içinde karara bağlanacağı hükmü getirilerek, yargılama sürecinin kısaltılması amaçlanmalıdır.

³⁴⁷ ERKUT, Celal: "AİHS'in 6.maddesine Strasbourg Yargıcının Bakış Açısı da Dikkate Alınarak Türkiye'de Yürütülen Reform Çalışmaları Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 24-25 Ekim 2003, s.316.

Yine, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde, mahkemelere, kararın yerine getirilmemesinde sorumluluğu bulunan kamu görevlileri hakkında suç duyurusunda bulunma yükümlülüğü getirilmeli, tazminat ve vergi davalarında, idarenin, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faizi ödeyeceği düzenlenmelidir.

Bunun yanında, Bölge İdare Mahkemelerine istinaf mahkemeleri sıfatı kazandırılmalıdır. Mevcut durumda, idare ve vergi mahkemelerinin yürütmenin durdurulması hakkındaki kararlarıyla, 2577 sayılı Kanunun 45'inci maddesinde sayılan bazı nihai kararları itiraz yoluyla Bölge İdare Mahkemelerine götürülmektedir. Bunun dışındaki tüm nihai kararlar temyiz yoluyla Danıştay'da görülmekte ve bazı davalar da ilk derece olarak Danıştay'da görülmektedir. Bu durum Danıştay'ın iş yükünü muazzam ölçüde arttırmakta, davaların çok uzun sürede çözümlenmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle, halen temyiz mercii olarak Danıştay'da görülen birtakım davaların itiraz yoluyla bölge idare mahkemelerinde görülmesi sağlanmalıdır.

İdari Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin kanun tasarısında³⁴⁸, ikinci dilekçe ve ikinci savunma aşamaları zorunlu olmaktan çıkarılması yönünde düzenleme öngörülmektedir. Ayrıca, yürütmenin durdurulmasına karar verilen dosyaların tekemmül ettirildikleri tarihten itibaren üç ay içinde karara bağlanacağı hükmü getirilmekte, bu şekilde yargılama sürecinin kısaltılması amaçlanmaktadır. Yine, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde, idare aleyhine on yıl içinde maddi ve manevi tazminat davası açılabileceği öngörülmekte, mahkemelere, kararın yerine getirilmemesinde sorumluluğu bulunan kamu

³⁴⁸ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı. www.kgm.adalet.gov.tr/iyuk.htm ,10.1.2007.

görevlileri hakkında suç duyurusunda bulunma yükümlülüğü getirilmekte, tazminat ve vergi davalarında, idarenin, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faizi ödeyeceği düzenlenmekte, böylece yargı kararların yerine getirilmesinde yeni güvenceler sağlanmaktadır. Halen temyiz mercii olarak Danıştay'da görülen birtakım davaların itiraz yoluyla bölge idare mahkemelerinde görülmesi yolunda düzenleme getirilmekte, böylece Danıştay'ın iş yükü azaltılarak, temyiz aşamasının uzun sürmesi engellenmeye çalışılmaktadır.

Söz konusu tasarının genel gerekçesinde, yargılamanın mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının amaçlandığı belirtilerek, eylem ve işlemlerinde hukuka bağlı olması gereken idarenin yargısal denetiminin makul süre içinde sonuçlandırılmasının Anayasanın 141'inci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddelerinin bir gereği olduğu vurgulanmaktadır.

Özellikle memurların maddi haklarının kaybında davaların hızlandırılmasının sağlanmasının yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasında yer alan davanın hakkaniyete uygun dinlenmesi ilkesine ve mahkemeye başvurma hakkına uyum sağlamak da gerekmektedir. Örneğin idari yargılama usulümüzün yazılı olması ve kanunumuzun tanıklık kurumuna yer vermemesi, maddi olayın açıklığa kavuşması ve adaletin gerçekleşmesine izin vermemektedir¹⁶¹, bu durumda Sözleşmenin 6'ncı maddesi açısından ihlal kararları verilmesine adaydır³⁴⁹.

Bu nedenle, idari yargıda, idari uyuşmazlığa neden olan maddi olayın açık olmadığı durumlarda tanık dinlenmesi halinde hakimin vicdani kanaat edinmesi ve daha adil karar vermesi mümkün olacaktır.

³⁴⁹ İNCEOĞLU, Sibel: a.g.e., s.52.

Ayrıca, duruşma yapılması sırasında zabıt kâtabinin de duruşmaya katılması sağlanmalı ve duruşma zaptı tutulmalıdır.

İdari yargıda yürütmenin durdurulmasının idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte aranması, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinde yargıcın iradesini oldukça kısıtlamaktadır. Yürütmenin durdurulması koşulları, işlemin hukuka aykırı olduğuna ve uygulanması halinde telafisi güç durumların ortaya çıkabileceğine mahkemece kanaat getirilmesi şekline dönüştürülmelidir.

“Yargı mercilerince verilmiş bulunan yürütmenin durdurulmasına ve esasa ilişkin kararların formüle edilerek yazılması mevcut iş yükü bakımından oldukça zaman almakta ve ayrıca tebligatla birlikte önemli bir zaman dilimi geçip gitmektedir”.Bu sorunu gidermek için dava dosyasında verilen hüküm, gerekçeli kararın yazılmasından önce, “matbu kısa karar” yazılmak suretiyle derhal taraflara tebliğe çıkarılmalı, tarafların karar sonucundan daha kısa sürede bilgi sahibi olmaları sağlanmalıdır.³⁵⁰

Yargılamanın posta gideri noksanlığı sebebiyle yapılan yazışmalar dolayısıyla uzamasını engellemek için yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Örneğin, “Adalet Bakanlığı ile Posta İdaresi arasında yapılacak bir protokol çerçevesinde posta ücretlerine gelen zamlardan etkilenmeyen ve posta dağıtımında öncelik taşıyan özel bir ‘adalet pulu’ ihdası”³⁵¹ yoluna gidilebilir.

Adli tatil uygulamasına son verilmeli, yargı hizmetinin kesintisiz işlemesini sağlamak üzere, yargıçların da diğer memurlar gibi kamu hizmetini aksatmayacak şekilde izin haklarını kullanmaları yolunda düzenleme yapılmalıdır.

Anayasamızın 40’ncü maddesinde düzenlenen “Devlet, işlemlerinde,

³⁵⁰ ERKUT, Celal: a.g.m., s.325.

³⁵¹ ERKUT, Celal: a.g.m., s.323.

ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” Kuralı uyarınca, idari işlemlerin ilgisine bildirilmesi, bu kurala uyulmaması halinde açılan davada süreaşımı bulunmayacağını kabul edilmesi yolunda düzenleme getirilmelidir.

İdari Yargılama Usulü Kanununda, adil yargılanma hakkına, özellikle silahların eşitliği prensibine uygun olarak, savunma hakkını korumak için, idare tarafından mahkemeye gönderilen işlem dosyaları hakkında davacının tam ve zamanında bilgi sahibi olması ve bu şekilde gerekli savunmasını hazırlayabilmesine olanak tanınmalıdır.

Danıştay savcısının düşüncesi davacıya ve davalı idareye tebliğ edilmeli, bu şekilde adil yargılanma hakkının unsuru olan silahların eşitliği prensibine uyulmalıdır. Çünkü, Danıştay’daki duruşmalı işler dışında, savcı düşüncesi taraflara bildirilmemekte, taraflar savcı düşüncesini Danıştay kararı ile birlikte öğrenmekte ve savcı düşüncesine karşı savunma ileri sürememektedirler.

İdari yargıda dava açma süresi yeniden düzenlenmeli, özel kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi, hiçbir uyuşmazlık bakımından genel dava açma sürelerinden daha kısa dava açma süresi kabul edilmemelidir.³⁵²

Bir idari işlem hakkında o işlemin muhatabı dışında, o işlemde menfaati etkilenen üçüncü kişilerin idari davada asli müdahil olmalarına imkân veren düzenlemeler yapılmalıdır.³⁵³

³⁵² ERKUT, Celal: a.g.m., s.327.

³⁵³ ERKUT, Celal: a.g.m., s.327.

E. İfade Özgürlüğü³⁵⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.maddesinde, herkesin görüşlerini açıklama özgürlüğüne sahip olduğu, bu hakkın, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikir alma özgürlüğünü de içerdığı, maddenin devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı kılmalarına engel olmadığı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, ifade özgürlüğünün sınırlandırılma halleri belirlenmiştir. Buna göre, düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlandırılması, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğünün korunması, kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması ve suçun önlenmesi, genel ahlak ve sağlığın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması hallerinde mümkündür:

Ancak bu hallerde kısıtlama getirilirken, söz konusu kısıtlamanın yasa ile yapılması ve demokratik toplum için kabul edilebilir olması gerekmektedir.

Maddede yer alan sınırlama halleri çok geniş olduğundan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi baktığı davalarda bu alanın sınırlarını belirlemektedir. Handyside-İngiltere kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, *“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 oluşturmeyen 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*

³⁵⁴ İfade özgürlüğünün kapsamı çok geniş olup, basın özgürlüğü, ticari alanda düşünceyi açıklama özgürlüğü, haber alma ve bilgi yayma özgürlüğü konularını da içermektedir. Ancak, tezimizin konusu dışında bulunduğundan bu başlıklara değinilmemiştir. İfade özgürlüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e. s.356 vd; Ayrıca, ifade özgürlüğü konusunda Türk Ceza Kanunu, CMUK, DGM Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu,, Olağanüstü Hal Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu, Basın Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunda çeşitli değişiklikler yapılmış olup, söz konusu değişiklikler hakkında bilgi için bkz. ÇINAR, Özgür Heval: a.g.e., s.158 vd. ve bkz. ERTEKİN, Şivan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yasa Değişiklikleriyle Türk Hukukuna Etkisi”, Adalet Dergisi, Yıl 95, Mayıs 2004, Sayı 19, s.220-252.

*bir yerde, demokratik toplumdaki söz edilemez” denilmiştir.*³⁵⁵

Kamu personelinin ifade özgürlüğü konusu idari yargıyı ilgilendirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Engel ve Diğerleri-Hollanda kararında, özel görev ve sorumluluklar gerektiren askeri konularda idareye tanınan takdir yetkisini geniş yorumlamış, bazı askerlerin üstlerini eleştirmek için bastırıp dağıttıkları yazı nedeniyle ceza almalarını, ordunun özel işlevi nedeniyle, silahlı kuvvetlerdeki düzensizliğin kamu düzeninin bozulmasına yol açabileceği gerekçesiyle, ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir.³⁵⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanılması nedeniyle memuriyetten çıkarma veya memuriyete almama konusunda, zamanla değişen görüşlere sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 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 sınırlanabileceğini kabul etmektedir.³⁵⁷

28.8.1986 tarihli Kosiek (No:82/9704) ve Glasenapp-Federal Almanya (No:80/9228) kararlarında, biri aşırı sol, diğeri aşırı sağ görüşlere sahip başvuruların öğretmenliğe kabul edilmemesini, 10.maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin devlet memuriyetine girişle ilgili herhangi bir garanti sağlamadığını, Alman otoritelerince, başvuruların fikir ve davranışları değerlendirilirken, yalnızca öğretmenlik mesleğinin gereklerinin göz önünde bulundurulduğunu belirtmiştir. 1995 tarihli Vogt-Almanya davasında ise (26.5.1995,

³⁵⁵ BİLEN, Ali: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Danıştay Dergisi, Yıl 2003, Sayı 106, s.105.

³⁵⁶ Anılan karar hakkında bilgi için ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun konuyla ilgili yaklaşımı konusunda bkz. BİLEN, Ali: a.g.m., s.107.

³⁵⁷ KARAN, Nur: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Devlet Memurlarının Siyasal İfade Özgürlüğü”, Yayın bilgileri bulunmamaktadır. (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'nden temin edilmiştir.), s.344-345.

No:91/17851), Komünist Partiye üye olduğu için görevinden uzaklaştırılan bir yabancı dil öğretmeninin düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁵⁸

F. Etkili Başvuru Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13.maddesinde, "Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir" hükmü yer almıştır.

İnsan haklarının korunmasında asıl görevin taraf devletlere ait olduğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile getirilen güvencenin ikincil nitelikte olduğu daha önce de belirtilmişti.

"13.maddenin amacı, Sözleşme'nin koruduğu bir hak ya da özgürlüğün ihlali iddiasının önce ulusal merciler önünde incelenip düzeltilmesi olanağının sağlanması ve ancak olumsuz sonuç halinde söz konusu ihlal iddiasının ikincil yetkiye sahip Sözleşme organları önüne getirilmesidir."³⁵⁹

Etkili başvuru deyimıyla, başvuru olanağının teorik ve hayali değil, fiilen ve gerçekten mevcut olması, sonuç doğurabilir, işe yarar ve elverişli olması, yani başvurulan merciin, ihlal iddiasının esasını inceleme ve iddianın doğruluğunun saptanması halinde ihlali düzeltici ve uygulanma yeteneği olan karar alma yetkisine sahip olması anlaşılmalıdır.³⁶⁰

Ulusal makamın yargısal bir makam olması zorunlu değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idari makamlara başvuru yollarının da 13.

³⁵⁸ BİLEN, Ali: a.g.m., s.110.

³⁵⁹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.392.

³⁶⁰ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.392.

maddenin gereklerini karşılayabileceğini kabul etmektedir. Ancak her koşulda, tanınan başvuru yollarının etkili olması gerekmektedir.³⁶¹

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 13.maddenin uygulanabilmesi için Sözleşme’deki haklardan birinin ihlalinin varlığı önkoşul değildir. Sözleşme çerçevesinde bir ihlal iddiasının ileri sürülmesi yeterlidir. Mahkemenin yakın tarihli kararlarında da sıklıkla yinelediği içtihadı göre, 13.maddenin uygulanması için Sözleşme çerçevesinde ‘savunulabilir’ (arguable) bir iddia ileri sürülmelidir.”³⁶²

Yukarıda “yaşama hakkı” başlığı altında belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Türkiye hakkında yapılan başvuruların önemli kısmında, ihlal iddiaları iç hukukta yeterli biçimde incelenip soruşturulmadığı için, Türkiye yaşam hakkı ihlalinin 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; Kurt, Çakıcı, Timurtaş, Taş, Çiçek, Şarlı, Akdeniz ve diğerleri, İrfan Bilgin, Orhan kararlarında güvenlik güçlerince yakınlarının kaybedildiği iddiasıyla yetkililere başvuran kişilerin şikayetlerinin yeterli biçimde soruşturulmadığı sonucuna varılarak 13.maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Salman, Tanlı, Avşar, Abdurrahman Orak , Aktaş başvurularında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ‘yakınlarının gözaltında bulunduğu sırada öldürüldüğüne’ yönelik başvuruların iç hukuktaki şikayetlerinin ‘etkili’ biçimde soruşturulmadığına dayanarak 13.maddenin çiğnendiği sonucuna varmıştır.Yine yakınlarının ‘faili meçhul cinayetler’

³⁶¹ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.281.

³⁶² ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.282.

sonucunda kaybeden kişilerin yaşama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yaptıkları Yaşa, Tanrıkulu, Mahmut Kaya, Kılıç, Akkoç, Ülkü Ekinci, Tepe başvurularında da ulusal makamların bu cinayetlerle ilgili 'etkili soruşturma' yükümlülüğünü yerine getirmediği 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.”³⁶³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararlarda, başvurucuların şikâyetine konu fiillerin faillerinin bilinmediği, taraf devletlerin Sözleşmenin 2 ve 13'üncü maddelerinde göre yapmakla yükümlü olduğu soruşturmaların, sorumluları tespit etme ve cezalandırma amacına yönelik olması gerektiği vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasamızın 125'inci 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'üncü maddeleri kapsamındaki şikayetler için tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi durumunda, devletin ölümlü sonuçlanan saldırının suçlularını arama yükümlülüğünün ortadan kalkabileceğini belirtmiştir. Bu gerekçeyle de etkili iç hukuk yolu olarak kabul etmemiştir.

Yukarıda değinilen Aytekin kararında ise, ölüme sebep olan kamu görevlisinin tespit edilmiş ve hakkında ceza davası açılmış olması nedeniyle, iç hukuk yollarının etkin olduğuna, yetkililerce başvuranın eşinin ölümü ile ilgili koşullar hakkında pasif davranılmadığı belirtilerek, başvuranın iç hukuk yollarını tüketmeden yaptığı başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

³⁶³ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.284.

Kanaatimizce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AYTEKİN kararında olduğu gibi, ceza soruşturmasının etkin olması halinde, diğer iç hukuk yollarının da etkin olabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Bu sebeple, ceza hukukunu ilgilendiren bir olayın meydana geldiğinin yetkili makamlarca öğrenilmesi halinde, ilgililerin şikâyeti beklenmeksizin soruşturma açılması, soruşturma dosyalarının, sanık ve tanık ifadeleri, otopsi raporları, balistik raporları ve bilirkişi raporlarını içerecek şekilde eksiksiz oluşturulması, kamu davasının şikâyetin yapılmasından kısa bir süre sonra hemen açılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kamu görevlilerinin, özellikle güvenlik yargılanmasına engel olarak değerlendirilen mevzuatta değişiklik yapılması gerektirir. Nitekim, Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin 4 Aralık 1999 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kabul edilmiş ve bu kanunda 11.1.2003 gün ve 24990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4778 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, işkence ve kötü muamele suçları 4483 sayılı kanun kapsamından çıkarılmış, bu suçların Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan kovuşturulacağı düzenlenmiştir.

Yine, daha önce değinilen Jabari-Türkiye kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İran vatandaşı olan Jabari'nin Türk makamlarınca sınırdışı edilme işlemine karşı başvurduğu iç hukuk yollarının etkili olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Jabari, sınırdışı kararına karşı yürütmenin durdurulması talebinde bulunmuş, ancak, Ankara İdare Mahkemesi, sınırdışı 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 İnsan Hakları Mahkemesi, 13.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 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, işkence ve kötü muameleye 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 başvuruca her hangi bir güvence sağlamadığından yargısal inceleme süreci 13.maddenin gerekliliklerini karşılamamaktadır(par.49-50). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu kararı Ankara İdare Mahkemesinin ret kararına karşı bir eleştiri olarak da okunabilir. Ancak daha önemlisi, bu kararda Türk idari yargı yollarının da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmiş ve Sözleşme çerçevesinde ‘etkili’ başvuru yolları olarak değerlendirilmemiş olmasıdır.”³⁶⁴

Kanaatimizce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin taraf devletlerin tüm organları tarafından uygulanması yönündeki beklentiyi yansıtmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idare mahkemesinin sadece ulusal mevzuatı dikkate alarak karar vermesinin, yaşama hakkının ihlali ve/veya kötü muameleye maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalan başvuruca yeterince koruyamamış olduğunu belirlemiştir. Bu karar, tezimizde savunduğumuz, ulusal yargı yerlerinin ve idari yargı mercilerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini göz önünde bulundurarak karar vermesi gerektiği yolundaki iddiamızın haklılığını ortaya koyan bir karar niteliğindedir.

G. Mülkiyet Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Nolu Protokolünün 1. maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir.20 Mart1952’de Paris’te imzalanan ve 18 Mayıs 1954’te yürürlüğe giren 1 Nolu Protokolü Türkiye 19

³⁶⁴ ÖZDEK, Yasemin: a.g.e., s.286.

Mart 1954 günlü ve 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6336 sayılı Yasa ile onaylamıştır.”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 yada başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.” hükmü yer almıştır.

Maddede geçen “mal mülk” kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından otonom yorum yoluyla, çok geniş şekilde yorumlanmaktadır. Maddi varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmaz mallar yanında, maddi varlığa sahip olmayan ha ve menfaatler, mameleke dahil her türlü aktifi, mali ve ekonomik değeri içermektedir.³⁶⁵ 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 Bölgesinde yaşanan olaylar nedeniyle bazı evlerde ve köylerde meydana gelen zararlardan dolayı yapılan başvuruların sayısı yaklaşık 1500 iken, 800 başvuru da

³⁶⁵ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.418.

kamulaştırma ile ilgilidir.³⁶⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sporrong ve Lönnroth-İsveç kararında (1982-1984)³⁶⁷, 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 birinci kural, birinci paragrafın birinci tümcesinde anlatılan mal ve mülkün dokunulmazlığı ilkesidir. İkinci kural, birinci paragrafın ikinci tümcesinde yer alan kişinin mülkiyetinden yoksun bırakılma koşullarıdır. Üçüncü kural ise, devletlerin kamu yararı ve genel çıkarlar doğrultusunda yasal yol ve yöntemlerle mülkiyet hakkının kullanımını denetleme ve yönlendirme yetkileridir."*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Akkuş- Türkiye (1997), Aka- Türkiye (1998) davalarında, kamulaştırılan arazinin bedel artırımı 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.

Bu kararlar doğrultusunda 2001 yılında Anayasa'nın 46'ncı maddesinde ve Kamulaştırma Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır.

Loizidou-Türkiye davasında (1996), başvuran Güney Kıbrıslı bir Rum olup, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları içinde kalan mülkü ile bağlantı kuramadığını ve bu nedenle mülkünden yararlanma olanağını kaybettiğini

³⁶⁶ 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, s.284.

³⁶⁷ DİNÇ, Güney: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2004, Sayı 51, s.146.

iddia etmiştir. Mahkeme, başvuranın mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁶⁸

Kanaatimizce, Kıbrıs başvurularında Sözleşme'nin 1'inci maddesi geniş yorumlanarak, Türkiye'nin Sözleşme'ye göre sorumlu olduğu alanı ulusal toprakları ile sınırlı görmeyen Sözleşme organlarının benzer davalarda da aynı içtihatla bulunmaları gerekirdi. Oysa NATO'nun Kosova Savaşındaki (1999) bombardımanları sırasında yakınları ölen Bankovic ve diğerlerinin 17 NATO üyesi devlete karşı yaptığı başvuruyu (12.12.2001 günlü, Başvuru No:52207/99) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu bombardımanlar davalı devletlerin yargı yetkisi içinde meydana gelmediği için reddetmiştir. Bu karar Loizidou kararında Türkiye'nin sorumluluk alanının, kendi toprakları dışında, yetkili makamlarının eylemlerini de kapsadığı yolundaki kararıyla da çelişmektedir. Loizidou kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *"Sözleşmecî devletlerin toprakları dışında sonuçlar doğuran eylemleri kendi yetkili makamları tarafından yapıldığı için, bu eylemler ulusal sınırları içinde ya da dışında yapılsın, sözleşmecî devletlerin sorumluluğu ortaya çıkabilir"* demiştir. Bu karar Bankovic başvurusuna uygulandığında, NATO bombardımanlarının da davalı devletlerin yetkili makamlarının kararıyla yapıldığında kuşku yoktur. Bu tür kararlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin güvenilirliğini oldukça zayıflatmıştır.

Güneydoğu Anadolu Bölgesinde 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 (Akdivar ve ötekiler-Türkiye, 16.9.1996; Menteş ve ötekiler-Türkiye, 28.11.1997; Selçuk ve Asker-Türkiye, 24.4.1998; Dulaş-Türkiye, 9.1.2001; Orhan-Türkiye, 18.6.2002).

Bu kararlarda, başvuranların evlerinin, ev eşyalarının, köydeki

³⁶⁸ KARABULUT, Mustafa: a.g.m., s.292.

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'inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.³⁶⁹

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 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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.

Kanaatimizce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ceza soruşturmasının etkin olması halinde, diğer iç hukuk yollarının da etkin olabileceği sonucuna ulaşmaktadır.

Bize göre, ceza hukukunu ilgilendiren bir olayın meydana geldiğinin yetkili makamlarca öğrenilmesi halinde, ilgililerin şikâyeti beklenmeksizin soruşturma açılması, soruşturma dosyalarının, sanık ve tanık ifadeleri, otopsi raporları, balistik raporları ve bilirkişi raporlarını içerecek şekilde eksiksiz oluşturulması, kamu davasının şikâyetin yapılmasından kısa bir süre sonra hemen açılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kamu görevlilerinin, özellikle güvenlik yargılanmasına engel olarak değerlendirilen mevzuatta değişiklik yapılması gerektir. Nitekim, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin 4 Aralık 1999 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kabuledilmiş ve bu kanunda 11.1.2003 gün ve

³⁶⁹ KARABULUT, Mustafa: a.g.m., s.291.

24990 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4778 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, işkence ve kötü muamele suçları 4483 sayılı kanun kapsamında çıkarılmış, bu suçların Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan kovuşturulacağı düzenlenmiştir.

İdare mahkemeleri, sınırlı da olsa, kararlarında Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi’ne veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına gönderme yapmakta, temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren idari davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını izlemektedirler.

Örneğin, Konya 2’inci İdare Mahkemesi, davacıların arazilerinin imar planında çocuk bahçesi ve park alanı olarak ayrılmasına rağmen 25 yıldır kamulaştırma yapılmadığı ve inşaat izni verilmediğinden bahisle, taşınmazın park alanından çıkarılması yönünde imar planında değişiklik yapılması taleplerinin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada verdiği 25.12.2003 günlü kararda³⁷⁰, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Nolu Protokolünün 1.maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 13.6.1979 tarihli Marcx kararına, 23.9.1981 günlü Sporrong ve Lonroth kararına yer verilerek, davacıların taşınmazlarının 25 yıldır herhangi bir imar uygulaması yapılmadan bekletildiği, kamulaştırma yoluna gidilmediği, davacıların mülkiyet hakkının özüne dokunur şekilde sınırlandırıldığı ve kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengenin kişi aleyhine bozulduğu gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.³⁷¹

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

³⁷⁰ Konya 2.İdare Mahkemesi’nin 25.12.2003 günlü, E.2003/27, K.2003/269 sayılı kararı.

³⁷¹ Danıştay 6.Dairesi, 9.6.2004 günlü, E.2004/780, K.2004/3653 sayılı kararıyla, söz konusu İdare Mahkemesi kararını bozmuştur www.danistay.gov.tr ; Benzer konuda, Konya 2.İdare Mahkemesi, 16.12.2004 günlü, E.2003/119, K.2004/1552 sayılı kararında, imar planında çocuk parkı olarak ayrılan taşınmazın 37 yıldır hiçbir işlem yapılmaması üzerine davacıların benzer taleplerle açtıkları davada da aynı doğrultuda karar vermiştir.

istemiyle açtıkları davada verilen karardır. Bu davada³⁷², Konya 1'inci İdare Mahkemesi, idarenin hizmet kusuru bulunduğunu ulusal mevzuata göre tespit etmiş, bunun yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde yer alan, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğuna ilişkin hükme ve 1 Nolu Protokolde düzenlenen mülkiyet hakkına, ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Önerıldız-Türkiye kararına göndermede bularak idarenin kusurlu olduğuna karar vermiştir. Söz konusu karar, Danıştay tarafından onanmıştır³⁷³.

H. Eğitim ve Öğrenim Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Nolu Protokolü'nün 2.maddesinde "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." hükmü bulunmaktadır. Türkiye 1 Nolu Protokolü onaylarken bu maddeye çekince koymuş ve 3 Mart 1924 tarihli, 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tuttuğunu bildirilmiştir.

Konya 2'nci İdare Mahkemesi'nin, iki defa üst üste öğrenci katkı payını yatırmayan davacının üniversiteden kaydının silinmesine ilişkin davada verdiği, 31.5.2004 günlü kararında³⁷⁴, Anayasa'nın 90'uncu maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların yasalar karşısında önceliği bulunduğu bahisle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eğitim hakkını düzenleyen 1 Nolu Ek Protokolünün 2'nci maddesini esas alınmış, 2547 sayılı Yükseköğretim

³⁷² Konya 1.İdare Mahkemesi'nin 2.3.2005 günlü, E.2004/656, K.2005/149 sayılı kararı.

³⁷³ Danıştay 6.Dairesi'nin, 21.4.2006, E.2005/3310, K.2006/2160 sayılı karı. www.danistay.gov.tr.

³⁷⁴ Konya 2.İdare Mahkemesi'nin, 31.5.2004 günlü, E.2003/469, K.2004/628 sayılı kararı.

Kanunu'nun 46'ncı maddesinde yer alan öğrenci katkı payını ödemeyenlerin kayıtlarının yapılmayacağı ve yenilenmeyeceği hükmü uygulanmayarak, idarenin, katkı payının tahsili amacıyla, kayıt yapmama, yenilememe, derslere almama, katkı payını faiziyle tahsil etme gibi geçici nitelikte müeyyideler içeren kurallarla, eğitim hakkının özünü zedeledikten düzenlemesi gerektiği, öğrencinin kaydının silinmesinin eğitim hakkının özünü zedeleyen nitelikte olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Anılan kararda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin eğitim hakkının sınırlanması koşullarına ilişkin Campbell ve Cosans –Birleşik Krallık kararına da atıfta bulunulmuştur³⁷⁵.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamış ama bu Sözleşmeyi hayata geçirmede çok başarılı olamamıştır, insan hakları ihlalleri nedeniyle yüklü miktarda tazminat ödemek zorunda kalmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu Sözleşmeye taraf devletleri ortak bir demokrasi standardına zorlayan bir “Avrupa Anayasası” konumuna gelmiştir. Kanaatimizce demokrasinin korunması düşüncesi temel alınarak hazırlanan ve Türkiye'nin iç hukukunun bir parçası haline gelmiş bulunan Sözleşme hükümlerinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda anlaşılabilir Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve diğer mahkemelerce uygulanması ve bağımsız ölçü norm olarak kullanılması gerekmektedir. Yukarıda yer verilen kararlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıflarda bulunulmasına rağmen, bu durum halen istisna olma özelliğini korumakta, genel olarak yargı yerleri konuya mesafeli yaklaşmaktadırlar.

Örneğin, Eren-Türkiye başvurusu verilen karar yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Olayda, ÖSYM tarafından düzenlenen üniversiteye giriş sınavlarının birinci aşamasında üç kez başarısız olan başvurucu, 1997 yılında yapılan sınavın birinci aşamasını

³⁷⁵ Söz konusu İdare Mahkemesi kararının temyiz edilip edilmediğine dair, Danıştay kayıtlarında herhangi bir bilgiye rastlanmamıştır.

(ÖSS sınavını) geçmiş, ikinci aşamada (ÖYS sınav) 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 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuş (Başvuru No:60856/10), 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 başvurana bir suçlama yöneltilmediğini, akademik kurulun öğrencinin elde ettiği parlak sonucun izah edilemez nitelikte olduğu yönündeki görüşünün yetersiz olduğunu, başvuru sahibinin sınav sonucunun iptaline yönelik işlemin hukuki ve mantığı dayanaktan yoksun olduğunu ve keyfi bir işleme yol açmış olduğunu belirterek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Nolu Ek Protokolün 2’nci maddesinde düzenlenen eğitim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Danıştay 8’inci Dairesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 53/1-ı maddesi gereğince, söz konusu kararla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’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.³⁷⁶

Danıştay 8'inci Dairesi'nin söz konusu kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının gerekçelerine hiç yer verilmemiş olmakla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirme ve ulaştığı sonuç doğrultusunda karar verilmiştir. Ayrıca, söz konusu kararda, dava konusu işlemin Anayasamızda güvence altına alınan eğitim öğretim hakkını ihlal ettiği belirtilmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Nolu Ek Protokolün 2'nci maddesine atıfta bulunulmamıştır. Anayasamıza göre Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir, Türk Milleti, egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. Yine Anayasamızda, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı sistemimizde yer almamasına rağmen, 4771 sayılı, 4793 sayılı kanunlarla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiş, dolayısıyla, Anayasa'da herhangi bir düzenleme yapılmadan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adeta yargı sistemimize dahil edilmiştir. Danıştay 8'inci Dairesi'nin kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararna doğrudan atıf yapılmayarak, eğitim öğretim hakkına ilişkin olarak Anayasamızda yer verilen hükümlerin esas alınmasının, yargı yetkisinin Anayasa'dan kaynaklandığını vurguladığı, Anayasa'yla yargı yerlerine verilen yetkinin kullanılmasında hassas davranıldığı yorumu yapılabilir.

³⁷⁶ Danıştay 8.Dairesi'nin, 19.1.2007 günlü, E.2006/4857, K.2007/69 sayılı kararı.

SONUÇ

Hukukumuzda, uluslar arası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri sorunu öğretilde çok tartışılan bir konudur. Anayasamızın 90 ıncı maddesinde 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla yapılan değişlikle “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar kanunlardan üstündür” hükmü getirilmiştir. 5170 sayılı Kanunun 90 ıncı maddeye ilişkin madde gerekçesinde “Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmekte” olduğu belirtilmiştir.

Anayasanın 90.maddesine eklenen yeni hükmün, tartışmaları sona erdireceğini düşünmüyoruz. Çünkü öncelikle bu hüküm sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeleri kapsamaktadır. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeler yönünden de, sadece kanunlarla çelişmesi halinde sözleşme hükümlerine üstünlük tanınacağı belirtilmiş olup, sözleşme hükümlerinin Anayasa ile çelişmesi halinde nasıl hareket edileceği gösterilmemiştir. Fakat, yine de söz konusu hükümle, yargı yerlerine, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeleri dikkate almak ve bu sözleşme hükümleri ile kanunlar arasında çelişki olduğu takdirde, uyumsuzluğu sözleşme hükümlerini doğrudan uygulamak suretiyle çözümlenmek imkanı getirilmiştir.

Kanaatimizce, Anayasamızın 90.maddesinde 2004 yılında yapılan değişlikten sonra, hukukumuzda temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir konuyu düzenleyen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden önce veya sonra çıkarılmış olmasına bakılmaksızın, yasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin çatışması halinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

uygulanacaktır. Konuyu düzenleyen herhangi bir yasa veya anayasa hükmü yoksa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği düzenleme "doğrudan" uygulanabilir nitelikte ise iç hukuktaki boşluk Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri uygulanarak giderilecektir. Bilindiği gibi, İdare Hukukunun özelliklerinden birisi de bir içtihat hukuku olmasıdır. Dolayısıyla, hukuk veya yasa boşluğu olan hallerde idari yargıcın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını dikkate alması mümkündür. Yasama organı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı yasa çıkarmamak yükümlülüğü altındadır. Öte yandan, mevcut düzenlemelere göre, Anayasa hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 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, anayasanın üstünlüğü gereği, anayasa hükmünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi karşısında önceliği olacaktır.

Bize göre, Anayasanın 5'inci maddesine şu hüküm getirilmelidir: *"Ulusalüstü yetkileri bulunan kuruluşlara üyeliği gerektiren uluslar arası antlaşma hükümleri saklıdır"*. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'ne, uluslar arası antlaşmaların kabulünden önce öndenetiminin yapılması yönünde yetki verilmeli ve bu şekilde Anayasa Mahkemesi'nin öndenetiminden geçmiş olan uluslar arası antlaşmaların yasalarla çatışması halinde antlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin düzenleme getirilmelidir. Ayrıca, Anayasanın 90'ıncı maddesine, *"Anayasanın insan haklarına ilişkin hükümlerinin yorumlanmasında Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler de göz önünde tutulur"* hükmü eklenmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme hükümlerini yorumlamaya yetkili tek mahkemedir. Taraf devletler, Sözleşme'nin 46.maddesi gereğince, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uymak

zorundadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları üye devletlerin tüm organlarını ve dolayısıyla yargı mercilerini de bağlayıcı özelliktedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ulusal mahkeme kararlarını değiştirmek, bozmak, ortadan kaldırmak yetkisi yoktur, ancak, sözleşmeciler devletlerin Sözleşme'ye uygun davranıp davranmadıklarını denetleyerek, Sözleşme'nin ihlali halinde ilgili devleti tazminat ödemeye mahkûm edebilmektedir. Sözleşme'yi ihlal eden devletin ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak, mümkün olduğu ölçüde eski halini iadesini sağlamak ve ihlalin tekrarını önlemek için gerekli her türlü tedbiri alma ödevi vardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi, ihlalin kaynağına göre, mevzuat değişikliği yapmak, yargılamanın yenilenmesi, tazminat ödemek gibi yöntemlerle olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalinin yargı yerlerinin kararlarından kaynaklandığı durumlarda Sözleşme'ye taraf devletlerden bazıları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlali tespit eden kararını ulusal hukukta yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmiştir. Türkiye de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları nedeniyle yargılamanın yenilenmesini 2002 yılında 4771 sayılı Yasa ile tanımıştır. Ancak bu yasa, 2003 yılında 4793 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve yargılamanın yenilenmesinin koşulları yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu yasalarla İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları nedeniyle yargılamanın yenilenmesi kabul edilmiştir. Askeri yargıda ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul eden bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ulusal yargı mercilerince verilmiş bir kararla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya eki Protokollerde yer alan hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının ulusal

hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabulü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukta yerine getirilmesi konusunda çok önemli bir adımdır. Ulusal yargı yerlerinin, kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararları daha fazla dikkate almalarına yol açacak bir gelişmedir. Böylece, yargı yerlerinin insan hakları ihlallerini önleyici denetimi sayesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye aleyhine yapılacak birçok başvurunun da önüne geçilmesi sağlanacaktır. Ancak, Anayasamızda egemenlik kavramının düzenleniş şekli dikkate alındığında, yargılamanın yenilenmesine ilişkin söz konusu değişikliklerin Anayasamıza aykırı olduğu ileri sürülmekteyse de, 4771 sayılı Kanunun yargılamanın yenilenmesini öngören maddelerini de içerecek şekilde, iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması sonucunda Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulünü anayasaya aykırı bulmamıştır.

Bizce, yargılamanın yenilenmesi konusunda yukarıda anılan yasalarla getirilen düzenlemeler Anayasaya aykırıdır. Anayasanın 11 inci maddesine göre, Anayasa hükümleri diğer devlet organlarıyla birlikte yasama organını da bağlayan en üstün hukuk kurallarıdır. Anayasamıza göre egemenlik kayıtsız şartsız milletindir, Türk Milleti, egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. Yine Anayasamızda, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı sistemimizde yer almamasına rağmen, 4771 sayılı, 4793, 4928 sayılı kanunlarla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiş, dolayısıyla, Anayasa'da herhangi bir düzenleme yapılmadan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adeta yargı sistemimize dâhil edilmiştir. Anayasamızın 138 inci maddesi mahkemelerin bağımsızlığını düzenlemektedir. Bu

maddenin ikinci fıkrasında hiçbir organ, makam, merci ve kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı düzenlenmiştir. Biz tezimizde, yargı yerlerinin baktıkları davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni bağımsız ölçü norm olarak uygulayabileceklerini, Sözleşme'nin birinci bölümünde yer alan hükümlerin doğrudan uygulanabilir niteliğe sahip olduğunu, Sözleşme'nin yegâne yorumlayıcısı ve denetimini sağlamakla yetkili mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının da yargı yerlerince mutlaka göz önünde bulundurulmasını savunuyoruz. Ancak buna rağmen, Anayasamızın mevcut hükümleri ve egemenlik anlayışı karşısında, 4771 sayılı, 4793, 4928 sayılı kanunların yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümlerinin, Anayasanın Başlangıcı ile 5, 6, 9 ve 138'inci maddelerine aykırı olduğunu düşünüyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece somut olaylara ilişkin olarak karar veren bir mahkeme değildir; bunun yanında bir Avrupa standardı oluşturma istemiyle kendisine başvuruda bulunulan bir mahkemedir. Sözleşme'nin güvence altına aldığı hakları sosyal yaşamdaki değişimleri göz önüne alarak yeniden yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Sözleşme hükümleriyle bütünleşerek, Sözleşme metninin ayrılmaz bir parasını oluşturmaktadır. İrlanda-Birleşik Krallık davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, aslında sadece Mahkeme önüne gelen davaların karara bağlanmasını değil, aynı zamanda, daha genel olarak, Sözleşme'nin getirdiği kuralların açıklanması, korunması ve geliştirilmesini sağlayarak, taraf devletlerce üstlenilen taahhütlerin yerine getirilmesine yardımcı olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin iç hukuklarda uygulanmasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarından bağımsız düşünmek mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmeyi yorumlarken bazı

ilkelerden yola çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, ulusal hukuklarda yer alan benzer kavramlara karşı Sözleşme kavramları bağımsızdır. Mahkeme Sözleşmede yer verilen terim veya kavramların anlamının belirlenmesinde kendisini her bir taraf devletin iç hukukunun bunlara verdiği anlamla bağlı görmemekte ve anlamı özerk olarak belirlemektedir ki buna otonom yorum yöntemi denilmektedir.³⁷⁷ Dolayısıyla idari bir faaliyet örneğın yaşam hakkı, işkence yasağı, makul gözaltı süresi, özel yaşamın korunması, din ve düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyeti gibi hak ve özgürlükleri ihlal ediyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuru üzerine bu faaliyeti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri çerçevesinde inceleme yetkisine sahiptir.

Sözleşmede yer alan hükümlerin amacını tespit etmek ve hayata geçirmek açısından, Mahkemenin verdiği kararların izlenmesi çok önemlidir.

Örneğın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde düzenlenmiş olan, adil yargılanma hakkı, Anayasamızda, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasayla "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36.maddesine getirilen değişlikle, artık hukukumuzda anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir.

Ayrıca, bu anayasal hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde kabul edilen sınırlamalara da tabi değildir. "Yani bir idari davada adil yargılama 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; örneğın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nce halen, egemenlik hakkının sert çekirdeğini oluşturduğu kabul edilen vergi aslı ile ilgili davalarda da tarafların yargılamanın adil yargılama ilkesine uygun olarak yapılmasını isteme hakları, söz konusu

³⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: a.g.e., s.266.

değişiklikle, anayasal güvence altına alınmıştır.”³⁷⁸

Adil yargılanma hakkı, ne anayasamızda ne de ulusal kanunlarımızda tanımlanmamış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında unsurları belirlenerek tanımlanmış olduğundan, idari yargıcın bakmakta olduğu her davada Anayasamızın 36.maddesiyle güvenceye alınan adil yargılanma hakkını, Sözleşmenin 6.maddesi çerçevesinde yorumlayıp uygulaması gerekecektir. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 32.maddesiyle, Sözleşme ve eki Protokollerin hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasında yargı yetkisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ait olduğundan ve Sözleşme ve eki Protokoller de Anayasamızın 90.maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası ve ulusal kanunlara göre üstün kabul edildiğinden, idari yargıcın adil yargılanma hakkını yorumlarken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumunu takip etmesi ve dikkate alması gerekecektir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53.maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi de bu hususu zorunlu kılmaktadır. Bunun için 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.

Kanaatimizce, idari yargılama sistemimizde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ülkemiz hakkında verdiği kararlarda belirtilen hususlar doğrultusunda şu düzenlemeler yapılmalıdır:

Anayasanın 90'ıncı maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası antlaşmalara yasalar karşısında

³⁷⁸ CANDAN, Turgut: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu 24-25 Ekim 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Birinci Baskı, Şubat 2006 Ankara, s.78.

üstünlük tanınması ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53'üncü maddesiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 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, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'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 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hakkında eğitim çalışmalarına ağırlık verilmelidir. Anayasamızın 90'ıncı 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, hakim ve savcı adaylarının mesleğe kabulünde yabancı dil biliyor olma şartı aranmalıdır.

Polis, jandarma, cezaevi personeli gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulamakla sorumlu olan kamu personeline, uygulama ağırlıklı eğitim verilmelidir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı ve Anayasada sayılan ve yargı yolu kapalı olan, Yüksek Askeri Şura kararları, uyarma ve

kınama disiplin cezaları gibi, diğer tasarruflara karşı da yargı yolu açılmalıdır.

Bize göre, 2575, 2576, 2577 sayılı Yasalardaki hükümler yargılamanın makul bir sürede sonlandırılmasına yönelik olarak yeniden düzenlenmelidir. Bunun için, idari yargılamada, mahkemece gerek olmadığına karar verildiği durumlarda, ikinci dilekçe, ikinci savunma kaldırılmalıdır. Böylece, dosyanın tekemmülü hızlanacak, yargılama süresi kısaltacaktır.

Ayrıca, yürütmenin durdurulmasına karar verilen dosyaların tekemmül ettirildikleri tarihten itibaren belirli bir süre içinde karara bağlanacağı hükmü getirilerek, yargılama sürecinin kısaltılması amaçlanmalıdır.

Yine, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde, mahkemelere, kararın yerine getirilmemesinde sorumluluğu bulunan kamu görevlileri hakkında suç duyurusunda bulunma yükümlülüğü getirilmeli, tazminat ve vergi davalarında, idarenin, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faizi ödeyeceği düzenlenmelidir.

Bunun yanında, Bölge İdare Mahkemelerine istinaf mahkemeleri sıfatı kazandırılmalıdır. Mevcut durumda, idare ve vergi mahkemelerinin yürütmenin durdurulması hakkındaki kararlarıyla, 2577 sayılı Kanunun 45'inci maddesinde sayılan bazı nihai kararları itiraz yoluyla Bölge İdare Mahkemelerine götürülmektedir. Bunun dışındaki tüm nihai kararlar temyiz yoluyla Danıştay'da görülmekte ve bazı davalar da ilk derece olarak Danıştay'da görülmektedir. Bu durum Danıştay'ın iş yükünü muazzam ölçüde arttırmakta, davaların çok uzun sürede çözümlenmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle, halen temyiz mercii olarak Danıştay'da görülen birtakım davaların itiraz yoluyla bölge idare mahkemelerinde görülmesi

sağlanmalıdır.

Özellikle memurların maddi haklarının kaybında davaların hızlandırılmasının sağlanmasının yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasında yer alan davanın hakkaniyete uygun dinlenmesi ilkesine ve mahkemeye başvurma hakkına uyum sağlamak da gerekmektedir. Örneğin idari yargılama usulümüzün yazılı olması ve kanunumuzun tanıklık kurumuna yer vermemesi, maddi olayın açıklığa kavuşması ve adaletin gerçekleşmesinde güçlükler doğurmaktadır, bu durumda Sözleşmenin 6'ncı maddesi açısından ihlal kararları verilebilir.

Bu nedenle, idari yargıda, idari uyuşmazlığa neden olan maddi olayın açık olmadığı durumlarda tanık dinlenmesi halinde hâkimin vicdani kanaat edinmesi ve daha adil karar vermesi mümkün olacaktır.

Ayrıca, duruşma yapılması sırasında zabıt kâtibinin de duruşmaya katılması sağlanmalı ve duruşma zaptı tutulmalıdır.

İdari yargıda yürütmenin durdurulmasının idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte aranması, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinde yargıcın iradesini oldukça kısıtlamaktadır. Yürütmenin durdurulması koşulları, işlemin hukuka aykırı olduğuna ve uygulanması halinde telafisi güç durumların ortaya çıkabileceğine mahkemece kanaat getirilmesi şekline dönüştürülmelidir.

“Yargı mercilerince verilmiş bulunan yürütmenin durdurulmasına ve esasa ilişkin kararların formüle edilerek yazılması mevcut iş yükü bakımından oldukça zaman almakta ve ayrıca tebligatla birlikte önemli bir zaman dilimi geçip gitmektedir”.Bu sorunu gidermek için dava dosyasında verilen hüküm, gerekçeli kararın yazılmasından önce, “matbu kısa karar”

yazılmak suretiyle derhal taraflara tebliğe çıkarılmalı, tarafların karar sonucundan daha kısa sürede bilgi sahibi olmaları sağlanmalıdır.³⁷⁹

Yargılamanın posta gideri noksanlığı sebebiyle yapılan yazışmalar dolayısıyla uzamasını engellemek için yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Örneğin, “Adalet Bakanlığı ile Posta İdaresi arasında yapılacak bir protokol çerçevesinde posta ücretlerine gelen zamlardan etkilenmeyen ve posta dağıtımında öncelik taşıyan özel bir ‘adalet pulu’ ihdası”³⁸⁰ yoluna gidilebilir.

Adli tatil uygulamasına son verilmeli, yargı hizmetinin kesintisiz işlenmesini sağlamak üzere, yargıçların da diğer memurlar gibi kamu hizmetini aksatmayacak şekilde izin haklarını kullanmaları yolunda düzenleme yapılmalıdır.

Anayasamızın 40’ncü maddesinde düzenlenen “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” kuralı uyarınca, idari işlemlerin ilgisine bildirilmesi, bu kurala uyulmaması halinde açılan davada süreaşımı bulunmayacağını kabul edilmesi yolunda düzenleme getirilmelidir.

İdari Yargılama Usulü Kanununda, adil yargılanma hakkına, özellikle silahların eşitliği prensibine uygun olarak, savunma hakkını korumak için, idare tarafından mahkemeye gönderilen işlem dosyaları hakkında davacının tam ve zamanında bilgi sahibi olması ve bu şekilde gerekli savunmasını hazırlayabilmesine olanak tanınmalıdır.

Danıştay savcısının düşüncesi davacıya ve davalı idareye tebliğ edilmeli, bu şekilde adil yargılanma hakkının unsuru olan silahların eşitliği prensibine uyulmalıdır. Çünkü, Danıştay’daki duruşmalı işler dışında, savcı düşüncesi taraflara bildirilmemekte, taraflar savcı düşüncesini Danıştay

³⁷⁹ ERKUT, Celal: “AİHS’in 6.maddesine Strasbourg Yargıcının Bakış Açısı da Dikkate Alınarak Türkiye’de Yürütülen Reform Çalışmaları Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 24-25 Ekim 2003, s.325.

³⁸⁰ ERKUT, Celal: a.g.m., s.323.

kararı ile birlikte öğrenmekte ve savcı düşüncesine karşı savunma ileri sürememektedirler.

İdari yargıda dava açma süresi yeniden düzenlenmeli, özel kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi, hiçbir uyuşmazlık bakımından genel dava açma sürelerinden daha kısa dava açma süresi kabul edilmemelidir.

Bir idari işlem hakkında o işlemin muhatabı dışında, o işlemde menfaati etkilenen üçüncü kişilerin idari davada asli müdahil olmalarına imkân veren düzenlemeler yapılmalıdır.

Jabari-Türkiye kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İran vatandaşı olan Jabari'nin Türk makamlarınca sınırdışı edilme işlemine karşı başvurduğu idari yargı yolunun etkili olmadığı sonucuna ulaşmıştır. 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 İnsan Hakları Mahkemesi, 13.maddenin ihlal edildiğine karar verirken, Jabari'nin Sözleşme'nin 3.maddesiyle yasaklanan bir muameleyle karşılaşma tehlikesinin ulusal makamlarca değerlendirilmemiş olmasına özel bir önem vermiştir.

Büker-Türkiye kararında da idari davaların çok uzun sürmesi nedeniyle adil yargılanma ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Yargı kararlarının idare tarafından yerine getirilmemesi de adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, idari davaların hızlandırılmasının sağlanmasının yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. md'nin 1. fıkrasında yer alan davanın hakkaniyete uygun dinlenmesi ilkesine ve mahkemeye başvurma hakkına uyum sağlamak da gerekmektedir. Örneğin idari yargılama usulümüzün yazılı olması ve kanunumuzun tanıklık kurumuna yer vermemesi, maddi olayın açıklığa kavuşması ve adaletin gerçekleşmesine izin vermemektedir, bu durum da adil yargılanma hakkının

ihlali olarak kabul edilebilir.

Anayasa ve yasalarımızla getirilen düzenlemeler karşısında, Devletin tüm organları gibi, idari yargı yerlerinin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve Sözleşme'nin tek uygulayıcısı ve yorum organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarını, önlerine gelen uyuşmazlığın çözümünde göz önünde bulundurmaları zorunludur. Bilindiği gibi, İdare Hukukunun özelliklerinden birisi de bir içtihat hukuku olmasıdır. Dolayısıyla, hukuk veya yasa boşluğu olan hallerde idari yargıcın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını dikkate alması mümkündür.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin insan hakları konusunda sağladığı güvence ikincil nitelikte olup, asıl olan Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukukları yoluyla insan haklarının korunmasıdır.

Bu nedenle, hukukumuzda, insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve var olan ihlallerin sonuçlarının giderilmesinde yasama, yürütme ve yargı organlarını etkinleştirecek yukarıda yer verilen önlemlerin alınması faydalı olacaktır. İdarenin işlem ve eylemlerini denetlemekle görevli idari yargı mercilerine, insan hakları ihlallerini önleyerek idarenin hukuka uygunluğunu sağlamada çok önemli bir görev düşmektedir.

KAYNAKÇA

AĞAR, Serkan: "Adil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 Sayılı Vergi Barışı Yasası", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 59, 2005, s.327-357.

AKBULUT, Olgun: "Adil Yargılama Hakkı (AİHS m.6)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, Yıl 1, İstanbul, 2002, s.175-207.

AKILLIOĞLU, Tekin: **İnsan Hakları I.Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 17 Ankara 1995, XII+454 s.

AKILIOĞLU, Tekin: "Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 16, Sayı 3, Eylül 1983, s. 33-47.

AKILLIOĞLU, Tekin: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, 1989, s. 155-173.

AKILLIOĞLU, Tekin: "Uluslar arası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", **Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını**, İstanbul, 1992, s.47-52.

AKILLIOĞLU, Tekin: "Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler" **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, Sayı 1, 1989, s.161-194.

AKILLIOĞLU, Tekin,: "İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü", **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayınları, Ankara 2000, s. 1-15.

AKİPEK, İlhan: **Devletler Hukuku I.Kitap, Başlangıç**, Başnur Matbaası, Ankara 1965, xxvii+916 s.

AKTAN, Hamdi Yaver: İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde Sunulan Bildiri, s.141-149.

AKZAMBAK, Mehmet: **İnsan Hakları: Lozan'dan Günümüze Taraf Olduğumuz Uluslar arası Tüm Sözleşmeler: Onaya İlişkin Kanun ve Bakanlar Kurulu Kararlarıyla**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu, Ankara, 1998, Cilt 1, XXX+488 s., Cilt 2, XX+350 s., Cilt 3, XVI+414 s., Cilt 4, X+362 s.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Uluslar arası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu", Danıştay'ın Kuruluşunun 139. Yılı Programında Sunulan Bildiri, Ankara, 11.5.2007, s.1-15.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde Sunulan Bildiri, s.125-140.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "İnsan Hakları Uluslararası Belgelerinin Türk Anayasa Mahkemesi ve Öteki Mahkemeler Kararlarında Gözlenen Etkisi", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 21-22, 1999-2000, s.61-76.

ALTAY, Evren: "Yargı Kararlarının Uygulanması", Danıştay'ın Kuruluşunun 139. yılını Kutlama Programında Sunulan Bildiri, Şermin Kütüphanesi, Mayıs 2007, s.1-30.

ALTIPARMAK, Kerem-Onur KARAHANOGULLARI: "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasa'nın 'Zimnen İptali' ", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 19-20, 1997-1998, s.215-233.

ALTUĞ, Yılmaz: "İnsan Haklarının Türkiye ve Uluslar arası Alanda Korunması" İnsan Haklarının Uluslar arası Korunması ve TBMM Sempozyumu, **TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları**, No:52, Ankara, Eylül 1992, s.65-77

ANAYURT, Ömer: **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, 453 s

ARMAĞAN, Servet: "1982 Anayasası'nda Uluslar arası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi", **Anayasa Yargısı**, s.341-361.

ARSLAN, Zühtü: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Ankara 2000, s.274-293.

BAŞ (BEREKET), Zuhal, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Ankara 1996.

BAŞPINAR, Ahmet: "İdari Yargıda Makul Bir Süre için Öneriler", 2004 yılı İdari Yargı Sempozyumu, www.danistay.gov.tr., s.1-6.

BATUM, Süheyl-Feridun YENİSEY: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından**, TÜSİAD, Yayın No: TÜSİAD-T/2003/12-369, İstanbul, Aralık 2003, 200 s.

BATUM, Süheyl: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1993, 287 s.

BIÇAK, Vahit: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, 1.Baskı, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002, 535 s.

BIÇAK, Vahit: "Uluslar arası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Ankara 2000, s.87-127.

BİLEN, Ali: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", **Danıştay Dergisi**, Sayı 106, 2003, s.99-129.

BİLGE, A.Suat, "İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 46, Sayı 2, Mart 1989, s.980-997.

BİLİR, Faruk: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 55, Sayı 1, Ankara 2006, s.135-155.

CANDAN, Turgut: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu** 24-25 Ekim 2003, Türkiye Barolar Birliği, 1.basım, Ankara 2006, s.53-82.

CENGİZ, Serkan: "14 Nolu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 56, 2005, s.341-358.

COOPER, Jonathan: "Özel ve Ailevi Yaşama Saygı Hakkı (İHAS Madde 8)", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyum** 24-25 Ekim 2003, Türkiye Barolar Birliği, 1.basım., Ankara 2006, s.117-126.

COOPER, Jonathan, "Dernek ve Toplantı Özgürlükleri (İHAS madde 11)", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyum** 24-25 Ekim 2003, Türkiye Barolar Birliği, 1.basım., Ankara 2006, s.169-175

ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 'Yusuf Çelebi c.Turquie' Kararı ve Kısa Bir Değerlendirme", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt V., Sayı 1-4, s.623-632.

ÇALIŞKAN, Bilal: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Uyarınca Yargılamanın Yenilenmesi", **Adalet Dergisi**, Sayı 18, yıl 95, Ocak 2004, s.51-88

ÇAMLICA, Mustafa: "İnsan Hakları, Vergileme ve Zorunlu Tasarruf", **Yaklaşım Dergisi**, Yıl 11, Sayı 122, Şubat 2003, s.155-159.

ÇAVUŞOĞLU, Naz: "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Katılım Meselesi)", **Anayasa Yargısı**, Cilt 22, Ankara 2005, s.1-14.

ÇAVUŞOĞLU, Naz: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Türkiye Kararları, 1995-Haziran 2003 Tazminat Tutarları**, Su Yayınları, Birinci Basım, İstanbul, Ağustos 2003, 166 s.

ÇAVUŞOĞLU, Naz: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak Ve Hürriyetler Üzerine**, İmaj Yayınevi, Ankara 1994, vii+188 s.

ÇELİK, Edip: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Lütfü Duran'a Armağan Özel Sayısı, Yıl 9, Sayı 1-3, 1988, s.47-57.

ÇETİNTÜRK, Ekrem: "Avrupa Konseyi ve İnsan Haklarının Korunması", **Adalet Dergisi**, Sayı 19, Yıl 95, Mayıs 2004, s.20-47.

ÇINAR, Özgür Heval: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi**, İHD İstanbul Şubesi Yayınları, Birinci Baskı, İstanbul, Temmuz 2005, xv+213 s.

ÇİFTÇİ, Erhan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma İlkesi ve İdari Yargı", **Danıştay Dergisi**, Sayı 106, 2003, (Danıştay Yer No:23789), s.77-95.

ÇİMEN, Yılmaz: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde Sunulan Bildiri, 5 Kasım 2004, **Türkiye Barolar Birliği Yayını**, 2005, s.92-99.

DANIŞTAY RAPORU, "Uluslar arası Hukukun İdari Yargıç Tarafından Uygulanışı", Yüksek İdare Mahkemeleri Uluslar arası Derneğinin 20-22 Nisan 1998 Tarihleri Arasında Lizbon'da Yapılan VI. Kongresinde Sunulan Türk Danıştay'ı Raporu, **Danıştay Dergisi**, Sayı.96, Yıl.98, 1998, s.3-17.

DİNÇ, Güney: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 51, 2004, s.283-306.

DİNÇ, Güney: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargı'da Silahların Eşitliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 57, 2005, s.301.

DOĞAN, Naci: "11 Nolu Protokol Bağlamında Avrupa Konseyi Denetim Sisteminin Kurumsal Yapı ve Yargısal İşleyişi Açısından Kazanımları", **Danıştay Dergisi**, Yıl 34, Sayı 108, 2004, s.39-56.

DOĞRU, Osman: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Ankara 2000, s.194-231.

DOĞRU, Osman: "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", Danıştay'ın Kuruluşunun 139. yılını Kutlama Programında Sunulan Bildiri, Mayıs 2007, s.1-15

DOĞRU, Osman: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt I, II**, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Eylül 2004, CIX+914 s.

DÖNER, Ayhan: **İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, 200 s.

ERDOĞAN, Mustafa: **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuk**, 1.Baskı, Orion Yayınevi, Ankara 2007, s.

ERGÜL, Ergin: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2004, XIX+412 s.

ERGÜL, Teoman-Filiz CONWAY-Mehtap ASLAN-Halit ATASEVEN (Yayına Hazırlayan): **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu**, 24-25 Ekim 2003, Ankara, Şubat 2006, IX+347 s.

ERKUT, Celal: **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunun Genel Prensipleri Teorisi)**, Kavram Yayınları, Birinci Basım, İstanbul, Haziran 1996, 131 s.

ERKUT, Celal: "Türkiye'de Yürütülen İdari Yargı Reformları", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Sempozyum** 24-25 Ekim 2003, Türkiye Barolar Birliği, 1.basım, Ankara 2006, s.309

ERMUMCU, Osman: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukuktaki Yeri", www.inhak-bb.adalet.gov.tr/makale.

ERTEKİN, Şirvan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yasa Değişiklikleriyle Türk Hukukuna Etkisi, **Adalet Dergisi**, Sayı 19, Yıl 95, Mayıs 2004, s.220-252.

FENDOĞLU, Tahsin: "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu", **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Ankara 2000, s.363-384.

GEREK, Şahnaz- Ali Rıza AYDIN: "Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Yeri", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 37, Sayı 3, Eylül 2004, s.83-110.

GÖÇER, Mahmut, "Uluslararası Andlaşmalara Ardılık ve İnsan Hakları Sözleşmeleri", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 35, Sayı 4, Aralık 2002, s.1-15.

GÖÇER, Mahmut, "Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması" **Anayasa Yargısı**, s.386.

GÖZLER, Kemal: "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu", **Türkiye'de İnsan Hakları**, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s.25-46. www.anayasa.gen.tr.

GÖZLER, Kemal: "Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 21-22, 1999-2000, s.77-93.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku, Cilt I, II**, Birinci Baskı, Ekin Kitapevi, Bursa, 2003, Cilt I, XLVII+1260 s., Cilt II, XLVIII+1471 s. GÖZLÜGÖL, Said Vakkas: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzun Etkisi**, Hilmi Usta Matbaacılık, Ankara 1999, XVI+317 s.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 6.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, XVI+561 s.

GÜLMEZ, Mesut, (Yayına Hazırlayan): **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum**, TODAİE yayını, No:243, Ankara, 1992, 222 s.

GÜLMEZ, Mesut: "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, 2004, s.147-161.

GÜLMEZ, Mesut: "2000'in Başında, İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye'nin Onay Durumu", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 33, Sayı 1, Mart 2000, s.1-26.

GÜLMEZ, Mesut, "Türkiye'nin İnsan Hakları Sözleşmelerini Onay Politikası: 1990 Sonrası", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 21-22, 1999-2000, s.33-60.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 5.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, XXVIII+588 s.

GÜRAN, Sait: "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Ankara 2000, s.43-62.İNCEOĞLU, Sibel: "Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi, Danıştay'ın Kuruluşunun 139. yılını Kutlama Programında Sunulan Bildiri, Mayıs 2007, s.1-14.

İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Basın Yayın Dağıtım, 2. Basım, İstanbul, 2005, XII+420 s.

İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli, 5 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, VII+156 s.

KABOĞLU, İbrahim Ö. : **Özgürlükler Hukuku**, 6.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, 585 s.

KAPANİ, Münci: **İnsan Haklarının Uluslar arası Boyutları**, 2.Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, Nisan 1991, 197 s.

KAPANİ, Münci: **Kamu Hürriyetleri**, 7.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1993, XVI+333 s.

KARABULUT, Mustafa: "Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Hakkında Verilen Kararlar", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu** 24-25 Ekim 2003, Türkiye Barolar Birliği, 1.basım, Ankara 2006, s.284-303.

KARAGÜLMEZ, Ali: "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, 2004, s.163-177.

KARAHANOGULLARI, Özlem Erdem: "Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku", **Danıştay Dergisi**, Yıl 33, Sayı 106, 2003, s.131-143.

KARAHANOGULLARI, Özlem, Erdem: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Yargı", **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Cilt 23-24, 2001-2002, s.31-63.

KARAHANOGULLARI, Özlem Erdem, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi –İdari Davalar- Memur Uyuşmazlıkları, Danıştay'ın Kuruluşunun 139. yılını Kutlama Programında Sunulan Bildiri, Mayıs 2007, s.1-13.

KARAN, Nur: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Devlet Memurlarının Siyasal İfade Özgürlüğü", (Yayın bilgileri bulunmamaktadır, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'nden temin edilmiştir.)

KILINÇ, Ahmet: "İnsan Haklarının Anayasal Konumu", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1-2, 2005, s.279-290.

KOPARAN, M. Reşat: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Adil Yargılanma Hakkı", **Adalet Dergisi**, Sayı 12, Yıl 93, Temmuz 2002, s.163-187.

KUZU, Burhan: İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde Sunulan Bildiri, s.27-31.

MADRA, Ömer: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, No:458, Ankara, 1981, 237 s.

MEMİŞ, Emin: "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", **Anayasa Yargısı** Cilt 17, Ankara 2000, s.130-173.

MERAY, Seha: **Devletler Hukukuna Giriş**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, No:38, Cilt 1, XXX+546 s.

NAL, Sabahattin: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Ülke Hukuklarındaki Yeri ve Taraf Ülke Hukuklarına Etkisi", **Yargıtay Dergisi**, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2002, Ankara, s.214-233.

ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: **Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, İdari Yargı, Demokratikleşme ve İnsan Hakları Ekiyle**, 7.Baskı, İkinci Sayfa Yayınları, Ankara, Ağustos 2006, xvii+785 s.

OĞURLU, Yücel: **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi: Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topuluğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, 248 s.

ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2004, XXXIX+1025 s.

ÖZAY, İl Han: "İdari Yargıdan İtiraz Yolu İle Anayasa Mahkemesine Gönderilen Konularda Yürütülmesinin Durdurulmasına İlişkin Sorunlar", Danıştay'ın Kuruluşunun 139. yılını Kutlama Programında Sunulan Bildiri, Mayıs 2007, s.1-4.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 8.Baskıdan Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, 436 s.

ÖZDEK, Yasemin: **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AİHS Sistemi-AİHM Kararlarında Türkiye**, İkinci Baskı, Kırmızı Kalemler Yayınları, İstanbul, Aralık 2004, ix+353 s.

ÖZDEMİR, H. Hilmi: "Hakim ve Savcılarda Bulunması Gereken Nitelik ve Yeteneklerle, Tutum ve Davranışlar", **Yargıtay Dergisi**, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2002, s.261-280.

ÖZDEN, Yekta Güngör: "İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları", **Anayasa Mahkemesi Kararları**, Ankara, 1997, s. 495-572.

ÖZDEN, Yekta Güngör: **İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1997, Ankara, 609s.

ÖZER, Attila: "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu", **Anayasa Yargısı**, Cilt 20, Ankara 2003, s.1-8. www.anayasa.gov.tr.

PAULIAT, Helene: "Mülkiyet Hakkı (İHAS Ek Protokol madde 1)", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Sempozyum 24-25 Ekim 2003, Türkiye Barolar Birliği, 1.basım, Ankara 2006, s.267-284.

PAZARCI, Hüseyin: İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde Sunulan Bildiri, s.156-161.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 5.Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, Nisan 2007, XXIX+679 s.

REİSOĞLU, Safa: **Uluslararası Boyutları İle İnsan Hakları**, Beta Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 2001, XX+326 s.

SAĞLAM, Fazıl: "Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslar arası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler", **Anayasa Yargısı** 17, s.233.

SAĞLAM, Fazıl: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi", **Anayasa Yargısı**, Cilt 16, Ankara 1999, s.189-203.

SANCAKDAR, Oğuz: "AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 38, 1 Mart 2005, s.89-112.

SANCAKDAR, Oğuz: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi", Danıştay'ın 139.Yılı Kutlamalarında Sunulan Yayınlanmamış Bildiri, 11.5.2007, s.1-65.

SELÇUK, Sami: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", **Yargıtay Dergisi**, Cilt 25, Temmuz 1999, Sayı 3, Temmuz 1999, s.399-428.

SOYDAN, Billur Yatlı: "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-I", **Vergi Sorunları Dergisi**, Ağustos 2000, Sayı 143, s.151-167.

SOYDAN, Billur Yatlı: "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-II", **Vergi Sorunları Dergisi**, Eylül 2000, Sayı 144, s.104-120.

SOYDAN, Billur Yatlı: "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-III", **Vergi Sorunları Dergisi**, Ekim 2000, Sayı 145, s.108-129.

SOYDAN, Billur Yaltı, "Mülkiyet Hakkı Versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı", **Vergi Dünyası**, Sayı 227, Temmuz 2000, s.103-114.

SOYSAL, Mümtaz: "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslar arası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, Cilt 2, Ankara, 1986, s.7-18.

SOYSAL, Mümtaz: "Uluslar arası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 14, 1997, s.171-187.

SOYSAL, Mümtaz: **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 5.Baskı, Gerçek yayınevi, İstanbul 1979, 399 s.

ŞAHBAZ, İbrahim: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, 2004, s.178-216.

ŞİMŞEK, Tacettin: "Bilgi Edinme Hakkı (İHAS madde 8)", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Sempozyum 24-25 Ekim 2003, Türkiye Barolar Birliği, 1.basım, Ankara 2006, s.126-151

TANÖR, Bülent: **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994, 343 s.

TAŞKIN, Ahmet: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı", **Adalet Dergisi**, Sayı 19, Yıl 95, Mayıs 2004, s.48-79.

TEKİN, M.Önder: "Uluslar arası Sözleşmelerin 'Uyarma ve Kınama' Cezalarına Yönelik Yargı Kısıtlamasına Etkisi", **Yaklaşım**, Yıl 13, Sayı 152, Ağustos 2005, s.249-254.

TEZCAN, Durmuş, "Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", Danıştay'ın Kuruluşunun 139. Yılı Kutlamalarında Sunulan Bildiri, 11.5.2007, s.1-23.

TEZCAN, Durmuş- Mustafa Ruhan ERDEM- Oğuz SANCAKDAR: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, Şubat 2004, 555 s.

TEZCAN, Durmuş- Mustafa Ruhan ERDEM- Oğuz SANCAKDAR: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara, 2004, XII+341 s.

TOLUNER, Sevin: **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973, XXVIII+732 s.

TOPUZ, İbrahim-Kadir ÖZKAYA: **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 2002, XXI+1336s.

TUNÇ, Hasan: "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Ankara 2000, s.174-193.

TÜRMEEN, Rıza: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından, Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", **Yargıtay Dergisi**, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2002, s.193-213.

TÜRMEEN, Rıza: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri", **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Ankara 2000, s.32-61.

UYGUN, Oktay: "Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **Anayasa Yargısı** 17, s.256.

UZELTÜRK, Sultan: "İHAM Kararları Işığında Türkiye'de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Sempozyum 24-25 Ekim 2003, **Türkiye Barolar Birliği**, 1.basım, Ankara 2006, s.220-262.

ÜNAL, Şeref: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", **Anayasa Yargısı**, 17, s.62.

ÜNAL, Şeref: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu, 2001, XVIII+556 s.

YALTI, Billur: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları- Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları", Danıştay'ın 139. Kuruluş Yıldönümü ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Mayıs 2007, s.1-25.

YALTI, Billur: "Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı", **Vergi Dünyası**, 2000, Gazi Üniversitesi Kütüphanesi, s.103-114.

YILDIRIM, Kadir: "Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği", **Anayasa Yargısı**, Cilt 17, Ankara 2000, s.295-337.

YILDIRIM, Kadir: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği Ve Taraf Devletlerde Uygulanması**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1997, xi+156 s.

YOKUŞ, Sevtap: "Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasal Hükümlerin Danıştay'ca Doğrudan Uygulanması", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 19-20, 1997-1998, s.197-213.

YÜKSEL, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri", **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Sayı 108, 15 Kasım 2000, s.19-35.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması Paneli'nde Sunulan Bildiri, 5 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005, s.83-91.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1993, 349 s.

ZANGHI, Cladio: "Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi (İHAS madde 14)", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Sempozyum 24-25 Ekim 2003, Türkiye Barolar Birliği, 1.basım, Ankara 2006, s.211-220.

ZUPANCIĆ, Bostjan M., Çev.: Z.Elif YARSUVAT Z. Çağa TANYAR: "Hukuki Emsallerin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yorumlanması", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Ocak 2003, İstanbul, s. 59-78.

İNTERNET KAYNAKLARI

Kazancı İctihat Bilgi Bankası

www.kgm.adalet.gov.tr/iyuk.htm.

www.basbakanlik.gov.tr/mevzuatbilgisistemi

<http://kesk.org.tr/index.php>

www.anayasa.gov.tr/general/anayasayargisi.asp.

www.yargitay.gov.tr/aihm/aihm.html.

<http://rega.basbakanlik.gov.tr>

www.inhak-bb.adalet.gov.tr

www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/

[www.anayasa.gen.tr/insan.htm./](http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm/) 1.5.2004

www.insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr

ÖZET

BİRTANE, Şermin. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Etkileri, Yüksek Lisans tezi. Ankara, 2007.

Çalışmamızın konusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Türk İdari Yargısına etkileridir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), sadece adli yargıyla ilgili kararlar vermemekte, idari yargı ile ilgili pek çok uyuşmazlık da AİHM önüne götürülmektedir. Bu nedene AİHM kararlarında idari yargının durumuyla ilgili bir çalışma yapmak ihtiyacı duyulmuştur.

AİHM, Türkiye tarafından da kabul edilmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) uyarınca kurulmuş bir mahkemedir. Sözleşmenin bireylere temel hak ve özgürlükler tanıyan normları, Türk Mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanabilir üstün nitelikteki hukuk kurallarıdır. Çalışmada özellikle vurgulamak istediğim husus, demokrasinin korunması düşüncesi temel alınarak hazırlanan ve Türkiye'nin iç hukukunun bir parçası haline gelmiş bulunan Sözleşme hükümlerinin, AİHM'nin içtihatları doğrultusunda anlaşılabilir Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve diğer mahkemelerce uygulanması ve bağımsız ölçü norm olarak kullanılması gerektiğidir. Çalışmada bu amaca yönelik olarak hukukumuzda yapılması gerekenler iki bölüm halinde işlenmiştir.

AİHM kararlarının niteliği ve bu kararların ülkemiz hukukuna ve yargı kararlarına ne şekilde yön verdiği hususlarının açıklığa kavuşturulabilmesi amacıyla ve AİHS'nin de uluslar arası bir antlaşma olması nedeniyle, birinci bölümde uluslararası antlaşmaların hukukumuzdaki yeri konusu üzerinde durulmuştur. Daha sonra AİHS ve AİHM'nin özellikleri ve hukuki niteliği incelenmiştir. İkinci bölümde ise, AİHM'nin kararlarının iç hukukumuzda ve idari yargıya olan etkileri incelenmiştir. Konu incelenirken, AİHM kararlarının yanı sıra, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

ve Yargıtay'ın konumuza ilişkin kararlarına da yer verilmiştir. Ayrıca, öğretilerdeki görüşler ve uygulamalar açıklanırken, eleştirilerde bulunmaya ve çözüm önerileri üretmeye de gayret gösterilmiştir.

Bu çalışma, AİHM kararlarının iç hukukumuzu etkilediğini ortaya koymaktadır. Kararların gerekçelerinde belirtilen hususlar doğrultusunda, başta Anayasamız olmak üzere pek çok kanunda değişiklikler yapılmıştır. Böylece, idari yargı yerlerince verilen kararlarla AİHS'nin ihlal edildiğinin AİHM kararıyla tespit edilmesi, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiş, yani AİHM içtihadıyla idari yargı yeri kararının ortadan kaldırılması mümkün hale gelmiştir. Bu durumda yargı yerlerinin Sözleşme'yi ve AİHM içtihadını takip etmeleri artık daha da öncelikli ve önemlidir.

Anahtar Sözcükler

1. İnsan hakları
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
4. Adil Yargılanma Hakkı
5. Yargılamanın Yenilenmesi

ABSTRACT

BİRTANE, Şermin. Impacts of Decisions of the European Court of Human Rights on the Turkish Administrative Jurisdiction, Master's thesis, Ankara, 2007.

The subject-matter of our study is the impacts of decisions of the European Court of Human Rights (ECHR) on the Turkish Administrative Jurisdiction. The European Court of Human Rights does not only take decisions related to the judicial jurisdiction, but also many conflicts in respect of the judicial jurisdiction are brought before the ECHR. Therefore, it was needed to conduct a study related to the situation of the administrative jurisdiction in the ECHR decisions.

The ECHR is a court established in accordance with the European Convention on Human Rights, which has also been acknowledged by Turkey. The norms of the Convention that grants fundamental rights and freedoms to individuals are rules of law of superior quality which are directly applicable by the Turkish Courts. The issue I especially would like to emphasize in the study is the fact that it is required that the Convention provisions which have been prepared by taking as the basis the opinion as to the protection of democracy and which have become a part of the Turkish domestic law be applied and employed as an independent criterion norm by the Constitutional Court, the Council of State and the other courts by having been understood along the lines of the case law of the ECHR. In the study, the changes that should be done in our law aimed at this goal have been dealt with in two parts.

In the first part, the topic of the place of international treaties in our law has been focused on for purposes of being able to clarify the issues of the quality of the ECHR decisions and how such decisions direct the law and jurisdictional decisions of our country and due to the fact that the European Convention on Human Rights is an international treaty as well. Later, the

characteristics and legal nature of the European Convention on Human Rights and the ECHR have been examined. And in part two, the impacts of decisions of the ECHR on our domestic law and the administrative jurisdiction have been examined. While examining the topic, besides decisions of the ECHR, decisions of the Constitutional Court, the Council of State, the High Military Administrative Court and the Supreme Court of Appeal related to our topic have also been included. Also, while opinions and practices in the doctrine have been explained, it was endeavoured to make criticisms and generate suggestions for solution as well.

This study reveals that decisions of the ECHR affect our domestic law. Along the lines of issues mentioned in the grounds of decisions, amendments have been made to many laws, our Constitution being in the lead. Hence, the determination, by a decision of the ECHR, that the European Convention on Human Rights has been violated by those decisions taken by sites of the administrative jurisdiction has been considered as a reason for the renewal of trial, that is, it has become possible to rule out a decision of a site of the administrative jurisdiction by the case law of the ECHR. In this case, it is now of more priority and importance for sites of jurisdiction to follow the Convention and the case law of the ECHR.

Key Words

1. Human rights
2. European Convention on Human Rights
3. European Court of Human Rights
4. Right to Fair Trial
5. Renewal of Trial