



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

AVRUPA
İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ
ve
İDARİ YARGI

SEMPOZYUM



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**AVRUPA
İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ
VE
İDARİ YARGI**

SEMPOZYUM
ANKARA

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 97
TBB İHAUM yayınları: 5

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ve
İdari Yargı

Yayına Hazırlayanlar
Av. Teoman Ergül, Av Filiz Conway
Uzm. Mehtap Aslan, Halit Ataseven

ISBN: 975-6037-19-9
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Şubat 2006, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
Şen Matbaa
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)



**AVRUPA
İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ
VE
İDARİ YARGI**

SEMPOZYUM
ANKARA
24-25 EKİM 2003



İÇİNDEKİLER

Sunuş.....	IX
İbrahim KABOĞLU'nun Açış Konuşması	1
Özdemir ÖZOK'un Açış Konuşması	6
Mehmet Ali ŞAHİN'in Açış Konuşması.....	10
Nuri ALAN'ın Açış Konuşması.....	14

BİRİNCİ GÜN BİRİNCİ OTURUM

Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri	25
Turgut CANDAN İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri	53
Tartışma.....	82

BİRİNCİ GÜN İKİNCİ OTURUM

Jean DUFFAR	
Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü (İHAS madde 9)	89
Antony BRADLEY	
İfade Özgürlüğü (İHAS madde 9)	89
Engin ÇAKMAK	
Türkiye’de Açılan Davalarda Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü (İHAS madde 9)	107
Tartışma	113

BİRİNCİ GÜN ÜÇÜNCÜ OTURUM

Jonathan COOPER	
Özel ve Ailevi Yaşama Saygı Hakkı (İHAS madde 8)	117
Tacettin ŞİMŞEK	
Bilgi Edinme Hakkı (İHAS madde 8)	126
Tartışma	151

İKİNCİ GÜN DÖRDÜNCÜ OTURUM

Jonathan COOPER	
Dernek ve Toplantı Özgürlükleri (İHAS madde 11)	169
Güney DİNÇ	
İHAM Kararları Işığında Türkiye’de Anlatım ve Örgütlenme Alanında İlerlemeler	175
Tartışma	203

**İKİNCİ GÜN
BEŞİNCİ OTURUM**

Cladio ZANGHI Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi (İHAS madde 14)	211
Sultan UZELTÜRK İHAM Kararları Işığında Türkiye’de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılığın Yasağı	220
Tartışma.....	262

**İKİNCİ GÜN
ALTINCI OTURUM**

Hélène PAULIAT Mülkiyet Hakkı (İHAS Ek Protokol madde 1).....	267
Mustafa KARABULUT Mülkiyet Hakkı (İHAS Ek Protokol madde 1).....	284
Tartışma.....	303

**İKİNCİ GÜN
YEDİNCİ OTURUM**

Marie-France Chiristophe TCHAKALOFF Avrupa’da İdari Yargı Üzerine Reform Çalışmaları	309
Celal ERKUT Türkiyede Yürütülen İdari Yargı Reformları.....	309
Tartışma.....	347

İKİNCİ GÜN
SEKİZİNCİ OTURUM

Cumhuriyet devrimini ile siyasal ve toplumsal yapıda gerçekleştirilen köklü değişiklikler, Mustafa Kemal Atatürk'ün uygarlaşma hedefinin temel taşlarıdır. Bu hedefe ulaşmada hukuka öncü bir işlev yüklenmiştir. Cumhuriyet'in kurumlar yoluyla reformları gerçekleştirme geleneği, 1961 Anayasası ile hukuk devletinin temel mekanizmasının oluşturulmasını kolaylaştırmıştır. Hukuk devleti, insan hakları ve yargı bağımsızlığı üzerine kurulacaktır. Buna karşılık, 1982 Anayasası ile hukuk devletinden sapmanın ortaya çıkardığı olumsuzluklar, son on yıldır gerçekleştirilen reformlarla giderilmeye çalışılmaktadır. Ancak bu defa da uyum yasalarıyla gerçekleştirilen reformların uygulanacağı siyasi iklimin çağdaş uygarlık ile temel sorunları ciddi engeller ortaya çıkarmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği kurulduğu 1969 yılından bu yana hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin toplumda kök salması için yoğun çaba harcamaktadır.

Bu çalışmalarını kitap haline getirerek Türk hukuk ve siyaset adamlarının hizmetine sunmuştur. Türkiye Barolar Birliği'nin güncel konularda yayımlanmış olduğu kitaplar hukuk kitaplığının önemli bir bölümünü kapsamaktadır.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi de bu çabalara ciddi katkıda bulunmuştur. "İnsan Hakları ve Güvenlik", "Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası", "Dernekler Yasa Taslağı" ile "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı" başlıklı kitaplar yayımlanmıştır. Bu

kitapların Türkiye Barolar Birliği yayınları arasında özel bir yeri ve önemi bulunmaktadır.

Ancak bazı sebeplerden dolayı Merkez'in yaptığı toplantıların yayımlanmasında aksamalar meydana gelmiştir. Türkiye Barolar Birliği diğer çalışmaları da yayımlamak için gerekli önlemleri almış ve bu bağlamda "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı*" adlı kitabı, bazı noksanlıklarla sunmaktadır. Noksanlıklar kitabın değerini düşürmeyecektir. Buna karşılık yayımlanan çok önemli tebliğler Türk hukukçusunun Avrupa Birliği sürecinde ufkunu genişletecek, önemli kavramların benimsenmesinde yardımcı olacaklardır.

Yapılmış diğer toplantıların kitapları da, gecikmeden ve dağınıklıktan ileri gelebilecek bazı eksiklikleri ile birlikte kısa zamanda hukukçuların ve ilgilenenlerin hizmetine hazır hale getirilecektir.

Türkiye Barolar Birliği adına toplantının düzenlenmesinde büyük emeği geçen TBB - İHAUM önceki başkanı Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu ve arkadaşlarına, toplantıya katkıda bulunanlara ve bu kitabı yayına hazırlayanlara teşekkür eder, saygılar sunarım.

Av. Özdemir ÖZOK
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Sunucu: Sayın Bakan, sayın başsavcılar, yargı organlarının sayın temsilcileri, Türkiye Barolar Birliği Sayın Başkanı, değerli konuklar; “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı*” konulu sempozyuma hoş geldiniz.

Gerek adli, gerek idari yargı açısından, Türk hukukunun Avrupa ortak hukukuna uyumunun sağlanmasına katkıda bulunacak olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin çeşitli maddelerinin ele alınacağı bu bilimsel toplantının ilk açılış konuşmasını yapmak üzere, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkanı sayın Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu’nu kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU (TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkanı): Sayın Başbakan Yardımcısı, değerli yüksek yargı organları başkanları, yüksek yargı organları başkanları, Türkiye Barolar Birliği Başkanı, İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesi Başkanı, değerli Başsavcı, yüksek yargı organı mensupları, Danıştay üyeleri, hâkimler, savcılar ve avukatlar, yurtdışından konuklarımız, sevgili meslektaşlarımız; hepinizi saygıyla selamlıyorum. “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı*” konulu toplantıya hoş geldiniz.

İBRAHİM
KABOĞLU’NUN
KONUŞMASI

İBRAHİM
KABOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Bu toplantı İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesiyle, Avrupa Konseyi ve Adalet Bakanlığı işbirliği çerçevesinde yürütülen, insan hakları ve demokratikleşme konusunda, Türkiye'yle ortak girişim programının bir parçası olarak, yüksek yargı organları nezdinde düzenlediğimiz, üç büyük uluslararası bilimsel toplantının ikincisidir.

Bu toplantı kurumlar arası işbirliğinin güzel bir örneğini oluşturmaktadır. Gerçekten bu toplantının katılımcıları, sadece kuramcıları değil, aynı zamanda hukuk uygulayıcıların ortak çabasını bir araya getirmektedir. Bu nedenle konuşmacılar arasında, hâkimler, avukatlar, akademisyenler hatta akademisyenlerin bir kısmı, aynı zamanda avukatlık mesleğini de icra etmektedirler. Gerçekten bizde mutfakta görevli yargıçlarımız, değişik üniversitelerden öğretim üyeleri ve avukatlar, Birleşik Krallık'tan sayın Prof. Antony Bradle, yine Birleşik Krallıktan sayın Av. Jonathan Cooper, Fransa'dan sayın profesörler Jean Düfar, Elen Pollia, Joel Andrei Simbazovina ve İtalya'dan sayın Prof. Cladio Zangi aramızda bulunmaktadır. Çok yoğun çalışma programlarına rağmen, Ankara'ya geldikleri için onlara özellikle müteşekkirimiz. Hatta son dakikada doğan boşlukları doldurma talebimi geri çevirmeyen Dimoj Üniversitesi'nden dost ve meslektaşlarım, Elen ve Joel burada bir bakıma çifte bildiri sunma yükümlüğü altına girmiş bulunuyorlar.

Gerçekten sayın Prof. Didiye Moss (Fransız Konseyi Üyesi), sunacağı bildiriye son dakikada bir mazereti çıkması nedeniyle, sunamayacağı için bunu meslektaşım Joel'e yüklemiş bulunuyorum.

Sayın Prof. Tchakaloff'un çok yakını aniden hastalandığı için onun bildirisini de o çerçevede yine Elen Pollia'den rica etmiş bulunuyorum. Bu tür toplantılarda aksaklıklar son dakika da kaçınılmaz oluyor. Bu arada bu tür bilimsel faaliyetlere destek veren Türkiye Barolar Birliği Başkanına, Adalet Bakan'ına ve İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesi Başkanı'na teşekkür etmek istiyorum. Kuşkusuz ev sahibi Danıştay Başkanı ve mensuplarına da teşekkür ediyorum.

Bu arada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Başkanı sayın Wildaber'in gelemediği ve bir yargıç gönderemediği için üzüntülerini sizlere iletmek istiyorum ve başarı dileklerini de yine sizlere aktarmak istiyorum.

Bu ön belirlemelerden sonra, bu toplantının amacı konusunda, idari yargının bu çerçevede görebileceği işlev konusunda birkaç belirleme yapmak istiyorum: Hak ve özgürlüklerin korunması konusunda, idari yargı özel bir konuma sahip, çünkü idari işlemleri denetleme alanına giren hak ve özgürlükler doğrudan doğruya idari yargının önüne gelmektedir. Başta kolektif özgürlükler ve sanat özgürlükleri kültür, bilim, eğitim hakkı gibi ayrıca mülkiyet hakkı gibi özgürlükler belki doğrudan doğruya idari yargının denetim alanına girmektedir. Fakat aslında idari işlem ve eylemlerin, hak ve özgürlüklere müdahalesi ölçüsünde, bu alanlar idari yargının denetim altına girmektedir. Bu bakımdan idari yargının, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence ölçütlerini anlamlandırması ve yorumlaması son derece önem taşımaktadır. Bu arada tabii ki, eşitlik ilkesini ve özellikle kolluk güçlerinin yetkilerini kullanırken, ortaya çıkan güvenlik-özgürlük ilişkisi çerçevesinde, ölçülülük ilkesini idari yargının ve Danıştay'ın yorum tarzı önem kazanmaktadır.

Bu çerçevede Danıştay'ın yaklaşım tarzı, yine iki sorun açısından ele alınabilir. Birincisi; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi normları, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi teknikleri, acaba idari yargımız tarafından ne derecede özümsemiş bulunuyor?

İkincisi sorunsa; Türkiye'de gerçekleşen anayasal reformlar karşısında idari yargının tavrı nedir? Çok kısa olarak bunları şu şekilde belirtebilirim: Ulusal üstü normlara açıklık bakımından Danıştay'ımız Türkiye'de adeta bir öncü rol üstlenmiş bulunuyor, "1978'den bu yana" diyebiliriz. İçişleri Bakanlığının kararıyla sınır dışı edilmek istenen İsveç Radyo Televizyon ekibi hakkında yapılan işlemin Danıştay tarafından iptalinde, AGİK çerçevesinde yürürlüğe konan Helsinki Nihai Belgesi referansı norm olarak alınmıştır.

Danıştay bundan sonraki kararlarda, özellikle 1982 döneminde Anayasa'nın 90. maddesini uluslararası sözleşmelerin iç hukukun bir parçası olduğu şeklindeki normu kullanarak; uluslararası normları doğrudan doğruya uygulamıştır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni, yine Anayasa'nın 90. maddesinden hareketle ulusal üstü norm olarak nitelemiştir. Bu sayede 12 Eylül hukukunun kalıntılarını, olağanüstü dönemin kalıntılarını bu yolla Danıştay aşmıştır. Öte yandan Danıştay uluslararası alanda ilk denebilecek kararlara da imza atmıştır. Mesela, Bergama kararı çevre hakkına ilişkin karar örnek olarak gösterilebilir.

Bu vesileyle belirtilmesi gereken bir husus; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin "*dolaylı koruma*" yöntemi, yani "*protection par ricochet*" yönteminin idari yargı açısından önemine işaret etmek gerekir. Gerçekten Avrupa Mahkemesi çevre hakkını bu yolla tanımıştır. Aynı yöntem eşitlik ilkesinin uygulanması ve Avrupa Sözleşmesi'ni sosyal haklara açma yönünde de kullanılabilir.

İkinci sorun; Anayasa değişiklikleri konusuna gelince, Anayasa değişiklikleri bilindiği gibi, özgürlükler alanında yoğunlaşmaktadır. Burada çıkarılmış olan uyum yasaları anayasal değişikliği karşılıyorsa sorun yok. Eğer karşılamıyorsa, yani yapılan Anayasa değişikliğine rağmen eski yasa hükmü yürürlükteyse, o zaman idari yargıç ne yapacaktır? Çatışan eski yasa hükmüyle, özgürlükçü yeni yasa hükmü arasında yargıcın yapacağı şudur: Anayasa'ya aykırı olan eski yasa hükmünü ihmal edip, ilgili yasayı hemen Anayasa Mahkemesi'ne göndermektir. Ama Anayasa'yı bu arada doğrudan uygulamaktır.

Bu süreçte yargıcın norm yapımına katılımını da gündeme getirebiliriz. Yargıcın norm yapımına katılımı demokrasi açısından önemlidir. Sayın Başbakan Yardımcısı buradayken belirtmek gerekir ki, hükümetin Danıştay'dan kanun tasarıları konusunda görüş istemesinin de, yargı organlarının demokratik sürece katılımı bakımından önem taşıdığını belirtmek isterim.

Bu çerçevede idari yargıcın işlevi, Türkiye'de yapılan reformlar çerçevesinde, bu teknik konularla sınırlı kalmayıp, özellikle siyasal liberalizm alanını ilgilendiren reformlar bağlamında, yeni açılımları, yeni açılımlara katkıda bulunmak konusunda da önemli bir işlev üstlenebilir. Bunu ulusalüstü normlara gönderme yaparak gerçekleştirebilir. Türkiye'de kültürel düalizmin korunması konusunda, aynı zamanda öğretiyile işbirliği yapmak suretiyle, idari yargı çok önemli bir işlev görebilir. Bu söylenenler şu ana kadar çıkarılmış olan 7 uyum yasasının yeterli olduğu ve özellikle bu alana giren yasaların yeniden yazım gereğinin bulunmadığını söylemek istemiyorum. Bunları yeniden yazmak lazım. Bu konuda Hükümetimiz ve Parlamentomuz özellikle sivil toplum örgütlerinin yaptığı çalışmalardan yararlanabilir diye düşünüyorum. Dernekler Yasa Tasarısı örneği gibi.

Öte yandan en çok kötüye kullanım bakımından, Türkiye'de iktisadi liberalizm alanına giren özgürlüklerin önde olduğunu söyleyebiliriz. Bu çerçevede, düzenleme, denetme ve yaptırım konuları gündeme getirilmelidir, tartışılmalıdır. Yasal düzenleme yapılmadan yargıçtan çok fazla görev beklemek bir görev olabilir, ama havada kalan bir temenni olabilir.

Bu vesileyle son olarak belirtmem gerekir ki, Türkiye'de siyasal liberalizm alanına giren özgürlüklerle, iktisadi liberalizm alanına giren özgürlükler arasındaki dengesizlik, özellikle son çıkan 7 uyum paketiyle büyük ölçüde giderilmiştir. Fakat Türkiye'de iktisadi liberalizm alanı konusunda yeni bir paketle düzenleme yapmak kaçınılmazdır.

Yine siyasi liberalizm alanında, demokratik toplum nedeinde sağlanan açılımın, siyasal iradeye yansıtılması için bir demokratikleşme paketinin hazırlanması kaçınılmazdır. Bu çerçevede tabii ki, kurumsal düzenleme için de ayrı bir demokratikleşme, ayrı bir paket gerekir. Yıllardır konuştuğumuz adli kolluk konusu, yargı bağımsızlığının güvenceleşmesi konusu, özerk uzman birimlerin amaçları doğrultusunda yeniden yapılandırılması konusu belirtilebilir. Gerçekten Türkiye'de, eğer bağımsız idari otoriteler adını verdiğimiz uzman ve özerk

İBRAHİM
KABOĞLU'NUN
KONUŞMASI

denetim birimleri, amacına uygun olarak yapılandırılırsa, o zaman idari yargının da yükü hafifleyebilir. Unutmamak lazım ki, onlar da yargının denetimini altında bulunuyorlar. Tabii ki, bu bağlamda yasalaşma süreci, Anayasa'mızın yeniden yazım gereğini bize unutturmamalıdır.

Son olarak şu belirtilebilir: Özgürlükleri korumak suretiyle Cumhuriyeti demokratikleştirmek, demokrasiyi hukuk kalıbında yoğurmak, yargıçların olduğu kadar siyasetçilerin de görevidir.

Bu toplantının Türkiye'deki demokratikleşme ve liberalleşme çabalarına bir katkı sağlayacağı inancıyla, tüm katılımcıları saygıyla selamlıyorum. (Alkışlar)

Sunucu: Sayın Kaboğlu'na teşekkür ediyoruz.

Efendim şimdi, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Özdemir Özok açılış konuşmasını yapacaklar; buyurun efendim.

ÖZDEMİR ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Av. Özdemir ÖZOK (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Sayın Başbakan Yardımcısı, yüksek mahkemelerimizin saygı değer başkanları, saygı değer başsavcıları, değerli meslektaşlarım, saygı değer konuklar; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Danıştay, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesi, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'yla, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin birlikte düzenledikleri "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı*" konulu sempozyuma hoş geldiniz.

Yargıtay'ımızın katkılarıyla ilkinin geçen ay gerçekleştirdiğimiz, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı*" konulu sempozyum çok yararlı olmuştur. Bunun son derece olumlu tepkilerini aldık. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, iç hukukumuz ve dolayısıyla adli yargılamaya etkileri ve yansıması bütün boyutlarıyla tartışılmış; bu kez iki gün süreyle konunun idari yargı boyutunu tartışacak olan katılımcılar, bizlere sanıyorum son derece önemli bilgiler sunacaklardır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri, insan hakları için, uluslar üstü güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası mücadele ve çalışmaların ortak bir ürünüdür. Bu alanda oluşturulmakta olan, uluslararası mücadele ve çalışmaların ortak bir ürünüdür. Bu alanda oluşturulmakta olan uluslararası koruma düzeni, insan hakları kavramına bir başka boyut kazandırmakta ve normal hukuk düzeni ötesinde öncelik sağlamaktadır. Bir anlamda uluslararası insan hakları düzeni, ulusal hukuk düzeninin ötesinde geçerlilik kazanmakta; insan haklarını çiğneyen devletlere ve bu duruma çözüm getirmeyen ulusal hukuklara karşı, alternatif hukuk düzeni olarak devreye girmektedir. Temel hak ve özgürlükleri çiğnenen tüm insanları, hiçbir fark ve ayırım gözetmeden koruma altına almaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin oluşmasına, insanlığa büyük acılar veren dünya savaşları ve özellikle İkinci Dünya Savaşı ve savaş suçlularının yargılanmalarına neden olmuş ve gerekçe oluşturmuştur. Dünyanın benzeri durumlara sürüklenmesini ve insanlığın aynı dramları yaşamasını önlemek için, çeşitli uluslararası sözleşme ve hukuk belgeleri geliştirilmiş ve kaleme alınmıştır. Yaşanan olumsuzluklar nedeniyle, devlet ve egemenlik anlayışı ulusal ve uluslararası boyutta büyük sarsıntılar geçirmiş; asırlarca etkili olan devletin en yüksek değer olduğu inancı bu suretle dönüşüme uğramış ve ona kendi vatandaşları üzerinde sınırsız ve kontrol edilemez güç verilmemesi gerektiği kesinlikle kabul edilmiştir.

Dünya savaşları sonrası güvenilirliği sarsılan devlet egemenliğinin uluslararası sorumluluk ve denetim altına alınması zorunluluğu kendini göstermiş ve buna gerek duyulmuştur. Bu anlayışın sonucu insan haklarının ortak bir teminata kavuşturulması suretiyle, devletin bu alanda vatandaşları üzerinde tek başına yetkili olmasına son verilmiştir. Böylece sözleşmenin öngördüğü sistemde temel haklar sözleşmeye taraf devletlerin tekel ve tasarrufuna bırakılmamış; eski devlet ve egemenlik saplantısı anlayışı insan hakları lehine çığır açacak

ÖZDEMİR ÖZOK'UN
KONUŞMASI

şekilde değişime uğramış ve gelişmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sağladığı hakları güvence altına alan yargısal kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sağlamakta ve güvenceye almaktadır.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 10 Mart 1954'te yasayla onaylamıştır. Onay belgesinin 18 Mayıs 1954'te Avrupa Konseyi'ne verilmesiyle, sözleşme Türkiye için yürürlüğe girmiş ve Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bu gelişmelerden çok sonra, yani 21 Nisan 1987'de İnsan Hakları Komisyonu'na bireysel başvuru hakkı, 27 Eylül 1989'da ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisi tanınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru hakkı ve onun devamı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisinin kabulüyle, Avrupa insan hakları hukukuyla daha aktif bir bütünleşme içerisine girilmiş ve bu hukuktan etkilenilmiştir.

Bu sürecin kavranabilmesi ve hızla uyum sağlanabilmesi için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin oluşturduğu hukuk anlayışının ve bu anlayıştan kaynaklanan yargı sisteminin doğal sonucu oluşan, şekillenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üye ülkelerdeki yargısal gücü ve işlevsel konumunun belirginleştirilmesi ve netleştirilmesi zorunludur.

Hukuka, adalete ve insan haklarına yönelmiş ve gönül vermiş kuruluş ve hukukçuların katkılarıyla gerçekleştirdiğimiz bu sempozyumumuzun amacı budur. Bu vesileyle sempozyumumuza katkı sunan konuklarımıza ve emeği geçenlerin tümüne saygı, sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Bireysel, toplumsal ve kamusal faaliyetleri uluslararası hukuka da uygun olması gerekir. Türk yurttaşı, uygar ve çağdaş ulusların oluşturduğu, büyük aile içinde Türk ulusunun bireyi kadar aynı zamanda insanlığın da bir üyesidir. Bu bakımdan artık insan hakları ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkmış; evrensel bir anlam, içerik ve boyut kazanmıştır.

Uygar toplumlarda insan haklarını ilgilendiren hiçbir olgu, salt iç hukuk sorunu olarak görülemez. İnsan haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası hukuk kurallarına uyulmadığından, insan haklarına saygılı hukuk devletinden söz etmeye olanak yoktur. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kuralları ve bu kuralların güvencesi olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kabul edilmelidir. Bunun sonucu yürütme organı, eylem ve işlem tesis ederken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve benzeri sözleşmelerin oluşturduğu, uluslar üstü hukuk ilkelerini göz önünde bulundurmalıdır.

Yine yargı kararını verirken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği normların ve oluşturduğu hukuk düzeninin bağlayıcılığını göz önünde tutması ve vereceği kararı buna göre biçimlendirmesi ve şekillendirilmesi gerekmektedir. Bu genel tanımlama karşısında yargıçlarımız, ulusal hukuka katılmış olsun veya olmasın, uluslararası hukuk kurallarına yardımcı kaynak olarak her zaman başvurabilmelidirler.

Yardımcı kaynak değil de, temel kaynak olabilmesi için bunların Türk hukuk dünyasına usulüne uygun katılması ve biçimlenmesi gerekir. Bu da Anayasa'mızın 15., 16., 42., 90., ve 92. maddeleri uluslararası örf, âdet kurallarıyla, uluslararası sözleşmeleri, iç hukukta doğrudan uygulamasının sadece kuralları belirlemiş ve şekillendirmiştir. Bu kurallar doğrultusunda, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan anlaşmalar, o andan başlayarak bir ulusal metin haline gelmiş olur.

Bu bağlamda idarenin, işlem ve tasarruflarının hukuka uygunluğunu yargısal güç olarak denetleyen, idari yargının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği'ne üye devletlerin yasama, yürütme ve yargı organlarının hak ve hukuk ihlallerinde son sözü söyleyen, bunu gerçekleştirirken sözleşme hükümlerini somut olaya uygulayan ve yorumlayan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kararları karşısında uygulaması ne olacaktır? Sempozyumumuz bu sorunun yanıtını bulmaya yardımcı olacaktır.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Bu etkinliğin yar-

ÖZDEMİR ÖZOK'UN
KONUŞMASI

gımıza, hukukçularımıza yararlı olmasını diliyorum, hepinize en derin saygılarımı sunuyorum.

Sunucu: Sayın Özok'a teşekkür ediyoruz.

Efendim, şimdi diğer açılış konuşmasını yapmak üzere Başbakan Yardımcısı Sayın Mehmet Ali Şahin'i kürsüye davet ediyorum.

MEHMET ALI
ŞAHİN'İN
KONUŞMASI

Mehmet Ali ŞAHİN (Başbakan Yardımcısı): Yüksek yargı organlarımızın değerli başkanları, saygıdeğer mensupları, Türkiye Barolar Birliği'nin değerli Genel Başkanı, saygıdeğer misafirler, değerli katılımcılar; hepinizi saygıyla, sevgiyle selamlıyorum.

Çok önemli bir konuyu tartışmak için bir araya geldik. Danıştay'ımız, Türkiye Barolar Birliği gibi iki güzide kurumumuz, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı" konulu bir sempozyum tertipleme ihtiyacını hissettiler. Öyle bir konunun gündeme alınmasını zamanlama açısından son derece isabetli bulduğumu ifade etmek istiyorum.

Birincisi; Türkiye, Avrupa Birliği yolunda önemli bir dönemeçtedir.

İkincisi; Türkiye yargı kararlarına güven sorununun, hâlâ ciddi boyutlarda olduğu bur ülke olarak tanımlanmaktadır. En önemlisi, bu sempozyum bir çağdaşlaşma, bir modernleşme projesi olan Cumhuriyet'imizin ilanının, 80. kuruluş yıldönümüne rastlıyor olmasıdır. Bu bakımdan başta Danıştay Başkanı'muz sayın Alan olmak üzere, Türkiye Barolar Birliği Başkanı sayın Özok'u ve değerli mensuplarını saygıyla tekrar selamlıyorum, takdirlerimi izin verirlerse sunmak istiyorum.

Bernard Russel geçtiğimiz yüzyılın en büyük düşünürlerinden biri olarak kabul edilir ve şöyle der: "İnsanlar gerçeği sadece kendilerinin bildiklerini sandıkları için birbirlerine zulmederler." Bu yüzden midir bilinmez, insanlık tarihi maalesef savaşlar, ölümler, zulümler ve gözyaşlarıyla doludur. Sadece geçtiğimiz yüzyıl iki dünya savaşı yaşadı. İnsanlık milyonları

aşan insan hayatını kaybetti, sıkıntılar, zulümler yaşandı. Biz de bir atasözü vardır *"bir musibet, bin nasihatten yeğdir"* derler. İnsanoğlu çok musibetlere maruz kaldı, ama İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, *"Acaba barışı nasıl sağlarız? İnsanoğlunun doğuştan getirmiş olduğu temel hak ve özgürlükleri nasıl teminat altına alırız?"* sorusu gündeme geldi.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve insan hakları alanındaki diğer sözleşmeler bir bir imzaya açıldı; iyi de oldu. Artık dünyada sorunlar barış ortamında çözülme yoluna girdi. Hâlâ günümüzde uyuşmazlıklar, kanla barutla yer yer çözülmeye çalışılsa da, artık insan hakları alanında insanoğlunun önemli bir mesafe aldığıнын altını çizmek istiyorum.

Bir imparatorluğun külleri üzerinde, büyük önder Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün inşa ettiği Türkiye Cumhuriyeti, kuşkusuz millet iradesini tek belirleyici kılmakla kalmamış, aynı zamanda şu temel ilkeyi de Cumhuriyet'in en önemli dayanaklarından biri yapmıştır ki, o da *"Yurtta barış, dünyada barış"* ilkesidir. Bu yüzden Türkiye insan haklarıyla ilgili her türlü anlaşmayı ilk imzalayan ülkelerden olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olurken de, tek amacımız başta yaşama hakkı olmak üzere düşünce, din ve vicdan hürriyetini güvence altına almaktı. İşkencesiz ayırımın olmadığı bir toplum düzeni kurmaktı. Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir devlet ve toplum düzeni kurmak.

Her alanda olduğu gibi insan haklarında da, hukuk devleti olma yolunda da aldığımız mesafeyi küçümseyemeyiz, ama yeterli görmemiz de mümkün değildir. Türkiye biraz önce de sayın Özok'un ifade ettiği gibi, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne imza atmakla kalmadı, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini de kabul etti. Bir uluslararası anlaşmanın altına imza koymak, bir uluslararası yargı organının yetkisini kabul etmek önemlidir. Ama bundan daha önemlisi, kuşkusuz imza atılan belgelere uygun davranmak ve uygulamaya yansıtılabilmektir.

MEHMET ALI
ŞAHİN'İN
KONUŞMASI

Şöyle bir soru sorulabilir: Acaba, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karnesi nasıl? Halen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye'nin aleyhine verilmiş 7.113 adet bireysel başvuru vardır. Bu rakam mahkemeye yapılan toplam başvuruların yüzde 7'sine tekabül etmektedir. En çok şikâyet edilen ülkeler arasında Polonya ve Rusya'nın ardından maalesef Türkiye üçüncü sıradadır. Hemen belirtmeliyim ki, 7.113 başvurudan 2.000 yakını Kıbrıs Rumlarının yaptığı başvurulardır. Türkiye'nin tazminat ve dostane çözüm olarak ödediği paraysa 21 milyon Euro'yu aşmıştır. Kısacası Türkiye kurumsal ve toplumsal açıdan gerçek anlamda demokratikleşmesini, aldığı uzun ve başarılı yola rağmen henüz tamamlayamıştır.

Sayın başkanlarım, değerli katılımcılar; 59. Cumhuriyet Hükümeti olarak bu ülkenin tarihsel yürüyüşünün başarıyla hedefine ulaştırılabilmesi için yoğun bir gayret içerisindeyiz. Avrupa Birliği müktesebatıyla ulusal yasaların uyumunun sağlanması amacıyla bugüne dek -biraz öncede ifade edildi- 7. uyum paketini yürürlüğe koyduk. Temel amacımız, kendi yasalarımızı evrensel hukuk normları içine almaktır. Uluslararası hukukun en önemli kurallarından biri olan devlet, bir ihlali haklı göstermek için ulusal hukuktaki bir hükme sığınamaz ilkesini hayata geçirmektir. Harekete geçirilen bu ivmenin sürmesi, bir yandan eksik kalan reformların gerçekleştirilmesine, diğer yandan da mevcut reformların uygulamaya geçirilmesine bağlıdır. Hükümetimiz bu amaçla uygulama alanındaki aksamaların belirlenmesi ve güncel biçimde giderilmesini sağlamak üzere bir reform izleme grubunu oluşturmuştur. Siyasi kriterlere ilişkin uygulamalarda karşılaşılan sorunlar, reform izleme grubunca Bakanlar Kurulu'na düzenli olarak sunulmaktadır.

Değerli başkanlarım, saygıdeğer katılımcılar; sırası gelmişken son olarak idari yargıyla ilgili birkaç tespiti sizlerle paylaşmak isterim. İdari yargı esas olarak kamu gücünün hukuk devleti ilkelerine uygun olarak kullanılmasını, böylece hukuka bağlı yönetimin oluşumunu sağlamaktır. Kuşkusuz yargı bu

işlevini yerine getirirken mevcut yasaları dikkate alacak ve onları uygulayacaktır. Eğer mevcut yasalar hukukun evrensel ölçütlerine uymuyor ve kurulu düzenin hissiyatı otoriter bir ruh hali arz ediyorsa, hukukun üstünlüğüne dayalı çoğulcu ve hoşgörülü bir yapı zor demektir. Bu açıdan Danıştay'ımızın aldığı kararlarla, demokratik toplumun gerçekleşebilmesi için atılan adımlara destek olması, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını iç hukukumuzun bir parçası haline getirecek girişimlerde bulunması her türlü takdirin üzerindedir.

Hemen belirtmeliyim ki, Danıştay'ın içtihat mahkemesi olma niteliğinin güçlendirilmesi ve karar verme sürecinin kısaltılması için gerekli yasal değişikliklerin yapılabilmesi Hükümetimizin de gündemindedir, Parlamento Adalet Komisyonu'nun gündemindedir. Öte yandan hızla sonuçlandırmayı planladığımız Kamu Yönetimi Temel Kanunu'nda, az önce sözünü ettiğim, Türkiye'deki otoriter ruh halinin tolere edilebilir bir doza düşürebilmesi de çok büyük katkı sağlayacaktır. Böylece katılımcılık, saydamlık, hesap verebilirlik, yerindelik ve beyana güven gibi, özünde bireyi devlet karşısında güçlendiren bir iklime de yol açacağımızı zannediyorum.

Değerli dostlar; demokrasiler kimileri için en ideal yönetim biçimi olmayabilir, fakat tarihte yaşadığımız deneyimler, filizlenmesi ve gelişmesi için yeteri kadar süre verilirse, demokrasinin toplumların hayatında mucizeler yaratabileceğini gösteriyor.

Sözlerimi şöyle tamamlamak istiyorum: Kolombiya Üniversitesi Rektörü Jonathan Coll'ün, dünyaca ünlü Filistinli akademisyen ve düşünür Edvard Sait'in savunmasında da söylediği şu sözle tamamlamak istiyorum: *"Bir görüş ne kadar zararlı görünürse görünsün, onun düzeltilmesinde yasa koyanların, hâkimlerin ya da seçmenlerin vicdanına değil, o fikrin diğer fikirlerle rekabetine güveniyoruz."*

Bu sempozyumun düzenlenmesinde emeği geçenlere yeniden tebriklerimi takdirlerimi sunuyor, hepinize yeniden sevgilerimi ifade ediyorum.

Sunucu: Sayın Bakan'a teşekkür ediyoruz.

Günün son açılış konuşmasını yapmak üzere Danıştay Başkanı sayın Nuri Alan'ı davet etmek istiyorum; buyurun.

NURİ ALAN'IN
KONUŞMASI

Nuri ALAN (Danıştay Başkanı): Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın sayın başkanları, sayın Başbakan Yardımcısı, çok değerli konuklarımız, sayın başsavcılarımız, Barolar Birliğinin sayın Başkanı, değerli meslektaşlarım; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Yabancı konuklarımıza bunca işleri arasında zaman ayırarak Türkiye'ye geldikleri ve bu bilimsel toplantıya katılacakları için teşekkürlerimi sunuyorum, kendilerine "hoş geldiniz" diyorum.

Yine Danıştay mekânında yapılmakta olan bu bilimsel toplantının organizasyonunda önemli katkıları olan kurum ve kişilere teşekkür ediyor ve iki gün sürecek olan bu bilimsel toplantının amacına ulaşmasını ve başarılı geçmesini diliyorum.

Sempozyum boyunca tartışılacak konularda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve idari yargı bağlantısı münasebeti yeterince ele alınacak. Ben insan haklarına değişik bir açıdan evrensel boyutuyla ve insan haklarının evrensel uygulamasında ortaya çıkan engellerden kısaca söz etmek istiyorum.

Birleşmiş Milletler'in kurulduğu 1945 senesinden üç yıl sonra kabul ve ilan edilen ve insan haklarını evrensel bir sorun olarak ele alan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi insan hakları hukukunun uluslararası ilk ve temel belgesidir. Bu bildirge insan haklarını gerçekleşmesi yolunda yüz yıllar boyunca süren mücadelenin ve çabaların bir sonucudur.

İnsan hakları konusunu ulusal düzeyde ele alan "Magna Carta Libertatum" İnsan Hakları Beyannamesi, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı gibi belgelerden sonra ilk kez uluslararası düzeye taşıdığı ve kendisinden sonraki evrensel veya bölgesel kapsamlı

birçok sözleşmeye kaynak teşkil ettiği için, tarihi bir dönüm noktası olarak da değerlendirilmektedir. Ancak bildirgenin hukuki açıdan bağlayıcılığı çok sınırlı ve insan haklarının ihlali halinde herhangi bir yaptırımı öngörmüş olmaması nedeniyle, bildirmede yer alan ilkelerin evrensel düzeyde tüm olarak uygulamaya konulması mümkün olamamıştır.

20. yüzyılın ilk yarısında cereyan eden iki dünya savaşı ve bu savaşlar sonucunda özellikle Avrupa'da görülen sosyal, siyasal ve ekonomik yıkım; İkinci Dünya Savaşı sırasında sergilenen ağır insan hakları ihlalleri, Avrupa devletlerini yeni arayışlara yönlendirmiş, özellikle yeni bir savaşı ve yeni diktatörlükleri önleyecek bir birliğin oluşması fikrini geliştirmiştir.

Bu görüşler içinde 1948 Lahey Kongresi'nde alınan kararlar uyarınca, 5 Mayıs 1949 tarihinde Avrupa Konseyi'nin kurulmasını öngören anlaşma imzalanmıştır. Avrupa Konseyi kuruluş amaçları içinde yer alan insan haklarının ve temel özgürlüklerin etkili biçimde korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleşmesi ilkesini hayata geçirebilmek için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni hazırlamış ve sözleşme 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa Konseyi üyesi devletlerin dışişleri bakanları tarafından imzalanarak, 3 Eylül 1953 günü yürürlüğe girmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bölgesel nitelikte olmakla birlikte, büyük ölçüde İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinden esinlenmiş; Beyanname'den farklı olarak, insan haklarının korunması için etkili bir yargısal denetim düzeni kurmuş; sözleşmenin ihlali halinde, taraf devletleri belli yükümlülükler altına almış ve bireyleri kurduğu hukuk düzeninin özneleri olarak kabul etmiştir.

Sözleşme hukuk tekniği açısından uluslararası bir anlaşmadır. Bu nedenle, getirdiği yükümlülükler yönünden sadece tarafları bağlamaktadır. Ancak, sözleşmenin birinci bölümünde düzenlenmiş olan hak ve özgürlüklerin uygulama alanını taraf devletlerin coğrafi alanlarıyla sınırlamamak gerektiğini

NURİ ALAN'IN
KONUŞMASI

ve bu alanı küresel boyutta ele almanın sözleşmenin kabulüne egemen olan görüşlere ve amacına uygun olacağını düşünüyorum.

Esasen sözleşmenin başlangıç kısmında, sözleşmeyi imzalayan devletleri, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde açıklanan hakların, her yerde etkin olarak tanınması ve uygulanmasını hedef aldıklarının açıklanması; insan haklarıyla temel özgürlüklerin dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturduğunun tekrarlanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin evrensel boyutunu açıkça ortaya koymaktadır.

Yine başlangıcında yer alan ifadelerle, Avrupa İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde düzenlenen bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yönünde atılmış ilk adımdır. Ülkelerin iç hukuklarında ve uluslararası hukukta oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olan insan haklarını, bir bütün olarak etkileyen ve küresel boyutlar taşıyan değişik olgular mevcuttur.

20. yüzyılın ikinci yarısında başlayan ve günümüzde de devam eden toplumsal hareketlerdeki artış, göç olayları, çevresel hareketler, hızlı ve sağlıklı kentleşme, teknolojiye ve iletişim alanında yaşanan baş döndürücü ilerleme ve bunların toplumlara yansıyan etkileri, sorunların ve toplumsal taleplerin niteliğini değiştirmiş, insan haklarına yeni boyutlar getirmişlerdir. Bu tür olgular insan hakları kavramını içerik olarak zenginleştirmekle beraber, kuşkusuz uygulamada yeni sorunların ortaya çıkmasını da neden olmaktadır.

Günümüzde çok tartışılan, tanımı, niteliği, içeriği ve amacı üzerinde farklı görüşler ileri sürülen, uluslararası sosyal, ekonomik, siyasal ve kültürel bir kurum haline gelen küreselleşme, birçok ülkeyi olumlu veya olumsuz biçimde etkileyecek bir olgu ve süreç olarak gözükmektedir. Özellikle ekonomide yaşanan küreselleşmenin, kalkınmasını tamamlamamış ve geri kalmış ülkeler yönünden bazı olumsuz sonuçları beraberinde getirdiği ve bunların da insan hakları uygulamasını olumsuz şekilde etkilediği bir gerçektir.

Günümüzde gelişmiş ülkelerle diğerleri arasında mevcut olan ve doğal olarak bu ülkelerin bireylerine yansıyan eşitsizlik, insan haklarının karşısındaki en büyük engeldir. Dünyanın farklı coğrafi alanlarında veya ülkelerinde, hatta aynı ülkenin değişik bölgelerinde ekonomik ve toplumsal haklarda, gelir dağılımında görülen aşırı farklılıklar ve dengesizlikler, insan haklarının evrensel uygulamasını güçleştirmekte, giderek olanaksız hale getirmektedir.

Gerçekten dünya nüfusunun azımsanmayacak bir kısmının yeterli derecede beslenmediği, belli bir kısmının ise açlık sınırında bulunduğu, bebeklerin ve çocukların açlıktan ve bakımsızlıktan öldüğü bir dünyada, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 22., 23., 24., 25., 26. ve 27. maddelerinde düzenlenmiş olan toplumsal ve ekonomik içerikli insan haklarından söz edilmesi mümkün müdür? Bunlar olmadan özgürlüklere ulaşabilmekten, özgür insandan söz edilebilir mi? Eğer gelişmiş ülkeler insan haklarını gerçekten benimsiyor ve bunların bütün insanların ortaklaşa eşit bir biçimde yararlanacağı bir değerler bütünü olduğuna inanıyorlarsa, üstlerine düşeni yapmalı ve gereken özveriye göstermelidirler. Karşılıksız olarak her türlü kaynak, yetişmiş insan gücü, bilgi ve teknoloji aktarımı şeklinde gerçekleştirilebilecek bu özveri, bugün güçlü durumda ve insanları refah içinde olan ülkelerin gelişme süreçleri içinde, emek yönünden kendilerine önemli ölçüde katkıda bulunan fakir ülkelere olan tarihsel borçlarının hiç olmazsa bir kısmını ödeyebilmeleri için önemli bir fırsat olarak değerlendirilmelidir.

Temelinde hukuki bir kavram olan insan hakları, bugün siyasi bir boyut da kazanmıştır. Tek kutuplu dünya üzerinde güçlü devletlerin ya da uluslararası kuruluşların, başka devletlerin işlerine müdahale, hatta onların devlet yapılarını değiştirme yolunda insan haklarını bir dış politika aracı haline getirdikleri, siyasi bir malzeme olarak kullandıkları görülmektedir.

Bazı yönetim ve uygulama kusurları, bazı devletler için insan haklarına aykırı görülürken veya tarih zorlanarak ve tarihi gerçekler saptırılarak insan haklarına aykırı davranış iddi-

NURİ ALAN'IN
KONUŞMASI

aları ortaya atılırken, kendi ülkelerinde veya başka ülkelerde daha önce ortaya çıkmış, aynı nitelikteki kusur, uygulama ve davranışlar insan hakları gündeminin dışında tutulmaktadır. Bu tür müdahalelerin, savaş ve üçüncü ülkeyi işgal boyutuna erişmesi halindeyse, artık insan haklarının uygulanması için doğası gereği büyük ölçüde zedelenmekte ve giderek unutulmaktadır. Çünkü, savaş özgürlüklerin ve insan haklarının en büyük engellerinden biri ve toplumları, onların maddi kaynaklarını, tarihsel ve kültürel birikimlerini tüketen ve yok eden bir olgudur. Kişinin hak ve hürriyetlerini kullanabilmesi, fiziki varlığını sürdürebilmesine bağlı olduğundan, diğer hak ve özgürlüklerin önünde yer alır. Savaş öncelikle yaşama hakkını yok ettiği ya da tehdit ettiği için insan haklarının en büyük rakibidir. İnsanların açlık, yokluk ve sefalete sürüklendiği, hor görülüp aşağılandığı, işkenceye, insanlık dışı muamelelere ya da mensup olduğu ırk nedeniyle soykırımı maruz kaldığı durumların, birinci sorumlusu savaştır.

Birçok uluslararası ve bölgesel nitelikteki anlaşmalar, halkların hak eşitliğini ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesini, tüm devletlerin diğer devletlerin toprak bütünlüğüne ve siyasal bağımsızlığına karşı kuvvet kullanma tehdidinden ya da kuvvet kullanılmasına başvurulmaktan kaçınma ilkesini benimsemiş; bu ülkelerin yadsımasını insan haklarının bir ihlali saymıştır. Ancak üzülerek görüyoruz ki, bu kurallar kâğıt üzerinde kalmakta ve dünyanın birçok yerinde kendini güçlü gören devlet, bu ilke ve kurallara aykırı davranışları sergilemekten kaçınmamaktadır. Bu davranışlar savaş hukukunun uluslararası belgelerine, özellikle 1899 ve 1907 tarihli Lahey Uluslararası Konferansı'nda benimsenen sözleşme ve eklerine, yine 12 Ağustos 1949 tarihinde Cenevre'de kabul edilen sözleşme hükümlerine aykırıdır. Kaba kuvvete, güce dayalı sadece siyasal ve ekonomik çıkarlar güdülerek başlatılan ve sürdürülen bu müdahaleler, kuvvetli olanın çıkarları doğrultusunda istediği ülkeye saldırabilmesini meşru sayan alternatif bir hukuka kaynaklık etmektedir. Kuşkusuz bu hukuk bir geriye dönüştür. İnsanlığın uğrunda asırlardır mücadele verdiği özgürlükler, insan hakları, demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi

yüce değerleri karşısına alan ve onları gelecekte de tehdit eden bir nitelik göstermektedir. Böyle bir anlayış içinde başlatılan savaş ve işgal eylemleri tüm devletleri tedirgin etmekte, onları ülke bütünlüklerini koruma konusunda kaygılandırmaktadır. Buysa hakların ve bireylerin özgürlüklerinin ve insan haklarının tehdit altında bulunduğunu gösterir.

Birleşmiş Milletler Örgütü dahil, uluslararası hiçbir kuruluş, uluslararası belgelerle düzenlenmiş olan savaş hukuku ve insan hakları ilkelerinin korunmasında başarılı olamamakta; ancak fiili durumlar yaratılarak hukuk ihlal edildikten sonra bu durumların düzeltilmesi için çare aramaktadırlar. Bugünkü düzenlemelerle, bugünkü kuruluş ve statüleriyle uluslararası örgütlerin ve hukuk kuruluşlarının, barışın, adaletin, özgürlüklerin ve insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde istenilen ölçüde etkili ve belirleyici olamadıkları, bundan böyle de olamayacakları anlaşılmaktadır. Bu durumda, Birleşmiş Milletler'in örgütlenmesi yeniden gözden geçirilmeli, yaptırım gücü artırılmalı; hukuksal ağırlığa sahip, bağlayıcı etkileri olan yeni bir anlaşma imzalanmalıdır.

Birleşmiş Milletler bünyesinde, devletlerarası uyuşmazlıklarda, özellikle yakın savaş tehlikesinde ve ağır insan hakları ihlallerinde kendiliğinden harekete geçebilen, geniş yetkilerle donatılmış, yaptırım gücü olan ve yaptırımlarını uygulayabilecek bir adalet divanı kurulmalıdır.

Öte yandan; insan haklarına inanan ve bunları hayata geçirmek isteyen ülkeler, sivil toplum kuruluşları ve insanlar, öncelikle yeryüzünden savaşın kalkması ve evrensel bir barışın yerleşmesi için uğraş vermeli; savaş yanlıları, savaşa yönelen ve savaşa neden olan devletlerle hiçbir şekilde işbirliği yapılmamalı, mümkün olduğunca onları yalnız bırakmalı ve bu konuda gerekiyorsa bazı özverilerde bulunmalıdırlar.

Ancak, burada bir noktanın altını önemle çizmek istiyorum: Uluslararası antlaşmalar, uluslararası veya bölgesel düzeydeki sözleşmeler tarafların arasında anlaştıkları, uzlaştıkları ortak değerler üzerine kurulurlar. Temel özgürlükler ve insan

NURI ALAN'IN
KONUŞMASI

hakları da, bu ortak değerler arasında yer alır ve bu nedenle de evrensel bir kavramdır. Özgürlükler ve insan hakları doğrudan insanla ve bireyle ilgili olduğundan, artık birey ve onun özgürlüğü, hakları uluslararası hukukun güvencesi altındadır. Bireye bu güvencenin verilebilmesi, insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve giderilmesi, giderek insan haklarının geliştirilmesi, uluslararası işbirliğini gerektirir. Bu bağlamda her ülke, uluslararası ikaz, eleştiri ve değerlendirmelere açık olmalı, bunların gereklerini yerine getirmelidir. Ancak, bu eleştiriler ve işbirliği gerekliliği, yukarıda belirttiğim gibi devletlerin birbirlerinin egemenlik haklarına, ulusal bütünlüklerine ve devlet yapılarına müdahale noktasına kadar götürülmemelidir. Bu tür müdahalelere karşı çıkmak, elbette ulusal düzeyde var olan insan hakları ihlallerini göz ardı etmek, bunların düzeltilmesi için gayret sarf etmemek ve bunları eleştirmemek anlamına gelmemektedir. Her türlü insan hakları ihlalleri kınanmalı, nedenleri tespit edilmeli, tekerrürün önlenmesi için gerekli önlemler alınmalıdır. Dış müdahalelere meydan vermeden, uluslar özeleştiri yapmayı, kendilerini sorgulamayı ve düzeltmeyi öğrenmelidirler.

Günümüzde insan haklarını tehdit eden, onu en az savaş kadar olumsuz yönde etkileyen bir diğer olgu da terörizmdir. Toplumun demokratik örgütlenmesini, toplumda demokrasi- nin yerleşmesini engellediği ve giderek uluslararası bir boyut kazandığı için, niteliği, amacı ve üzerinde cereyan ettiği ülke ve coğrafi ayrımı yapılmadan teröre karşı savaşımında güçlü bir uluslararası işbirliği sağlanmalıdır.

Büyük bir kısmı ideolojik nedenlerle sergilenen terör eylemlerinin önü kesilemediğine ve şiddeti giderek arttığına göre, sadece savaşım ile yetinilmemeli; terörün altında yatan nedenler araştırılmalı, ortaya çıkarılmalı, makul ve haklı olan talepler yine uluslararası işbirliğiyle yerine getirilmelidir.

Bu duygu ve düşüncelerle, hepimize saygılarımı sunuyorum, dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Sunucu: Sayın Başkan'a teşekkür etmek istiyorum.

Değerli konuklar; şimdi ilk günün ilk oturumuna geçeceğiz, ben ilk oturumun başkanlığını yapmak üzere, Anayasa Mahkemesi Başkanı sayın Mustafa Bumin'i ve bu oturumda bildiri sunmak üzere, Danıştay Üyesi sayın Turgut Candan'la, Limoges Üniversitesi'nden Prof. Dr. sayın Joel Andriantsimbazovina'yı kürsüye davet etmek istiyorum.

Buyurun...



BİRİNCİ GÜN
BİRİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı
Mustafa BUMİN
(Anayasa Mahkemesi Başkanı)

İHAM'DA YORUM YÖNTEMLERİ
VE
İHAS VE İHAM KARARLARININ
TÜRK İDARİ YARGI SİSTEMİNDEKİ YERİ

TEBLİĞ: I

Joel ANDRIANTSIMBAZOVINA (Hukuk Fakültesi Doçenti, Limoges Üniversitesi öğretim üyesi Kurumsal ve Hukuksal Dönüşümler Gözlemevi)*

JOEL ANDRIAN-
TSIMBAZOVINA'NIN
TEBLİĞİ

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de bütün yargılar gibi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve protokollerini yorumlamak için bazı yorum tekniklerine başvurmaktadır. Mahkemenin, “*apriori*”, Viyana Sözleşmesi'nin, yorumlanan antlaşmanın metin, bağlam, konu ve hedefinin göz önünde bulundurulmasını bahis konusu eden, antlaşmalar hukukuna dair 31. maddesini kullandığı görülmektedir.¹

Aslında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yorum yöntemleri, çok daha fazla, daha çeşitli ve daha karmaşıktır.

* “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri Bir Diyalog Aracı Mıdır?” başlıklı tebliğ. (Bu metin, *Le dialogue entre juges nationaux et juges européens, incantation ou réalité?* (Ulusal yargıçlarla Avrupa yargıçları arasında diyalog. Temenni mi gerçeklik mi?) başlıklı kolokyumda sunduğumuz tebliğin elden geçirilmiş versiyonudur. F. Lichere, L. Potvin - Solls, A. Raynouard (yön.), Metz Hukuk Fakültesi'nin kolokyumu, 10 Şubat 2003, Brüksel, Bruylant, 2003.

¹ İHA Mahkemesi, 21 Şubat 1975 tarihli Golder / Birleşik Krallık kararı, Serie A, n°18; bkz., F. Sudre, J. P. Marguenaud, 21. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1. bas., Paris, PUF, 2003, s. 206 (Aşağıda bkz., İHAM'ın büyük kararları).

İlk saptama bu yöntemlerin, klasik uluslararası yargıların yorumlama yöntemlerinden ziyade, anayasa mahkemelerinin kullandığı yöntemlere yakın olduğudur. İleride de görüleceği gibi, İnsan Hakları Mahkemesi önceliği amaçsal, geliştirici (evolütif), dinamik ve yaratıcı yorumlara vermektedir.

Ardından da, bu yöntemler, kırktan fazla devletin üyesi olduğu bir Sözleşme'nin uyumlulaştırılmasını göz önünde bulundurur. Bu da, bu üye devletler arasındaki ortak paydaların bulunmasına imkan sağlayan yorum yöntemlerine başvurulmasını gerektirir. Dolayısıyla bu bağlamda, karşılaştırmalı yorum yöntemi ile uzlaşımçı yorum tekniği ön plana çıkar.

Acaba karmaşık özelliklerine rağmen bu teknikler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin yorumunu uyumlulaştırmak üzere, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ulusal yargılarla bir diyalog tesis etmesi amacıyla kullanılabilirler mi?

Bu soru sorulmaktadır; zira, aralarında hiyerarşik bir ilişki olmayan bu yargılar galaksisinde, yargılar arasında görüş ayrılığı ve çatışma riskleri pusuda beklemektedir. Yargıçların, kendilerini, ya bir yargıçlar hükümeti ya da bir yargıçlar savaşı eğilimine kaptırmaları muhtemeldir. Fakat Başkan Genevois'nun Avrupa Topluluğu hakkındaki, «*Ne yargıçlar hükümeti ne de yargıçlar savaşı olmalıdır. Yargıçlar diyaloguna yer açmalıdır*»² ifadesi, sosyal barış ve yargı barışı için, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) tesis ettiği kamu düzenine de uygulanabilir.

Bununla birlikte, çatışmaların önlenmesi ve çözülmesi için İHAS tarafından hiçbir biçimsel usul tesis edilmediğinden, bu diyalogun şekilleri belirginleşmemektedir. Sözleşme'yi kaleme alanlar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile sözleşmeye taraf devletlerin yargıları arasında, İHAS'ın yorumu konusundaki ilişkileri düzenleyen AT 234. maddesinde

² B. Genevois, AT üzerine sonuç, Meclis, 22 Aralık 1978, İçişleri Bakanı / Cohn-Bendit, RTDE 1979, s. 157, özellikle s. 168.

(Eski AT 177. madde) olduğu gibi, asıl davadan önce çözülmesi gereken lüzumu muhakemeye benzer bir «*önceden halli lazım gelen mesele*» usulü getirmemişlerdir. Elbette, İHAS'nin 47. maddesi, «*Sözleşme ve protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler üzerinde görüş bildirmek*» üzere Mahkemeye istisari bir yetki vermektedir; ancak bu yetki alanının kesin sınırları çizilmiştir ve «*ne Sözleşme'nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili meseleleri, ne de Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer meseleleri*» kapsamaz. Özellikle de, ancak Bakanlar Komitesi'nin talebiyle devreye sokulabilir. Yani aslında, Mahkeme ile ulusal yargılar arasında bir diyalogun kurulmasına hiçbir yardımı olmadığı da söylenebilir.

Bununla birlikte, mahkemeyle ulusal yargılar arasında hiçbir ilişki olmadığı da söylenemez. Aksine, Avrupa içtihadı ve İHAS'nin uygulanmasına dair ulusal içtihatlar vasıtasıyla oluşan açık bir ilişki mevcuttur.³ Bu ilişki, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile ulusal yargılar kader birliği ettikleri müddetçe, yani İHAS'ın yorumcuları oldukları müddetçe kaçınılmazdır.⁴

Ulusal yargılar Sözleşme'nin genel hukuktaki yorumcularıdır; Mahkeme ise İHAS'ın 32. maddesi ve 46. maddesi gereğince, sözleşmenin asli yorumcusudur.⁵

³ Fransız idare hukuku açısından bir görüş için: L. Potvin-solis, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, Paris, LGDJ, 1999; 1. Andriantsimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998; özel hukuk açısından bir görüş için: 1. P. Marguenaud (yön.), *CEDH et droit privé*, Paris, La Documentation française, 2001.

⁴ F. Sudre (yön.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, 13-14 Mart 1998 tarihleri arasında düzenlenen Montpellier Kolokyumu'nun Tutanakları, Avrupa İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü, Brüksel, Bruylant, 1998.

⁵ Bu tutumun lehine olarak, J. Callew Aert, «*article 45*», in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article.*, L.E Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (yön.), 2. baskı, Paris, Economica, 1999, s. 769 vd.; ve «*53. madde*», a.g.y., s. 847.

Bu «sorumluluğu» ortaklaşa paylaşan ulusal yargı ve Mahkeme, İHAS'ın olabildiği ölçüde en uyumlu yorumunu vermek için işbirliği yapmaya mahkûmdur.⁶ Bu işbirliği kendini somut olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile ulusal yargılar arasında bir diyalogun oluşmasıyla gösterir.⁷

Elbette ki her şeyi diyalogla açıklamak gibi bir kolaylığa ve tuzağa düşmemek gerekir.⁸ Ama diyalogsuz bir işbirliği de, oyuncusuz bir tiyatro gibi olurdu. Diyalog işbirliğini besler, zira muhatapların tartıştıkları gerçek ve adalet ölçütlerinden yola çıkarak bir anlaşma ve karşılıklı anlayış arayışını mümkün kılar.

Diyalogun bu tür felsefi bir diyalog tanımı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile ulusal yargılar arasındaki ilişkilere uygulandığında, yargılar arası diyalogun çerçevesinin ve ölçütlerinin, kısacası yargılar arası diyalogun aracının belirlenmesini gerekir.

⁶ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'yle Belçika yargıları arasındaki ilişkilere ilgili bir işbirliği analizi: Ü. De Schutter, «La cooperation entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national», RBDI 1997, s. 21-68. Yargıçların işbirliği İHAS'ın çerçevesini aşmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Avrupa Topulukları Adalet Divanı ve ulusal yargılar üçgeninde kurulacak bir işbirliği, en azından Avrupa'da temel hakların korunması yönünde uyum için elzemdir. Örneğin bkz., P. Pesca Türe, «La cooperation entre la cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux», RMCUE (466) 2003, s. 151-159; 1. Limbach, «La cooperation des juridictions dans la future architecture européenne des droits fondamentaux», RUDH (12) 2000, n°12, s. 369-372.

⁷ Daha önce zikrettiğimiz tezimize gönderiyoruz, s. 441-515.

⁸ Hem felsefe hem hukuk felsefesi açısından (Bkz., M. Villey (yön.), Dialogue, dialectique en droit et en philosophie, Archives de philosophie du droit (29) 1984, 1. Santuret, Le dialogue, Notions philosophiques, Paris, Hatier, 1993) hem siyasi ve diplomatik konularda (E. Decaux, «Les dialogues sur les droits de l'homme, types, conditions, objectifs et evaluation», Revue droits fondamentaux'un sitesi: www.droits.fondamentaux.org//IMG/pdf/doc-11.pdf), hem de edebiyatta (cf. S. Guellouz, Le dialogue, Paris, PUF, 1992; A. Lemeunier, L'essai, le dialogue, l'apologue, Paris, Hatier, 2002).

Burada, biri sosyolojik diğeri hukuki olmak üzere iki yaklaşım mümkündür. Hukuk sosyolojisi açısından, mahkeme yargıçlarıyla ulusal yargıçlar arasındaki kişisel bağlardan, resmi toplantılardan (kongreler ve karşılıklı ziyaretler) istifade edilebilir. Ama sosyolojik araç, yargılar arası diyalogu kavramaya yetmez. Bu diyalog, bir yorumun kesin hüküm gücü içinde vuku bulabilir. Bu kesin hüküm gücünün en iyi etkinliği doğurduğu hallerde, diyalog her zaman elzem değildir. Buna karşılık, bu yorumun kesin hüküm gücün asgari etkinlik doğurduğu hallerde, yargıçlar arası diyalog elzemleşmektedir.⁹ Yorumun kesin hükmü kuramının ötesinde, İHAM'ın kendi yargıçları arasındaki diyalogu biçimsel olarak belirleyen bir usulün olmaması sebebiyle de, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yorum yöntemlerinin hukuki açıdan bir diyalog aracı teşkil edip edemediği sorusu gündeme gelmektedir.

Bu soruya bir cevap vermeden önce, yorum yöntemleri kavramı üzerinde anlaşmak önemlidir. O. Jacot-Guillarmod, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadında, yorum kuralları, yöntemleri ve ilkeleri'ni ayırt ediyordu.¹⁰ Yorum kuralları sözüyle, Viyana Sözleşmesi'nin, antlaşma metni, bağlamı, konusu ve hedefiyle ilgili antlaşmalar hukukuna dair 31. maddesinin vazettiği, ve yine aynı sözleşmenin 32. ve 33. maddeleriyle bağlantılı olan kuralları kastediyordu. Değerli yazara göre, yorum yöntemleri «*Strazburg Mahkemesi'nin ürettiği içtihadın belirgin niteliğidir (özellikle bazı sözleşme kavramlarının «özerkliği», devletlere tanınan «takdir marjı», eş-zamanlı bir Avrupa denetiminin varlığı»*».¹¹ Ve nihayet, yorum

⁹ J. Andriantsimbazovina, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif, *a. g. y.*, s. 463 - 488, ve Danıştay'ın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'yle diyalogu için, s. 480-488.

¹⁰ O. Jacot-Guillarmod, «Regles, methodes et principes d'interpretation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article.*, L. E Pettiti, E. Decaux, P. H. Imbert (yön.), 2. bas., Paris, *Economica*, 1999, s. 41 vd.

¹¹ *A. g. y.*, özellikle s. 42.

JOEI ANDRIAN-
TSIMBAZOVINA'NIN
TEBLİĞİ

ilkelerini geniş ölçüde tanımlıyordu: «*kimi kez ilkelerin teyidi; kimi kez önemli maddi ve usule dair nitelemeler; kimi kez de, Mahkemenin yorum icraatının bazı özgün veçhelerini açığa çıkaran basit obiter dicta'lar*». ¹² Bu ilkeler, Avrupa kamu düzeni, yerindenlik ilkesi, Mahkeme'nin iç hukuk uygulamaması ilkesi, Sözleşme'nin ihlal edilmesi durumunda uluslararası sorumluluk sahibi olan devlet organlarının çoğulluğu, Sözleşmeye taraf devletlerin sonuç ya da ispat vasıtası zorunluluğu, devletlerin «pozitif» yükümlülükleri, «*hukukun üstünlüğü*»nün rolü, «*demokratik bir toplum*»un gerekleri, zımnî güvenceler, doğrudan uygulama, hukukun «*genel ilkeleri*»ne atıf, bazı hakların yatay etkileri, somut ya da soyut inceleme, bir davanın arka planının önemi, görünümünün önemi, görünümünün ardındaki gerçekliği saptama gerekliliği, Sözleşme'nin günün yaşam koşulları ışığında yorumlanması.

O. Jacot-Guillarmod tarafından yapılan bu ayrımlar ikna edici değildir. Bu ayrımlar, geleneksel olarak yorum yöntemleri diye bilineni, yorum kuralları olarak tanımlamaktadır; yorum yöntemlerini bizzat Mahkeme'nin içtihadıyla özdeşleştirmektedir; ve nihayet, yorum ilkeleri arasında, Sözleşme'nin günün yaşam koşullarının ışığında yorumlanması gibi yorum yöntemi unsurları da bulunmaktadır.

Biz, yorum yöntemleri için, insan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin İHAS ve protokollerinin gerçek anlamını ayırt etmesine imkan sağlayan araç, usul ve tekniklerin tamamını tanımını tercih edeceğiz. Bu tanım, yorum kuramının önerdiği farklı yorum yöntemi sınıflandırmalarının içinde sıkışıp kalmama imkanını sağlamaktadır. İlk bir sınıflandırma, yorum yöntemlerini üç kategoride toplar: harfiyen yorum, metnin lafzına bağlı kalır; metnin ruhuna bağlı yorum, yazarın niyetini ortaya çıkarmayı amaçlar; amaçsal yorum, normun ereğini temel alır. ¹³ İkinci bir sınıflandırma ise, yorumun ancak metin vazıh değil ise mümkün olabileceği fikrinden yola

¹² O. Jacot - Guillarmod, *a.g.y.*, s. 53.

¹³ «Interpretation», in *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (yön.), Paris, PUF, 1. bas. Quadriège, 2000, s. 475, 2. kol.

çıklar. Böyle olunca da yorum, ya yazarın niyetini, ya metnin mantığını, ya da metnin ereğini aramaktır. Nihayet üçüncü bir sınıflandırma da, yöntemleri iki kategori altında toplar: «bir yanda, yazarın iradesine atıfta bulunan öznel yöntemler; diğer yanda da bu iradenin dışında olan unsurları hesaba katan nesnel yöntemler».¹⁴ Doktrinal ve kuramsal açıdan kullanışlı olan bu sınıflandırmalar kuşkusuz aydınlatıcıdır, ama İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yorum yöntemlerinin karmaşıklığı hakkında bir fikir vermekten uzaktır.¹⁵ Golder Kararı'yla¹⁶ tesis edilen genel yorum doktrinine göre, Mahkeme önceliği, insan haklarını geliştirmeye ve devletlerin iradelerini sınırlamaya yönelik¹⁷ amaçsal ve geliştirci yorum yöntemlerine vermektedir; ama başka yöntemlere başvurmadan da sarfınazar etmemektedir.¹⁸ Mahkeme'nin bu karmaşık yaklaşımı, asıl

¹⁴ Y. Aguila, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, Université Paris II, PantheonAssas, 1993, s. 63.

¹⁵ F. OST, «Originalite des methodes d'interpretation de la Cour europeenne des droits de l'homme», in *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, M. Delmas-marty (yön.), Paris, PUF, 1989,405-463.

¹⁶ İHA Mahkemesi, 21 Şubat 1975 tarihli *Golder kararı/Birleşik Krallık*, a.g.y.

¹⁷ G. Cohen-jonathan et J. F. Flauss, «La Convention europeenne des droits de l'homme et la volonte des Etats», in *Le rôle de la volonte dans les actes juridiques. Etudes li la memoire du professeur Alfred RIEG*, Brüksel, Bruylant, 2000, s. 161 - 186, özellikle. s. 175.

¹⁸ W. Ganshof Van Der Meersch, «Reflexions sur les methodes d'interpretation de la Cour europeenne des droits de l'homme. L'autorite de ses arnêts et leurs voies d'execution», *Documentacao E Direito Comparado*, Lizbon, 1982, n° 11, s. 105-132; W. Ganshof Van Der Meersch, Quelques aperçus de la methode d'interpretation de la Convention de Rome du 4 novembre 1950 par la Cour europeenne des droits de l'homme, in *Melanges offerts li Robert LEGROS*, Brüksel, Editions de l'Universite de Bruxelles, 1985, s. 207; W. Ganshof Van Der Meersch, Les methodes d'interpretation de la Cour europeenne des droits de l'homme, in *Perspectives canadiennes et europeennes des droits de la personne*, D. Turp et G. Beaudoin (yön.), Cowansville (Quebec), Les Editions Yvon Blais Ine., 1986, s. 189; F. Matscher, «Methods of Interpretation of the Convention», in *The European System for the Protection of Human Rights*, St. J., Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (ed.), Dordrect, Boston, Londra, Martinus NijhoffPublishers, 1993, s. 63; F. Matscher, «Les contraintes de L'interpretation juridictionnelle. Les methodes d'interpretation de la Convention europeenne», in F. Sudre (yön.), *L'interpretation de la Convention europeenne des droits de l'homme*, 13-14 Mart 1998 tarihleri

soru olan, Mahkeme'nin kullandığı yorum yöntemlerinin, Mahkeme ile ulusal yargılar arasında bir diyalog aracı teşkil edip edemeyeceği sorusuna verilecek cevabı da karmaşıklaştırmakta, hatta tehlikeye atmaktadır. Mahkemenin, İHAS ve protokolleri hükümlerinin anlamını ortaya çıkarmasına yardımcı olan bu yöntemler, ulusal yargılarla kurulacak diyalogda nasıl bir araç olabileceklerdir? İHAS'ın asli yorumcusu Mahkeme olduğuna göre, kullandığı yorum yöntemleri, her şeyden önce Mahkeme'de bir monologun, ya da olsa olsa Mahkeme'nin yargıçları arasında bir iç diyalogun tesisine yönelik değil midir? Bu yöntemlerin Mahkeme ile ulusal yargılar arasında bir diyalog aracı oluşturabileceği fikri kabul edilse bile, özellikle, gayri mütecanis olmaları tek diyalog aracına dönüşmelerine bir engel teşkil etmez mi? Görüldüğü kadarıyla, en azından kuramsal açıdan, yorum yöntemlerinin Mahkeme ile ulusal yargılar arasında bir diyalog aracı olarak düşünmek, imkansız değildir. Muhataplar arası diyalogu, dışarıya yönelik bir söylem öncesinde elzem olan, bir iç söylemle başlayabilir. İç söylemin berraklığı ve niteliği, bir kez dışsallaştırıldığında ötekiyle diyalogu kolaylaştırır. Mahkeme, bu anlamda yorum yöntemlerini, ulusal hukukun ve ulusal yargıcın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve protokollerinin anlamlarını sorgulamalarını talep etmekte kullanmaktadır. «Avrupa yorumu tarafından ifa edilen, ulusal hukuku sorgulama işlevi»,¹⁹ Mahkemenin yorum yöntemlerinin, ulusal yargılarla diyalog aracı olarak değerlendirmesini desteklemektedir... Mahkeme kararlarında başvurulan hu şeffaf yöntemler, ulusal yargı kurullarının Avrupa yorumunu anlama ve izleme çabalarında yol göstericidirler. Bununla birlikte, ulusal yargıların, özellikle Fransa'da, ancak istisnai durumlarda

arasında düzenlenen Montpellier Kolokyumu Tutanakları, Avrupa İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü, Brüksel, Bruylant, 1998, s. 1.5 vd.

¹⁹ P. Wachsmann, «Conclusions», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (yön.), 13-14 Mart 1998 tarihleri arasındaki Montpellier Kolokyumu Tutanakları, Avrupa İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü, Brüksel, Bruylant, 1998, s. 335 vd., özellikle 348.

Avrupa Mahkemesi'nin kararlarına atıfta bulunmalarından,²⁰ gerekçelerine ise çok daha ender olarak atıfta bulunmalarından ötürü, Mahkemenin yorum yöntemlerinin bu yargılar tarafından ne şekilde göz önüne alındığını anlamak güçtür. Kaldı ki bu yöntemlerin asıl amacı, diyalog aracı olmak değildir. Bu güçlüğü göz önünde tutan ve bir kolokyum tebliğinin sınırları içinde kalan, bu inceleme, kuramsal açıdan sorulan soruya cevap verirken, yorum yöntemlerinin diyalog aracı olabilmelerine yardım edecek ölçütleri, ipuçları ve koşulları belirlemeye çalışan izlenimci bir yaklaşım benimseyecektir.

Bu yöntemlerin en öncelikli işlevi Mahkemeye ulusal yargılar arasında köprü vazifesi görmek değildir. Tali olarak bu görevi üstlenmektedirler. Dolayısıyla, bu tali işlevleriyle, Mahkemenin yorum yöntemleri, ancak gayri resmi ve pragmatik bir araç teşkil ederler. (I) Böylelikle öncelikli işlevleri olmayan bir bağlamda kullanılıyor olmaları sebebiyle, ancak, aksamasına rağmen mükemmelleştirilmeye açık bir araç teşkil edebilirler.

I- GAYRİRESMİ VE PRAGMATİK BİR DİYALOG ARACI

Mahkemenin yorum yöntemlerinin tamamını gözden geçirmeksizin,²¹ bu yöntemlerin her birine özgün bir işlev atfedilebilir. Amaca ilişkin yorum ve geliştirici yorum, ulusal yargıcın kendi ulusal hukukunu İHAS'ın ışığında ilerletmeye teşvik eder. Özerk yorum, ulusal yargıcı, ulusal hukukun bazı kavramlarını İHAS hukuku uyarınca yorumlamaya davet

²⁰ Temyiz Mahkemesi'nin İHAS ve protokollerinin bazı maddelerini «İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yorumladığı haliyle» uyguladığı durumlar çıkmaktadır. (Cass. Soc., 14 Ocak 1999, Bozkurt, D. , 1999, J., s. 334, not 1. Moul Y et J. P. Marguenaud, İHAS 14. maddesi ve Protokol 1'in 1. maddesi).

²¹ İnsan hakları koruyucusu diğer uluslararası mercilerin kullandıkları yöntemlerle karşılaştırmaya da girmiyoruz; Bkz., P. W. Achsmann, «Les methodes d'interpretation des conventions internationales relatives a la protection des droits de l'homme», in S.F.D.I., *Strasbourg Kolokyumu, La protection des droits de l'homme et l'evolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, s. 157 vd.

ederek, alışık olduğu bağlarından çıkmasını sağlamaktadır. Sistematik yorum, ulusal yargıcın dikkatini İHAS'nin genel ruhu ve genel mantığına çekmektedir. Uzlaşımçı yorum ve karşılaştırmalı yorum, ulusal yargıca, Mahkeme'nin, İHAS ve protokollerinin yorumunda ulusal mefhum ve kavramları göz önüne bulundurduğunu gösterir. Açıklayıcı yorum, ulusal yargıca temkinli bir içtihat politikasını işaret eder. Son olarak, bu yöntemlerin biri veya birkaçının ulusal takdir marjı ya da yerindenlik ilkesi gibi ilkelerle bileşimi, ulusal yargıca ulusal yetki ve egemenliğe saygıyı hatırlatmaktadır.

Sadece bu önerilerle yetinmek, yorum yöntemlerinin bütünsel bir biçimde bir diyalog mantığı içine sokulmasına yetmeyecektir. Bu çerçevede, Mahkeme'nin yorum yöntemlerinin tamamı, diyalogun üç aşamasına tekabül eden üçlü bir işlevini yerine getirir: diyalogun ilk adımını atmak (A°), yoğunluğunu saptamak (B°) ve tamamlamak (C°).

A°- DİYALOGA İLK ADIM

Yorum yöntemleri, ulusal yargıyla diyalog kurmak için mükemmel bir girizgah teşkil ederler. Mahkemeye, hem diyalogun konusunu hem de yönelimini seçme fırsatı sunarlar.

İHAS'ın yorum yöntemleri sayesinde, Mahkeme, diyalogun konusunu, temasını seçer ve öne çıkarır. Böylece, Mahkeme'nin özerk kavramları geliştirmekte yararlandığı özerk yoruma başvuru, Avrupa Mahkemesi'nin ulusal yargıcın dikkatini, bazı kavramlara vereceği anlamlara çekme olanağı sağlar. Tutuklama,²² medeni hak ve yükümlülükler,²³ suçlama,²⁴ ceza alan,²⁵ tanık,²⁶ ceza²⁷ dernek²⁸ ya da mülk²⁹ gibi konular özerk

²² İHA Mahkemesi, 21 Şubat 1990 tarihli *Van der Leer kararı*, § 27.

²³ İHA Mahkemesi, 28 Haziran 1978 tarihli *König kararı*, § 88; GACEDH, a.g.y., s. 32 vd.

²⁴ İHA Mahkemesi, 27 Şubat 1980 tarihli *Deweer kararı*, § 42.

²⁵ İHA Mahkemesi, 8 Haziran 1976 tarihli *Engel kararı*, § 81, GACEDH, a.g.y., s. 32 vd.

²⁶ İHA Mahkemesi, 20 Kasım 1980 tarihli *Kostovski kararı*, § 40.

²⁷ İHA Mahkemesi, İHA Mahkemesi kararı, 8 Haziran 1995 tarihli *Jamil kararı*, § 30.

anlamlara sahiptir. Ulusal hukukta eşdeğer kavramların mevcudiyeti, Mahkeme ile ulusal yargıç arasında ilave bir diyalog etmeni oluşturur. Bu durumda, ulusal hukuktaki bir kavramla Avrupa hukukundaki bir kavram arasında anlam farkı olduğunda, ulusal yargıcın Mahkeme'nin Avrupa hukuku kavramına vermek istediği anlamı seçmesi gerekmektedir. «“Özerk” yorum, güvence altına alınan hukukun uygulanmasını temin etmek ve “Sözleşme'nin ihlalinin” önüne geçmek amacıyla, iç hukuktaki karşıtlığın aşılmasını sağlar. (...) Bu amaçla, Avrupa yargıcı, seçimini, söz konusu kavramın ulusal hukukta sahip olduğu mutlak anlamı aşarak, bu kavrama daha geniş bir anlam vermesine olanak sağlayan (...), biçimsel olmayan ve «maddi» bir anlayıştan yana yapar.»³⁰ Özerk yorumun kullanılması, ulusal yargıçla, İHAS'ın ulusal hukukta uygulanabilirliği ve İHAS'ın bazı maddelerinin uygulama alanı üzerinde tartışma yolunu açar.³¹ En yoğun diyalog, İHAS'nin 6§1 maddesinin medeni ve cezai alanlarında uygulanabilirliğine ve uygulama alanına değgindir.³²

Geliştirici ve dinamik yoruma başvurulması, Mahkeme'yi ve ulusal yargıcı, önemli hakların içeriği ve kapsamı etrafında diyalog kurmaya götürür. Bu bakımdan aile hayatı kavramıyla ilgili başlatılan tartışma anlamlıdır.³³ İHAS'da imzası olan bazı devletler hala “tabii” aile ile “meşru” aile arasında ayırım

²⁸ İHA Mahkemesi, 29 Nisan 1999 tarihli *Chassagnou kararı*, GACEDH, a.g.y., s. 522.

²⁹ İHA Mahkemesi, 23 Şubat 1995 tarihli *Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH kararı*, § 53.

³⁰ GACEDH, a.g.y., özellikle s. 36-37.

³¹ Institut de Droit Europeen des Droits de l'Homme, *Les concepts autonomes*, Cahiers de l'IDEDH, n° 6, Montpellier, 1997; F. Sudre, «Le recours aux “notions autonomes”», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (yön.), 13-14 Mart 1998 tarihinde düzenlenen Montpellier Kolokyumu Tutanakları, Avrupa İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü, Brüksel, Bruylant, 1998, s. 93 vd., özellikle 96.

³² Düzenli ve toplu bir bakış için bkz.: J. F. Flauss'un *Actualitejuridique droit administratif*, L. Sermet ve J. Andriantsimbazovina'nın *Revue française de droit administratif* ve J. P. Marguenaud'nun *Revue trimestrielle de droit civil* dergilerindeki makaleleri.

³³ F. Sudre (yön.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brüksel, Nemesis, Bruylant, 2002.

yaparken, Mahkeme, ulusal yetkilileri, özellikle de yargıları, bu ikiliği aşmaya teşvik etmektedir: «*Kuşkusuz, Avrupa ülkelere-
rinin çoğunda, "tabii" aile ile "meşru" aile arasında fark gözetmek,
Sözleşme'nin kaleme alındığı 4 Kasım 1950 tarihinde yasal ve doğal
adedediliyordu. Ancak Mahkeme, ailenin bugünkü koşullar ışığında
yorumlanması gerektiğini hatırlatmaktadır. (...) Bu halde, bir olgu-
dan etkilenmemek mümkün değildir. Bu olgu, Avrupa Konseyi üye-
si devletlerin büyük çoğunluğunun iç hukukunun, ilgili uluslara-
rası antlaşmalarla bağlantılı olarak, "mater semper certa est" (anne
daima bellidir) sözünün hukuken kabulüne doğru gelişim göstermiş
olması ve bu gelişimin devam etmekte olduğudur.*» (§ 41)³⁴ Marckx
Kararı'ndan bu yana, Mahkeme ve ulusal yargıç epey yol kat
etmişlerdir. Başlattıkları diyalog tedricen, ayrımcılık karşıtı
ve çocuk merkezli bir Avrupa aile hukukunun oluşması so-
nucunu vermiştir.³⁵ Bu simgesel aile hayatı örneği, Avrupa
Mahkemesi'nin, karşılaştırmalı yorum yoluna giderek, her ne
kadar bu yorum muğlak olsa da, ulusal hukuku da göz önün-
de bulundurduğunu göstermektedir. Ancak, asıl önemli olan
şey diyalogun konusunun saptanmasıdır; kullanılan yöntem
ya da yöntemlerin fazla önemi yoktur.

Diyalog teması belirlendikten sonra, yorum yöntemleri
diyaloğa verilecek yönelimini seçiminin de enstrümanıdır.
Bunun için Mahkeme, belli bir konuda daha fazla mı yoksa
daha az mı İHAS mi gerektiğini bilmelidir.

Mahkeme'nin olaya özerk yorum alanından yaklaşımı-
nın, ulusal yargıca verdiği, İHAS uygulama alanını genişlet-
me iradesinin bir işareti olduğu barizdir. İdari yaptırımların
İHAS anlamında cezai alana sokulmasına dair içtihadı birçok
açıdan çarpıcıdır. 1984 tarihli Öztürk Kararı'nda, Mahkeme

³⁴ İHA Mahkemesi, 13 Haziran 1979 tarihli Marckx kararı, GACEDH, a.g.y.,
s. 370 vd.

³⁵ F. Dekeuwer-defossez, «Conclusions», in *Le droit au respect de la vie
familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre
(yön.), Brüksel, Nemesis, Bruylant, 2002, s. 387 vd., özellikle 397-398;
F. V. Asseur-lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de
l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000.

büyük bir berraklıktadır: «“Ceza alanı” kavramının “özerliği-ni” 6. maddenin vazettiği şekliyle yeniden teyit ettikten sonra, Mahkeme, başvuruçunun işlemiş olduğu “idari kabahatin” söz konusu bu alana girip girmediğini araştırmalıdır».³⁶ Diyaloğun ölçütleri, Mahkeme'nin bu alanda saptadığı ölçütlerdir: yani kabahatin ulusal hukuktaki niteliği, kabahatin tabiatı ile müeyyidenin tabiatı ve ağırlığı. Mahkeme, bu ölçütleri değerlendirirken içtihadının ne yöne gideceğini de gösterir.

Keza, pozitif yükümlülükler kuramından destek alan geliştirici yorum da, ulusal yargıç için, bazı önemli hakların genişletilmesi konusunda iyi bir gösterge oluşturur. Bu haklar İHAS metninde bulunmayan kimi unsurları da içerebilir. Dolayısıyla, ulusal yargılar, Mahkemeye yabancı ve tutuklu haklarının³⁷ koruması ya da sağlıklı çevre hakkının³⁸ koruması imkanını veren “*protection par ricochet*” (sekmeli koruma) kavramını göz önüne almalıdırlar.

Buna mukabil, Mahkeme'nin kullandığı yorum yöntemine ulusal takdir marjı kavramı iliştilmişse,³⁹ Mahkeme, özellikle hassas toplumsal konular başta olmak, birçok alanda yetkileri ulusal yetkililere bırakacağını ima etmektedir. Mahkemenin, taraf devletleri, muhtemel bir bekar eşcinsellerin evlat edinme hakkını karşılama yükümlüğü altına sokmayı reddettiği 26 Şubat tarihli Frette Kararı kayda değerdir:

³⁶ İHA Mahkemesi, 21 Şubat 1984 tarihli *Oztürk kararı*, § 50 ; GACEDH, a.g.y., s. 189.

³⁷ F. SUDRE, *Droit international et europeen des droits de l'homme*, 5. baskı., Paris, PUF, 2001, s. 342-362, n0196-202.

³⁸ Bkz., İHA Mahkemesi, 19 Şubat 1998 tarihli *Guerra kararı*, § 58; GACEDH, a.g.y., s. 404 vd., İHA Mahkemesi, 18 Haziran 2002 tarihli *Oneryıldız kararı*, GACEDH, a.g.y., s. 497 ; F. Sudre, «La protection du droit a l'environnement par la CEDH», in CEDECE, *La Communaute europeenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, s. 209 vd.; J. P. Marguenaud, «L'incidence de la CEDH sur le droit de l'environnement», *JTDE* 1998, s. 217 vd.

³⁹ P. Lambert, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», in *L'interprétation de la Convention europeenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (yön.), 13-14 Mart 1998 tarihinde düzenlenen Montpellier Kolokyumu Tutanakları, Avrupa İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü, Brüksel, Bruylant, 1998, s. 63.

«Taraflar devletlerin çoğu, bekarlara evlat edinme hakkı tanındığında, eşcinsellerin bu haktan mahrum edilmesini açıkça öngörmeseler de, demokratik bir devlette derin fikir ayrılıklarının hüküm sürmesinin makul olduğu toplum sorunları söz konusu olduğunda, bu devletlerin hukuki ve sosyal düzenlerinde yeknesak ilkeler aramak beyhude olurdu. Mahkeme, yetki sınırları çerçevesinde, toplumun tamamının çıkarlarını da gözetmekle yükümlü ulusal yetkililerden, bu tür konularda beyanda bulunmaları istendiğinde, büyük serbesiye sahip olmalarını normal karşılamaktadır. Ülkelerinin canlı güçleriyle doğrudan ve sürekli temas halinde olan ulusal yetkililer, ilke olarak, yerel hassasiyetleri ve bağlamı değerlendirmek konusunda uluslararası bir yargı organından çok daha elverişli bir konumdadır. Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında görüş ortaklığının pek bulunmadığı; genel olarak hukukun bir geçiş sürecinde görüldüğü alanlarda bu türden hassas sorunlar gündeme geldiğinde, her devletin yetkililerine geniş bir takdir marjı tanınması gerekmektedir (Bkz., mutatis mutandis [gereken değişiklikler yapılmak suretiyle], 29 Eylül 1996 tarihli Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan Kararı, 1996-IV Derlemesi, s. 1364, § 44 ve Cha 'are Shalom ve Tsedek / Fransa [GC], n° 27417/95 § 84, İHAM 2000VII)»⁴⁰

Dolayısıyla ulusal yargıç, evlat edinme konusunda eşcinsellerin lehine Avrupa Mahkemesi içtihadının ötesine geçme yükümlülüğü altında değildir. Ama bunu aşabilir de.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, diyalogun konusu ve yöneliminin işaretlerini vererek, ulusal yargıçla diyalogu başlatmaktadır. Diyaloga başladıktan sonra, iş onun yoğunluğunun tespitine kalmaktadır. Burada da yine yorum yöntemlerinin oynayacağı bir rol vardır.

B°- DİYALOGUN YOĞUNLUĞU

Çeşitlilikleri yorum yöntemlerini, diyalogun yoğunluk ayarının yapıldığı bir miksaj masasına dönüştürmüştür. Nitekim diyalogun yoğunluğu değişkendir. Seçilen yöntem, diyalogun yoğunluk derecesini etkiler.

⁴⁰ İHA Mahkemesi, 26 Şubat 2002 tarihli Frette Kararı, JCP G, 2002, II, 10 074, not A. Gouttenoire ve F. Sudre.

Bazı durumlarda, kullanılan yorum yöntemleri diyalogu genişletirken, bazı durumlarda ise sınırlar.

Uzlaşımçı yorum ulusal takdir marjıyla birleştirildiğinde diyalogun sürdürülmesini kolaylaştırır.

Yukarıda zikrettiğimiz, eşcinsellerin evlat edinme hakkından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda durum böyledir. Mahkeme, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hukuki sistemlerinde ortak payda olmadığına altını çizerek ve bu konuda yasal düzenleme yapıp yapmamayı kendi takdirlerine bırakarak, ulusal yargıyla geliştirici diyalog kapısını açık bırakmaktadır.

Mahkeme yargıçlar arası diyalog kapısını, tam da uzlaşımçı yorumdan pozitif yükümlülükler kuramıyla birlikte kullanılan geliştirici diyaloga geçerek, açık bırakmıştır.

Transseksüellerin hukuki durumuyla ilgili yaklaşımı da böyle olmuştur. Özellikle ortak bir görüş olmaması ve bu konuda hukukun geçiş sürecinde olmasından kaynaklanan uzun bir tereddütten sonra,⁴¹ Mahkeme, ameliyatlı transseksüellerin cinsel kimliğinin devlet tarafından tanınma yükümlülüğünü tanıma noktasına varmıştır.⁴² Bu arada, bu tutuma varmadan önce, bu alanda Avrupa'da bir uzlaşımın olmasıyla uluslararası hukukun gelişimi arasındaki mesafenin açıldığını saptamıştır. Goodwin Kararı'ndan önce, Mahkeme, bu konuda ulusal hukukların tutumlarının çok çeşitli olmasını göz önünde bulundururken; Goodwin Kararı'ndan sonra bu çeşitliliği aşmıştır:

«Mahkeme, 1986'daki Rees Davası sırasında, bazı devletler cinsiyet değiştirmeye izin verirken bazılarının izin vermemesinden

⁴¹ İHA Mahkemesi, 27 Eylül 1990 tarihli Cossey Kararı; İHA Mahkemesi, 25 Mart 1992 tarihli *B./ France kararı*, JCP G, 1992, 11 21 955, not T. Gare; İHA Mahkemesi, 22 Nisan 1997 X, *Yet Z Kararı*, RTDH 1998, s. 130 vd., not F. RIGAUX; İHA Mahkemesi, 30 Temmuz 1998 tarihli *Sheffield ve Horsham Kararı*, RTDH 1999, s. 646 vd., not M. Levinet.

⁴² İHA Mahkemesi, 11 Temmuz 2002 tarihli *Goodwin Kararı*, § 85, GACEDH, a.g.y., s. 339 vd.

dolayı devletler arasında pek bir görüş birliği bulunmadığını ve genel olarak bu alanda hukukun bir geçiş evresinde olduğunu tespit etmiştir (az önce zikredilen Rees Kararı, § 37). Daha sonra karara bağladığı Sheffield ve Horsham Davası'nda, cinsiyet değiştirmenin hukukten tanınmasının, evlilik, nesep, ya da özel hayatın veya verilerin korunması gibi diğer hukuk alanlarında yaratacağı yansımaları ele alma konusunda ortak bir Avrupa yaklaşımının olmadığını vurgulamıştır. Bu durumun hâlâ geçerli olması ve sözleşmeye imza koyan 43 devletteki hukuki sistem ve geleneklerin çeşitliliği göz önünde bulundurulursa, böyle bir ortak yaklaşım yokluğu pek şaşırtıcı olmamaktadır. Yerindenlik ilkesi uyarınca, kendi yargı alanına giren her şahsa Sözleşmeyle teminat altına alınmış hakların tanınmasını sağlamak için gerekli önlemlere karar vermek, öncelikle imza sahibi devletlere düşmektedir; ameliyatsız transseksüellerin cinsel durumunun hukukten tanınması konusunda ortaya çıkan somut sorunları kendi hukuki düzenleri içinde çözmek için ise, sözleşmeyi imzalayan devletlerin geniş bir takdir marjı olmalıdır. Dolayısıyla Mahkeme, hukuki ve pratik sorunların çözüm tarzıyla ilgili olarak bir Avrupa konsensüsünün belirtisi olacak unsurların mevcut olmamasından ziyade; hem transseksüellerin artan bir biçimde toplumsal kabulünü hem de ameliyatsız transseksüellerin yeni cinsel kimliğinin hukukten tanınmasına doğru giden bir uluslararası eğilimi gösteren açık ve tartışmasız unsurların varlığına önem vermektedir» (§85).

Burada içeriksiz ve olumsuz bir diyalog türü vardır, ama transseksüel haklarının aleyhinde değildir.

Diyalog, karşılaştırmalı yorum sayesinde olumlu da olabilir. Mahkeme, bir üye devletin ulusal hukukundan gelen bir kuramı ya da bir kavramı içtihadına katabilir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin yatay etkisiyle ilgili içtihat, Alman Drittwirkung⁴³ kuramından esinlenmiştir. Ulusal yargıların

⁴³ Bkz., D. Spielmann, «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (yön.), yukarıda zikredilen çalışma, s. 133 vd.; D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre les personnes privées*, Brüksel, Nemesis, Bruylant, 1995: Zengin bir kaynakça sunan iki değerli araştırma.

bu konudaki içtihat çeşitliliği, bu yargılarla Mahkeme arasında bir diyalogu güçlendirmektedir.⁴⁴ Bu çeşitlilik karşısında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İHAS'ın yatay etkisini kullanmakta temkinliliğini muhafaza etse de, tamamıyla vazgeçmemektedir.⁴⁵ Örneğin 28 Haziran 2001 tarihli Vgt Verein/Tierfabriken Kararı'nda,⁴⁶ Mahkeme, İHAS'ın yatay etkisinin⁴⁷ İsviçre hukuku tarafından kabul edildiğini (Anayasa'nun 35. maddesi, Federal Mahkeme içtihadı) bildiği halde, «Sözleşmedeki güvencelerin hangi ölçüde özel kişiler arasındaki ilişkileri de kapsayacağı üzerine genel bir kuram geliştirmenin temenni edilir olmadığını, hele elzem hiç olmadığını düşünmektedir» (§46), ama bu etkiyi, özel bir televizyonun bir hayvan hakları derneğinin reklamını yayınlamayı reddetmesi konusunda kabul etmekten çekinmeyecektir. Bu karşılaştırmalı yöntem, İHAS'ın yatay etkisi konusunda ulusal yargılarla gitgide büyüyen bir diyaloga işaret etmektedir.

Öte yandan, geliştirici yorumun ulusal takdir marjıyla yumuşatılması, mahkemenin ulusal içtihadı göz önünde bulundurmasını ve ulusal yargıç la diyalogu sürdürmesini mümkün kılmaktadır. Yabancı küçük ve büyük suçluların uzaklaştırılması konusunda da bu böyledir.⁴⁸ Söz konusu yabancıların uzaklaştırılmasını adeta imkansız hale getirilmesi, Avrupa içtihadının ilk hükümleri olmuştur.⁴⁹ Ama yabancı küçük ya da büyük suçluların aile yaşantısının korunmasından ziyade kamu düzeninin sağlanması ve korunması

⁴⁴ D. Spielmann, «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», *a.g.y.*, s. 165171.

⁴⁵ Bkz., İHA Mahkemesi, 25 Temmuz 2002 tarihli *Sovtrransavto Holding Kararı*, JCP G, 2003, I, 109, n024, chr. F. Sudre.

⁴⁶ İHA Mahkemesi, 28 Haziran 2001 tarihli *Vgt Verein / Tierfabriken Kararı*.

⁴⁷ § 43.

⁴⁸ M. Levinet, «L'éloignement des étrangers delinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme», in *RTDH 1999*, özel sayı, s. 89; J. Andrlantsimbazovına, «Le maintien du lien familial des étrangers», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (yön.), Brüksel, Nemesis, Bruylant, 2002, s. 21 1.

⁴⁹ İHA Mahkemesi, 18 Şubat 1991 tarihli *Moustaquim Kararı*, RTDH 1991, s. 385, obs. P. Martens.

kaygısını taşıyan bazı ulusal yargıların farklı tutumları⁵⁰ karşısında, Avrupa içtihadı, denetim ölçütlerine, anılan yabancıların işledikleri suç ve cürümün vahamet derecesini de dahil etmektedir.⁵¹

Yorum yöntemleri, bir diyalog genişletme ve yoğunlaştırma etkeni oluşturdukları gibi, diyalogu sınırlayan bir etken haline de gelebilirler. Mahkemenin «*özerk Avrupa kavramları*» geliştirmesi, ulusal yargıçla diyalogu kısıtlayabilir. Nitekim, bu kavramların kapsamının genişletilmesi, İHAS'ın 6§1 maddesinin ordinal yargılara uygulanabilirliği, ya da bu yargıların müzakerelerinin aleniyeti gibi sorunlar üzerinde, ulusal yargıcın manevra alanını azaltmaktadır.⁵²

Taraf devletlerin hukuklarının karşılaştırmalı yorumundan ortaya «*ortak bir payda*» çıktığında,⁵³ uzlaşıcı yorum diyalogu daraltmaktadır. Bir yüksek mahkeme heyetinin gizli oturumunda iddia makamının hazır bulunması Sözleşme'nin 6. maddesine aykırılığı buna bir örnek gibi görünmektedir. Avrupa Mahkemesi, bu konuda, 20 Şubat 1996 tarihli Vermeulen/Belçika Kararı'nın 34. paragrafında açık açık şöyle diyordu:

«(Gizli oturumda) hazır bulunmasının iddia makamına içtihat birliğinin idamesine katkıda bulunma olanağı sunuyor olması, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğundaki uygulamanın da tanıklık ettiği gibi, bu amaca ulaşmanın tek yolunu teşkil etmedikçe, yapılan tespiti (İHAS'nin 6. maddesinin ihlâli) geçersiz kılamaz ».⁵⁴
7 Haziran 2001 tarihli Kress Kararı'nda, bunun sonuçlarını

⁵⁰ Örn., Fransız Danıştay, CE, 18 Ocak 1991, Beldjoudi, Rec. 19.

⁵¹ İHA Mahkemesi, 29 Ocak 1997 tarihli *Bouchelkia Kararı*, JCP G 1997, II, 22 924, not M. Levinet. Avrupa içtihadının evrimi üzerine bütünsel bir bakış için, GACEDH, a.g.y., s. 395 vd.

⁵² Genel olarak, Le droit disciplinaire, RTDH (22) 1995, özel sayı.

⁵³ W. Ganshof Van Der Meersch, «Lar Merence au droit interne des Etats contractant dans la jurisprudence de la our europeenne des droits de l'homme», R.I.D. C. 1980, s. 317 vd.

⁵⁴ İHA Mahkemesi, 20 Şubat 1996 tarihli *Vermeulen/Belçika Kararı*. (Altını biz çizdik)

çıkartır: Fransa Danıştay'ında, kararın alınacağı gizli oturuma hükümet komiserinin katılması Sözleşme'nin 6. maddesine bir ihlal teşkil etmektedir.⁵⁵ Avrupa içtihadının devamlılığı, bu belirgin noktada ulusal yargıçla diyalogun sınırlanması yönünde gelişmektedir.

Ulusal takdir marjıyla kuvvetlendirilen uzlaşıcı yorum da, diyalogu sınırlamaktadır. Kürtajın İHAS'a uygunluğu konusunda Mahkemenin içtihadı buna tanıklık etmektedir. 5 Eylül 2002 tarihli Boso/İtalya Kararı'nda Mahkeme, kürtaj gibi hassas bu alanda devlete tanınan takdir yetkisinin ardına sığınmaktadır:

«Bu bakımdan, Mahkeme, İtalyan kürtaj yasasının bizzat, kadının fiziksel ya da ruhsal sağlığı için bir risk oluşturduğu takdirde gebeliğin ilk on iki haftasında kürtaja izin verdiğini kaydeder. On iki haftalık sürenin ötesinde, gebeliğe kasten son verme ancak gebeliğin devamının ve doğumun, kadın için ölüm tehlikesi arz etmesi durumunda, ya da doğacak çocuğun annenin fiziksel ya da ruhsal sağlığını tehlikeye atabilecek derecede vahim bir hastalık taşıdığından emin olduğunda uygulanabilecektir. Netice olarak, kürtaj, kadının sağlığını koruma amacıyla uygulanabilir.

*Mahkemeye göre, böyle bir öngörü, ceninin korunmasını temin etme zorunluluğu ile kadının çıkarları arasında doğru bir denge kurmaktadır. Gebeliğe kasten son verebilmek için oluşması gereken koşullar ile bu davaya özgü koşullar göz önüne alındığında, Mahkeme, davalı devletin bu kadar hassas bir alanda sahip olduğu takdir yetkisini aşmış olduğunu düşünmemektedir (Bkz., H. / Norveç, Başvuru n° 17004/90, 19 Mayıs 1992 tarihli Komisyon kararı, DR 73, s. 155)».*⁵⁶

⁵⁵ İHA Mahkemesi, 7 Haziran 2001 tarihli *Kress Kararı*, J. Andriantsimbazovina, D. 2001, chr., s. 1188; J.L. AUTIN ve F. Sudre, RFDA 2001, s. 1000; F. Benoit-rohmer, *RTDeur* 2001, s. 727; D. Chabanol, AJDA 2002, s. 9; R. Drago, D. 2001, J., s. 2619; I.F. flauss, LPA 2001, 197, s. 13 ; B. Genevois, RFDA 2001, s. 991 ; C. Maubernard, *RDPub12001*, s. 895; X. Pretot, *RDPubl* 2001, s. 983; F. Rolln, AJDA 2001, s. 675; L. Sermet, *RTDH* 2002, s. 223 ; F. Sudre, *JCP G*, II, 10578.

⁵⁶ İHA Mahkemesi, DR, 5 Eylül 2002, *Boso/İtalya*, dilekçe no. 50490/99.

Genişletilmiş ya da daraltılmış diyalog belli bir anda sona ermelidir. Burada da, kullanılan yorum yöntemleri diyalogun tamamlanmasına yabancı değildir.

C°- DİYALOGUN TAMAMLANMASI

Doğal olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından yargının kesin hüküm gücü ya da yorumun kesin hüküm gücü tüm etkilerini gösterdiği andan itibaren diyalog son bulur.⁵⁷ Bu etkilerin ortaya çıkmasının yanı sıra, mahkemenin karar gerekçelerinde, ulusal yargıca diyalogun bittiğini gösteren yorum yöntemleri sezilir. Bu yöntemlerle, Mahkeme, ulusal yargıca İHAS ve protokollerinin kendi yaptığı yorumu dayatabildiği gibi, İHAS ve protokollerinin yorumu hakkında ulusal yargıcın isteklerini de yerine getirebilir.

Böylelikle geliştirici yorum sayesinde, vicahilik ya da silah eşitliği ilkesinin uygulama alanından uzun süre dışında bırakılmış olan bağımsız iddia makamları artık bu ilkelere tabi olmaktadır. Bu noktada artık sorun yoktur. Bu noktada diyalog bitmiştir.⁵⁸

Aynı şekilde, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bazı kavramlara özerk bir Avrupa anlamı vererek, ulusal hukuktaki bu kavramların Avrupai anlamda «özerk» kavramlarla özdeşleşmesi üzerine tartışma kapanmıştır.⁵⁹

Diyalogun kapanması, Avrupa Mahkemesi'nin bir tür diktası gibi görülmemelidir. Bunun kökeninde, 28 Mayıs 2002 tarihli Stafford Davası'nın da gösterdiği gibi,⁶⁰ Mahkeme tarafından ulusal bir içtihadın karşılaştırmalı kuram üzerinden kabul edilmesi de olabilir. Mahkeme burada kısmen Britanya içtihadını temel alarak bir içtihat değişikliği yapmaktadır.

⁵⁷ Bu anlamda, O. DE Schutter, «La cooperation entre la Cour europeenne des droits de l'homme et le juge national», R.B.DJ, 1997, a.g.y., s. 24.

⁵⁸ İHA Mahkemesi, 2 i Mart 2002 tarihli APBP Kararı ve Immeubles Groupes Kossier Kararı, İHA Mahkemesi, 10 Ekim 2002 tarihli Theraube Kararı.

⁵⁹ Özerk kavramlar konusu yukarıda.

⁶⁰ F. Sudre, JCP 2002, ed. G, I, 157, no 7-8.

Yapılan değişiklik, Birleşik Krallık'ta cinayete verilen zorunlu müebbet hapis cezalar ile takdir yetkisine bağlı müebbet cezalar arasındaki ayırım konusundadır. Bu tür bir ayırım Avrupa Mahkemesi'ni, şartlı bir tahliyeden sonra yeniden hapsedmenin, ilk hapsedilmeyle gerekçelendirilebileceğini ve yeni bir adli prosedür gerektirmediği fikrine yöneltmekteydi. Dolayısıyla Britanya hukuku, özgürlükten mahrumiyetin meşruiyeti ve itiraz etme hakkına ilişkin 5§1 ve §4 maddelerine uygundu.⁶¹ Ama bizzat Britanya mahkemelerinin içtihadındaki bir gelişim, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ni 28 Mayıs 2002 tarihli Stafford/Birleşik Krallık Kararı'nda Wynne içtihadını bırakmaya teşvik etmiştir. Artık, Britanyalı yargıçla kurulan bu diyalog sayesinde, zorunlu müebbet ceza artık müebbet bir yaptırım teşkil etmemektedir. İlk yaptırım otomatik olarak yeni bir hapsedmeyi gerekçelendirememektedir. Yeniden hapsedme, Sözleşme'nin 5§4 maddesi anlamında yeniden bir adli denetim gerektiren yeni yasallık sorunları çıkarabilmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, ulusal egemenliğin ya da kamu erkinin bazı imtiyazlarının icrasına memurları ortak eden bazı işlevleri, bundan böyle İHAS 'nin 6. maddesinin medeni alanının kapsamından dışlaması da, karşılaştırmalı bir yorum temelinde ve üye devletlerdeki bazı yargılar ile Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın içtihadının göz önüne alınmasıyla olmaktadır.⁶²

Yorum yöntemlerinin, Mahkeme ile ulusal yargılar arasındaki diyalogu değişime uğratan, mutad bir araç olduğu ortaya çıkmaktadır. Yorum yöntemlerinin çok yönlülüğü, bu yöntemlerin mükemmel ve tatminkar bir diyalog aracı oluşturabilmek için ihtiyaç duydukları kesinliğe sekte vurmaktadır. Hukukun bugün içinde bulunduğu durumda, sadece eksiklikleri olan ama mükemmelleştirilebilir diyalog araçlarıdır.

⁶¹ İHA Mahkemesi, 18 Temmuz 1994 tarihli *Wynne/Birleşik Krallık Kararı*.

⁶² İHA Mahkemesi, 8 Aralık 1999 tarihli *Pellegrin Kararı*, *GACEDH*, a.g.y., s. 171 vd.

II- EKSİK AMA MÜKEMMELLEŞTİRİLEBİLİR BİR DİYALOG ARACI

Burada, yeniden sunumumuzun çıkış noktasına dönüyoruz. Mahkeme'nin yorum yöntemleri, ancak, derme çatma, daha iyisi olmadığından, ikame bir araçtır. İkincil işlevleri olan, Mahkeme ile ulusal yargıç arasında diyalog aracı işlevlerinde, aksaklıkları görülmez. Bu aksamın veçhelerini ortaya çıkarmak (A°), ardından sebeplerini göstermek (B°) ve düzeltmeler önermek (C°) önem arz etmektedir.

A°- AKSAMININ VEÇHELERİ

Mahkemeye ulusal yargılar arasındaki diyalogun, Mahkeme'nin yorum yöntemleri vasıtasıyla kurulması bazı yanlış anlaşılmalara yol açabilmektedir. Bu gibi aksilikler, illa diyalogun devamını engellenemez, ama bazen içtihat farklılıklarını öyle bir belirginleştirir ki diyalog kopma noktasına gelir.

Mahkeme ile ulusal yargılar arasındaki yanlış anlaşılmaların kökeninde, özerk kavramlara başvurulması olabilmektedir. Nitekim, örneğin, idari yargının, ordinal yargının adil yargılamanın gereklerine uymasını kabullenmesi hemen olmamıştır. Geleneksel, kol kırılır ve disiplin kurulları sayesinde yen içinde kalır fikrine alışmış olan ulusal idari yargılar, özellikle Fransa'da, bireylerin medeni hak ve yükümlülüklerinin toplumsal aidiyetinden kaynaklandığı ve bunların bir mesleğe ya da bir kuruma tahsis edilmiş kısmi haklar olmadığı, bütün yurttaşları kapsadığı görüşündeydiler.⁶⁴ Disiplin yaptırımlarının Avrupa çapında «suç sayılması», bu yaptırımların özgüllüğü fikriyle sürtüşüyordu. Disiplin yaptırımlarının Avrupa'da suç sayılması ile bazı idari yaptırımların özgüllüğü arasındaki bu sürtüşme, bu durumun, idari disiplin alanında ki etkisini belirlemeyi daha da karmaşık hale getirmektedir.⁶⁴

⁶³ Le droit disciplinaire, RTDH (22) 1995, özel sayı.

⁶⁴ Yakın zamanda, J. J. Israel, «Les droits des personnes en matière disciplinaire administrative au regard de l'article 6 de la Convention

Başka bir örnek de, bazı istinaf veya yargıtay savcısının ya da hükümet komiserlerinin, ulusal yüksek yargılar nezdinde, Sözleşme anlamında bir iddia makamıyla özdeşleştirilmesinin ulusal hukukta yol açtığı yanlış anlaşılımlardır.⁶⁵

Yanlış anlaşılımlar özellikle bizzat yorum yöntemlerinin Mahkeme tarafından kullanılmasına dayanmaktadır. Bu yöntemler tek taraflı bir diyalog aracı gibi görünebilmektedir. Nitekim diyalogun zamanını, diyalogun konusunu ve diyalogun yönelimini belirleyen de Mahkeme'dir.⁶⁶ Ulusal yargıç, biraz Avrupa içtihadına katlanmak zorundaymış izlenimine kapılabilmektedir.

Bu izlenimi daha da kuvvetlendiren bir şey de, Mahkeme'nin, güttüğü amaca göre kullanacağı yorum yöntemlerini belirlemede tek egemen güç olması: daha fazla ya da daha az İHAS; daha fazla ya da daha az diyalog.⁶⁷

İşte burada, Mahkeme'nin yorum yöntemlerinin labirentine girmek daha da çetin bir iş haline gelmektedir. Zira söz konusu yöntemler yaklaşık bir diyalog aracı izlenimi vermektedir. Burada özel olarak hedeflenen, uzlaşımçı ve geliştirici yorumlardır. Birlikte kullanıldıklarında, İHAS'ın güvence altına aldığı insan haklarını geliştirme araçları gibi takdim edilirler; ama aslında güvence altına alınan haklara yapılan müdahalelerin Sözleşme nezdinde gerekçelendirmesini denetleme hizmeti görürler ve hakların sınırlanması konusunda devletlere tanınan takdir yetkisinin sınırlarının değişik olma-

européenne des droits de l'homme», in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Paris, Dauoz, 2003, s. 253 vd.

⁶⁵ Okuru, 15 Kasım 2002 tarihinde Paris Saint-Maur Üniversitesi'nde düzenlenen kolokyumda sunduğumuz, «L'intervention du ministère public au cours du délibéré. Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme» (iddia makamının gizli oturuma müdahalesi. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin gerekleri) başlıklı tebliğimize gönderiyoruz, *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, I. Pingel ve F. Sudre (yön.), Brüksel, Bruylant, 2003, s. 151-177.

⁶⁶ Yukarıda.

⁶⁷ Yukarıda.

sının temel unsurunu oluştururlar.⁶⁸ Örneğin, ulusal yargıcı, transseksüellerin aile ve özel hayatlarının korunması yönünde teşvik edebilmişlerdir; ama aynı zamanda bu alanda ortak bir Avrupa paydasının olmaması, korumanın azalmasına da yol açabilmektedir. Yeknesak bir ahlak kavramının olmaması, ulusal yargıcı, örneğin eşcinsellerin Avrupa korumasındaki aile hayatını vurgulamamaya sevk edebilir.⁶⁹

M. Sudre'nin de gösterdiği gibi, Mahkeme'nin aynı anda, bazen birbiriyle çelişik olabilen yorum yöntemlerini kullanması, ulusal yargıcın da kafasını karıştırabilir.⁷⁰ Harfiyen yorumla özerk yorumu birleştiren Mahkeme, bazı kavramlara yaklaşımı zorlaştırmaktadır. Nitekim medeni hak ve yükümlülükler ya da ceza alanında yöneltile suçlamalar gibi kavramlar konusunda, bir sözcüğün aynı anda hem olağan anlamının hem de Avrupa anlamının kullanılması, yeterince kafa karıştırıcı olmaktadır. Görünürde, bazı yöntemlerin uygulanması, İHAS'taki bazı kavramların herkesçe paylaşılan ortak anlamından ziyade, İHAS'ın etkinlik ve etkililik arayışından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de bazen, teleolojik amaçsal yorum diğer yorum yöntemleri karşısında öncelikli gibi görünmektedir. 1975 tarihli Golder Kararı'nda belirlenen genel yorum doktrininin harfiyen uygulaması, paradoksal bir biçimde Mahkeme'nin yorum yöntemlerinin kavrayışına halel getirmektedir.

Bu durumda, ulusal yargıcın, Mahkeme'nin yorum yöntemlerinin bir işbirliği diyalogundan ziyade, yorum monologuna hizmet ettiği izlenimine kapılması meşrudur.

⁶⁸ F. Sudre, «A propos du dynamisme interpretatif de la Cour europeenne des droits de l'homme», *JCP G*, 2001, I, 335, n°21.

⁶⁹ F. Rigaux, « Interpretation consensuelle et interpretation evolutive », in *L'interpretation de la Convention europeenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (yön.), a.g.y., s. 63 vd.

⁷⁰ F. Sudre, «Le recours aux "notions autonomes" », in *L'interpretation de la Convention europeenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (yön.), a.g.y., s. 93 vd., özellikle s. 127.

Diyalogun dolambaçlı tabiatının bıraktığı bu çeşitli izlemlerin sebepleri derinde yatmaktadır.

B⁰- AKSAMANIN SEBEPLERİ

Yukarıda değinilen yanlış anlamaların temelinde, epey klasik bir biçimde, çoğu ulusal yargı ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi arasındaki kültür farklılığı vardır.

Bu farklılık, olağan ulusal yargılarla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi arasında epey belirgindir. Olağan ulusal yargılar harfiyen ya da açıklayıcı bir yoruma alışkındır. Sözleşme'yi kaleme alanların niyetini bulmak için çoğu zaman hazırlık çalışmalarına da (yasal tartışmalar) başvururlar. Dolayısıyla Mahkeme'nin kararlarını okurken bir intibak çabası göstermelidirler. Nitekim Mahkeme harfiyen ya da açıklayıcı yorum yöntemlerini az kullanır. Sözleşme'yi kaleme alanların niyetlerine ancak rastlantısal bir biçimde müracaat eder.⁷¹ Daha önce söylendiği gibi, dinamik, amaçsal (teleolojik), geliştirici ve sistematik yorum yöntemlerine öncelik tanımaktadır. Böylesine büyük bir farklılığın düzeltilmesi kolay iş değildir.

Öte yandan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından geliştirilmiş olan tümevarımcı (endüktif) yorum yöntemi, Roma-Germen geleneğinden gelen yargılardan ziyade Anglo-Sakson geleneğinden gelen yargılar daha aşınadır.⁷² Bu sebeple, Latin diye adlandırılan yargıların Anglo-Sakson geleneğinin bu istilasına karşı gösterdikleri bazı tepkilere şaşırılmamak gerekir.

Anayasal yargıların ve Mahkeme tarafından uygulanan yöntemlerin arasındaki benzerlik daha önce vurgulanmıştı.

⁷¹ Örneğin İHAS'nin eski 25§1 maddesinden geçici önlemler alma gücünü çıkarsamayı reddetmek için hazırlık çalışmalarındaki sessizliğin ardına sığınan 20 Mart 1991 tarihli Cruz Varas Kararı (§95) ile, özellikle uluslararası hukukun evrimi önünde Mahkeme'nin böyle bir gücü bulunduğunu düşünen 26 Şubat 2003 tarihli Mamatkulov ve Abdurasulović Kararı karşılaştırılabilir (AJDA 31 Mart 2003, s. 603 vd., özellikle s. 603-605, chr. J. F. Flauss).

Bununla birlikte, bir anayasal yargı önceliği tarihsel yorum yöntemine verdiğinde, Mahkemenin kullandığı geliştirici yoruma kendini uyarlamak zorundadır.⁷³

Hukuk kültürü farklılığına, diyalogun kurumsallaşmamış olması eklenmektedir. Bu boşluk, diyalogdaki önemli bir zamansal farklılığın kökeninde yatmaktadır. Ulusal yargıç, İHAS'ın şu ya da bu Avrupa yorumuna tepki vermek için bir Avrupa içtihadının oluşmasını beklemek zorundadır; oysa tartışmayı ulusal yargının açması ve başlatması daha mantıklı olacaktır.

Bu aksama nasıl düzeltilebilir?

C⁰- AKSAMANIN DÜZELTİLMESİ

Mahkeme'nin nitelikli karar gerekçeleri düzenli çoğunluğun övgüsünü alır. Bu gerekçelerin eksiksizliği ve kesinliği, kararların, adalet talep edenler kadar ulusal yargılar tarafından da anlaşılmasını kolaylaştıran bir şeffaflığa sahiptir.

Ama karar gerekçelerinin bu özellikleri, her zaman kullanılan yöntemlerin açıklığının güvencesi değildir. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yakın zamandaki kararlarının hepsinde mevcut değildir. Bu kararları anlamak her zaman kolay olmaz: bazı üye devletlerdeki bağımsız iddia makamına dair içtihat konusunda,⁷⁴ ya da daha kısa bir süre

⁷² Bu anlamda, F. Matscher, «Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, Les methodes d'interpretation de la Convention europeenne», in F. Sudre (yön.), *L'interpretation de la Convention europeenne des droits de l'homme*, 13-14 Mart 1998 tarihleri arasında düzenlenen Montpellier Kolokyumu Tutanakları, Avrupa İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü, Brüksel, Bruylant, 1998, a.g.y., s. 17

⁷³ C. Grewe, «Le juge constitutionnel et l'interpretation europeenne», in F. Sudre (yön.), *L'interpretation de la Convention europeenne des droits de l'homme*, 13-14 Mart 1998 tarihleri arasında düzenlenen Montpellier Kolokyumu Tutanakları, Avrupa İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü, Brüksel, Bruylant, 1998, s. 199 vd.

⁷⁴ Bkz., daha önce zikrettiğimiz ve gerekçeleri tartışma konusu olan 7 Haziran 2001 tarihli Kress Kararı.

önce, kökenlerini öğrenme hakkıyla ilgili içtihat konusunda⁷⁵ da durum böyledir. Dolayısıyla Mahkeme'nin karar gerekçelerindeki berraklığı geliştirmesi önemlidir.⁷⁶

Ayrıca, İHAS'ın yorumlanması hakkında bazı genel talimatlar vermektten kaçınmak için Mahkeme'nin sistematik bir şekilde *in concreto* (somut) yorumun ardına sığınmaması da temenni edilir bir şeydir.⁷⁷ Bazen, Mahkeme'nin *in abstracto* (soyut) yorum adımını atması, İHAS'ın yeknesak yorumu ve Mahkeme'nin ulusal yargıyla diyalogu açısından çok daha yararlı olacaktır.

Bu düzeltme kuşkusuz Mahkeme'nin ulusal yargılarla ilişkilerini iyileştirecektir. Bununla birlikte Mahkeme ile ulusal yargılar arasında gerçek bir doğrudan diyalogun yerleşmesi için yeterli olmayacaktır.

Bu, Yargıçlar arası diyalogun gerçekten mükemmelleştirilmesi, bunun kurumsallaştırılması ile sağlanacaktır.⁷⁸ Elbette, özgül bir diyalog usulünün oluşturulmasıyla, Mahkeme ile ulusal yargılar arasındaki görüş ayrılıkları ya da anlaşmazlık riskleri ortadan kalkmayacaktır. Ama yine de, bunları hissedilir bir biçimde hafifleyecektir. Her halükarda diyalog yolları konusunda bir berraklık getirecektir.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ile ulusal yargılar arasında topluluk hukuku çerçevesindeki diyalogun başarısı, burada örnek olmalıdır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

⁷⁵ İHA Mahkemesi, 13 Şubat 2003 tarihli Odievres Kararı, AJDA 2003, s. 609, chr. J. F. FLAUSS.

⁷⁶ Bu anlamda, F. SUDRE, «A propos du dynamisme interpretatif de la Cour europeenne des droits de l'homme», *a.g.y.*, JCPG, 2001, I; 335, n° 24.

⁷⁷ Bkz., önceden zikredilen 28 Haziran 2001 tarihli Vgt Verein Gegen Tierfabriken Kararı.

⁷⁸ D. Ritleng, «Le renvoi prejudiciel communautaire, modele pour une reforme du systeme de protection de la CEDH?», *L'Europe des libertés* (7), Ocak 2002, s. 3; 1. Andriantsimbazovina, «La Cour europeenne des droits de l'homme il la eroisee des chemins. Reflexions sur quelques tendances de la jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme de 1999 il 2002», CD.E. 2002, s. 735.

JOEL ANDRIAN-
TSIMBAZOVINA'NIN
TEBLİĞİ

nı'nın 50. yıldönümü konuşmasında Mahkeme Başkanı bunu şöyle hatırlatıyordu:

«Ama bilhassa, eğer Mahkeme görevini tam olarak yerine getirebilmiş ise, bu, yıllardır ulusal yargılarla örülen işbirliği ve karşılıklı güven ağları sayesinde olmuştur. Mahkeme'nin içtihat gücünün sağlam bir biçimde yerleşmesi, bu kararların biçimsel güçlerinden ziyade, aslında, ulusal yargıların, kendileriyle oluşturulan kesintisiz diyalog çerçevesinde gerekçelendirme ve ikna yoluyla, bu içtihat gücünü kabul edip uygulamaları ile mümkün olmuştur.

Bu diyalog esas olarak, önceden halli lazım gelen mesele usulü yoluyla işlemektedir; dün bizi bir araya getiren kolokyumun da teyit ettiği gibi, bu usul, ademi merkezileşmiş uygulama ile topluluk hukukunun yeknesak yorumu arasında bir uzlaşma sağlayarak, topluluğun yargısal yapısının temel taşını teşkil etmektedir.»⁷⁹

Bu modelden esinlenerek İHAS'ın içine yorum halinde, önceden halli lazım gelen mesele usulünün eklenmesi tasarlanabilir. Ulusal yargılar, bazı koşullar bir araya geldiğinde, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Sözleşme'nin ve protokollerinin yorumlanması hakkında sorular yönelteceklerdir. Mahkeme de onlara cevap bulacaktır. Böylece, yargıçlar arasında, yapaylıktan ve esrarengizlikten uzak, gerçek bir diyalog herkesin gözü önünde vuku bulacaktır.

⁷⁹ G. Rodriguez Iglesias, «Allocation de bienvenue», 4 Aralık 2002 tarihli tören oturumu, <http://curia.eu.int/fr/actu/news/index.htm>

TEBLİĞ: II

Turgut CANDAN (Danıştay Üyesi):*

İnsan hakları sorunu, gerçekte, bir iç hukuk sorunudur. Bu sorunun uluslararası alana taşınması, insanlığın yaşadığı son Dünya Savaşı'nın bitimine rastlar. Devletlerin egemenliklerini sınırlayarak, insan hak ve özgürlüklerine etkin koruma sağlayan uluslararası kurumsallık, bu Dünya Savaşı boyunca, insanlığın ödemek zorunda kaldığı büyük bedeller karşılığında olmuştur.

Gerçekten, insan haklarının en kutsalı olan “yaşama hakkı”, tarihin hiçbir döneminde, kör bir ırkçılığın ateşlediği, bu ikinci büyük paylaşım savaşının koşullarının hazırlanmaya başlandığı dönem ile, durdurulması bahanesiyle, insan yapımı en büyük felaket olan nükleer teknolojinin masum insanlar üzerinde denendiği tarih arasında kalan zaman dilimindeki kadar, sistemli, planlı ve yoğun biçimde ihlal edilmemiştir.

İnsan hak ve özgürlüklerine uluslararası koruma sağlama çabasının ilk adımı, 26 Haziran 1945'de Sanfransisko'da imzalanan “Birleşmiş Milletler Andlaşması” ve bu Andlaşma ile kurulan Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nda oluşturulan İnsan Hakları Komisyonu'nca, Andlaşmanın yorumuyla hazırlanarak, 10 Aralık 1948'de ilan edilen “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi”dir. Bildirge, Birleşmiş Milletler'e üye devletlerin andlaşmayı imzalamakla gerçekleştirmeyi taahhüt etmiş oldukları insan haklarının bir listesidir. Hak ve özgürlükler, Bildirge'de, İmza koyan devletlerin ulusal makamlarınca doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan ilkeler şeklinde düzenlenmiştir. İnsan hakları ile ilgili bu ilkelerin açık ve belirgin kurallar haline getirilmesi, bölgesel planlarda hazırlanıp imzalanan insan hakları uluslararası sözleşmeleri ile olanaklı olmuştur.

TURGUT
CANDAN'IN
TEBLİĞİ

* “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri” başlıklı tebliğ.

Bu sözleşmelerden ilki, bizim de kurucusu olduğumuz, Avrupa Konseyi tarafından, Bildirge'de yer alan kimi hakların ortak güvenceye bağlanması amacıyla, hazırlanarak 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan, "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İnsan Haklarını ve Ana Özgürlüklerini Korumaya İlişkin Sözleşme)*"dir. Ülkemiz, bu Sözleşme'yi, 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı Kanun'la onaylayarak, 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe koymuştur.

Daha sonra yürürlüğe konulan 13 adet ek protokolle birlikte bir bütün oluşturan Sözleşme, bir medeni ve siyasi hak ve özgürlükler kataloğu ile bu hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmesini sağlayacak bir mekanizma içermektedir.

İmza koyan üye devletlerin, yetki alanlarında bulunan, (vatandaş veya değil), herkes için tanımayı taahhüt ettikleri bu hak ve özgürlükleri öngören Sözleşme'nin iç hukukta doğrudan uygulanabilir kurallar içerdiği kabul edilmektedir.¹ Ulusal düzendeki insan hak ve özgürlükleri hukukunun tamamlayıcısı niteliğinde olan bu kuralların idari yargı sistemimizdeki yerinin belirlenmesi, Bildirimizin ilk bölümünü oluşturmaktadır.

Sözleşme'de, bu insan hak ve özgürlükleri kataloğu dışında, üye devletlerin uygulamalarını denetlemek (ihlalleri tespit etmek) ve Sözleşme'nin bu devletlerin tümünde yeknesak biçimde uygulanmasını sağlamak üzere, bir mekanizma oluşturulmuştur.

1 Kasım 1998 tarihine kadar, karar organı olarak, Komisyon ve Divan'dan; icra (infaz) organı olarak da, Bakanlar Konseyi'nden oluşan bu mekanizma, 11 sayılı Ek Protokol'le, anılan tarihten itibaren Komisyon ve Divan'ın "*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*" adı ile yeniden yapılandırılması üzerine, bugünkü şeklini almıştır.

¹ Dr. Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Yargısı*, Ankara 2000, s. 32 vd.

Mahkeme, üye devletlerin yasama, yürütme ve yargı organlarının ihlalleri hakkında son sözü söyleme ve Sözleşme hükümlerini yorumlama yetkisine sahiptir. Üye devletler, Mahkeme kararlarına uyacakları konusunda, Sözleşme'de, taahhütte bulunmuşlardır. Ancak, Mahkeme, ulusal yargı yerlerinin, hiyerarşi bakımından, üzerinde yer almaz; onların kararlarını bozma yetkisine sahip değildir. Sözleşme'den almış olduğu yetkiyi kullanmakla birlikte, mahkemenin kararları Sözleşme hükmü de değildir. Bu yüzden; bu kararların, T. C. Anayasası'nın 9. maddesine göre yargılama yetkisinin ulusal planda kullanılmasında tek yetkili olan, Türk yargıcını ve verdiği kararları nasıl etkileyeceği, tartışma konusudur. Bildirimizin ikinci bölümü de, bu soruna, Türk idari yargı sistemi açısından verilebilecek yanıtlara ayrılmıştır.

I- İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN İDARİ YARGI SİSTEMİMİZDEKİ YERİ²

Bilindiği gibi, İdari Yargı, idarenin hukuka uygunluğunu, "*hukuka uygunluk bloğu*" içerisinde yer alan ölçütlere göre ve yargısal yöntemler kullanarak denetleyen mekanizmanın adıdır.

Bu bakımdan; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin bu sistem içerisinde yerinin belirlenmesi, idari yargıcın, Sözleşme hükümlerini, idarenin hukuka uygunluğunun denetiminde kullandığı ölçütlerden oluşan, hukuka uygunluk bloğu içerisinde görüp görmediğinin; daha açık olarak, idarenin insan hak ve özgürlüklerine temas eden faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun denetiminde ölçü alıp almadığının;

² Önemli Not: 24-25 Ekim 2003 tarihinde, Danıştay Genel Kurul Salonunda gerçekleştirilen, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı" konulu toplantıda sunulan bildirimizin bu bölümü, bildirinin T. C. Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına, 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Kanunla eklenen, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." şeklindeki cümlelerin yürürlük tarihinden önce kaleme alınması ve sunulması sebebiyle, o tarihteki anayasal duruma göre değerlendirilmelidir.

alıyorsa, bu hükümlere, ulusal normlar hiyerarşisinin hangi seviyesinde yer verdiğinin bilinmesini gerektirmektedir.

A- Sözleşme ve Hukuka Uygunluk Bloğu

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, diğer uluslararası andlaşma ve sözleşmelerden kimi yönleri bakımından farklıdır. Örneğin; diğer uluslararası belgeler uluslararası alanı düzenledikleri halde, Sözleşme, ulusal alanı düzenlemektedir ve diğer andlaşma ve sözleşmelerin iç hukukta uygulanmaları için aranan "*karşılıklılık koşulu*", Sözleşme hükümleri için geçerli değildir.

Üye devletlerin Sözleşme hükümlerini iç hukuklarına geçirme konusunda taahhütleri yoktur. Üye devletler, Sözleşme hükümlerinin ulusal alanda uygulanma biçimini, kendi hukuk düzenlerinin gereklerine uygun olarak, belirlemekte serbesttir. Ülkemiz, Sözleşme'yi, 1924 Anayasası'nın hükümlerine uygun olarak, bir kanunla iç hukuka geçirmiştir. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre de, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası andlaşmalar, "*kanun hükmünde*"dir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması olanaklı değildir.

Bu anayasal düzenlemeye göre; Sözleşme dahil, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan tüm uluslararası metinler, iç hukukta, ulusal kanunlar gibi uygulanma gücüne sahiptirler. Bunun dışında, Anayasa'nın 15., 16., 42. ve 92. maddelerinde uluslararası andlaşmalara yapılmış göndermeler vardır. Bu göndermeler dolayısıyla, ilgili uluslararası belge hükümlerinin anayasal değerde olduğu, ittifakla kabul edilmektedir. Bu saptamalar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin hükümlerinin, Türk hukuk düzeninde, duruma göre, anayasal ya da yasal değerde olacağını göstermektedir.

Durum böyle olunca; T. C. Anayasası'nın 138. maddesinin ilk fıkrasında belirttiği üzere, hükmünü, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine dayandır-

mak durumunda. olan idari yargıç için, Sözleşme'yi hukuka uygunluk bloğuna dahil etmekten başka seçenek olmadığını söyleyebiliriz.³

Nitekim; Danıştay'ın, önüne gelen uyuşmazlıkları, ilgisine göre, insan hakları kuralları bakımından inceleme yoluna gitmesi de, bunu göstermektedir.⁴ Kararlarında, önceleri, Sözleşme hükümlerine Evrensel Bildirge ile birlikte yer veren Danıştay dava dairelerinin son zamanlarda vermiş oldukları kimi kararlarda, bu alışkanlığın terk edildiği, Sözleşme hükümlerine tek başına göndermede bulunduğu görülmektedir.⁵

B- Sözleşme ve Ulusal Normlar

Danıştay, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmayacağı yolunda yer alan hükmü, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşma hükümleri ile ulusal yasa hükümlerinin çatışması durumunda, uluslararası normun "*öncelikle*" uygulanması gerektiği biçiminde yorumlamaktadır.⁶

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin iç hukuktaki yeri ve ulusal yasalar karşısındaki durumu ile ilgili, ilk ve tek, açıklama, Danıştay Beşinci Dairesi'nin 22.5.1991 gün ve E: 1986/1723, K: 1991/933 sayılı Asım Aslan kararında yer almıştır. Bu kararında, Daire, insan hakları uluslararası sözleşmelerinin "*yasalar üstü*" konumunda olduğunu vurgulamaktadır. Hatta,

³ Dan. 8. D., 27.12.1993, E;1992/1521 K;1993/4374 : "Usulüne uygun olarak onaylanıp yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler İç Hukukun bir parçası durumuna gelmekte ve tüm yürütme ve yargı yerlerini bağlayıcı nitelik kazanmaktadır. "

⁴ Dan.12.D., 24.4.1978, E;1977/1349, K;1978/955.

⁵ Dan.10.D., 3.11.1998, E;1996/7166, K;1998/5511.

⁶ Dan.12.D., 15.6.1970. E;1968/1117. K;1970/1310: Dan. 1. D .. 14.6.1991. E: 1991/100. K;1991/92 (istişari mütala)

kararda, Anayasa Mahkemesi'nin Sendikalar Kanunu ile ilgili kararında⁷ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesinin bir anayasa kuralı olarak değerlendirilmiş olmasına gönderme yapılarak, kapalı biçimde, bu Sözleşme'nin hükümlerinin anayasal değerde olduğu söylenmek istenilmiştir.

Bu karar, Danıştay'ın uluslararası anlaşmalarla ilgili genel yaklaşımından ileri bir adım oluşturmaktadır. Zira; uluslararası anlaşmaların ulusal yasalara önceliği, çatışma halinde, özel yasa -genel yasa, önceki yasa- sonraki yasa karşılaştırılmasının yapılamayacağı, her durumda, uluslararası normun uygulanacağı anlamına gelmekle birlikte; ulusal çıkarların gerektirmesi halinde, iç hukuk lehine yorum yapılmasını engelleyememektedir.⁸ Oysa; uluslararası sözleşmelerin yasalar üstü konumda olması, Daire kararında da açıkça söylenildiği üzere, sözleşme hükümlerinin sonradan çıkan ulusal yasa ile değiştirilmemesi yanında, böyle bir yorumu da olanaksız kılmaktadır.

Daire, uluslararası sözleşmelerin ulusal yasalara nazaran üst konumda olduğu görüşüne, bu metinler aleyhine Anayasa aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolunun kapatılmış olmasını dayanak almaktadır. Daireye göre, bu yasak, Anayasanın, iç hukuk yönünden, uluslararası anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini göstermektedir.

Gerçekte, insan hakları uluslararası sözleşmeleri dışında kalan diğer uluslararası metinler için de geçerli olan bu yorum, Türk hukuk öğretisinde tartışmalıdır.⁹ Sanıyoruz ki, biraz bu yüzden; daha çok da, insan hakları uluslararası bel-

⁷ AYM., 26-27.9.1967, E;1963/336, K;1967/29.

⁸ Dan. 12. D., 15.6.1970, E;1968/1117, K;1970/1310.

⁹ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1985, s.31: "...Türk Hukuk düzeninde anlaşmalarla yasalar eşdeğerli olarak kabul edilip, ilke olarak, birinin ötekine üstünlüğü yoktur."; Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasında İlişkiler*, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul 1973, s. 595, 596 (paralel görüş); Tekin Akıllıoğlu, *a.g.e.*, s. 219: "Sözleşme Türk iç hukuku bakımından anayasal değer taşımaktadır."

gelerinin iç hukuktaki güçlerinin gerçek kaynağını göstermek amacıyla, Daire, bu yorumla yetinmemiş; ayrıca, insan hakları uluslararası belgelerindeki, devleti, yetki alanında bulunan herkesi insan haklarından yararlandırma konusunda, diğer devletlere karşı yükümlülük altına sokan taahhüde de göndermede bulunmuştur.

Daireye göre; işte, bu taahhüt ve yukarıda sözünü ettiğimiz anayasa hükmü, insan hakları uluslararası sözleşmelerinin sonradan yapılacak yasal düzenlemelerle etkisiz kınması yolunu kapatarak, onları, iç hukukta, yasalar üstü konuma getirmektedir.

Danıştay Beşinci Dairesi'nin insan hakları uluslararası sözleşmelerine iç hukukta ulusal yasalara nazaran üstünlük tanıyan bu görüşü, bir başka daire kararında, şimdiye kadar, yinelenmiş değildir. Karar, bu konudaki tek örnek olma özelliğini sürdürmektedir.

C- Sözleşme'nin Ölçü Norm Olarak Değeri

Usulüne göre yürürlüğe konulmakla ulusal hukukumuzun bir parçası haline gelen ve, bir Danıştay kararında¹⁰ da söylenildiği gibi, Yürütme ile yargı yerlerini bağlayıcı nitelik kazanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin hükümlerinin, insan haklarını ilgilendiren idari davalarda "*doğrudan ölçü norm*" olarak kullanılmasından daha doğal bir şey olamaz.

Durum böyle olmakla birlikte; Danıştay'ın Sözleşme'nin hükümlerine göndermede bulunan ilk kararlarında, uyumsuzluğun, öncelikle, ilgili olduğu alanı düzenleyen iç hukuk kuralına dayanılarak çözüldüğü; daha soma da, bu şekilde ulaşılan çözümün Sözleşme hükümleriyle desteklendiği görülmektedir.

Bu uygulamanın ilk örneği, İsveç Radyo Televizyon Kurumu kararıdır.¹¹ Bu kararında, Danıştay Onikinci Dairesi,

¹⁰ Dan. 8 D., 27.12.1993, E; 1992/1521, K; 1993/4374.

¹¹ Dan. 12. D., 24.4.1978, E; 1977/1349, K; 1978/955, DD., S. 30-31, s., 50 vd.

10 Ocak 1977'de belgesel film yapmak için Türkiye'ye gelen, ancak film çekmek için izin almadığından, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un 19. maddesi uyarınca film ve ses bantlarına el konularak sınır dışı edilen İsveç televizyon ekibinin sınır dışı etme işleminin iptali istemiyle açmış olduğu davayı, gerçekte, ulusal yasa hükümlerinin yorumuyla çözüme kavuşturmuştur. Ancak, Daire, bununla yetinmemiş, "diğer taraftan" bağlacı ile açmış olduğu paragrafta, uluslararası anlaşma niteliğinde olmayan Helsinki Nihai Senedi'nde katılımcı devletlerin gazetecileri sınır dışı etmeme taahhütlerine göndermede bulunarak, bu taahhüdü, ulusal yasa hükümlerinin yorumuyla ulaşılmış olduğu hukuka aykırılık saptamasına dayanak yapmıştır.

İkinci örnek, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesine 1301 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ve 2766 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik fıkrada, sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personelinin bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmayacakları yolunda yer alan hükümle ilgili Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararıdır.¹² Bu kararında, Yüce Kurul, söz konusu yasağın sıkıyönetimin kalkmasından soma da devam etmeyeceği, ilgili personelin bu tarihten soma eski görevine iade edilmesi gerektiği sonucuna, Anayasa'nın 70. ve 120. maddelerinin amaçsal ve sistematik yorumuyla ulaşmıştır. Yüce Kurul, Sıkıyönetim Kanunu'nun anılan hükmünün gerekçesinden ve Danışma Meclisi'ndeki tartışmalardan hareketle aksi yönde yapılabilecek tarihsel yorumu etkisiz kılmak amacıyla da, kararında, Evrensel Bildirge'nin 5., Sözleşme'nin de 3. maddelerinde yer alan, "Hiç kimse haysiyet kırıcı ceza ve muamele ye tabi tutulamaz." şeklindeki kurala göndermede bulunmuştur.

Danıştay'ın bu uygulamasıyla ilgili olarak verilebilecek son ve en önemli örnek, Danıştay Beşinci Dairesi'nin, daha önce sözünü ettiğimiz, Asım Aslan kararıdır.

¹² Dan. İç. B. K., 7.12.1989, E;1988/6, K:1989/4.

Olayda; yılbaşı kutlama kartlarında kullandığı ifadeler ve açıkladığı görüşler sebebiyle il hukuk işleri müdürlüğü görevinden alınan davacının bu işlemin iptali istemiyle açmış olduğu davada, davalı İdare, işlemin sebebi olarak, davacının söz konusu eylemini ve bu eylemle bağlantılı olarak açılan ceza kovuşturmasını ve verilen disiplin cezasının, amirlerini alenen eleştirme eylemi dolayısıyla yürütülen idari kovuşturmayı, olumsuz sicillerini ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesini göstermiştir.

Daire, kararında, davalı idarenin bu savlarım sırasıyla çürütüp, kutlama kartlarındaki açıklamaların ideolojik içerik taşımadığını da söyleyerek, dava konusu işlemin iptali için yeterli hukuka aykırılık saptamasını yapmış olmasına karşın; tıpkı İsveç Radyo Televizyon Kurumu kararında Danıştay On ikinci Dairesi'nce yapıldığı gibi, "öte yandan" bağlacı ile açmış olduğu paragrafta, konunun düşünciyi açıklama özgürlüğünü ilgilendiren boyutunu da göz önünde tutarak, uyumsuzluğun "bir de" insan hakları ile ilgili hukuk kuralları ve Anayasa açısından incelenmesini gerekli görmüştür.

Bu incelemesi sonunda, Daire, kutlama kartlarında açıklanan görüşlerin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırları aşmadığını, demokratik toplumun bireyi olarak uluslararası sözleşmelerle kendisine tanınan hakkı kullanan davacının bu eyleminin dava konusu işleme hukuki sebep olamayacağını söyleyerek, çözümünü güçlendirmiştir.

Asım Aslan kararı, sözünü ettiğimiz uygulamaya son örnektir. Zira; Danıştay Beşinci Dairesi, 24.6.1998 gününde vermiş olduğu, bir başka kararında, bu kez, Sözleşme hükmünü, ulusal mevzuattan sonra ve bu mevzuatı uygulayarak ulaştırmış olduğu çözümü desteklemek amacıyla değil, ulusal mevzuatla birlikte kullanmıştır.¹³ Danıştay Beşinci Dairesi'nin bu

¹³ Dan. 5. D., 24.6.1998, E;1998/1001, K;1998/2032: "Belirtilen ulusal ve uluslar arası düzenlemeler karşısında; ...".

son uygulamasının bir benzeri, 14.5.2002 tarihli kararında Danıştay Yedinci Dairesi'nce yapılmıştır.¹⁴ Daire, bu kararında, Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının düzenlemelerine doğrudan ve birlikte göndermede bulunarak, kararı temyizden incelenen vergi mahkemesince, bu düzenlemelerde anlatımını bulan savunma hakkı ile ilgili yargılama kuralının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin hükümlerinin, bir idari davada, ulusal mevzuata gönderme yapılmadan, doğrudan ölçü normu olarak kullanılmasının ilk örneğini, Danıştay Onuncu Dairesi, 10.11.1992 günlü Eğitim İşkolu Kamu Görevlileri Sendikası kararında, vermiştir.¹⁵

Kararda, Daire, kamu personelinin, Anayasa'da öngörülme- yen, sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakkına sahip olduğu sonucuna, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesine doğrudan gönderme yaparak ulaşmış ve bu hakkın kullanılmasının, salt, Anayasa'da böyle bir hakkın yer almadığı gerekçesiyle engellenemeyeceğini söylemiştir.

Karar, bu yönüyle, aynı zamanda, Sözleşme'de düzenlenen bir temel hakkın Anayasa'da öngörülmemiş olmasının, bu hakkın ulusal planda kullanılmasına engel olamayacağı; başka anlatımla da, Sözleşme'de yer alan temel hakların, ulusal mevzuatta öngörülme- se dahi, Türk vatandaşlarının kullanılabileceğini söyleyen ilk örnektir.

Danıştay Onuncu Dairesi, bu uygulamasını, İstanbul Barosunun açmış olduğu davada, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki tutukluların, İstanbul'daki tutukevlerinin fiziki yetersizliği sebebiyle, Kartal'da yapımı süren cezaevi inşaatının bitimine kadar, yakın illerdeki tutukevlerine nakilleri konusunda, kuruluş kanununun kendisine vermiş olduğu yetkiye dayanarak Adalet Bakanlığı'na, yapılan düzenleme- yi, doğrudan Sözleşme'nin 6. maddesine göndermede bulu-

¹⁴ Dan. 7. D., 14.5.2002, E;2002/206, K; 2002/1864.

¹⁵ Dan. 10. D., 10.11.1992, E;1991/1262, K;1992/3911.

narak, bu maddede öngörülen adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmek suretiyle sürdürmüştür¹⁶

Sözleşme hükümlerine, bir idari davada, doğrudan dayanılmasına bir başka örnek de, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin Çağdaş Alatlı kararıdır.¹⁷

Daire, bu kararında, müslüman olmayan öğrencilerin din kültürü ve ahlak bilgisi dersine girmelerinin zorunlu olmadığı yolundaki Milli Eğitim Bakanlığı işleminin Anayasa'nın 24. maddesini aykırı olduğu konusundaki davacı iddiasını, Sözleşmeye Ek Protokol'ün 2. maddesine doğrudan gönderme yaparak karşılamıştır.

Ancak; bu kararda Sözleşme hükmüne, aykırılığın değil, hukuka uygunluğun saptanmasında doğrudan dayanılmıştır; yani, Sözleşme hükmü, destek norm olarak kullanılmıştır.

Özet olarak söylemek gerekirse; yapmış olduğumuz bu açıklamalar, Sözleşme hükümlerinin, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde, idari yargıç tarafından, gereğine göre, ölçü veya destek norm olarak kullanıldığını göstermektedir. Ancak; idari yargıç, Sözleşme hükümlerine, hukuka aykırılığın saptanmasında, ulusal mevzuatın yorumuyla ulaşılmış olduğu çözümü desteklemek veya güçlendirmek amacıyla ya da ulusal normla birlikte başvurmuştur. Sözleşme hükümlerinin doğrudan ölçü norm olarak kullanılması ise, ulusal yasaların düzenlemediği veya bir çözüm öngörmediği alanlarda olmaktadır.¹⁸

¹⁶ Dan. 10. D., 3.11.1998, E; 1996/7166, K;1998/5511.

¹⁷ Dan. 8. D., 27.12.1993, E;1992/1521, K;1993/4374.

¹⁸ Yeni bir örnek: Yabancı uyruklu davacının ikametine izin verilmeyerek, ülke dışına çıkarılması yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılmış olduğu davada, Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen, 26.6.2003 gün ve E:2003/823 sayılı, yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne dair karar. Mahkeme, bu kararında, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan işkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesinde, hiçbir taraf devletin, bir şahsı işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini

II- İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ'NİN KARARLARININ İDARİ YARGI SİSTEMİMİZDEKİ YERİ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, yukarıda da söylenildiği gibi, bir hak ve özgürlükler kataloğu getirmekle yetinmemiş; ayrıca, bu hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmesini sağlayacak bir mekanizma oluşturmuştur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu mekanizma içerisindeki yeri, sözleşmeciler devletlerin bu hak ve özgürlüklerle ilgili uygulamalarının denetlenmesi ve kimi zaman belirsiz ve genel nitelikte olabilen Sözleşme hükümlerinin içerik ve anlamlarının tayini, yani yorumlanmasıdır.

Sözleşme'ye imza koyan devletler, Mahkeme'nin söz konusu yetkilerini tanıyarak,¹⁹ taraf oldukları davalarda verilen kararlara uyacaklarını taahhüt etmişlerdir. Mahkeme kararları, bu taahhütler çerçevesinde bağlayıcı niteliktedir. Ancak, bu bağlayıcılık, sözleşmeciler devletlerin hükümetleri bakımından geçerlidir. Ulusal yargı yerlerinin Avrupa Mahkemesi'ne hiyerarşik bağılıkları olmadığından,²⁰ bu Mahkeme'ce verilen kararların ve yapılan yorumların ulusal yargı

uyandıran başka devlete geri gönderemeyeceği, sınır dışı edemeyeceği veya iade edemeyeceği yolunda yer alan düzenlemeye dayanarak, 30.11.1994 gün ve 22127 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan, Türkiye'ye iltica Eden veya Başka Bir ülkeye iltica Etmek Üzere Türkiye'den izin Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar 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 vermiştir.

¹⁹ Yrd. Doç. Dr. Vahit Bıçak, "Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı" *Anayasa Yargısı*, Ankara 2000, s. 110.

²⁰ J. Velu, "Les responsabilites incombant aux Etats Parties á la Convention europeenne" Acte du 6e colloque international sur la Convention europeenne des droits de l'homme, Seville 1985, Strasbourg, Dordrecht. Boston, Londres, 1998, p. 533 et s., Spéc, p.573.

yerlerini ve onların kararlarını nasıl etkileyeceği tartışmalara konu olmaktadır. Bu etki ve söz konusu tartışmalar, 1987'de Mahkeme'ye bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla, Türk yargı sistemi için de önem kazanmıştır.

Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasında, bireysel başvuru için öngörülen koşul, iç hukuk yollarının tüketilmesi ve ulusal yargı yerlerince son aşamada verilen kararın kesinleşmiş olmasıdır. Yani; kural olarak, iç hukuk yolları tüketilmeden, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması olanaklı değildir. Bunun nedeni, Sözleşme ile oluşturulan denetim ve onarım sisteminin, ulusal sisteme nazaran ikincil, yani yardımcı nitelik taşıması; asıl denetim ve onarımın ulusal yargı yerlerince gerçekleştirilecek olmasıdır.²¹ Kural bu olmakla birlikte, Avrupa Mahkemesi, son zamanlarda, ulusal hukuk düzeninin etkin koruma sağlayamayacağı kamsına varılması durumunda, iç hukuk yollarının tüketilmesi beklenilmeksizin, bireysel başvurunun kabulüne olanak sağlayan bir içtihat geliştirmiştir.²² Bu içtihat, esasen karmaşık olan Mahkeme'nin kararlarının ulusal yargı yerlerini ve onların kararlarını nasıl etkileyeceği sorununu daha da karmaşık hale getirmektedir.

Mahkeme'nin bireysel başvurular dolayısıyla olan müdahalesinin, Türk idari yargı sistemi bakımından, yaratabileceği sorunlar, olasılıklara göre, üç başlık altında ortaya konulabilir:

A- İç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra yapılan bireysel başvuru üzerine verilen karar ihlalin varlığı yolunda ise, ulusal idari yargı yerinin o olayla ilgili olarak vermiş olduğu kesin hüküm halini almış olan karar üzerinde nasıl etki yapar?

²¹ CEDH, 7 dec.1976, Handyside, Serie A no. 24, par. 48: "Sözleşme ile oluşturulan koruma mekanizması, ulusal sistemlere nazaran ikincil-yardımcı nitelik taşımaktadır"; Yrd. Doç. Dr. Vahit BIÇAK *a.g.m.*, s. 87-114.

²² Yrd. Doç. Dr. Vahit Bıçak *a.g.m.*, s. 112.

B- İç hukuk yolları tüketilmeden yapılan bireysel başvuru kabul edilirse;

1- İdari yargı yerinde derdestlik iddiasında bulunulabilir mi?

2- İdari yargıç, karar vermek için, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararını beklemeli midir?

3- İdari yargı yerinde dava sonuçlanmadan Avrupa Mahkemesi karar verirse, bu karar idari yargıyı bağlar mı?

C- İdari yargıç, önüne gelen ve insan haklarını ilgilendiren bir uyuşmazlık hakkında karar vermeden önce;

1- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin uyuşmazlığın ilgili bulunduğu konuda bir içtihadının olup olmadığını araştırmak zorunda mıdır?

2- Böyle bir içtihadın varlığı ortaya çıkarsa, buna uygun karar vermek zorunda mıdır?

A- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kararının Daha Önce Aynı Olay Hakkında İdari Yargı Yerince Verilen Karar Üzerinde Etkisi:

Sözleşmeye imza koyan devletler, Sözleşme'nin 46. maddesinde, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararlarına uyma taahhüdünde bulunmuşlardır. Mahkeme'nin kesinleşen kararları, bu anlamda bağlayıcıdır. Yani, Mahkeme kararlarının bu bağlayıcılığı, taraf devletin hükümeti için geçerlidir. Hükümetler, Mahkeme kararı ile saptanan ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması ve eski haline gelmesi (restitutio in integrum) için, gerekli önlemleri almak, işlem ve eylemleri yapmak zorundadırlar.²³ Gerekli önlemler alınmadığı, işlem ve eylemler yapılmadığı ya da alınan önlem ve yapılan işlem ve eylemler ihlalin sonuçlarının ortadan

²³ Doç. Dr. Şeref Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkilen", *Anayasa Yargısı*, Ankara 2000, sh .63 - 85.; Yrd. Doç. Dr. Vahit Bıçak, *a.g.m.*, s. 110.

kaldırılması ve eski halin ihdası bakımından yetersiz kaldığı takdirde; bu kez, Mahkeme, yeniden devreye girerek, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca, "adil tatmin kararı" alır.²⁴ Oysa; Mahkeme kararının, aynı olay sebebiyle, daha önce, ulusal yargıç tarafından verilen ve kesin hüküm halini alan karar üzerinde herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Avrupa Mahkemesi'nin ihlal saptayan kararı dolayısıyla, ulusal mahkeme kararı bozulmuş olmaz; ulusal yargı yerinde uygulanan yöntemin geçersiz sayılması gibi bir sonuç, kendiliğinden, ortaya çıkmaz.²⁵ Ulusal yargı yerleri piramidinin tepesinde yer almayan Strasbourg Mahkemesi'nin kararlarına, Sözleşme Hukuku'nda, böyle bir güç tanınmamıştır. Başvuruda bulunan, Mahkeme kararının sonuçlarından iç hukuk düzeninde doğrudan yararlanma olanağına sahip değildir. Bu yüzden; Avrupa Mahkemesi'nin kararlarının, kesin olmalarına karşın, kesin hükmün pozitif etkisinden yoksun oldukları söylenebilir. Bu kararların, ulusal yargıçı bağlamayacağı,²⁶ aynı olay sebebiyle, ulusal yargı yederince daha önce verilmiş ve kesin hüküm halini almış kararlar üzerinde en küçük hukuki etkisi bulunmayan, açıklayıcı değerdeki kararlar oldukları kabul edilmektedir.²⁷ Ulusal mahkeme kararı, ihlal saptayan Avrupa Mahkemesi'nin kararına karşın, varlığını sürdürmeye devam eder. Böyle bir durumda yapılabilecek şey, ihlal sona ermişse, başvuruda bulunana adil tatmin sağlanması; değilse, taraf devlet yetkili organlarınca ihlalin sona erdirilmesi için gerekli önlemlerin alınması, düzenlemelerin yapılmasıdır. Üye devletlerin bu konudaki uygulamaları çeşitlidir.²⁸ İhlal

²⁴ Prof. G. Cohen - Jonathan, "Quelques considerations sur l'autorite des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", *Melanges M. - A. Eissen, Bruylant Bruxelles*, LGDJ Paris 1995, p. 42 - 43.

²⁵ Doç. Dr. Şeref ÜNAL, *a.g.m.*, s. 63 - 85.; J. Velu, "Les responsabilites incombant aux Etats Parties il la Convention europeenne" *Acte du 6e colloque international sur la Convention europeenne des droits de l'homme*, Seville 1985, Strasbourg, Dordrecht, Boston, Londres, 1988, p. 533 et s., Spec. p. 573.

²⁶ J. F. Renucci, "la Portee des arrêts de la Cour E.D.H." *Dalloz 1993, jur.* p. 515.

²⁷ Pierre Chambon. *JCP 1994.* . 22197.

²⁸ Bkz., Stratejik Planlama İdaresi (DSP) tarafından hazırlanan 2002 yılı Faaliyet Programı.

kararının alınmış olmasının, iç hukukta, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması yolunda düzenlemeler yapılması, bu uygulamalardan biridir.

Bu açıklamalar, Türk idari yargısı için de geçerlidir. Türk idari yargı düzeninde, diğer yargı düzenlerinde olduğu gibi, kesin hüküm halini almış bir yargı kararının ortadan kaldırılması, ancak, yargılamanın yenilenmesi müessesesinin işletilmesiyle olanaklıdır. Yargılamanın yenilenmesi müessesesinin işletilebilmesi ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Yargılamanın Yenilenmesi" başlıklı 53. maddesinin 1. fıkrasının bentlerinde yazılı nedenlerden birinin bulunmasına bağlıdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin davada Sözleşme hükümlerinden birinin ihlal edildiğini saptayan kesinleşmiş kararı, 19.7.2003 gün ve 25173 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak, aynı tarihinde yürürlüğe giren 4928 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle bu fıkraya (1) bendinin eklenmesine kadar, bu nedenler arasında değildi. Söz konusu bent, "Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması," halini, yargılamanın yenilenmesi için neden olarak kabul etmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında yapılan değişiklikle de, yargılamanın yenilenmesi başvurusu için, Avrupa Mahkemesi'nin kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıllık süre öngörülmüş bulunmaktadır. Bu yeni hukuki duruma göre; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin hükümlerinin ihlali ile verildiği Avrupa Mahkemesi'nin kesinleşen kararı ile saptanan idari yargı kararının yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılması ve davaya dönülmesi, bundan böyle, olanaklı bulunmaktadır.

Bu yeni düzenleme ile getirilen hakkın Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşen Avrupa Mahkemesi kararları dolayısıyla uygulanması da, aynı Kanun'un 7. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 5. madde ile yapılmıştır. Madde, aynen, "53. maddenin (1) numaralı fıkrasının (1) bendi, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararları ile bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır." düzenlemesini içermektedir. Maddenin ilk cümlesi, 53. maddenin 1. fıkrasına eklenen (1) bendinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin hangi kararları hakkında uygulanacağı göstermektedir. Buna göre; söz konusu bent hükmü, 4928 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşen Avrupa Mahkemesi kararları ile anılan tarihten sonra yapılacak başvurular üzerine bu Mahkeme'ce verilecek kararlar hakkında uygulanma kabiliyetini haiz bulunmaktadır. Geçici maddenin bu düzenlenme biçimi;

1 - Avrupa Mahkemesi'nce, 4928 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce verilen, ancak kesinleşmesi anılan Kanun'un yürürlük tarihinden sonraya rastlayan kararları,

2 - 4928 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 19.7.2003 tarihinden önce yapılan başvurular dolayısıyla Avrupa Mahkemesi'nce, bu tarihten sonra verilen kararları, kapsamı dışında bırakmakta; dolayısıyla, bu kararlara dayanılarak yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulmasını olanaksız kılmaktadır.

Gerçi, asıl düzenlemenin (bent hükmünün), bu kararlar bakımından da, ilgililere yargılamanın yenilenmesini isteme hakkı verdiği söylenebilir. Geçici madde, Avrupa Mahkemesi'nin, yalnızca, 4928 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce kesinleşen kararları bakımından olan yargılamanın yenilenmesini isteme hakkını düzenlemiş olsaydı, bu tez doğru olurdu. Bilindiği gibi, geçici maddeler, asıl maddelerde yaratılan hukuki durumların, bu maddelerin yürürlüğe girdikleri tarihlerden önce meydana gelen benzer olaylar hakkında da uygulanmalarını sağlamak amacıyla düzenlenirler. Oysa; Geçici 5. maddenin ilk cümlesine bakılacak olursa, bunun, böyle olmadığı görülür. Cümlelerin "ile" bağlacından önceki

ilk cümlecığı, (1) bendinin 19.7.2003 gününden önce kesinleşen Avrupa Mahkemesi kararları bakımından uygulanmasını sağlamaktadır. Geçici madde ile elde edilmek istenilene uygun düzenleme de, budur. Ancak; cümlenin söz konusu bağlaçtan sonraki cümlecığı, geçmişle ilgili bir durumu değil; aksine, (1) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki durumu düzenlemektedir. Bir kanunun asli hükümlerinin yürürlüğe girişi ve uygulanma alanı ile ilgili böyle bir durumun geçici maddede düzenlenişinin kanun yapma tekniğine uygun olduğu pek söylenemez; ancak, düzenlenmiş. Ve, aynen, şöyle söylüyor: “ ... (1) bendi, ... bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.” Yani; bu ikinci cümlecik, (1) bendinin uygulama alanını, Avrupa Mahkemesi'ne yapılacak başvurunun, Kanun'un yürürlük tarihi olan 19.7.2003 gününden sonra olması hali ile sınırlamakta; bu hal dışında, anılan bendin uygulanmasını olanaksız kılmaktadır.

Düzenlemenin hangi amaçla böyle yapıldığını bilmiyoruz. Bunun, bir anlatım sorunu olduğunu da sanmıyoruz. Zira; öyle olsaydı, geçici maddenin, “*Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır.*” şeklindeki, ikinci cümlesiyle, esasen yeterince, sağlanan bir amaç için yapılan düzenlemede, geçici maddede olmaması gereken hükümlere yer verilmezdi.

Hangi amaçla yapılmış olursa olsun, düzenlemenin, uygulamada, yorum ve Anayasaya uygunluk sorunu yaratacağı, şimdiden, bellidir.

Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunma süresi, bir yıldır. Bu sürenin başlangıcı, Avrupa Mahkemesi'nin kararının kesinleşme tarihine göre belirlenmektedir. Eğer, Mahkeme'nin ihlali saptayan kararı, 4928 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce kesinleşmiş ise; bir yıllık başvuru süresi, yürürlük tarihi olan 19.7.2003 gününden; daha sonra kesinleşmişse, kesinleşme tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararlarının kesinleşme biçimi, Sözleşme'nin 44. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, Büyük Daire'nin kararları kesinlidir. Maddenin 2.i fıkrasına göre de, Daire kararları, üç şekilde kesinleşmiş olabilir:

- Taraflar, davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan etmiş olabilirler.

- Davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi, kararın verildiği tarihten üç ay içinde istenilmemiş olabilir.

- Davanın Sözleşme ve protokollerin yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ciddi bir sorun doğurmaması veya genel nitelikli ciddi bir konu teşkil etmemesi nedenleriyle, Büyük Daire bünyesinde beş yargıçtan oluşan Kurul tarafından reddedilmiş olabilir.

Buna göre; ihlal saptayan Avrupa Mahkemesi kararına dayanılarak, idari yargı yerinde yargılamanın yenilenmesi isteminin; eğer ihlal saptayan karar, Daire kararıysa, açıklanan olasılıklara göre, kesinleşme tarihinden; yok, eğer Büyük Daire kararıysa, verildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak bir yıllık süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Bu sürenin geçirilmesi, Avrupa Mahkemesi'nce lehine karar verilen tarafın, bu karara dayanarak, iç hukukta, ulusal kararın ortadan kaldırılması veya geçersiz sayılması sonucunu yaratacak yargısal yöntem kullanma olanağını kaldırır.

Ancak, ihlal, idarenin eylem veya işleminden kaynaklanmakta ve devam etmekte ise; bir yıllık yargılamanın yenilenmesini isteme süresinin geçirilmesi ve idari yargı yerince verilen karar, idarenin ihlali sona erdirmesine ve sonuçların ortadan kaldırılmasına, bize göre, engel değildir. Zira, bilindiği gibi, idari yargı, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesi için var olan yargı düzenidir. Yine bilindiği gibi, eylem ve işlemlerinin idari yargı yerince hukuka uygun görülme durumunda dahi, idare, kazanılmış haklara dokunmamak koşuluyla, işlemini

geri alabilir veya eyleminin zarar verici sonuçlarını giderebilir. İdarenin insan haklarını ihlal eden bir tasarrufundan dolayı herhangi bir kişinin kazanılmış hak elde etmesi de olanaksızdır. Dolayısıyla; idari yargı yerindeki davanın tarafı olan idare, Avrupa İnsan Hakları Hukuku'na aykırı olduğu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu Hukuka kaynaklık ettiği²⁹ ve yorumladığı Sözleşme metni ile bütünleştiği³⁰ kabul edilen kararı ile, kesinlik kazanan işlemi, idari yargı yerinin kesin hüküm halini alan kararına karşın geri alabilir, eyleminin zarar verici sonuçlarını giderebilir. Hatta, Sözleşme'nin 1. maddesinde, hak ve özgürlüklerin herkese tanınması; 46. maddesinde de, Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uyulması konularında yapılan taahhütler karşısında, idare, buna mecburdur. Bu yüzden; biz, idarenin, yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulabilmesi için yasada öngörülen sürenin geçirilmiş olmasını bahane ederek, ihlalin devamına seyirci kalamayacağımızı düşünüyoruz.

Kimi durumlarda, ihlalin niteliği, yargılamanın yenilenmesini gereksiz kılabilir. Örneğin, makul sürenin aşılması hali böyledir. Böyle durumlarda, yargılamanın yenilenmesinde, başvuru için herhangi bir yararı söz konusu olamaz. Bu halde, yapılacak şey, Sözleşme'nin 41. maddesi çerçevesinde başvurucuya adil tatmin sağlanmasıdır.

B - İç Hukuk Yolları Tüketilmeden Yapılan, Bireysel Başvurunun İdari Yargılama Sürecine Etkisi

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 35. maddesinde, bireysel başvuru için, öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının mutlak olmadığı görüşündedir. Mahkeme'ye göre; bu kuralın, sözleşmeciler devletlerin kurmak üzere anlaştıkları insan haklarını koruma mekanizması çerçevesin-

²⁹ Prof. Sudre. V. F. Sudre, "L'influence de la Convention europeenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne", *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, p. 259 et s. Spec. P. 271.

³⁰ J. Boulouis, "La fonction normative de la jurisprudence", *Droit social*, 1989. D.524-5.

de ve aşırı şekilciliğe kaçmaksızın, belli ölçüde esneklikle uygulanması; bunun için de, davanın koşullarının göz önünde bulundurulması; yani, ilgili devletin hukuk sisteminde mevcut başvuru yolları yanında, başvuru durumunun içinde bulunduğu koşulun da gerçekçi biçimde dikkate alınması ve, ayrıca, başvuru için iç hukuk yollarının tüketilmesi için kendisinden beklenen her şeyi yapmış sayılı sayılmayacağına, olayın koşulları göz önünde tutularak, araştırılması gerekmektedir.³¹ Mahkeme, bu araştırması sonucunda, iç hukuk yollarının tüketilmesi durumunda, başvuru hak ve özgürlüklerinin etkili biçimde korunamayacağı kanısına varırsa, söz konusu kuralı uygulamaksızın, başvuruyu kabul etmektedir.

Mahkeme'nin, özel durumların varlığına dayanarak, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına getirmiş olduğu bu istisna,³² idari yargı yerinde dava yoluna gidilmeksizin, doğrudan bireysel başvuruda bulunulması ve başvurunun da Strasbourg Mahkemesi'nce, olayın özel koşulları dikkate alınarak, kabul edilmesi halinde, İdari Yargı yönünden sorun yaratmaz. Bu halde, bireysel başvuru hakkında Avrupa Mahkemesi'nce verilecek kararın muhatabı, Hükümettir. Hükümetin, Mahkeme kararının gereklerine uygun olarak, ihlalin sona erdirilmesi ve ihlalden önceki durumun yeniden sağlanması için gerekli önlemleri alması, Sözleşme'ye imza koymakla yapmış olduğu taahhüdün gereğidir.

Buna karşılık; Jabari olayında³³ olduğu gibi, bireysel başvurunun, idari yargı yerinde süresinde ve usulüne uygun olarak açılan dava devam etmekte iken yapılması veya, bireysel başvuruda bulunulmasından sonra, süresi içerisinde, ayrıca, görevli ve yetkili idari yargı yerinde de iptal veya tam yargı

³¹ CEDH., Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, Recueil 1996 - IV, p. 1214, § 78.

³² Prof. Jean-François Flauss, "Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif: septembre 1996 - septembre 1997", AJDA, 20 décembre 1997, p. 977 et s.

³³ CEDH., Jabari c. Turquie, 40035/98, 11 juillet 2000.

davası açılması durumlarında, çözümü tartışmalara yol açabilecek usul sorunlarıyla karşılaşılması kaçınılmaz olacaktır.

Bu tür bir başvurunun yaratacağı ilk usul sorunu, derdestlik iddiasıdır.

Böyle bir durumda; özellikle de, görevli ve yetkili idari yargı yerindeki davanın bireysel başvurudan sonra açılması halinde, derdestlik başvurusunda bulunulabilir mi? Bulunulursa, idari yargı yeri nasıl karar vermelidir?

Daha önce de değinildiği üzere; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, hiyerarşi bakımından, ulusal mahkemelerin üstünde olmadığı gibi, onların yerine geçerek karar verme yetkisine de sahip değildir.³⁴ Asıl olan, ulusal yargı yerlerinin sağlayacağı korumadır. Avrupa Mahkemesi'nin koruması, onlara yardımcı, yani ikincil niteliktedir. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına getirilen içtihadi istisna da, bu durumu değiştirici nitelikte değildir. Bu yüzden; bize göre, böyle bir durumda, derdestlik iddiasında bulunulamaz; bulunulursa da, davaya bakmakta olan idari yargı yerince, bu nedenle davanın reddine karar verilemez. Başka anlatımla; her iki başvuru, eş zamanlı olarak, yürümeye devam etmek zorundadır.

İç hukuk yolları tüketilmeden yapılacak bireysel başvurunun yaratacağı ikinci usul sorunu, idari yargıcın, davanın esası hakkında karar vermeden önce, Avrupa Mahkemesi'nin başvuru hakkında karar vermesini beklemek zorunda olup olmadığı ile ilgilidir. Avrupa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun ulusal yargı yerlerinde devam eden yargılama sürecini durdurucu etkisi bulunmadığı gibi;³⁵ İdari Yargılama Usulü Kanunu'muzda da, idari yargıcı, yargılamayı durdurmaya ve anılan başvurunun sonuçlanmasını beklemeye zorlayan bir düzenleme mevcut değildir. Esasen; idari yargıç,

³⁴ Doç. Dr. Şerif Ünal, *a.g.m.*, s. 93.

³⁵ Yr. Doç. Dr. Kadir Yıldırım, "Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği", *Anayasa Yargısı*, Ankara 2000, s. 321.

iç hukuk kurallarını ve, iç hukukun parçası haline gelen, Sözleşme hükümlerini uygulayarak ihlali giderebiliyorsa, buna gerek de yoktur. Yani, idari yargıç, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nce bireysel başvuru hakkında verilecek kararı bekletici ön sorun haline getirmeksizin, davanın esası hakkında karar verebilir. Zira; asıl olan, insan hak ve özgürlüklerinin iç hukuk tarafından korunmasıdır.

Buna karşılık; idari yargıcın, iç hukuk kurallarının ve Sözleşme hükümlerinin yorumuyla ihlalin varlığı sonucuna ulaşamaması; Avrupa Mahkemesi'nin de, bireysel başvuru hakkında aksi yolda karar vermesi durumunda; idari davanın bireysel başvuru hakkında Mahkeme'ce verilecek karar beklenilmeden sonuçlandırılması, bir önceki alt başlık altında açıklamış olduğumuz sorunlara, kaçınılmaz olarak, yol açabilir. Biz, böyle bir durumda, Anayasa'mızda yer alan düzenlemelerin yorumuyla çözüme ulaşabileceğini düşünüyoruz. Ayrıca; yapacağımız bu yorumun, bireysel başvuru hakkında idari yargıçtan önce karar verilmesi durumunda, verilecek bu kararın idari yargıcı bağlayıp bağlayamayacağı sorunu ile, bir alt başlıkta incelenecek, insan haklarını ilgilendiren herhangi bir davada, idari yargıcın Avrupa Mahkemesi'nin o konudaki içtihadını araştırmak ve ona uymak zorunda olup olmadığı sorununa da çözüm getirebileceği görüşündeyiz.

Kuşkusuz, Anayasa'mızın 9. ve 125. maddelerine göre, Türk İdaresinin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesi konusundaki yetki, Türk idari yargıcına aittir. Yine; yargılama yetkisine sahip olan yargı yerinin, davada uygulayacağı kuralların yorumlanmasında yetkili olduğunda da kuşku yoktur. Ancak; usulüne göre yürürlüğe konularak, iç hukukumuzun parçası haline getirilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Devletimiz, Avrupa Konseyi'ne üye diğer devletler gibi, Sözleşme ve eki protokollerin hükümlerinin yorumlanmasını ve uygulanmasını kapsayan yargı yetkisini, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne vermiştir (Söz. md. 32) Bu yetki devrinin Anayasa'nın 9. maddesine aykırılığı, soylenebilir; ancak, yok sayılamaz.

Zira; Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, uluslararası andlaşmalar hakkında, Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı yolunda yer alan hüküm, bunların Anayasa'ya aykırılıkları sebebiyle ihmal edilemeyecekleri anlamına da gelmektedir. O halde; idari yargıcın, Sözleşme'nin ulusal yasalar gibi uygulanması gereken anılan hükmüne uyması ve Mahkeme'nin Sözleşme hükümlerini yorumlama konusundaki yetkisini tanuması, anayasal bir gereklilik olmaktadır. Başka anlatımla; idari yargıcın, uyuşmazlıkla ilgili olarak yapacağı, kendi yorumunun Avrupa Mahkemesi'nin yorumuyla çelişmesi durumunda, ikincisine öncelik tanuması gerekmektedir. Bu yorum biçimine, kuşkusuz, insan haklarını ilgilendiren idari davalarda, asıl olması gereken ulusal yargı yetkisini ikinci plana ittiği yolunda eleştiri getirilebilir. Her şeyden önce, şunu söylemek gerekmektedir: İnsan hakları ile ilgili Sözleşme hükümlerinin üye devletlerin tümünde aynı biçimde anlaşılıp, aynı biçimde uygulanması için gerekli olan bu "tanıma", İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ulusal yargı yerlerine nazaran yardımcı niteliğinde bir değişiklik yaratmamaktadır. Bu yorumla, ulusal yargı yerinde görülmekte olan somut davada, Avrupa Mahkemesi'nin yargı yetkisine tanınan etki, Sözleşme hükümlerinin tüm üye devletlerde homojen biçimde yorumlanıp uygulanması gereğine aykırı bir yorum ya da uygulamanın ortaya çıkması durumunda, devreye girmekten ibarettir. Aksine anlayış, Avrupa Mahkemesi'nin yargı yetkisinin inkarı anlamına gelir ki; o takdirde, bir Avrupa İnsan Hakları Hukuku'ndan ve koruma sisteminden söz etmenin de anlamı kalmaz. İkincisi; sözünü ettiğimiz yorum, Sözleşme'nin İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının etkileriyle ilgili hükümlerinden değil, kendi anayasal düzenlemelerimizden hareketle yapılmıştır. Yani, kendi anayasal düzenimizin yaratmış olduğu bir hukuki durum söz konusudur.

Bu hukuki durum karşısında; doğru çözüm, idari yargıcın, bakmakta olduğu idari davada, idarenin işleminin veya eyleminin Sözleşme hükümlerini ihlal etmediği yargısına varması hali ile sınırlı olarak, o dava ile ilgili bireysel başvuru

hakkında Avrupa Mahkemesi'nin vereceği kararı bekletici ön sorun yapması ve davayı, kendisi aksini düşünüyor olmasına karşın, bu karar doğrultusunda sonuçlandırmasıdır. Dahası, idari yargıcın, ilerde, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul etmek zorunda kalacağı Avrupa Mahkemesi'nin kararını bekletici ön sorun yapma ve bu karara uyma zorunda olmadığını düşünmek için haklı gerekçelerin bulunamayacağı görüşündeyiz.

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

C- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin İçtihadının Görülmekte Olan İdari Davada Etkisi

1- Adil yargılama ilkesi bakımından: İdari yargıç, davada, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ve bu hakka Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla getirilen yorumu gözetmek zorunda mıdır?

2 - İnsan hakkı iddiasıyla açılan bir idari davada, idarenin işleminin veya eyleminin Sözleşme'ye uygunluğu bakımından: idari yargıç, böyle bir davada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadım araştırmakla; saptadığında da, ona uymakla yükümlü müdür?

1- Adil yargılama ilkesi bakımından: Anayasa'mızın "A. Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin ilk fıkrasına 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle eklenen ibare ile, "herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu" kabul edilmiştir. Bu değişiklik, Sözleşme'nin 6. maddesinde tanımlanan, "adil yargılanma hakkı", Türk hukuk düzeninde,

anayasal bir hak haline getirilmiştir. Dahası, bu anayasal hak, Sözleşme'nin 6. maddesinde, bu madenin uygulama alanı ile ilgili olarak çizilen sınırlara da tabi değildir. Yani; bir idari davada, adil yargılanma hakkının söz konusu edilebilmesi için, davanın konusunun medeni hak ve yükümlülükler ya da idari cezalara ilişkin olması gerekmemektedir. Konusu medeni hak ve yükümlülükler ile ilişkili olmayan veya idari cezayı konu edinmeyen; örneğin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nce, halen, egemenlik hakkının sert çekirdeğini oluşturduğu kabul edilen,³⁶ vergi aslı ile ilgili idari davalarda da, tarafların, yargılamanın adil yargılama ilkesine uygun olarak yapılmasını isteme hakları, söz konusu değişikliklerle, anayasal güvence altına alınmıştır.

Bununla birlikte; Anayasa, adil yargılanma hakkının tanımını yapmış olmadığı gibi, gereklerinin ne olduğunu da söylememiştir. Anayasa hükümleri, çoğunlukla, genel ve ilkesel düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin yaşama geçirilmeleri, uygulanabilir hale getirilmeleri, yasalarla olur. Ancak; ne 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'unda, ne de başka bir yasada bu hakkın tanımı yapılmış değildir. Biz, yine de, bunun bir eksiklik olduğu görüşünde değiliz. Zira; söz konusu anayasal değişiklikten çok önce, usulüne göre yürürlüğe konularak iç hukuk kuralı haline getirilen, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde bu hakkın tanımı, zaten, yapılmış ve gerekleri gösterilmiştir. Başka anlatımla; Anayasa'nın 36. maddesinin ilk fıkrasına eklenen ibare ile getirilen anayasal hakkın yaşama geçirilmesi, Sözleşme'nin, yine Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre ulusal yasalar gibi uygulanma kabiliyeti bulunan, anılan maddesiyle sağlanmış olmaktadır. Bu yüzden; yasama organının, bu hakkın tanımını yapan ve gereklerini gösteren, yeni bir yasal düzenlemeyi yürürlüğe koymasına gerek yoktur.

Bu bakımdan; idari yargıç, bakmakta olduğu her davada, söz konusu anayasal kuralı, Sözleşme'nin 6. maddesi

³⁶ CEDH, Ferrazini c. İtalie, 12 juillet 2001.

çerçevesinde yorumlayıp, gereklerini belirlemelidir. İdari yargıç, bu belirlemeyi yaparken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, yukarıda, "A" ve "B" başlıkları altında, Sözleşme metni ile bütünleştiği ve iç hukukumuzda önceliği olduğu açıklanan, bu madde ile ilgili, yorumunu da dikkate almalıdır.³⁷ Ayrıca; 4928 sayılı Kanun'la, yargılamanın yenilenmesi yolunun açılmasından sonra, buna zorunluluk olduğunu da düşünüyoruz. Esasen, uygulamada, kimi zaman, isim verilerek, Avrupa Mahkemesi'nin içtihadına gönderme yapıldığı gözlemlenmektedir. Örneğin; Danıştay Yedinci Dairesi'nin bir kararında, 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, İnsan Hakları Avrupa 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.³⁸ Kimi zaman da, Danıştay dava daireleri, kararlarında, isim vermeden, Avrupa Mahkemesinin kararlarında konulan ilkelere göndermede bulunmaktadır. Örneğin; İstanbul Barosu tarafından Adalet Bakanlığının hükümlü ve tutukluların başka cezaevlerine nakli ile ilgili genelgesinin iptali istemiyle

³⁷ Nitekim; Anayasa Mahkemesi'nin 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafında, katılma paylarına karşı dava açılabilmesini hesaplanan payın yarısının ödemiş olması koşuluna bağlayan hükmünün iptaline dair 28.3.2002 gün ve E: 200115, K:2002/42 sayılı kararında, Anayasa'nın 36. maddesine 4709 sayılı Kanunla eklenen adil yargılama hakkının dava konusu yasa hükmü ile bağlantılı olarak tanımlanmasında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesine ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 21.2.1975 tarihli Golder/ İngiltere ve 9.10.1979 tarihli Airey / İrlanda kararlarına gönderme yapılmış olması da, bunun böyle olması gerektiğini göstermektedir.

³⁸ Dan. 7. D., 14.5.2002, E; 20021206, K; 20021/1864.

açmış bulunduğu davada verilen Danıştay Onuncu Dairesi-
nin kararında,³⁹ Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen adil
yargılama hakkının gerekleri ortaya konulurken, Avrupa
Mahkemesince geliştirilen, "*silahların eşitliği ilkesi*" ne gönderme
bulunulmuştur. Aynı şekilde; yasal zorunluluk olmasına
karşın, vergi incelemesi sırasında, vergi inceleme elemanına
ibraz edilmeyen, daha soma açılan davaya ait dosyaya konu-
lan faturalar üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonunda
düzenlenen rapora dayanılarak bu faturaların gerçek mal alı-
mına ilişkin oldukları yolunda vergi mahkemelerince verilen
kararların, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nca,
istikrarlı biçimde bozulmasında, kararlarda açıkça söylenil-
mese de, Avrupa Mahkemesi'nin diğer tarafa incelettirilmeyen
belgeye dayanılarak dava hakkında karar verilemeyeceği
yolundaki içtihadının etkisinin olmadığı da söylenemez.⁴⁰

2 - İdarenin işleminin veya eyleminin Sözleşme'ye uygun-
luğu bakımından: İnsan hakkı ihlali iddiasıyla açılan bir idari
davada, idari yargıç, ihlalin varlığını iç hukuk kurallarının ve
Sözleşme hükümlerinin yorumuyla saptayıp giderebiliyorsa,
karar vermeden önce, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin
uyuşmazlığın ilgili bulunduğu konuda bir içtihadının olup
olmadığını araştırmasına zorunluluk bulunmamaktadır. Bu-
nunla birlikte; mahkemenin, kararında, bir çok Danıştay kara-
rında Evrensel Bildirge ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
ile ilgili olarak yapıldığı üzere, ayrıca, Strasbourg Mahkeme-
si'nin içtihadına göndermede de bulunması, ulaşılmış olduğu
çözümü güçlendireceğinden, yararlı olacaktır.

Buna karşılık; idari yargıcın iç hukuk kuralları ve Sözleş-
me hükümlerinin yorumuyla ulaşılmış olduğu sonuç, ihlalin
olmadığı yolunda ise; yukarıda, "*B*" alt başlığı altında yap-
mış olduğumuz açıklamalar ışığında, idari yargıcın Avrupa
Mahkemesinin konuyla ilgili içtihadını araştırmasının gerekli
olduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu başlık altında, idari

³⁹ Dan. 10. D., 3.11.1998, E; 1996/7166, K; 1998/5511

⁴⁰ Dan. VDDGK., 9.11.2001, E;2000/285, K; 2001/412.

yargı yerinin Avrupa Mahkemesi'nin bireysel başvuru hakkında karar vermesini niçin beklemesi gerektiğini açıklarken yapmış olduğumuz yoruma, burada, bir yorum daha ekleyebileceğimizi düşünüyoruz: Anayasa'mızın 138. maddesinin ilk fıkrasında, hakimlerin, görevlerinde bağımsız oldukları belirtildikten sonra, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtilmiştir. Bu anayasal düzenlemeye göre, hakimlerin hükümlerine esas olacak vicdani kanaatlerinin, Anayasa'ya, kanunlara ve hukuka uygun olması gerekmektedir. Yine, yukarıda, "A" alt başlığı altında açıklandığı üzere, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Hukuku'na kaynaklık eden içtihadının, iç hukukumuzda, maddi anlamda kanun olan Sözleşme'nin yorumlanan hükmüyle bütünleştiği kabul edilmektedir. Böyle olunca; idari yargıcın davada vereceği kararın Anayasa'nın 138. maddesinin açıklanan düzenlemesine uygunluğunun, Avrupa Mahkemesi'nin içtihadına uygun olmasına da bağlı olduğu söylenebilir. Bu açıdan da, idari yargıcın söz konusu araştırmayı yapmasına gerek vardır.

SONUÇ YERİNE, DİLEK

Günümüzde, siyasal yapısı ne olursa olsun, her devlet, insan haklarına saygılı görünerek, varlığını meşru kılmaya çalışmaktadır. Bu, devletin varlık nedeninin İnsan haklarının korunması olduğu yolundaki genel kabulden kaynaklanan bir tutumdur. İnsan haklarına saygılı olmayı ifade eden sözlerin her anayasada yer almasının; anayasası olmayan (Kanada, İsrail gibi) devletlerde de, insan hak ve özgürlüklerini düzenleyen metinlere anayasal değer tanınmasının, nedeni budur.

Ancak; uygulama, her zaman, temel metinlerde yazıldığı gibi olmamaktadır.

Hala, kaba güç, bu metinleri ve büyük bedeller ödenerek oluşturulan insan hakları uluslararası hukukunu, çıkarları uğruna, yok sayabilmektedir. Dünyanın başka yerlerinde, hatta yanı başımızda, tüm kamu oyu önünde, yaşanan dehşet verici ihlaller bunun kanıtıdır.

Umarım, tüm insanların hak ve özgürlükleri, günün birinde, tam güvencede olur. Ancak, bu ihlaller sürdükçe, bu umudun yitirilmemesini dilemek, tek çare gibi gözükmektedir.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Bu tebliğlerden sonra soru soracak konuklarımızın isimlerini beyan etmek suretiyle sorularını bekliyoruz.

Salondan: Turgut beyden görüşünü almak istiyorum.

Teşekkür ederim.

Turgut CANDAN: Şimdi tabii, yargılamanın yönlenmesi sebebi olarak öne sürüldüğünde, ilk mahkeme, davanın esasına bakmış olan mahkeme, yargılama sistemimize göre, önce bunun bir sebep olup olmadığını inceleyecek. Ancak, kanun açıkça söylemiş, eğer ulusal yargıya emir vermiş olduğu karara ters bir karar ki, böyle bir karar ancak şöyle olabilir: Ulusal yargı davada ihlali görmemiştir, talebi reddetmiştir, davayı reddetmiştir, ama kişinin bireysel başvuruda bulunması sonucu İnsan Hakları Mahkemesi tersini söylemiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ihlal olduğunu saptayıp, bunu ilgililere de duyurmuştur. Kanun açık bir biçimde, böyle bir durumun, yargılamanın yenilenmesinin sebebi sayılması gerektiğini söylediğine göre, mahkemenin aksine karar vermemesi gerekir; verirse eğer o zaman temyiz yolu var. Tek hâkim kararıysa bu, itiraz yolu var, üst mahkeme bunu düzeltecek demektir. Ben başka bir çözüm düşünmüyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyorum sayın Candan.

Başka bir soru var mı acaba? Buyurun.

İhsan DEMİRKIRAN (Yargıtay 1. Başkanvekili, Hukuk Genel Kurulu Başkanı): Anayasa'nın 90. maddesi irdelendi. Ben aynı zamanda ticaret hukukçusuyum. Türkiye'nin katıldığı Varşova Lair Konvansiyonu vardır; bu hava taşımacılığıyla ilgilidir. Bize uluslararası hava taşımaları geldiği zaman, milli hudutlarımız içinde olan taşımaların dışında, öncelikle Varşova

Lair Sözleşmesi'ni uygularız. İkinci olarak da kara taşımacılığı vardır.

Biliyorsunuz, Ticaret Kanunu'nda ayrı bir bölüm halinde kara taşıma düzenlenmiştir. Uluslararası bir anlaşma olursa, SMR Sözleşmesi'ni aynen uygularız. Ticaret Kanunu'muzda iki nolu hüküm olmasına rağmen, ayrıca markalar fikir ve sanat eserleriyle ilgili olarak Paris Sözleşmesi ve Bern Sözleşmesi vardır. Bizler adli yargı olarak doğrudan doğruya uluslararası bu sözleşmeleri aynen uygularız. O nedenle, 90. maddeyi Yargıtay, uluslararası sözleşmelerde doğrudan doğruya uygulamaktadır.

İkinci olarak; sayın Kaboğlu konuşmasında, *"Bu uluslar üstü kurallardır"* dedi. Sayın Turgut bey açıkladı, benim bildiğime göre, -tabii hepimizin bildiği- Avrupa Konseyi nezdinde Strasbourg Mahkemesi kuruldu. Hatırladığıma göre, Avrupa Birliği Adalet Divanı kurulmuştur. Bu yargı organı, uluslar üstü bir yargı organı olup, milli mahkeme kararlarını bozma ve iptal etme yetkilerine haizdir.

Şimdi biz Avrupa Birliği'ne girdiğimiz takdirde, iki adet mahkemeye karşılaşacağız. Biri Avrupa Birliği'nin kurduğu Adalet Divanı, biri de Strasbourg'da Konsey nezdinde kurulan mahkeme. Bu hallerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarını nasıl yorumlayacağız?

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU: İlk bölümle ilgili soruyu, ilk bölüm açıklamaydı, ikinci bölüm, günün birinde Avrupa Birliğine tam üye olursak, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın konumuyla, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin kurmuş oldukları, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin nasıl uyumlulaştırılacak? Ben ikisinin yetki alanlarının farklı olacağını düşünüyorum. Bu bakımdan sorun çıkacağını pek zannetmiyorum. Olsa olsa şu olabilir: Avrupa Birliği Adalet Divanı, insan haklarına temas eden olaylarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarını ve yorumunu, sözleşme hükümleri-

TARTIŞMA

ne ilişkin yorumunu, içtihadını göz önünde bulundurarak karar verir. Ben kişisel olarak, böyle bir durumda önceliğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ait olduğunu, onun kararlarına ait olduğunu düşünüyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyorum sayın Candan.

Başka sorusu olan var mı?

Salondan: Şimdi yeniden yargılamayla ilgili bir soru bu. Eğer ulusal mahkeme ve ulusal yüksek mahkeme eski kararında ya da ona benzer bir karar verirse ne olacak?

Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU: Biraz önce benzer bir soru soruldu, ona şöyle cevap vermiştim: Biraz daha açayım isterse-niz, kanun diyor ki, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükmünün ihlal edildiği konusunda bir karar verirse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu yargılamanın sebebi sayılır" o zaman mahkemenin, kendisine yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulması halinde, yapacağı ilk şey "Süresinde bir başvuru var mı, yok mu?" onu araştırarak. Süresinde bir başvuru yoksa, zaten istemi süre aşma sürecinde reddedecek.

İkincisi; tabii, bunu araştırırken kararın kesinleşip, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararlarını kesinleşip kesinleşmediğini de araştıracağız. Biliyorsunuz, büyük daire kararları verildikleri tarihte kesin, ama daire kararlarının kesinleşme biçimlerini -Sözleşme'nin 44. maddesiydi sanıyorum- ayrıntılı olarak düzenlemiş. "Üç ay içinde itiraz etmeyeceklerini, iptale gitmeyeceklerini söylemişlerse veya gitmemişlerse ya da beş kişiden oluşan kurul tarafından oluşan kurul tarafından sözleşmenin uygulanmasında, yorumunda ciddi bir sorunun çıkmayacağı konusunda bir karar verip istek ret edilmişse, daire kararı kesinleşir." diyor. Kendisinde istemde bulunan ulusal mahkeme öncelikle bunları araştırır.

Üçüncü olarak; şunu araştırır: Gerçekten İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir ihlal saptamış mı, saptamamış mı? Bu araştırmayı yaptıktan sonra, bunlar başvuru usulüne uygunsam, süresinde yapmamışsa, daire kararı kesinleşmişse veya büyük

dairece bir karar verilmişse ve ihlalin varlığı konusunda da bir saptama varsa, ilk derece mahkemesi istemi inceleyecek ve bu karara uymak zorunda, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayıp bu karara uymak zorunda.

Yargılamanın yenilenmesi sayıp davaya yeniden bakması, eğer dava yargılama usulüne ilişkin bir noksanlığı ihlal sebebi saymışsa, adil yargılama ilkesine bu yönden bir aykırılık görmüşse, noksanlığı ikmal edip hükmünü verecek. Eğer İnsan Hakları Mahkemesi, davaya konu idari işlemde, eylemde görmüşse, o zaman yargılama sonucunda mahkemenin yapacağı şu: İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararına uygun yeni bir karar vermektir. Buna yasa olarak mecbur. Eğer bunu yapmazsa, tabii üst müracaat ve yargı yolları var. Tek hâkim tarafından verilmiş bir kararsa, itiraz yolu var. Kurul halinde verilmiş bir kararsa ki, bazı kurul kararlarına da açık biliyorsunuz, o itiraz temyize tabii, kurul kararları yönünden de, Danıştay Dava Dairesi veya duruma göre genel kurul, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararlarının yerine getirilmesi konusunda kararı verecektir.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyorum.

Her iki konuşmacı da, kendilerine tanınan kısa süre içerisinde, olabildiği kadar açık biçimde ortaya koyabildiler, ama yine de sorulması gereken pek çok yorum var. Ama esasen bu türlü aktivitelerin yapılmasının nedeni de budur. Bu bakımdan bazı endişe ve duraksamaların gelecekte giderileceğini ve aydınlığa kavuşacağını düşünüyorum. Bütün katılımcı meslektaşlarıma ve açıklamayı yapan sayın Prof. Dr. Joel'e ve Turgut Candan'ı dikkatle, ilgiyle izledikleri için teşekkür ediyorum.

Saat 14.15'te ikinci oturumda buluşmak üzere oturumu kapatıyor, hepinize teşekkür ederim.

BİRİNCİ GÜN
İKİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı

Eraslan ÖZKAYA
(Yargıtay Başkanı)

*DÜŞÜNCE, VİCDAN, DİN VE
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ*

TEBLİĞ: I

Prof. Dr. Jean DUFFAR (Paris-Saint Maur Üniversitesi öğretim üyesi):

(Konuşmanın metnine ve ses kaydına ulaşamadım. Elimizde bulunan Fransızca konuşma planının yayımlanmasının da bir yararı olacağı düşünülmemiştir.)

TEBLİĞ: II

Anthony BRADLEY (Avrupa ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü):*

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

MADDE 10

1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın

* Oxford Üniversitesi; Anayasa Hukuku Emeritus Profesörü, Edinburgh Üniversitesi; avukat, Inner Temple, Londra; M Janis ve R Kay ile birlikte editör, European Human Rights Law text and materials (2. baskı, 2000; Oxford University Press). "İfade Özgürlüğü" başlıklı tebliğ.

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo ve televizyon ve sinema işletmelerini bir izin sistemine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Bu özgürlüklerin kullanımı görev ve sorumluluklar taşıdığı için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde, ulusal güvenliğin toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi sağlığın veya ahlakın başkalarının şöhret ve haklarının korunması gizlilik içinde elde edilmiş bilgilerin açıklanmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen kaidelere koşullara sınırlamalara ve yaptırımlara tabi olabilir.

Giriş

A. İfade özgürlüğü hakkı Sözleşme'yi (AİHS) hazırlayanların hukuk ve yönetime yaklaşımlarını anlayabilmek için çok önemlidir. Yakın zamanda Strasbourg Mahkemesi Gaveda Polonya'ya karşı davasında¹ bunu özetlemiştir. Aşağıdaki metinden Mahkeme'nin daha önceki kararlarından alıntılar çıkartılmıştır.

"32. İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun zorunlu dayanaklarından birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin kendini geliştirmesi için en temel koşullardan birini oluşturur. Her ne kadar ifade özgürlüğü istisnalara tabi olabilirse de, bu istisnalar dar olarak yorumlanmalı, ve kısıtlamaların gerekliliği ikna edici biçimde ortaya konmalıdır.

33. Madde 10, paragraf 2'ye tabi olmak üzere, ifade özgürlüğü sadece hoşça giden ya da insanlara zarar vermeyen veya kayıtsızlıkla karşılanan 'haber' veya 'fikirler' için değil, gücendiren, şoka sokan veya rahatsız eden haber veya fikirler için de söz konusudur. 'De-

¹ (2002) 12 BHRC 486. BHRC 1997' de başlayan ve şu anda 14 cilde ulaşılmış olan Butterworths Human Rights Cases adlı hukuk raporları dizisidir.

mokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleri bunlardır.

34. *Demokratik bir toplumda basın temel bir rol oynar. Özellikle başkalarının hakları ve itibarları konusunda bazı sınırları aşmaması gerekse de, yine de görevi - yükümlülükleri ve sorumlulukları ile tutarlı bir biçimde kamuyu ilgilendiren konularda bilgi ve fikir vermektir. Bu sadece basının haber ve fikir verme görevi ile sınırlı kalmaz: halkın da bu haber ve fikirleri alma hakkı vardır. Başka türlü olsaydı, basın büyük önem taşıyan 'kamusal bekçi köpeği' görevini yerine getiremezdi. Madde 10 sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, ayrıca ifade edilme şekillerini de korur. Özellikle gazetecilik özgürlüğü bir dereceye kadar abartma veya hatta provokasyona başvurmayı da kapsar.*

35. *Mahkeme son olarak Madde 10'un yayınlara önceden kısıtlamalar getirilmesini yasaklamadığını hatırlatır. Ancak ön kısıtlamaların nitelikleri gereği yarattığı tehlikeler en dikkatli incelemeleri gerektirirler."*

Gaueda Polonya'ya karşı davasında, Polonya mahkemeleri G'nin 1984 Basın Kanunu altında yeni bir derginin ismini kayıt ettirme isteğini reddetmiştir: belirtilen sebep teklif edilen ismin ("*Aylık Sosyal ve Siyasal Dergi - Bir Avrupa Ahlak Mahkemesi*") derginin içeriğiyle ilgili olmayışındır. G tarafından başka bir dergiyi kaydettirmek için yapılan ikinci bir başvuru da teklif edilen ismin Polonya ile Almanya arasındaki iyi ilişkilere zarar verici olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. 1984 Basın Kanunu'na göre Adalet Bakanlığı tarafından kayda geçirilmeyen bir derginin yayınlanması suç oluşturmaktadır. Strasbourg Mahkemesi, Basın Kanunu'nun vatandaşın davranışlarının sonuçlarını öngörebilmesini sağlayacak yeterlilikte açık ve kesin olmadığı sebebiyle G'nin ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği kararına varmıştır. Böylece, G'nin yayınına getirilen kısıtlama '*kanunda öngörülmemiş*' değildir. Başka bir deyişle, Kanun Polonya yetkililerine yeni bir derginin adını onaylamak veya reddetmek için öylesine geniş bir takdir yetkisi veriyordu ki bu yetkinin keyfi bir biçimde uygulanma olasılığı gerçek bir tehlike oluştuyordu.

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

(Şöyle bir soru ortaya çıkıyor: Polonya yasa koyucusu neden yeni bir derginin isminin yayınlanmadan önce onaylanması gerektiğini duydu?)

Madde 10'un yapısı

B. Madde 10'un yapısı Madde 8 (aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkı), Madde 9 (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ve Madde 11'e (toplantı ve dernek özgürlüğü) benzer. Önce ifade özgürlüğü hakkının neleri kapsadığı belirtilir (1. paragraf) sonra özgürlüğe kısıtlama veya sınırlandırmaya izin verilebileceği şartlar ortaya konulur (2. paragraf). Bu yapı böylece Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın "*Meclis konuşma veya basın özgürlüğünü ... kısıtlayan hiç bir kanun yapamaz ...*" diyen birinci maddesinden çok farklıdır.

Bu konuşma ve basın özgürlüğünü mutlak terimlerle sağlar: uygulamada sınırlandırmalar tanınmak zorundadır. AİHS'nin 10. maddesinin ifade özgürlüğüne zorunlu kısıtlamalar olduğunu tanıyan yaklaşımı Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 19. maddesine yansır.² Ancak bazı farklar bulunur: Madde 19, AİHS altında ifade özgürlüğünü sınırlayabilecek tüm sebepleri içermez.

Madde 10 ışığında karar mekanizması, AİHS

C. Madde 10'u uygularken sorulması gereken soruların sırası:

[1] Başvuru sahibi ifade özgürlüğü hakkına madde 10(1)'in kapsamında görünüşte kuvvetli bir kısıtlama veya sınırlama gösterebilir mi?

[2] Eğer gösterebilirse, kısıtlama veya sınırlamanın madde 10(2)'ye göre savunulabilir olduğunu kanıtlama sorumluluğu Devlet'e geçer. Bunun sonucu olarak davalı Devlet şu üç konuyu saptamalıdır:

² Madde 19: 1/ Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır.

[2.1] kısıtlama veya sınırlama *'kanunda öngörülmüştür'* (bunun anlamı için Gaweda Polonya'ya karşı davasına (yukarıda) ve aşağıdaki paragraf F'ye bakınız), ve

[2.2] kısıtlama veya sınırlama aşağıdaki sebeplerin bir veya birkaçı dolayısıyla getirilmiştir (Not - bu liste serbest ifadeyi sınırlamak için geçerli sebeplerin kapalı bir listesidir; *'açık-uçlu'* değildir ve, *"veya herhangi benzer başka sebeplerden dolayı"* gibi bir ifadeyle bitmez):

- ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti çıkarları,
- kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi,
- sağlığın veya ahlakın korunması,
- başkalarının şöhret ve haklarının korunması,
- gizlilik içinde elde edilmiş bilgilerin açıklanmasının önlenmesi,

veya

- yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması, ve

[2.3] kısıtlama veya sınırlamanın söz konusu amaç için demokratik bir toplumda zorunlu olması.

Bir çok durumda, Madde 10'un uygulanması çatışan çıkarlar arasında bir denge kurmayı gerektirebilir - örneğin, adil yargılanma hakkı (Madde 6(1)) ve davanın adil olmasını tehlikeye sokabilecek olan basına açık olması; veya bireyin kişisel gizlilik (özel alan) hakkı (Madde 8(1)) ve *'özel yaşamına'* medyanın ilgisi.

D. Varsayımsal bir vaka - Madde 10 nasıl uygulanmalı

Yerel bir gazete, bölgesel bir medeni hukuk mahkemesindeki yargıcın etkisiz ve yetersiz olduğuna, genellikle mahkemeye geç gelip erken gittiğine, mahkeme listelerinin

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

zamanında karar verilmiş olması gereken gecikmiş davalarla dolu olduğuna, yargıcın mahkemede zaman kazanmak için tarafları temsil eden avukatları tam olarak dinlemediğine, tanıklara kaba davrandığına ve her zaman kiracılara karşı ev sahiplerini, işçilere karşı işverenleri kayırdığına dair yorumlarda bulunan bir makale yayınladı. Makale en sonunda iki soru sorar: (1) nasıl olur da böyle bir yargıcın görevine devam etmesine izin verilir? (2) yargıcı kendisine karşı yapılan bir çok şikayetten koruyan önemli yerlerde arkadaşları mı vardır?

Bu makalenin üzerine Adalet Bakanı gazetenin yazı işleri müdürüne ve makaleyi yazan gazeteciye karşı ceza davası açar. Davada kanıt olarak, makalenin dikkatli bir araştırma sonucu yazılmış olduğu ancak bazı hatalı ifadeler içerdiği öne sürülür. Gazetecinin, yargıcın '*önemli yerlerde arkadaşları*' olduğu iddiasını doğrulayacak kesin bilgileri yoktur; bu iddiayı adını vermek istemediği bir kamu görevlisinden edindiği bilgiye dayandırmaktadır. Yazı işleri müdürüne ve gazeteciye makalenin, adaletin sağlanması ve devletin dürüstlüğü konularında kamunun güvenine verdiği zarardan dolayı para cezası verilir. Temyizde para cezası teyit edilir. Yazı işleri müdürü ve gazetecinin Madde 10 kapsamında iyi bir davaları var mıdır? Bunu belirlemek için hangi sorular sorulmalıdır?

Madde 10 (1) ile Madde 10(2) arasındaki denge

E. Madde 10'un yapısından dolayı Strasbourg Mahkemesi'nin Madde 10'la ilgili çoğu kararı Madde 110(2)'ye ait konuları gündeme getirmiştir. Daha önce de söylenmiş olduğu gibi "*Sözleşme kapsamındaki serbest ifade kanunu büyük ölçüde Madde 10(2) kanunudur.*"³ Bir gazetenin, Talidomid vakasının mağdurlarının ilacın üreticilerine karşı hala devam eden davası hakkında bir makaleyi yayınlama özgürlüğü ile ilgili ilk başlardaki bir davada Strasbourg Mahkemesi şöyle demiştir:

³ Janis, Kay ve Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials* (2. baskı, 2000), sayfa 143.

“Mahkeme iki çelişen ilke arasında bir seçimle değil, dar olarak yorumlanması gereken bir takım istisnalara tabi olan bir ifade özgürlüğü ilkesi ile karşı karşıyadır.”⁴

Kısıtlamanın kanunda öngörülmüş olması koşulu

F. Bu koşulun yerine getirilmesi için kısıtlamanın ulusal hukuka uygun olması zorunlu bir şarttır. Bu nedenle eğer resmi bir görevli kasıtlı, veya ihmalkarlık sonucunda bunu yapma yetkisi olduğuna inanarak kanuna aykırı olarak bir dergiyi toplatırsa, Devlet Strasbourg’da savunmasını Madde 10(2)’ye dayandıramaz. Ancak yapılan hareket ulusal hukuka uygun olsa bile Madde 10(2)’nin amacı için her zaman ‘kanunda öngörülmüş’ olmayabilir:

“Öncelikle kanun yeterince erişilebilir olmalıdır: vatandaşın belli bir dava için geçerli olan hukuki kuralların şartlarında yeterli bir ipucu olmalıdır. İkinci olarak bir kaide, vatandaşa davranışlarını düzenleyebilmesine olanak tanıyacak kadar yeterli bir kesinlik ve hassaslıkla biçimlendirilmediği sürece ‘kanun’ olarak değerlendirilmez; vatandaş belli bir davranışın yol açabileceği sonuçları, mevcut şartlar altında makul bir dereceye kadar, öngörebilmelidir”⁵

Sunday Times davasında, Mahkeme ‘içtihat hukuku’nun mahkemeye itaatsizlik kuralının mahkemeler tarafından yeterince kesin bir düzeyde geliştirildiği kararına vardı. Böylece İngiltere’de bir kural hiç bir Parlamento Kanunu’na dahil olmasa bile ‘kanunla öngörülmüş’ olabilir. Gaweda Polonya’ya karşı davasında, Basın Kanunu yeni bir derginin isminin onaylanması gerektiği kuralını içeriyordu ama onayın verilip verilmeyeceğini belirleyecek olan meseleleri yeterince tanımlamıyordu. Kamu yetkilileri yayımlanmamış kurallardan kaynaklanan sansür yetkileri kullanacak olurlarsa ‘kanunla öngörülmüş’ kavramı sorunlar doğurabilir.⁶

⁴ Sunday Times İngiltere’ye karşı (1979) 2 EHRR245, paragraf 65.

⁵ Sunday Times İngiltere’ye karşı, paragraph 49. cf

⁶ Silver İngiltereye karşı (1983) 5 EHRR 342.

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

Oranlılık - ve takdir payı

G. 'Oranlılık' kavramı AİHS'nin bir çok yönünde karşımıza çıkar. Madde 10(2)'ye göre devlet, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlama veya sınırlamanın hem '*kanunla öngörül-müş*', hem de '*demokratik bir toplumda zorunlu*' olduğunu göstermelidir. Bu son ifade oranlılık testine kapıyı açar. Mahkeme'nin madde 10(2)'ye göre belirlemiş olduğu yaklaşım ifade özgürlüğüne '*acil sosyal bir ihtiyacı*' karşılamak için müdahale edilip edilmediğine ve müdahalenin '*erişilmeye uğraşılan meşru amaçla oranlı*' olup olmadığına karar vermektir. Mahkeme '*zorunlu*' sıfatının '*vazgeçilmez*' ile eş anlamlı olmadığını söylemiş ve şöyle devam etmiştir:

*"ama 'kabul edilebilir', 'sıradan', 'yararlı', 'makul' veya 'istenilen' gibi ifadelerin esnekliğinde de değildir."*⁷

'*Demokratik bir toplumda zorunluluk*' testinin Sözleşme'nin metninde bulunmasına rağmen, Strasbourg Mahkemesi Sözleşme'de yazılı olmayan diğer bir önemli kavramı geliştirmiştir: '*takdir payı*' kavramı. Bunun etkisi Mahkemenin şikayet edilen kararı veren Devletin yerine geçerek esas karar verici olmayı hedeflememesidir. Bunun yerine Mahkeme, kararın Devlet yetkililerinin alabileceği olası kararların meşru '*takdir payı*' sınırları içinde olup olmadığını dikkate alır.

Mahkemenin sık sık ulusal düzeydeki '*takdir payı*'nın bir dereceye kadar Avrupa denetiminde olması gerektiğini söylemiş olmasına rağmen, '*takdir payı*' kavramı, Sözleşmenin koruduğu hak ve özgürlükleri aşındırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Madde 10(2)'ye göre Mahkeme müstehcenlik ve pornografi gibi konularda geniş kültürel ve dinsel farklılıkların varolabileceğini tanıdığı zaman bazı sınırlamalarda - özellikle '*ahlakın korunması için*' sanatsal ifadeye getirilen sınırlamalar⁸- oldukça geniş bir takdir payı olduğunu kabul

⁷ Silver İngiltere'ye karşı, paragraph 97.

⁸ Handyside İngiltere'ye karşı (1976) 1 EHRR 737; Müller İsviçreye karşı (1988) 13 EHRR 212.

eder. Ancak söz konusu Mahkeme'nin farklı Avrupa ülkeleri arasında ortak standartlar yerleştirebilmenin olası ve istenilir olduğunu düşündüğü yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması⁹ olunca takdir payı daha dardır.

'Zorunluluk' ve 'oranlılık' testleri Mahkeme'nin genel bir yetki ihtiyacının bulunduğu gösterilemediğini düşündüğü durumlarda -özellikle bu diğer devletlerde olmayan bir yetki ise- genel bir kaideye uygulanabilir. Ancak genel kaide 'zorunluluk' testini geçse de Mahkeme yine de başvuru sahibinin gerekçelerini dayandırdığı kişisel şartlara bakabilir ve o şartlar altında ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın haklı olmadığına kararına varabilir.

Madde 10(2)'yi ilgilendiren birçok davada Strasbourg Mahkemesi kararları bölünmüştür -bu genellikle şikayet edilen davranışın oranlılığı konusunda Mahkemenin farklı görüşlerinden ileri gelir.

Madde 10 davalarının kapsadığı konular

H. Varolan yer sınırları içinde tüm Madde 10 davalarını özetlemeye çalışmak olası değil.¹⁰ Bu davalar üç geniş kategori altında ortaya çıkarlar: Siyasi ifade, sanatsal ifade ve ticari ifade. Burada sadece siyasi ifade ile ilgili davalardan bir seçme sunulabilir. Genellikle bu tür davalar söz konusu devletin yönetimi veya hukuk sistemi için son derece hassas soruları gündeme getirirler. Diktatörlüklerde veya dayatılmış hükümet biçimlerinde, ya da herkese açık olmayan veya dogmatik bir ideolojinin hüküm sürdüğü yerlerde ifade özgürlüğü gelişemez. Komünizm günlerinde Romanya' da daktilo sahipleri makinalarını polise kaydettirmek zorundaydılar -belki de '*kalem kılıçtan güçlüdür*' bilinen gerçeğinin bir başka örneği!

⁹ Sunday Times İngiltere'ye karşı.

¹⁰ İngilizce yayınlarda tam açıklamalar için, Bkz., A.R. Mowbray, Cases and Materials on the ECHR (2001), 10. Bölüm; M. Janis, R. Kay ve A. W. Bradley, *European Human Rights Law- Text and Materials* (2. baskı, 2000), 5. Bölüm; ve D.J. Harris, M. O'Boyle ve C. Warbrick, *Law of the ECHR* (1995), 11. Bölüm.

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

Şüphesiz ifade özgürlüğü ile siyasi süreç arasında direk bir etkileşim bulunur:

“Demokratik bir sistemde hükümetin davranışları veya ihmalleri yalnızca yasama ve yargı yetkilerinin değil, basın ve kamu görüşlerinin de yakın takibine tabi olmalıdır. Dahası, hükümetin sahip olduğu baskın konum, özellikle karşıtlarının ve medyanın haksız saldırı ve eleştirilerine cevap vermenin başka yolları olduğu durumlarda, cezai kovuşturmalara başlamakta tahdit göstermesini gerektirir.”¹¹

Siyasetçilerin, kamu görevlilerinin ve kolluk güçlerinin eleştirilmesi

Yukarıdaki ilke ifadesi parlamentodaki muhalefet üyelerinden birinin, hükümetin Bask ayrımcılarına baskılarını ‘faşist’, acımasız ve zalim olarak eleştirdiği bir makale yayınlamasıyla ilgili olan Castells İspanya’ya karşı davasında Mahkeme tarafından verilmiştir: Davacı hükümete ciddi hakaretlerde bulunmak suçundan hüküm giymiş ve hapsedilmiştir. Bu davada, davacının ifadesinin doğruluğuna dair kanıt kabul edilemeyeceği kararına varılmıştır. Strasbourg Mahkemesi davanın kamu düzeninin sağlanması, yani meşru bir amaç için açıldığını, ancak davanın yürütülmesinin yazarın ifade özgürlüğüne gereksiz bir müdahale olduğu kararına varmıştır.

Mahkeme çoğunlukla hükümete, yerel memurlara, silahlı kuvvetlere ve kolluk güçlerine karşı yapılan şikayetlerin başvuru sahibine özel hukuk yaptırımları veya cezai yaptırımlar şeklinde ters sonuçlar doğurduğu durumları dikkate almıştır.¹² Bu tür cezalar bireyin ifade özgürlüğünü ihlal etme riski taşırlar. Madde 10(2)’deki “başkalarının şöhret ve haklarının

¹¹ Castells İspanya’ya karşı (1992) 14 EHRR 445.

¹² Örneğin, Maronek Slovenyaya karşı (2001) 10 BHRC 558 (devletin sahip olduğu konutun tahsis edilmesi hakkındaki şikayet savcının şikayetçiye karşı medeni hukuk davası açmasına ve zarara değer biçilmesine yol açmıştır –madde10’un ihlali)

korunması" istisnası, kamu görevlilerini konut politikası gibi kamuyu ilgilendiren konuları gündeme getiren bireylerden korumak için serbestçe kullanılmak üzere hazırda bulunmaz. Hakaret kanunu da (özel hukuk veya ceza hukuku biçiminde) siyasetçileri kamu yetkilerini kulanmalarıyla ilgili siyasi saldırılardan korumak için kullanılmamalıdır. Bu, Avusturyalı bir gazetecinin Avusturya Başbakanı'nın (davranışlarını '*mantıksız, ahlaksız ve haysiyetsiz*' olarak tarif ederek) onurunu kuşku konusu yapmaktan dolayı hakareten hüküm giydiği bir davada görülmüştür: Avusturya mahkemeleri gazeteciyi mahkum ederken, yorumların dayandığı gerçekleri tartışmasa da ifade ettiği değer yargılamalarından dolayı cezalandırmışlardır.¹³

Hakareten mahkumiyet ile sonuçlanan kolluk güçlerinin zalim davranışlarına dair basın iddialarıyla ilgili bir davada Strasbourg Mahkemesi devletin, iddiaların siyasi ifade sayılmayacağını ve siyasi konuşmadan daha az koruma görmesi gerektiğini kabul ettirme çabalarını reddetmiştir.¹⁴ Ama yetkilerini kötüye kullandıklarına inandığı polis memurlarına hakaret edici sözlü saldırılarda bulunan bir kişinin suçlu bulunması Madde 10'un koruması altına girememiştir.¹⁵

Yargının ve yargı kararlarının eleştirilmesi

Madde 10(2) "*yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması*" (veya "*başkalarının şöhret ve haklarının korunması*") için gerekli durumlarda ifade özgürlüğüne kısıtlamalar içerir. Bu kısıtlama İngiltere'nin '*mahkemeye itaatsizlik*' kanununu da kapsar; kanunun bu kısmı medeni hukuk ve cezai adaletin mekanizmasını herhangi bir sebepten dolayı adaletin işleyişini engellemek isteyenlerin uygunsuz müdahalelerinden korumak için vardır. Gerçekten de bir suçla suçlanan bir kişi kendisine karşı açılan davada AİHS'nin 6. maddesinin birin-

¹³ Lingens Avusturya'ya karşı (1986) 8 EHRR 407.

¹⁴ Thorgeirson İzlanda'ya karşı (1992) 14 EHRR 843

¹⁵ Janowski Polonya'ya karşı (1999) 29 EHRR 705

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

ci paragrafına uygun olarak adil bir yargılamadan geçerse, medyanın o kişi hakkında yayımlayabileceği haberler zorunlu olarak kısıtlanacaktır: örneğin basın sanığın daha önceden sabıkası bulunduğunu halka duyuramayacak ve şahitlerle davada kanıtlar sunulmadan önce görüşemeyecektir. *'Medya tarafından yargılama'* madde 6(1)'le uyumlu değildir.

Basın özgürlüğüne bu tür kısıtlamalar, her ne kadar pratikte Avrupa'da çok değişmeler de, adalet yararına gereklidirler. Sunday Times İngiltere'ye karşı davasında, medeni hukuk mahkemeleri ulusal bir gazetenin, Talidomid faciasından doğan zararlar için sürmekte olan medeni hukuk davası hakkındaki bir makaleyi yayınlamasını yasaklar; makalenin amacı üreticilere facianın sorumluluğunu kabul etmeleri için baskı yapmaktır. Strasbourg Mahkemesi (11'e 9 oyla) yasağın *'yargının yetkisini sağlamak'* için gerekli olan önlemi aştığı kararına varmıştır. Mahkeme madde 10'un sadece basının halka bilgi verme özgürlüğünü değil, ayrıca halkın gereği gibi bilgi edinme hakkını da güvenceye aldığını gözlemlemiştir.¹⁶

Mahkeme diğer bazı davalarda, yargının eleştirisinin kabul edilebilir sınırları aştığı kararına varmıştır; bu davalarda, eleştirenlere yaptırımlar getirilmesi madde 10'u ihlal etmiş sayılmamıştır. İsviçre'den bir davada müvekkilinin kefaletle serbest kalmasını sağlayamayan bir avukat basın toplantısı düzenler ve yerel mahkemelere, yerel Baro tarafından meslek ahlakı ve disipline aykırı davranıştan para cezasına çarptırılacak şekilde ciddi eleştirilerde bulunur. Strasbourg Mahkemesi avukata karşı yapılanın İsviçre yetkililerinin takdir payını aşmadığı kararına varmıştır; her ne kadar avukatlar kamu huzurunda adaletin işleyişi hakkında yorumda bulunabilirlerse de, halkın yargı yetkililerine olan güvenlerini muhafaza etmekle yükümlüdürler.¹⁷ Mahkeme'de savcının taktiklerini çok sert bir biçimde eleştiren ve daha sonra savcı tarafından kendisine karşı hakaret davası açılan bir savunma avukatıyla

¹⁶ (1979) 2 EHRR 245, paragraf 66.

¹⁷ Sdböpfer İsviçre'ye karşı (1998) 4 BHRC 623.

ilgili Finlandiya'dan bir davada, Strasbourg Mahkemesi bir savunma avukatının ifade özgürlüğünün kendisine karşı yasal işlemle yalnızca çok nadir durumlarda kısıtlanabileceği kararına varmıştır.¹⁸ Diğer davalarda Strasbourg Mahkemesi yargıya eleştirinin gereken sınırları aştığı davalarla,¹⁹ yargının işleyişinin sert ve saldırgan eleştirisinin bile Madde 10'un koruması altına girebileceği davalar²⁰ arasındaki farkı ayırt etmek için çaba göstermiştir.

Araştırmacı gazetecilik ve gizli bilginin korunması

Birçok demokratik toplumda, basın ve medyanın görevlerinden biri yönetimin veya halkın tanıdığı kişilerin davranışlarının, hükümetin gizli tutmayı isteyeceği yönleriyle ilgili araştırmalarda bulunmaktır (yönetilenler adına). Bu şekilde yüksek yerlerdeki skandal ve yolsuzluklar ortaya çıkarılabilir ancak gazeteciler hem kullandıkları araştırma yöntemleriyle hem de sonuçları yayınlama biçimleriyle belli bir risk alırlar. Romanya'dan bir davada, yerel bir gazete devlet şirketlerinden birinin genel müdürünün iddia edilen bir dizi dolandırıcılığını açığa çıkarır ve bir senatörün dürüstlüğüne eleştirir. Daha sonra açılan cezai hakaret davalarının bazı sınırları aşmaması gerektiğine, ancak basının görevinin halkı ilgilendiren her konuda haber ve fikir vermek olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme "gazetecilik özgürlüğünün bir dereceye kadar abartma, hatta provakasyona başvurmayı da içerdiğini" kabul etmiş ve şu gözlemlerde bulunmuştur:

*"Ulusal takdir payı, demokratik toplumun, basının kamuyu ciddi anlamda ilgilendiren haberleri verirken haklı 'kamuunun bekçi köpeği' rolünü oynayabilmesini sağlama çıkarıyla sınırlanır."*²¹

Fransa'dan bir davada, hiciv kullanan bir gazete Peugeot araba şirketinin genel müdürünün Peugeot çalışanlarına zam

¹⁸ Nikula Finlandiya'ya karşı (2002) 12 BHRC 519.

¹⁹ Barfod Danimarka'ya karşı (1989) 13 EHRR 493; Pragere ve Oberschlick Avusturya'ya karşı (1995) 21 EHRR 1.

²⁰ De Haes ve Gijssels Belçika'ya karşı (1997) 25 EHRR 1.

²¹ Dalban Romanya'ya karşı (1999) 8 bhRC 91, paragraf 49.

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

yapmaya karşı gelirken kendisinin yüklü zamlar aldığını gösteren vergi matrahı belgelerini yayımlar. Belgeler büyük ihtimalle vergi yetkililerinin onayı olmaksızın elde edilmiştir ve gazeteciye karşı kovuşturma başlatılır. Strasbourg Mahkemesi vergi belgelerinin yayınlanmasını madde 10'un koruduğu durumların dahilinde bulur.²²

Buna rağmen eski bir maliye bakanının işlerini araştıran bir gazeteci, eski bakanın vergi kaçırmaktan ötürü davası sürerken mahkum edilmesi gerektiğini savunan bir makale yayımlayınca, gazetecinin makalesi, eski bakanın adil yargılanmasını etkilemesinin muhtemel oluşundan dolayı madde 10'un korumasının dışında bırakılmıştır.²³ Eski bir bakanın karısının özel yaşamıyla ilgili konularsa hakaret edici sözler sarfeden bir gazetecide madde 10'un koruması dışında tutulmuştur: Sözleri için mahkemede gazeteciye karşı açılan dava devletin takdir payı içinde bulunmuştur.²⁴ Bu tür durumlarda Strasbourg Mahkemesi halkın tanıdığı bir kişinin özel yaşamına ilişkin gizli bilgilerin yayınlanmasının basın rolünün uygun sınırlarını aşmış olduğunu belirtmek için tüm şartları yakından inceler.

Bir gazetecinin rolünün Mahkeme tarafından korunan bir yönü, gazetecinin edindiği bilginin kaynağını gizli tutma hakkıdır. İngiltere'den bir davada, bir gazeteci, mahkemenin, özel bir şirketin maddi işlerini ilgilendiren bilgileri açığa çıkaran kaynağın ismini açıklama emrine uymaması üzerine 5.000 sterlinlik para cezasına çarptırılır. Strasbourg Mahkemesi mahkeme emrinin hedeflenen amaçla oranlı olmadığına çoğunlukla karar verir: bir gazeteciye kaynağını açıklaması için herhangi bir zorlama hayati önem taşıyan kamu veya özel çıkarların tehlikede olduğu istisna durumlarla sınırlandırılmalıdır.²⁵

²² Fressoz ve Roire Fransa'ya karşı (1999) 5 BHRC 654.

²³ Worm Avusturya'ya karşı (1997) 3 BHRC 180.

²⁴ Tammer Estonya'ya karşı (2001) 10 BHRC 543.

²⁵ Goodwin İngiltere'ye karşı (1996) 1 BHRC 81. İngiltere mahkemesinin Asbworth Hospital Authority MGN Ltd'e karşı davasındaki karar ile karşılaştırın (2002) 12 BHRC 443 (Psikiyatri hastanesi ile ilgili bilgilerin kaynağını açıklama emri zorunlu ve oranlı bulunmuştur).

Siyasi protesto ve ceza hukuku

Madde 10(2) altında ifade özgürlüğü "*kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi*" için gerekli olan durumlarda sınırlanabilir. Hükümet politikalarına veya benimsemeyen siyasi kararlara karşı halk protestolarının, protestocularla, düzeni sağlamak için kendilerinden yardım istenen kolluk güçleri gibi birimler arasında sürtüşmelere yol açması olasılığı yüksektir. Demokrasilerde kamu düzeni üzerine yasaların barışçıl protesto için makul fırsatlar tanınması beklenebilir. Bu tür yasalar toplu gösterilerin, yürüyüşlerin ve başka toplantıların düzenleyicilerine bazı şartlar dayatabilirler -ve Strasbourg Mahkemesi'nin, toplantı ve yürüyüşlerin kolluk güçlerinin işbirliğiyle düzenlenmesini sağlayacak makul şartların ulusal '*takdir payı*' dahilinde olduğu görüşüne varma olasılığı yüksektir. Ancak protestocuların kolluk güçlerinin itirazlarına rağmen devam etmekte ısrar etmeleri ve yasal etkinliklerin işleyişini bozmak veya engellemekte kararlı olmaları büyük olasılıkla zorluklar doğuracaktır.

Strasbourg'a yakın zamanlarda İngiltere'den gelen davalar yabancı hayvanların vurulduğu veya tilkilerin köpeklerle avlandığı bir takım '*açık hava sporlarını*', bir otoyolun sayfiye yerlerine doğru uzatılışını, ve askeri helikopter satışını teşvik etmek için bir konferansın düzenlenmesini protesto eden gruplarla ilgiliydi.²⁶

Genellikle bu protestolar söz konusu etkinliklerin fiziksel olarak engellenmesini içeriyorlardı ('*barışın ihlali*', yani, bir suç teşkil ederek), ama helikopterlerin satışını protesto için protestocular eylemlerini pankart açmak ve barışçıl bir biçimde broşür dağıtmakla sınırladılar: Buna rağmen tutuklanıp yedi saat göz altında tutuldular.

Bu gibi davalarda Strasbourg Mahkemesi kolluk güçlerinin ve mahkemelerin protestoya tepkilerinin, düzenin

²⁶ Steel İngiltere'ye karşı (1998) 5 BHRC 339 ve Hashman İngiltere'ye karşı (1999) 8 BHRC 104.

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi hedefleri ile oranlı olup olmadığına karar vermek için olayları her başvuruda tek tek inceler.

1999'da Mahkeme, İngiltere'deki ceza mahkemelerinin bireyleri gelecekte '*iyi davranışlarda bulunmaya*' mecbur tutan bir emir verme yetkisinin kullanımını reddetti, çünkü böyle bir emir suç olmayan ve şiddete teşvik etmeyen ama sadece bir çok vatandaşın görüşüne göre '*yanlış*' kabul edilen davranışları da içerebilirdi.²⁷

Buna benzer davalar genellikle hukukun ve toplumun genel yapısına önemli bir tehditin olmadığı yerel protesto durumlarıyla ilgili olmuştur. İfade özgürlüğü için daha büyük problemler özellikle söz konusu meselelerin terörist eylemleri veya devletin istikrarını tehdit eden başka önlemleri doğuran tartışmalı ulusal politika konuları ile ilgili olarak ortaya çıkar. Terör eylemlerini veya başka suçları teşvik eden siyasi bir konuşma büyük olasılıkla Madde 10(2)'nin istisnaları arasına girer ama bir konuşma veya makalenin böyle bir etkisi olabileceğinin iddia edildiği durumlarda bile Strasbourg Mahkemesi devletin davranışının oranlılık testinin koşullarını yerine getirip getirmediğini ve devletin takdir payının dahilinde olup olmadığını dikkate alır; mahkeme durumun gerekleri konusunda ulusal yetkililerden farklı bir görüş ortaya koyabilir.²⁸

Saldırgan konuşma-ırk veya din düşmanlığına kışkırtma

İfade özgürlüğü AİHS tarafından mutlak bir hak olarak ele alınmadığından dolayı madde 10 bir devletin etkilerinin din veya ırk düşmanlığına kışkırtma olması anlamında saldırgan konuşma veya yayınlara kısıtlamalar getiren kanun-

²⁷ Hashman İngiltere'ye karşı.

²⁸ Davalardan bazıları Zana Türkiye'ye karşı (1997) 4 BHRC 241; Incal Türkiye'ye karşı (1998) 4 BHRC 476; ve Sürek Türkiye'ye karşı (1999) 7 BHRC339

ları olmasını engellemez. Bu tür kanunların kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, veya başkalarının şöhret ve haklarının korunması gibi amaçlar için '*demokratik bir toplumda zorunlu*' oldukları gösterilebilir. Durum, bu tür kanunların etkisi siyasal konuşmanın içeriği ve niteliğine kısıtlamalar getirmek olsa da böyledir. Danimarka'dan bir davada Mahkeme çok fazla ırkçı bir dil kullanan bir televizyon programının (ki sonradan konuşmacılar böyle bir dilin kullanımından dolayı suçlu bulunmuşlardır) halkın farklı kesimlerinin görüşlerini bildirmek adına yapılmış olarak savunulabileceği ve programın yapımcısının esas söylenenlerin saldırganlığını tekrar etmekten dolayı ceza hukuku açısından sorumlu olmadığı kararına varmıştır.²⁹ Fransa'dan bir davada Mahkeme, Fransa'nın işgali sırasında Marshal Petain'in Nazi yetkilileri ile işbirliğinin olumlu bir ışık altında görülmesi çağrısında bulunan bir reklam yayınlayan kişileri suçlu bularak Fransız mahkemelerinin oransız davrandıkları kararına varmıştır.³⁰

İfade özgürlüğü ve kamu görevi

Güçler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş olan demokratik bir sistem içerisinde, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü sıradan vatandaşlar için geçerli olmayan sınırlamalara tabidir. Böylece bir hakim, o konumda bulunduğu süre içinde, yargı görevlerini AİHS'nin 6. maddesinin 1. paragrafının gerektirdiği biçimde bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirebilmesini sağlayabilecek şekilde davranmalıdır. Dolayısıyla bir hakim, bir parlamento üyesi gibi, siyasi görüşlerini açıkça ifade edebilme özgürlüğüne sahip değildir ve siyasi etkinliklere katılmak arzusu varsa istifa etmek zorundadır. Aynı şey, genellikle farklı sebeplerden ve değişen derecelerde olmak üzere, yüksek mevkili devlet memurları, silahlı kuvvetler ve kolluk güçleri mensupları gibi kamu görevlileri için de geçerlidir. Siyasi etkinliklere bu tür kısıtlama-

²⁹ Jersild Danimarka'ya karşı (1994) 19 EHRR 1.

³⁰ Lehideux Fransa'ya karşı (1998) 5 BHRC 540.

ANTHONY
BRADLEY'İN
TEBLİĞİ

ların gerekliliği Mahkeme tarafından açık ve net bir vak'anın gösterilebildiği durumlarda desteklenmiştir.³¹ Ancak bu tür kısıtlamaların dayatılması oranlılık testinin şartlarını yerine getirmelidir: Mahkeme profesyonel davranışları diğer açılardan tamamen tatmin edici olan bir Alman öğretmenin, Komünist partiyi desteklediği için işten çıkarılmasını oransız bulmuştur.³²

Son Söz

I. AİHS'nin 10. maddesinin bu incelemesi geniş kapsamlı değildir ve Madde'den ileri gelen bir çok zor konuyu derinlemesine irdelemek de mümkün olmamıştır. Şüphesiz her ne kadar özgürlüğün sınırlarını saptamak çoğunlukla zor olsa da, ifade özgürlüğü bu günün Avrupa demokrasilerinde temel bir ilkedir: Bu özgürlüğün kullanımının toplumun diğer güçlü çıkarları üzerinde bir etki yaratması kaçınılmazdır. İyimserlik için bir sebep, küresel elektronik haberleşme, radyo ve televizyon yayını patlamasının madde 10(1)'in ifade özgürlüğünün 'kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olanaksızın' haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerdiğine dair ifadesine artan bir önem yüklenmesidir.

³¹ A humi İngiltere'ye karşı (1998) 5 BHRC 111 (yüksek mevkilerdeki yerel devlet görevlileri); Rekvényi Macaristan'a karşı (1999) 6 BHRC 554.

³² Vogt Almanya'ya karşı (1995) 21 EHRR 205. Ayrıca bkz., Grigoriades Yunanistan'a karşı (1997) 4 BHRC43.

TEBLİĞ: III

Engin ÇAKMAK (Hakim, Danıştay Genel Sekreter Yardımcısı):

ENGİN
ÇAKMAK'IN
TEBLİĞİ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesine dayalı olarak Türkiye'den yapılan başvurulara ilişkin örnekler vermeden önce kısaca bu maddenin uygulanmasında Strasbourg Mahkemesi tarafından konulan kriterleri özetlemek istiyorum.

9. madde ile korunan, her türlü kanaat, inanç, görüş, felsefi öğreti gibi bireyin iç dünyasında oluşan hususlardır.

Dinsel anlamıyla bakıldığında sadece müminler için değil, aynı zamanda tanrıtanımazlar, şüpheciler, köktendinciler için de önemli bir kazanımdır.

Mahkemeye göre;

1- Devletler bu hakka mutlak şekilde saygılı olmak zorundadırlar.

2- Birey istediği inanca sahip olur, inancını açıklamaya zorlanamaz, inancı nedeniyle suçlanamaz, zorla ya da serbest iradesini etkileyen yollarla bir inancı kabul etmeye mecbur edilemez.

3- Kişinin seçtiği dini açığa vurma hakkı ve özgürlüğü vardır. Açığa vurma, tek başına ya da topluca aleni veya özel şekilde öğretim, uygulama ve ayin şeklinde ortaya çıkar.

Bu noktada, din ve vicdan özgürlüğünün değil, ama dinini veya inancını açıklama özgürlüğünün kısıtlanma halleri ortaya çıkar.

İhlal başvurularının incelenmesinde Mahkeme özgürlüğe getirilen sınırlamanın;

a- Kanunla öngörülmüş olmasına,

* "Din Özgürlüğü" başlıklı tebliğ.

b- 9. maddede sayılan kamu güvenliği, kamu düzeni gibi amaçların teminine,

c- Demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı noktaları üzerinde durur

• Sınırlamanın mutlak bir sosyal gereklilik mi?

• Yapılan sınırlama bu gerekçeyle orantılı mı? sorularına cevap arar.

Konuyu kısaca açıkladıktan sonra Mahkeme'nin Türkiye'den yapılan başvurulara ilişkin kararlarını inceleyeceğiz. Sanıldığı aksine, 9. maddenin ihlali iddiasıyla yapılan fazla başvuru yok. Bu başvurulardan biri "*Kalaç Davası*".

Hava Kuvvetleri'nde askeri yargıç olan Kalaç hakkında Yüksek Askeri Şura kararıyla, disiplini bozma ve kötü hal ve tutum gerekçesiyle zorunlu emeklilik kararı alınmıştır.

Bu karara karşı açılan davada Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Askeri Şura kararlarının kesin olduğu ve yargısal denetime tabi olmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar vermiştir.

Kalaç, askeri yargıçlık görevinden zorunlu olarak emekli edilmesinin, dini inanç ve uygulamalarına dayandırıldığını ve bu nedenle din özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Davalı ülke olarak Türkiye, Mahkeme'ye, Bay Kalaç'ın Silahlı Kuvvetler'in bir üyesi olarak kalmasına izin verilip verilmeyeceğinin, sorunun temelinin teşkil ettiğini belirtmiştir. Zorunlu emeklilik kararı, din, vicdan veya inanç özgürlüğüne bir müdahale olmayıp, aksine Türk ulusunun temeline yani Silahlı Kuvvetlerin güvence altına almakla sorumlu olduğu laikliğe karşı bağlılık duymayan bir kişinin askeri hukuksal hizmetten uzaklaştırılmasını amaçlamaktadır. Başvurucu Süleyman Tarikatı'na bağlı olup, resmi olmasa da hukuk dışı fundamentalist eğilimlere sahip olduğu bilinen Süleyman topluluğunun faaliyetlerine katılmıştır. Dilekçeye eklenen çeşitli

belgeler göstermektedir ki, başvuru, bu topluluğa hukuki yardımda bulunmuş, eğitim toplantılarına katılmış ve tarikat üyesi olan kişilerin hizmet görevlisi olarak atanmasına yardımcı olmuştur.

Son olarak, Türkiye’de ister Müslüman ister başka inançlara sahip olsun, Silahlı Kuvvetlerde görev yapan herkese dininin gereklerini yerine getirme imkanı sağlanmıştır. Bununla birlikte, 9. maddenin sağladığı koruma, bir hizmet görevlisine ilişkin davada, üyelerinin faaliyetlerinin ordudaki hiyerarşik dengeyi bozması muhtemel olan fundamentalist bir hareketin üyeliği yönünde genişletilemez.

Mahkeme, din özgürlüğünün esas olarak bireysel bir vicdan meselesi olduğunu yinelemekle beraber, bir kişinin sadece toplum önünde kendisiyle aynı görüşü paylaşan kişilerle birlikte değil, tek başına ve özel olarak da dinini açıklama hürriyetine sahip olduğunu belirtmiştir. Madde 9, ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle bir kişinin dinini veya inancını açıklama biçimlerini içermektedir. Buna karşın 9. madde bir din veya inanç tarafından yönlendirilmiş her hareketi korumamaktadır. Bununla birlikte bir bireyin, dinini açıklama hürriyetini kullanırken, özel durumunu göz önünde bulundurması gerekebilir.

Bay Kalaç, askeri bir görev seçerek, doğası itibariyle Silahlı Kuvvetler mensuplarının belli hak ve özgürlüklerine, sivillere uygulanması mümkün olmayan sınırlamalar getirilmesi olasılığını içeren askeri disiplin sistemini kendi isteğiyle kabul etmiş olmaktadır. Devletler, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan kurulu düzene aykırı şu veya bu şekilde bir tutumu yasaklayarak, orduları için disiplin kuralları benimseyebilirler.

Başvurucunun, askeri yaşamın getirdiği sınırlamalar çerçevesinde, bir Müslümanın dininin gereklerini yerine getirebilmesine itiraz edilmemektedir. Örneğin, özellikle günde beş vakit namaz kılmasına ve Ramazan ayında oruç tutmak, cuma günleri camide vaazlara katılmak gibi diğer dini görevlerini yerine getirmesine izin verilmiştir.

Yüksek Askeri Şura'nın kararı, grup lideri Bay Kalaç'ın dini fikirleri, inançları ya da dini vazifelerini yerine getirme tarzı değil, tutum ve davranışları dikkate alınarak verilmiştir. Türk yetkililere göre Bay Kalaç'ın bu tutumu askeri disiplini bozmuş ve laiklik ilkesini ihlal etmiştir.

Mahkeme, buna göre, başvurusunun zorunlu emekliliğinin, böyle bir karara başvurusunun dinini açıklama şeklinin neden olmamasından, madde 9'da güvence altına alınan hakka müdahale anlamına gelmediği sonucuna varmıştır.

İnceleyeceğimiz ikinci karar üniversite öğrencilerinin giyimine ilişkin bir komisyon kararı olacaktır.

Şenay Karaduman-Lamina Bulut/Türkiye başvurularında komisyonun kabul edilmezlik kararında şu unsurlara yer verilmiştir:

Bu olaylardan üniversite yönetimi, kız öğrencinin diploma için başörtülü fotoğraf vermek suretiyle, başörtüsü yasağı koyan düzenlemeye riayet etmediği gerekçesiyle diploma vermeyi reddetmiştir.

Bu uygulamanın din ve vicdan özgürlüğünün ihlali anlamına geldiği ileri sürülerek yapılan başvuru, yüksek öğrenimini laik bir üniversitede yapmayı seçen bir öğrencinin bu üniversitenin düzenlemelerini kabul etmiş sayılacağı, dinsel inancı açığa vurma özgürlüğünün, farklı inanıştaki öğrencilerin karma oluşumunu sağlamak amacıyla, yer ve biçim bakımından sınırlanabileceği, laik üniversitelerin, öğrencilerin kılık-kıyafetlerine ilişkin kayıtlar koyarken bazı köktendincilerin yüksek öğretimde kamu düzenini bozmamalarını ve diğerlerinin inançlarına zarar vermemelerini sağlamaya özen gösterebilecekleri gerekçesiyle kabul edilmemiştir.

Komisyon kararında, Türk üniversitelerinde İslami tarzda türban takmanın, bunu takmayanlara karşı bir meydan okuma oluşturabileceği yolundaki Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirilmesini dikkate alınmıştır.

Görüleceği üzere, Komisyon çoğulculuk ve kamu düzenini koruma ilkelerini kararına gerekçe yapmıştır.

Strasbourg Mahkemesi İsviçre / Dahlab başvurusunda, bir öğretmenin işyerinde başörtüsü takmasınının 9. madde korumasına girmeyeceğine ilişkin kararı dışında başkaca bir kararı yoktur.

Strasbourg Mahkemesi'nin kabul edilebilirlik kararı verdiği, ancak nihai kararı birkaç ay içinde verilecek bir başvuru bulunmamaktadır.

Buraya kadar Mahkeme veya Komisyon tarafından verilmiş kararları irdelemeye çalıştım.

Fakat, içeriği itibariyle çarpıcı gördüğüm henüz karara bağlanmamış bir başvuruyu incelemek istiyorum.

Buradaki şaşırtıcı unsur, başvuruçunun aslında reddettiği demokratik toplumun çoğulculuk, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ilkelerini, kurduğu sistemin vazgeçilmez unsurları olarak açıklayan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin korumasını talep etmesidir.

Başvuran Müslüm Gündüz kendisinin, Aczimendi Tarikatının lideri olduğunu söylemektedir. Başvuru konusu olaylar “*Ceviz Kabuğu*” adlı haber programda geçmektedir.

Program sunucusu, Aczimendilerin toplumsal ve siyasi konulardaki görüşlerinin değerlendireceğini, kıyafetleri ile Kemalizm, Nurculuk konularının programın kapsamında olduğunu açıklıyor.

Gündüz, zikir ayinleri, dini kıyafetler üzerindeki konuşma sırasında Kemalizm ile ilgili olarak “*Kemalizm yeni çıktı, Kemalizm bir dindir, yani islam dinini yıkıp yerine gelmiş bir dinin adıdır. Kemalizm bir dindir, laiklik dinsizliktir, demokratiklik dinsizliktir*” açıklamasında bulunur.

Bu konuyla ilgili olarak Bedri Baykam demokrasi ve laiklik kavramları üzerine bir konuşma yapar.

Bedri Baykam: *“Laiklik insan özgürlüğüdür ve din işlerinin devlet işlerine karışmamasıdır.”*

Müslüm Gündüz: *“Kardeşim, işte ben diyorum ki, laik dinsizdir, demokrat adam dinsizdir, Kemalist adam Kemalizm dinindedir.”*

Bedri Baykam: *“Kemalizimin dinle bir alakası yoktur. Dine saygı vardır, herkes istediği dine mensup olabilir”*

Müslüm Gündüz: *“İşte beyefendi ben dinle alakası olmayana dinsiz diyorum yanlış mı söylüyorum? Ben demokrat bir adamım diyenin dini yoktur. Ben laikim diyen adamın dini yoktur.”*

Hulki Cevizoğlu: *“Bu görüşleri demokrasi sayesinde dile getirdiğini hatırlatıyor.”*

Müslüm Gündüz *“Hayır hiç demokrasi sayesinde değil, söke söke hakkımızı alacağız.”*

Katılımcılar islam ve demokrasi üzerine tartışmaya başlarlar.

Müslüm Gündüz: *“Bir Müslüman diğer bir Müslümana herhangi bir yardımda bulunursa onun adı ibadettir. Peki din ile devlet birbirinden ayrılın, şimdi ben bir hanımla evlendim nikah yapacağım, din ile devlet birbirinden ayrıldı, bu adam gidip Türkiye Cumhuriyeti'nin kendisine verdiği selahiyetle belediye memurunun yaptığı nikah ile gider zıfaf gecesine girerse ondan doğan çocuğun adı piçtir”*

Hulki Cevizoğlu: *“Estağfurullah.”*

Müslüm Gündüz: *“İslam dinine göre öyle ben şimdi demokrasiye göre konuşuyorum.”*

Bedri Baykam, konuşmalar sırasından bu düşüncelerin demokrasiyi yıkıp yerine şeriat rejimini kurmaya çalışmak olduğunu söylüyor. Bu söze karşılık Müslüm Gündüz: “*Tabii, o olacak, o olacak.*” şeklinde cevap veriyor.

Müslüm Gündüz bu programdaki konuşmaları nedeniyle halkı din farklılığına dayanarak kin ve düşmanlığa tahrik edici nitelikte beyanlarda bulunmaktan ceza alıyor, bu cezanın kesinleşmesi üzerine İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. ve 10. maddelerinde yer alan özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunuyor.

9. madde ile, inancın dış dünyaya aktarılması koruma altına alınmıştır. Ancak buradaki dış dünyaya aktarma eylemi, her türlü hareketi kapsamamaktadır. Bu eylemler, bir kimsenin dinin buyruklarını yerine getirmek üzere yaptığı ameller yani uygulama hareketleridir. Yoksa belli bir topluluğa yönelik ve mahsus amaçlar güden, bizatihi inancın telkin ettiği bir hareket ya da davranış biçimi 9. maddenin koruması dışındadır.

Olayımızda başvurucunun dini inancını açıklama özgürlüğü olarak 9. madde kapsamında olduğunu iddia ettiği davranışları, dinin emrettiği ameller değil, belli bir topluluğa dönük beyanlardır. Bu nedenle, olayda İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edilmediğini düşünmekteyim.

Oturum Başkanı: Tebliğleri için teşekkür ediyoruz. Katkıda bulunmak ya da soru sormak isteyenlere söz vereceğim. Buyrun.

TARTIŞMA

Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU: Hukukçuların insan hakları formasyonu programında, 9.,10., ve 11. maddeleri ele aldıktan sonra, bu metni hâkim ve savcılarımıza dağıtıyoruz. Avrupa Mahkemesi'nde görülmekte olan Müslüm Gündüz davası hakkında, “*siz Avrupa yargıçsı olsaydınız nasıl karar verirdiniz?*” diye, hâkim ve savcılarımızın bir kısmı Engin beyin düşündükleri gibi, diğer bir kısmı Müslüm Gündüz'ün söylediği sözlerinin etkisini, nerede, hangi saatte, hangi programda söylediğini,

TARTIŞMA

Müslüm Gündüz'ün kişiliğini ve diğer öğeleri, aynı zamanda din bilimsel tahlil de yapmak suretiyle, karşı görüşü de savunuyorlar. *“Biz Avrupa Mahkemesi yargıcı olsaydık, Türkiye'nin 10. maddeyi ihlal ettiğine karar verirdik”* biçiminde rapor hazırlayan yargıç ve savcılarımızın da az olmadığını belirtmekle yetiniyorum.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz sayın hocam.

BİRİNCİ GÜN
ÜÇÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı
Harun ÇETİNTEMEL
(Danıştay Başsavcısı)

DÜŞÜNCE, VİCDAN, DİN VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

TEBLİĞ: I

Jonathan COOPER, (Barrister, Londra)*

Madde 8, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

JONATHAN
COOPER'IN
TEBLİĞİ

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

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

Madde 8 dört klasik şartlı haktan biridir. Bu durumda cevaplandırılması gereken sorular şunlardır:

1. Şikayet birinci paragrafın kapsamına giriyor mu?
2. Hakka herhangi bir müdahale söz konusu mu?

Herhangi bir müdahale olup olmadığını belirlemek başvuru sahibinin sorumluluğudur. Bu sorumluluk sonra devlete geçer:

* "Özel ve Aile Yaşamının Korunması, İHAS m. 8" başlıklı tebliğ.

JONATHAN
COOPER'İN
TEBLİĞİ

3. Devlet müdahaleyi yasallık, gereklilik, ölçülülük/oranlılık ve ayrımcı olmama ilkeleri esasında haklı gösterebilir mi?

Özel Yaşam Kavramı

Özel yaşam kavramı, en geniş anlamıyla, devletin bireylere mümkün olduğunca az müdahale etmesi ve her bireyin kendi uygun gördüğü biçimde gelişmesine izin vermesi, fikirlerinin kabul edilmesidir.

Bu nedenle özel yaşam kavramı klasik bir sivil haklar olgusu olan devletin mutlak bir gerekçesi olmadığı sürece özel alana karışmasına izin verilmemesini içerir.

Özel yaşam fikri kapsamına kişisel özgürlükler, kişisel özerklik, kişisel bütünlük ve kişisel ilişkiler de girer. Bu fikirler daha geniş bir kavram olan devletin bireyin gelişmesiyle ilgili özel alanlarda kısıtlı rolünün bir kısmını oluştururlar. Bu geniş kapsamlı özel yaşamın gizliliği kavramı toplumda bireylerin devlet tarafından kontrolü, özel davranışların denetimi ve izleme/gözetleme gibi daha açık ve net kavramları içerir.

Madde 8 aşağıdaki örneklerde söz konusu olur. Bazı hallerde madde 8'in ihlal edilmeden yasal müdahalelere tabi olabileceği unutulmamalıdır.

Bedeni ve ahlaki bütünlük

Y. F. Türkiye'ye karşı davasında madde 8 zorunlu jinekolojik muayene ile ihlal edilmiştir. Benzer şekilde, X./Y. Hollanda'ya karşı ve M. C. Bulgaristan'a karşı davalarında yasaların bireylerin bedeni bütünlüğünü diğer özel kişiler tarafından müdahalelere karşı koruyamamaları madde 8'i ihlal etmiştir.

Kişinin kimliği

Bu şunları içerir: isim hakkı (Cuillot Fransa'ya karşı); cinsiyetin yeniden belirlenmesi hakkı ve transeksüellere kimlik

hakkı (B. Fransa'ya karşı; Goodwin İngiltere'ye karşı). Kişinin kimlik hakkı ayrıca azınlık bir grubun üyesi olarak bir kimlik hakkını da beraberinde getirir. Böylece, kuzey Finlandiya'daki çingeneler ve yerli halk madde 8'den yararlanmışlardır.

Kişisel veya özel alan

Niemitz Almanya'ya karşı davası başkaları ile ilişki kurmak için özel alan hakkını onaylamıştır. Ayrıca Romen ve Schmit Lüksemburg'a karşı ve Elçi Türkiye'ye karşı davalarına bakınız.

Cinsel yönelim, kimlik ve ilişkiler

Norris İrlanda'ya karşı davası cinsel kimlik hakkının lezbiyen veya gay cinsel kimliklerini de içerdiğini onaylamıştır.

Özel hayatın gizliliği ve izinsiz yayınlar

Ünlü kişiler ve kraliyet ailesi mensupları özel hayatlarını medyanın ihlallerinden korumak için madde 8'i kullanmışlardır (Spencer İngiltere'ye karşı; Monako Prensesi Caroline Almanya'ya karşı. Ayrıca sıradan insanların hayatlarına medyanın ihlalleri durumunda da madde 8 geçerlidir.

Kişisel bilgiler

Bu nüfus sayımlarını ve kimlik bilgilerini içerir. Her ne kadar özel yaşama saygı hakkına müdahale olsalar da, nüfus sayımları ve kimlik düzenlemelerinin tek başlarına bu hakkın ihlali sayılmaları olasılığı azdır.

Ev ve çevre

Bilgin Türkiye'ye karşı davasında başvuru sahibinin evinin güvenlik güçleri tarafından yıkılması ev hayatı hakkını ihlal etmiştir. Gillow İngiltere'ye karşı davasında da başvuru sahiplerinin evlerinde yaşayamamaları da ihlal sayılmıştır. Madde 8 kanun planlamada ve kişileri çevrenin verebileceği şiddetli rahatsızlıklardan korumak için direk etkili olabilir (bakınız Guerra İtalya'ya karşı; Lopez-Ostra İspanya ya karşı;

JONATHAN
COOPER'İN
TEBLİĞİ

ve Hatton İngiltere'ye karşı davaları). Çingeneleri ve Roma toplumlarını etkileyen planlama kontrolleri de madde 8(1)'in kullanımını gündeme getirir (Buckley İngiltere'ye karşı).

Haberleşme

Tutukluların hukuki danışmanları ve/veya mahkemelerle gizlilik içinde haberleşme hakları vardır. Bu husus Golder İngiltere'ye karşı, Öcalan Türkiye'ye karşı gibi çeşitli davalarda tekrar tekrar onaylanmıştır. Kayda değer bir başka nokta da şudur ki tutukluların özgürlüklerini yitirmelerinin sonucu tanım itibarıyla kısıtlanan veya ellerinden alınan haklarının dışında Sözleşme'nin garanti ettiği tüm hakları mahfuzdur.

Gözetleme/İzleme

Her türlü gizli polislik ve izleme/gözetleme madde 8(1)'i gündeme getirir ve bu yüzden madde 8(2)'nin belirttiği esaslar temelinde haklı gösterilmeleri gerekir (Malone İngiltere'ye karşı; Halford İngiltere'ye karşı). Devlet güvenlik servisleri tarafından sistematik olarak biraraya getirilip muhafaza edilen özel bilgilerin toplanması madde 8'le ilgilidir. Bu özellikle kişinin uzak geçmişi ile ilgili bilgiler söz konusu olduğunda ortaya çıkar (Rotaru Romanya'ya karşı). Peck İngiltere'ye karşı davasında kaydedilmiş, işlem görmüş ve saklanmış imajların olduğu CCTV tasarılarının madde 8(1)'in kapsamına girdiği kabul edilmiştir.

Polislik

Örnek toplamadan (Murray İngiltere'ye karşı; Friedl Avusturya'ya karşı) kısırtma gibi polislik yöntemlerine (Texiera de Castro Portekiz'e karşı) kadar, hemen hemen her türlü polislik madde 8(1) kapsamına girer. Kişisel bilgileri muhafaza etmek toplamaktan farklıdır ve ayrıca haklı gösterilmelidir (X Almanya'ya karşı). Madde 8'i ihlal ederek elde edilen hiçbir kanıt ceza kovuşturmasında kullanılamaz aksi halde adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur (Allan İngiltere'ye karşı, ve ayrıca bakınız Schenk İsviçre'ye karşı ve Khan İngiltere'ye karşı).

Tıbbi bakım

Tedaviyi reddetmek veya kişilerin kendi onayı olmadan tedavi etmek Madde 8'in kapsamına girer. Tıbbi gizliliği açığa vurma AIHS'de sıkı kontrol altındadır (Z Finlandiya'ya karşı).

Sağlık bilgilerine ulaşım

Kişilerin özel bir sağlık riski ile karşı karşıya olmaları durumunda, uygun sağlık tavsiyeleri ve bilgileri verme görevi söz konusu olabilir (LCB İngiltere'ye karşı).

Kurbanların hakları

Devlet, suç özel kişilerce işlenmiş de olsa, suç kurbanlarını korumakla yükümlüdür (X ve Y Hollanda'ya karşı). Devletin bu yükümlülüğü suçları kovuşturmak için kanuni bir çerçeve oluşturmayı ve ayrıca mahkemede kurbanların gizlilik hakkını koruma görevini içerir.

Aile yaşamı kavramı

Aile yaşamının korunması da şartlı haklardan biridir; bu nedenle de devlet bu hakka yasallık, gereklilik, ölçülü/orantılı olma ve ayrımcı olmama ilkeleri temelinde müdahale edebilir.

Aile yaşamına saygı hakkının kapsamındaki konular üç genel başlık altında toplanabilir. Bunlar:

1. Aile yaşamının tanımı
2. Çocukları ilgilendiren meseleler
3. Göç

Aile yaşamıyla kastedilen nedir?

Marckx Belçika'ya karşı davası doğum ve doğumun yarattığı biolojik bağ nedeniyle evli olmayan bir anne ile çocuğunun aile yaşamını oluşturmaya yeterli olduğu fikrini yerleştirmiştir. Strasbourg Mahkemesi aile bağları ile ilgili

JONATHAN
COOPER'İN
TEBLİĞİ

yerel kanunların tüm ilgili kişilerin normal bir aile yaşamı sürebilmesini sağlaması gerektiği sonucuna vardı. Aile yaşamı yasal ve gerçek bir evlilik sonucu ortaya çıkan ilişkileri içerir, ve bu "aile yaşamı" henüz kurulmamış olsa dahi geçerlidir (Abdulaziz, Cabales ve Balkandali İngiltere'ye karşı)

Alışılmışın dışındaki aile yaşamı

Evli olmayan babalar

Evli olmayan bir babanın çocuğuyla birlikte bir aile yaşamına hakkı olabilir. Evli olmayan bir çift ayrıldıklarında bile baba ile çocuk arasındaki bağlar devam eder. Keegan İrlanda'ya karşı davasında evli olmayan baba eski kız arkadaşı tarafından kendi bilgisi ve onayı olmadan evlatlık olarak verilmek istenen çocuğunun velayeti için başvurmuştur. Aile yaşamı kavramı doğal baba ile evlilik dışı doğan çocuğu arasında gelişebilecek olan olası bir ilişkiye kadar genişletilebilir (Soderback İsveç'e karşı).

Genişletilmiş aile bağları

Aile yaşamı anneanne, babanne, dede ve kardeşler gibi yakın akrabalarla bağları içerebilir (Bronda İtalya'ya karşı). Bir akrabanın (örneğin bir amcanın) çocuğa bir baba figürü gibi davranarak çocukla çok yakın bir ilişki kurduğu durumlarda ailenin varlığından söz edilebilir (Boyle İngiltere'ye karşı).

Sıradışı aileler

Ebeveynlerden birisi transeksüel olan bir aile birimi aile yaşamı tanımı kapsamına girebilir (X. Y. ve Z. İngiltere'ye karşı). Lezbiyen veya gay çiftler arasındaki istikrarlı ilişkiler aile hayatına saygı hakkı değil, özel yaşama saygı hakkı altında korunur; ancak homoseksüel bir ebeveynin aile yaşamını sürdürebilmesine karşı ayrımcı davranışlar sözleşmeyi ihlal edebilir (Silva da Mouta Portekiz'e karşı; Frette Fransa'ya karşı).

Sunni döllenme/evlat edinme

Sunni döllenme veya evlat edinme yoluyla aile yaşamı kurma hakkı yoktur. Ancak, evlat edinme gerçekleşikten sonra anne baba ve çocuklar arasında aile yaşamının varlığından söz edilir. Evlat edinilen çocukla doğal aile arasındaki aile yaşamı ilişkisi sona ermiş sayılmaz (Eriksson İsveç'e karşı).

Anne ve babası evli olmayan çocuklar

Sözleşme çocuklar arasında anne babalarının medeni durumlarına dayanarak ayrımcılık yapılmasına izin vermez (Marckx Belçika'ya karşı). Sözleşme'ye göre anne babası evli olmayan çocuklara en yüksek düzeyde koruma sağlanmıştır.

Çocuklar ve insan hakları

Aile yaşamı davalarında mahkeme çocukları ilgilendiren herhangi bir anlaşmazlığın çocuğun menfaati göz önüne alınarak çözülmesi sonucuna varmıştır. Çocuğun menfaatinin ne olduğunu belirlemek için Birleşmiş Milletler Çocuk Hakkı Sözleşmesi'ne başvurmak uygundur.

Devlet çocukların istismar riskinde oldukları durumlarda '*normal bir aile hayatı*'na olanak tanımakla yükümlüken, aynı zamanda bu çocukları korumak için pozitif yükümlülük altındadır (Z. İngiltere'ye karşı).

Çocukları bakıma almak

Bir çocuğun bakıma alınma durumunda madde 6'nın garanti ettiği adil yargılanma hakkının standartlarına uygun prosedür ile ilgili koruyucu unsurlar mutlaka işlemlere dahil edilmelidir (W. İngiltere'ye karşı).

Göç ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Uluslararası hukukun genel bir ilkesi olarak bir devlet o devlete kimin girip kimin giremeyeceğini düzenleme hakkına sahiptir. Ancak bu genel ilke bir dereceye kadar Avrupa

JONATHAN
COOPER'İN
TEBLİĞİ

İnsan Hakları Sözleşmesi ve aile yaşamına saygı hakkında etkilenmiştir.

Madde 8 devletin evli bir çiftin aile üyelerinden birinin oturma izni olmadığı bir ülkede yaşamalarına izin vermesini gerekli kılmaz. Abdulaziz et al İngiltere'ye karşı davasında Strasbourg Mahkemesi İngiltere'nin başvuru sahiplerinin aile yaşamı hakkını ihlal etmediği kararına vardı çünkü başvuru sahipleri eşlerinin ülkelerinde aile yaşamlarını sürdürebiliyorlardı.

Göç kontrolleri sonucunda ailenin dağılması söz konusu olduğu durumlarda madde 8 dikkate alınır (Moustaquim Belçika'ya karşı; Beldjoudi Fransa'ya karşı; Berehab Hollanda'ya karşı; Gul İsviçre'ye karşı).

Strasbourg Mahkemesi göç meseleleri ile ilgilenmekten kaçınmış bu yüzden de '*takdir payı*' (margin of appreciation) kavramına dayanmıştır. Bunun sonucu olarak, yakın zamana kadar, kesin ve net ilkeler belirlemek zor olmuş, bu da hem başvuru sahipleri hem de savunmacı taraflar için zorluklar yaratmıştır. Fakat Boultif İsviçre'ye karşı davasında mahkeme bazı daha net kriterler ortaya koymuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde ilkeler geliştirmek

Boultif davasında belirlenen kriterler kişinin suç işlediği veya artık orada kalma izni olmadığı bir ülkede ailesi olması durumunda dikkate alınmalıdır.

Karar, ilişkilerin ve evliliklerin farklı ülkelerden ve etnik gruplardan olan kişiler arasında gerçekleşebileceği, ve bu ve buna benzer farklılıkların çiftlerin sonuçta aile yaşamlarını nerede güven içinde sürdürebileceklerini derinden etkileyebileceği gerçeklerini göz önünde bulundurur.

Kültür ve dil farklılıkları da çiftlerin aile yaşamlarını nerede sürdürebilecekleri üzerinde etkili olacaktır.

Karar, bazı aile üyelerinin bağlarının eksikliği veya dil güçlükleri gibi gerçek engellerin bulunduğu hallerde mahkemenin büyük olasılıkla -ciddi bir suç kaydı gibi başka faktörlerin araya girmediğini varsayarak- ailenin uzaklaştırılan kişiyi izlemesini talep edemeyeceği ve aile yaşamına müdahalenin orantısız olduğu sonucuna varacağını tanınması açısından önemlidir.

Madde 8'in Tanındığı Haklara Kanuni Müdahaleler

“Yaşayan bir Araç”

Sözleşmeyi anlamının gerekliliklerinden biri sözleşmenin sürekli gelişen ve dinamik bir biçimde yorumlanması gerektiği ilkesidir. Bu nedenle Strasbourg Mahkemesi tekrar tekrar sözleşmenin “*yaşayan bir araç*” olduğuna değinmiştir (Tyrer İngiltere'ye karşı).

Böylece sözleşme zaman içinde değişmiştir: örneğin, sözleşmede güvenli bir çevre diye ayrıca bir hak olmamasına rağmen, mahkeme özel, aile ve ev yaşamlarını korumak için kişinin güvenli bir çevreye gereksinimi olduğunu kabul etmiş ve bu haklara güvenli çevreyi de dahil etmiştir (Guerra İtalya'ya karşı).

Bu durumda mahkemenin yaptığı yeni haklar yaratmak değil, varolan hakların kapsamlarını genişletmektir.

Sözleşme teorik ve hayali değil, '*pratik ve etkili*' hakları garantilemeyi hedefler.

Şartlı haklar

Şartlı haklar hakkın genel bir ilke olarak ileri sürülüp -örneğin, serbest konuşma hakkı -maddenin daha sonra bir takım şartlar getirdiği ve demokratik bir toplumda zorunlu olan ve müdahalenin hukuki bir temeli bulunan durumlarda müdahalenin yasal olduğunun açıklandığı haklardır. Böylece, ifade özgürlüğüne, özel yaşam hakkına, protesto etme ve sendikalara üye olma hakkına, ve dini inancını gösterme hakkına kısıtlamalar getirmek yasaldır.

JONATHAN
COOPER'İN
TEBLİĞİ

Açıkça görülebileceği gibi, bu haklar birbirleriyle çelişebilirler; bir kişinin özel yaşam hakkının başka bir kişinin ifade özgürlüğü hakkı olabileceği örneğinde olduğu gibi. Çelişen iki çıkar arasında adil bir denge kurulmalıdır; ve hakların yasal olarak nasıl şartlandırılacağı anlaşılırsa, Sözleşme'nin bir bütün olarak nasıl işlediği de anlaşılabilir.

Şartlı bir hakka yasal müdahale

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde şartlı hakların tümü benzer bir yapıya sahiptirler.

Birinci paragrafta hak ortaya konur, sonra ikinci paragrafta söz konusu olan hakka yasal olarak nasıl müdahale edilebileceği açıklanır.

Söz konusu olan hakkın konuyla ilgili olduğunu ve hakka bir müdahale bulunduğunu belirlemek başvuru sahibinin yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük sonra devlete geçer ve devlet müdahaleyi haklı göstermek durumundadır.

Lustig-Prean İngiltere'ye karşı

Bu tartışmalı dava genel olarak şartlı hakların, özellikle de Madde 8'in nasıl işlediğini açıklamak için iyi bir örnektir. Homoseksüel olan başvuru sahipleri cinsel tercihleri nedeniyle Silahlı Kuvvetler'den ihraç edilmişlerdir. Genel bir politika olarak, rütbesi veya görevleri ne olursa olsun, homoseksüel eğilimi olan hiç kimse Silahlı Kuvvetler'de hizmet edemez. General veya hademe farketmez; homoseksüel olduğu ortaya çıkan kişi görevden alınır.

Strasbourg Mahkemesi'nin cinsel yönelim konusuna yaklaşımı ayrıca Sözleşme'nin modern hayatın koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir araç olduğu ilkesinin uygulamasının iyi bir örneğidir. İlk başlardaki davalarda homoseksüel davranışlara getirilen ceza hukuğu yasaklamaları demokratik bir toplumda zorunlu olarak değerlendirilmiştir.

Ancak, Sözleşme'nin modern hayatın koşulları ışığında yorumlanması gerekliliğine dayanarak, Dudgeon İngiltere'ye karşı davasında mahkeme iki yetişkin erkek arasında tarafların karşılıklı rızasıyla meydana gelen cinsel ilişkiyi suç saymanın artık ne zorunlu ne de uygun sayılabileceği kararına varmıştır.

Dudgeon davasından beri Mahkeme cinsel kimliği koruyan özel yaşam kavramının lezbiyen veya gay cinsel kimliği de içerdiğini tekrar tekrar onaylamıştır.

Lustig-Prean davasındaki başvuru sahipleri (AİHS altında getirilen toplam dört dava vardı) Silahlı Kuvvetler'in politikasının özel hayatlarını sadece ilgilendirmekle kalmayıp, ihlal de ettiğini öne sürebilmişlerdir. Silahlı Kuvvetler'de gay veya lezbiyen olunamayacağı gerçeği başvuru sahiplerinin Sözleşme'den doğan haklarının özellikle ciddi bir ihlali kabul edilmiştir.

Bu durumda cevaplanması gereken soru İngiliz hükümetinin başvuru sahiplerinin madde 8 ile korunan özel yaşam haklarına müdahaleyi madde 8'in ikinci paragrafına dayanarak yasal bir müdahale olarak savunup savunamayacağıdır.

Hakları kısıtlama

Şartlı haklardan birine (madde 8, 9, 10, 11) herhangi bir müdahalenin yasal olabilmesi için devlet dört koşulu yerine getirebilmelidir. Bunlardan üçü şartlı hakların her birinin ikinci paragraflarında açıkça belirtilmiştir. Sonuncusu, ayrımcılığın yasaklanması, ise madde 14'e dayanarak, Sözleşme'nin ihlaline dair her iddiada dikkate alınmalıdır.

Yasallık: müdahalenin yasal bir temeli var mı?

Birinci test müdahale için açık ve net bir yasal temeli gerektirir. Bu şu demektir: Kişi Sözleşme haklarıyla müdahaleye izin veren kanunun ne olduğunu bilmeli veya öğrenebilmeli, ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmelidir.

JONATHAN
COOPER'İN
TEBLİĞİ

Yani iç hukukta müdahale için yasal bir temel olmalı ve kanunlar erişilebilir ve anlaşılabilir olmalıdır. Bu şartın amacı devletin keyfi davranma riskini önlemektir (Amuur Fran-sa'ya karşı).

Örneğin, çok yakın zamana kadar İngiltere'de telefon dinleme ve gizli takip kanunlarda gerektiği gibi yer almıyorlardı çünkü kullanımlarını düzenleyen geçerli resmi bir yapı yoktu. Durum böyle olunca, bir dizi davada telefon dinlemenin kendi başına madde 8'i ihlal ettiğinden değil, ama İngiliz hukukunda bu konuda açık ve net yasal bir temel olmadığı için Mahkeme İngiltere'nin madde 8'i ihlal ettiği sonucuna vardı. İngiltere bu davalarda sivil ve politik haklara herhangi bir kısıtlamanın kanunla belirlenmiş olması gerekliliğini yerine getiremiyordu.

Şartlı bir hakka herhangi bir kısıtlamanın iç hukukda - ki bu uluslararası hukukun geçerli kurallarını, kanun ve içtihatları ve hatta mevzuata dayalı yönetmelikleri de içerebilir - bir temeli olmalıdır.

Kanun ayrıca yeterince erişilebilir olmalıdır. Ancak sınırlar ötesi radyo ve televizyon yayınlarıyla ilgili karmaşık ve teknik kanunlar açıklanmaları için danışmanların yardımını gerektirebilirler (Gropper Radio A. G. İsviçre'ye karşı).

Müstehcenlik ve küfür söz konusu olduğunda değişen sosyal standartları yansıtabilmeleri açısından genel kanunlar uygun olabilir. Benzer şekilde Tolstoy İngiltere'ye karşı davasında Mahkeme iftira için ödenmesi gereken zararın belirlenmesinde jüriye detaylı bir yönlendirmede bulunulmamasını madde 10'la uyumlu bulmuştur.

Gaweda Polonya'ya karşı davasında bir yayını kaydettirme gerekliliği özellikle bu önceden engelleme olarak görülebileceği için, yeterince açık bulunmadı.

Mahkeme hangi çıkarın söz konusu olduğuna bağlı olarak hukuki kesinlik konusunda bir dereceye kadar esneklik

olabileceğini söylemiştir (Bronda İtalya'ya karşı; Rekvenyi Macaristan'a karşı).

Lustig-Prean davasında devlet, kurumun politikasının çeşitli Parlamento yasalarına dayanan açık ve net bir hukuki temeli olduğunu gösterebilmiştir.

Hakları kısıtlamak için kabul edilen sebepler

İkinci test müdahaleyi maddenin kendi içinde hakları kısıtlamak için kabul edilen sebeplerden birine dayandırarak açıklamayı gerektirir.

Madde 8'de bu sebepler: ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

Bu nedenle devlet söz konusu maddede bahsedilen sebeplerden bir veya birkaçının müdahaleye izin verdiğini savunabilmelidir. Örneğin, Lustig-Prean davasında devlet savunmasını ulusal güvenlik sebebine dayandırabilirdi çünkü konu Silahlı Kuvvetleri ilgilendiriyordu.

"Demokratik bir toplumda zorunlu"

Zorunluluk

Üçüncü test mahkemenin bir yanda bireylerin haklarını, bir yanda devletin ve toplumun çıkarlarını değerlendirirken bir denge bulmasını gerektirir. Bu değerlendirmeyi yapabilmek için Mahkeme devletten davranışlarını savunması için müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olduğunu göstermesini ister. '*Zorunlu*' kaçınılmaz demek değildir, ama '*makul*' veya '*istenilen*' de demek değildir (Sunday Times İngiltere'ye karşı). Kastedilen acil bir toplumsal gereksinimdir ve bu acil gereksinim başlıca özellikleri hoşgörü ve geniş fikirlilik olan demokratik bir toplumun gereklilikleriyle bağdaşmalıdır (Handyside İngiltere'ye karşı).

JONATHAN
COOPER'İN
TEBLİĞİ

Chassagnou Fransa'ya karşı davasında mahkeme grup çıkarlarının zaman zaman kişisel çıkarlardan daha önce gelebileceği, ancak demokrasinin çoğunluğun görüşünün her zaman hakim olacağı anlamına gelmediği kararına varmıştır: azınlıklara adil ve uygun davranılmasını garanti edecek ve baskın bir pozisyonun kötüye kullanımını engelleyecek bir dengeye varılmalıdır.

Kısıtlamaların sadece acil bir toplumsal gereksinimden kaynaklanmaları yeterli değildir; ayrıca kısıtlama için iyi bir sebep de olmalıdır. Lustig-Prean davasında kısıtlamaların Silahlı Kuvvetler'in işleyişini kolaylaştırmak için var oldukları acil bir toplumsal gereksinim olarak, Savunma Bakanlığının birimin etkililiğini ve moralini koruma amacı ise genel yasak için iyi bir sebep olarak kabul edilmiştir.

Mahkeme İngiliz hükümetinin, İngiliz ordusunun zorunlu değil, dünyada barış ve dengenin korunmasını sağlamakla yükümlü profesyonel askerlerden oluştuğu görüşünü kabul etmiştir. Ancak Sözleşme haklarına müdahalenin haklı gösterilmesi çabası, müdahaleye Sözleşme'nin kendisine dayanarak savunulabilecek hukuki bir temel olması, acil bir toplumsal gereksinimden kaynaklanması, ve ayrıca kısıtlama için iyi bir sebep olmasıyla da sona ermez. Bütün bunlara ek olarak müdahale ortaya konulan amaçlarla oranlı olmalıdır.

Oranlılık (Ölçülülük)

Oranlılık (Ölçülülük) ilkesinden Sözleşme'nin metninde bahsedilmez. Ancak bu ilke Mahkeme'nin uygulamalarında egemen bir temadır.

Oranlılık (ölçülülük) varılmak istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir ilişki olmasını gerektirir. Esasen Mahkeme'nin yapması gereken meşru bir kamu politikasını destekleyen bir müdahalenin uygulamada kabul edilemez derecede geniş olup olmadığını veya bazı kişilere makul olanın ötesinde veya aşırı bir yük yükleyip yüklenmediğini belirlemektir (Sporrong ve Lonroth İsveç'e karşı).

Lustig-Prean davasında Mahkeme homoseksüellerin Silahlı Kuvvetler'de görev almasına getirilen genel yasağın İngiliz hükümetinin birimin etkililiğini ve moralini koruma kamu siyasi amacı ile oransız olduğu sonucuna vardı. Bu çıkarıma dayanarak, Mahkeme başvuru sahibinin madde 8'den doğan haklarına, örneğin Silahlı Kuvvetler bünyesinde cinsel faaliyeti yasaklamak gibi, daha az kısıtlayıcı önlemlerin getirilebileceği kararına vardı. Mahkeme ayrıca çoğu Avrupa Konseyi üye ülkelerinde Silahlı Kuvvetler'e dair buna benzer kurallar olmadığı gerçeğine de duyarlı davrandı. Strasbourg Mahkemesi bir kısıtlamanın oranlı olup olmadığını belirlerken genellikle diğer Avrupa Konsey'i ülkelerinden kanıtlara başvurmayaya gayret eder (Informationsverein Lentia Avusturya'ya karşı).

Lustig-Prean davasında Mahkeme ayrıca genel yasağın, kişileri Sözleşme'nin koruduğu davranış ve/veya kimliklerine bağlı olarak hedef alan keyfi ve önyargılı niteliği açısından da kaygı verici olduğunu not etmiştir.

Bir davranışın oransız olup olmadığını değerlendirirken dikkate alınması gereken faktörler şunlardır: Davranışı destekleyen yeterli ve ilgili sebepler öne sürülmüş müdür? Daha az kısıtlayıcı bir önlem alınabilir miydi? Karar verme sürecinde bir ölçü de olsa prosedür ile ilgili adil davranılmış mıdır? Kötüye kullanıma karşı koruyucu önlemler var mı? Kısıtlama söz konusu hakkın 'esasını' bozuyor mu?

Ayrımcılık

Herhangi bir Sözleşme hakkına müdahalenin yasallığını değerlendirme testinin bir parçası olarak ayrımcılık konusu ihlal direk ayrımcılıkla ilgili olmasa da gözönüne alınmalıdır.

Genel bir ilke olarak müdahaleye tarafsız ve makul bir savunma olmadığı sürece ve mevcut şartlar altında kişilere farklı muamelede bulunmanın orantısız olduğu hallerde farklı muamele ayrımcılık kabul edilir. Durum böyleyse, farklı muamele ayrımcılıktır ve yasadışıdır.

TEBLİĞ: II

Dr. Tacettin ŞİMŞEK (Danıştay Üyesi):*

TACETTİN
ŞİMŞEK'İN
TEBLİĞİ

İnsan hakları konusundaki ulusal ve uluslararası belgelerde sayılan hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi, bu hakların kapsamına giren konularda bireylerin bilgi sahibi olmaları ile mümkün olabilir.

Kamu otoritelerinin elinde bulunan bilgilere bireylerin ulaşmalarını sağlamak üzere sarf edilen uluslararası çabalar, gerek ulusal, gerek uluslararası belgelerde bilgi edinme hakkının tanınmasını sağlamıştır.

Bilgi edinme hakkı, kamu otoritelerinin elinde bulunan bilgilere ve belgelere bireylerin özgürce ulaşmasını ve bu suretle kamu yönetiminde saydamlığı, halkın karar alma süreçlerine katılmasını, kamu otoritelerine güven duyulmasını sağlayan bir haktır.

Bilgi edinme hakkının tanınmasını sağlayacak süreçte karşımıza çıkan ilk önemli uluslararası belge, Medeni ve Politik Haklar Konusunda Uluslararası Söz'dür. 16 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Söz'ün 19. maddesinde, herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğu, bu hakkın, her türlü bilgi ve fikrin, sınır tanımaksızın, ilgilinin tercihinine bağlı olarak, sözlü, yazılı veya basılı, ya da medya yolu ile araştırılması, alınması ve verilmesini kapsadığı, bu hakkın, başka kişilerin hak ve itibarlarına saygı duyulması, ulusal güvenlik veya kamu düzeni ya da kamu sağlığı veya ahlaki nedenlerle, kanunla sınırlandırılabilirliği belirtilmektedir.¹

Avrupa Çevre Politikası Enstitüsü ve Uluslararası İnsan Hakları Enstitüsü tarafından 3 Aralık 1980 tarihinde Salzburg'da ortaklaşa düzenlenen İnsan Hakları ve Çevre İkinci

* "Bilgi Edinme Hakkı" başlıklı tebliğ.

¹ The Aarhus Convention, An Implementation Guide, Economic Commission for Europe, United Nations, New York and Geneva, 2000, p. 171.

Avrupa Konferansı'nda kabul edilen Bilgi Edinme ve Katılım Haklarının Korunması Hakkında Salzburg Bildirisi, 28 Ekim 1982 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Dünya Doğa Şartı,² diğer uluslararası anlaşmalar ile bölgesel örgütlerin kabul etmiş olduğu direktifler, tavsiye kararları, bilgi edinme hakkının güvence altına alınmasını sağlayacak ulusal düzenlemelere kaynak teşkil etmektedir.

I- AVRUPA KONSEYİ ve BİLGİ EDİNME HAKKI

3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi,³ “*medeni ve siyasal haklar*”ın bir bölümünü içermektedir. Daha sonra, çeşitli tarihlerde kabul edilen ek protokollerle Sözleşme'nin kapsamı genişletilmiştir. Sözleşme kapsamının genişletilmesinde, uluslararası hukuktaki gelişmelerin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları da önemli rol oynamıştır.

Bilgi edinme hakkı ayrı bir madde halinde düzenlenmemiş olmakla birlikte, Sözleşme'de korunması öngörülen haklar, usule ilişkin bir hak olan bu hakkın da kullanılması ve korunmasını gerektirmektedir.

A- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında Bilgi Edinme Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, saydamlığın sağlanması, özel ve aile hayatının korunması çerçevesinde kamu otoritelerinin bilgi verme yükümlülükleri bulunduğu ilişki kararları bulunmaktadır.

Bu hak, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesi ile ortaya çıkan uyuşmazlıklarda irdelenmektedir.

² <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>

³ Türkiye tarafından 10.3.1954 gün ve 6366 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Bkz., 19.3.1954 tarih ve 8662 sayılı R.G.; 18.10.2003 tarihi itibarı ile Sözleşme'ye 44 devlet taraftır. <http://conventions.coe.int/treaty/EN/Cadre+Liste+Treaties.htm/005.htm>.

Sözleşme'nin 8. maddesine göre;

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

2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."⁴

Mahkeme, Guerra ve Diğerleri / İtalya davası kararında, maddenin birinci fıkrasının amacının, bireyleri kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerinden korumak ise de, bu amaçla sınırlı tutulamayacağı, bu hükmün devleti böyle bir müdahaleden alıkoymakla kalmayıp, bu negatif davranışa ilave olarak devlete, özel ve aile hayatına saygıyı temin edecek pozitif bir yükümlülük de yükleyeceğini belirtmektedir. Mahkeme, dava konusu olaydaki gibi, kişilerin özel ve aile hayatını olumsuz etkileyebilecek bir durum ortaya çıktığında, kamu otoritelerinin ilgililere gecikmeksizin bilgi vermekle yükümlü oldukları sonucuna varmaktadır.⁵

⁴ Gözübüyük A. Şeref, Gölcüklü A. Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 4. bası, Ankara 2003, s. 450.

⁵ 19.2.1998 tarih, 116/1996/735/932 sayılı. Dava konusu olayda, davacılar, yaşadıkları kasabanın yakınında bulunan kimyasal maddeler üreten bir fabrikada üretim faaliyetleri sırasında çok miktarda parlayıcı gaz, sülfür dioksit nitrik asit, sodyum, amonyak ve arsenik trioksitin havaya salındığını, önlem alınmaması nedeniyle yaşamlarına ve fiziksel bütünlüklerine saygı gösterilmesi haklarının ihlal edildiğini, bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini, öte yandan, ilgili otoritelerin halkı bilgilendirmemesinden dolayı 10. maddedeki bilgi edinme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, olaya 8. maddenin uygulanması gerektiğine karar verdikten ve bu tür faaliyetler ile ilgili İtalya mevzuatını değerlendirdikten sonra, şiddetli çevre kirliliğinin kişilerin özel ve aile yaşamlarını olumsuz etkileyerek evlerinde huzur içinde yaşamalarını önleyeceği, dava konusu olayda, sorumlu kamu otoritelerinin, fabrikanın faaliyeti ve bir kaza meydana geldiğinde yörede yaşayanların karşılaşabileceği risk konusunda gerekli bilgiyi vermemesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. <http://hudoc.echr.coe.int>.

Bilgi edinme hakkının kullanılması, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla kısıtlamalara tabi tutulabilir.

Bilgi edinme hakkına kamu otoritelerinin müdahalesi söz konusu olduğu zaman, müdahalenin meşruluğu belirtilen çerçevede incelenecektir. Müdahale, yukarıda sayılan amaçlara yönelik olmalı, yasal dayanağı bulunmalı ve demokratik toplum için gerekli ve ölçülü olmalıdır.⁶

Bilgi edinme hakkına yapılan müdahalenin meşru olup olmadığı, her olayın koşullarına göre tespit edilebilir.

Mahkeme, 8. madde ile korunan, özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile, 10. madde çerçevesinde bilgi alma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile açılan T. Leander/ İsveç davası kararında, bilgi alma özgürlüğünün esas itibarı ile hükümeti, bir kişinin, başkalarının vereceği veya vermeye hazırlandığı bilgiyi almasını engellemekten alıkoyabileceği, dava konusu olayın koşulları dikkate alındığında, 10. madde hükmünün, bireye, ne kişisel durumunu içeren bir kayda ulaşma hakkını vereceğini, ne de hükümete böyle bir bilgiyi ilgililiye vermekle yükümlü kılacağını belirtmektedir.⁷

⁶ Sözleşme'nin 8. 9. 10. 11. maddelerine getirilen istisnalar konusunda bkz., Gözübüyük A. Şeref, Gölcüklü A. Feyyaz, *a.g.e.*, s. 372 - 392.

⁷ 26 Mart 1987 tarih ve 10/1985/96/144 sayı. Dava konusu olayda, askeri yasak bölge içindeki deniz üssüne bitişik bulunan bir deniz müzesinde teknisyen olarak işe başlayan ve işin gereği olarak üssün bazı bölümlerine de girmesi zorunlu olan davacı hakkında üs komutanının talebi üzerine ve ilgili mevzuat doğrultusunda yapılan personel kontrol işlemi sonucunda bu görevde kalmasında güvenlik açısından sakınca görülmüş ve işten çıkarılmıştır. Bunun üzerine davacı, idareye başvurarak, işten çıkarılmasının özel ve aile yaşamını olumsuz etkilediğini belirterek kararın gözden geçirilmesini ve kararın gerekçesi konusunda bilgi verilmesini talep etmiştir. Talebinin reddedilmesi üzerine uyuşmazlık yargı önüne taşınmıştır. Mahkeme, uyuşmazlık konusu işlemin 8. maddeye uygun olduğuna ve ilgili kamu otoritelerinin davacıya işlemin gerekçesini bildirmeyi reddetmesinin 10. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır. <http://hudoc.echr.coe.int>.

Mahkeme, Gaskin/İngiltere davasında ise, kayıtlara girişin, kayıtlarda yer alan bilgileri sağlayanların iznine bağlı olduğu bir sistemin prensip olarak 8. madde ile uyumlu olduğu, ancak bu durumda devletin takdir marjının dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Böyle bir sistemde, kayıtlardaki bilgileri sağlayanın bulunmaması veya talebi haksız yere reddetmesi halinde, özel ve aile yaşamı ile ilgili kayıtlara ulaşmak isteyen kişinin yararının teminat altına alınması gerektiği, bilgiyi sağlayanın izin vermemesi halinde, bu iznin verilir verilmemesi hususunda nihai karar verecek bağımsız bir otoriteyi öngören bir sistemin ölçülülük prensibi ile uyumlu olabileceği belirtilmektedir.⁸

B- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiyeleri

Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında daha sıkı bir birlik kurma amacı doğrultusunda Bakanlar Komitesi, bilgiye ulaşma ve kişisel bilgilerin korunması konusunda çeşitli tarihlerde tavsiye kararları almıştır.

1- Kamu Otoritelerinin Elinde Bulunan Bilgilere Ulaşma

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (81) 19 sayılı tavsiye kararında,⁹ kamu otoritelerinin elinde bulunan bilgilere ulaşma konusunda, üye devlet hükümetlerinin ulusal mevzuat ve uygulamalarında şu ilkeleri dikkate almaları tavsiyesinde bulunulmaktadır;

Bir üye devletin egemenlik alanındaki herkes, talep etmesi halinde, yasama ve yargı organları dışındaki kamu otoritelerinin elinde bulunan bilgileri elde etme hakkına sahiptir.

⁸ 7 Temmuz 1989 tarih ve 2/1988/146/200 sayılı Mahkeme, sorunlarını çözebilmek için, bakım altına alındığı çocukluk dönemine ait kayıtları incelemek isteyen davacının talebinin reddedilmesine karşı başvurabileceği ve nihai olarak karar verebilecek bağımsız bir otoritenin öngörülmemiş olmasının ölçülülük koşulu ile bağdaşmaması nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁹ Bakan Yardımcılarının 25.11.1981 tarihindeki 340. toplantısında kabul edilmiştir.

Bilgiye ulaşmayı sağlayacak etkin ve uygun araçlar sağlanmalıdır.

Bilgiye ulaşma talebi, talep eden şahsın, talep ettiği konu ile ilgili özel bir çıkarının bulunmadığı gerekçesi ile reddedilemez.

Bilgiye ulaşma eşitlik temelinde sağlanmalıdır.

Bu ilkeler, demokratik bir toplumda, meşru kamusal çıkarların (ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeni, ülkenin ekonomik refahı, suçların önlenmesi, gizli elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi gibi), özel hayatın ve diğer meşru özel yararların korunması için gerekli olan sınırlama ve kısıtlamalara tabi tutulabilir.

Bilgi talebi makul bir sürede karara bağlanmalıdır.

Kamu otoriteleri, bilgi talebinin reddedilmesinin gerekçesini belirtmelidirler.

Ret kararı, talep halinde gözden geçirilmelidir.

2- Arşivlere Giriş

Bir ülkede yurttaşların tarihlerini objektif bir şekilde öğrenme imkanlarına sahip oluncaya kadar o ülkenin tamamen demokratik olamayacağı, arşivlerin kültürün zorunlu ve vazgeçilemez bir unsuru olduğu gerçeğinden hareket eden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, R (2000) 13 sayılı tavsiye kararında, tespit ettiği ilkelerin ulusal mevzuatlarına yansıtılması ve ilgililerin bilgilendirilmesi için üye devletlere tavsiyede bulunmaktadır.¹⁰

Tavsiye kararı, arşivlere girişin bir hak olduğunu, demokratik değerlere saygı gösteren bir politik sistemde bu hakkın, uyrukluk, statü ve işlevlerine bakılmaksızın herkese

¹⁰ Bakan Yardımcılarının 13.7.2000 tarihindeki 717. toplantısında kabul edilmiştir.
<http://cm.coe.int/a/rec/2000>.

tanınması gerektiği belirtilmektedir. Arşivlere giriş, kamu arşiv hizmetlerinin bir parçası olarak ücretsiz olmalıdır.

Arşivlere giriş ile ilgili mevzuat, ya kamu arşivlerinin belirli bir sınırlama olmaksızın açılmasını, ya da genel kapanış periyodunu göstermelidir.

Demokratik bir toplumda bu genel kurala, korunmaya değer önemli kamusal yararların (ulusal güvenlik, dış politika ve kamu düzeni gibi) ve özel yaşamları ile ilgili bilgilerin açıklanmasına itiraz eden özel kişilerin korunması için istisna getirilebilir.

Bilgiye ulaşma talebinin veya bu konuda özel izin talebinin reddi yazılı olarak bildirilmeli, talep sahibi olumsuz karara karşı itiraz edebilmeli ve son çare olarak mahkemeye başvurabilmelidir.

3- Kamu Otoritelerinin Elinde Bulunan Resmi Belgelere Ulaşma

Çoğulcu, demokratik bir toplumda kamu idarelerinde saydamlık ve kamu yararını ilgilendiren konularla ilgili bilgilerin hazır bulunması, resmi belgelere geniş kesimlerin ulaşması, kamunun, içinde yaşadığı toplum ve kendisini yönetenler hakkında yeteri kadar fikir sahibi olmasını, ortak yararı ilgilendiren konulara etkin katılımını sağlar. Böylece idarenin yeterliği ve etkinliği teşvik edilmiş olur. Bu da idarelerin hukuka uygun hareket etmelerini, sonuç olarak idareye olan güvenin kuvvetlenmesini sağlar.

Bu düşüncelerden hareketle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, kamu otoritelerinin elinde bulunan resmi belgelerle ilgili olarak R (2002) 2 sayılı tavsiye kararını kabul etmiştir.¹¹

Kararda “*kamu otoritesi*” tanımı geniş olarak yapılmaktadır. Hükümet ve ulusal, bölgesel ve yerel düzeydeki idarelere

¹¹ Bakan Yardımcılarının 21.2.2002 tarihindeki 784. toplantısında kabul edilmiştir. <http://cm.coe.int/Stat/E/ Public/2002>.

ilave olarak, ulusal yasalar uyarınca, kamusal işlevler gören veya idari otoriteyi kullanan gerçek veya tüzel kişiler de kamu otoritesi olarak değerlendirilmektedir.

Tavsiye kararı, üye devletlerin, kamu otoritelerinin elinde bulunan resmi belgeleri talep eden herkesin ulaşma haklarını garanti altına almaları ve bu prensibin, ulusal orijin dahil, hiçbir ayrımcılık yapılmadan uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Başvuru sahibinin resmi belgeye hangi amaçla ulaşmak istediğini açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Orijinal resmi belgelerin mahallinde incelenmesi ilke olarak ücretsiz olmalı, belgeden fotokopi alınması halinde ise, maliyeti aşmayacak bir bedel alınmalıdır.

Resmi belgeye ulaşma hakkı, demokratik bir toplumda gerekli görüldüğü takdirde ve koruma amaçlarıyla orantılı olarak ve kanunla sınırlandırılabilir. Sınırlandırma şu hususlara ilişkin olabilir; ulusal güvenlik, savunma ve uluslararası ilişkiler; kamu güvenliği; suç teşkil eden faaliyetlerin önlenmesi, araştırılması ve kovuşturulması; özel hayatın gizliliği ve diğer meşru kişisel yararlar; özel veya kamusal ticari ve diğer ekonomik yararlar; dava işlemlerinde tarafların eşitliği; doğa; kamu otoriteleri tarafından yapılan teftiş, kontrol ve denetimler; devletin ekonomik, mali ve kambiyo politikaları; bir konu ile ilgili iç hazırlık aşamasında kamu otoriteleri arasındaki veya bir kamu otoritesinin kendi içindeki değerlendirmelerin gizliliği.

Sayılan gerekçelerle bilgi talebinin reddi, ancak bilginin açıklanmasında üstün kamu yararı bulunmaması halinde söz konusu olacaktır.

Resmi belgeye ulaşma talebi hemen incelemeye alınmalı ve önceden belirlenmiş süre içinde sonuçlandırılmalıdır. Talep makul olmaması halinde reddedilebilir. Bir resmi belgeye ulaşma talebini kısmen veya tamamen reddeden kamu otoritesi bu reddin gerekçesini de belirtmelidir. Talebi kısmen veya tamamen reddedilen veya süresi içinde cevap alamayan

başvuru sahibinin yargı organına veya kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız organa başvuru hakkı bulunmalıdır.

C- Bilgiye Ulaşma Hakkının Sınırı - Bireylerin Korunması

1- Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesinde Bireylerin Korunması Konvansiyonu

Bilginin, sınır tanımaksızın halklar arasında serbest akışının, insan hakları ve temel özgürlüklerle, özellikle de özel yaşamın gizliliği ile uzlaştırılarak sağlanması, üzerinde dikkatle durulması gereken bir husustur.

Bu konuda Avrupa Konseyi bünyesinde 28 Ocak 1981 tarihinde Strazburg'da imzalanan Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesinde Bireylerin Korunması Konvansiyonu,¹² taraf devletlerin ülkesinde yaşayan, ister uyrukluğunda olsun ister ikametgahı bulunsun, bireylerle ilgili kişisel verilerin otomatik işlenmesinde, o bireyin insan haklarına ve temel özgürlüklerine, özellikle de özel yaşamın gizliliğine saygı gösterilmesini sağlamak üzere bazı hükümler getirmektedir.

Konvansiyon, kişisel veriyi, kimliği belli olan veya tespit edilebilir bireyle ilgili bilgi olarak tanımlamaktadır.

Taraf devletler, kendi ülkelerinde, kamu ve özel sektörde kişisel verilerin otomatik işlenmesinde ve bu verilere ilişkin dosyaların tutulmasında Konvansiyon hükümlerinin uygulanmasını taahhüt etmektedirler. Taraf devletler, Sekreteryaya bildirmek kaydıyla, ulusal mevzuatlarındaki veri koruma hükümleri uyarınca düzenlenmiş olan bazı veri dosyaları bakımından Konvansiyonu uygulamamak veya daha sonraki bir beyanla Konvansiyon kapsamı listeden çıkarmak hakkına sahip bulunmaktadır. Yine taraf devletlerin, Sekreteryaya bildirmek kaydıyla, Konvansiyon hükümlerini,

¹² 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren Konvansiyon'a 16 Haziran 2003 tarihi itibarı ile 30 devlet taraftır. <http://conventions.coe.int/Treaty/enfTreaties/Html/108.htm>.

hukuksal kimliğe sahip olsun veya olmasınlar, kişi grupları, dernekler, vakıflar, şirketler, doğrudan veya dolaylı olarak kişiler tarafından oluşturulan diğer organlara ve otomatik olarak işlenmeyen kişisel veri dosyalarına da uygulama hakları bulunmaktadır.

Konvansiyon'un 5. maddesine göre, otomatik işleme tabi tutulmakta olan kişisel verilerin; adil ve hukuka uygun bir şekilde elde edilip işlenmiş olması; belirlenmiş ve meşru amaçlarla saklanması ve bu amaçlarla uygun olmayacak şekilde kullanılmaması; toplama amaçları bakımından yeterli, uygun bulunması ve aşırı olmaması; doğru ve güncel olması ve verilerin toplanması amaçlarının gerektirdiğinin ötesinde, ilgili şahsın kimliğinin tespit edilmesine imkan vermeyecek bir formda saklanması gerekmektedir.

Sağlık ve cinsel yaşam ile ilgili olanlar gibi, etnik köken, politik görüş veya dini inanç ya da diğer inanışları ortaya koyan kişisel verilerin, iç hukuk uygun koruma tedbirleri getirilmedikçe, otomatik olarak işlenmemesi gerekmektedir. Aynı durum ceza mahkumiyetinde de geçerlidir.

Konvansiyon, veri dosyaları içinde saklanan verilerin, yetkisiz giriş, değiştirme veya dağıtımına ilave olarak, kaza eseri veya yetkisiz imhalarla ya da kaza eseri kayıplara karşı korunması için uygun güvenlik önlemlerinin alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

Bir kişinin, kendisi ile ilgili kişisel veri dosyasının mevcudiyetini, verilerin toplanma amacını ve dosyayı kontrol edenin kimliği, ikametgahı ve iş merkezini; makul sürelerle ve aşırı gecikme olmaksızın veya masraf ödemeksizin kendisi ile ilgili bir verinin bu şekildeki bir veri dosyası içinde saklanıp saklanmadığını öğrenme ve böyle bir verinin form halinde kendisine verilmesini; Konvansiyon'daki ilkeleri yansıtan iç hukuk kurallarına aykırı olarak toplanan verilerin değiştirilmesini veya silinmesini isteme ve bu taleplerine uyulmaması halinde başka yollara başvurma hakkı bulunmaktadır. Bu hakların, istatistik veya bilimsel amaçlarla kullanılan otoma-

tik olarak işlenmekte veri dosyaları için geçerli olmak kaydıyla kanunla sınırlanması mümkündür. Bu durum, ancak ilgilinin özel yaşamının ihlal edilmesi tehlikesinin hiçbir şekilde bulunmaması halinde mümkün olacaktır.

Konvansiyon, veri koruma ile ilgili anılan ilkelere şu sınırlar içinde istisna tanımaktadır: Taraf bir devletin ulusal yasasında öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda; devletin güvenliği, kamu emniyeti, devletin mali çıkarları veya suç işlenmesini önleme; veri konusunun veya diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması durumunda anılan ilkelerden ayrılmak mümkündür.

2- Kişisel Verilerin Korunması için Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, anılan Konvansiyondan sonra, üye devletlerin ulusal düzenlemelerinde dikkate alınmak üzere, çeşitli faaliyetler nedeniyle toplanan kişisel verilerin korunması için tavsiye kararları almıştır. Bu kararlar;

İstihdam amacı ile kullanılan kişisel verilerin korunması R (89) 2,¹³

Ödemeler ve ödemelerle ilgili diğer işlemlerde kullanılan kişisel verilerin korunması R (90) 19,¹⁴

Kamu organlarında bulunan kişisel verilerin üçüncü kişilere bildirilmesi R (91)10,¹⁵

Telekomünikasyon hizmetlerinde, özellikle telefon hizmetleri ile ilgili olarak kişisel verilerin korunması R (95) 4,¹⁶

¹³ Bakan Yardımcılarının 18.1.1989 tarihindeki 423. toplantısında kabul edilmiştir. <http://cm.coe.int/ta/rec/1989>

¹⁴ Bakan Yardımcılarının 13.9.1990 tarihindeki 443. toplantısında kabul edilmiştir. <http://cm.coe/jnt/ta/rec/1990>

¹⁵ Bakan Yardımcılarının 9.9.1991 tarihindeki 461. toplantısında kabul edilmiştir. <http://cm.coe.int/ta/rec/1991>

¹⁶ Bakan Yardımcılarının 7.2.1995 tarihindeki 528. toplantısında kabul edilmiştir. <http://cm.coe.int/ta/rec/1995>

Tıbbi verilerin korunması R (97) 5,¹⁷

İstatistik amacıyla toplanan ve işlenen kişisel verilerin korunması R (97) 18,¹⁸

İnternette özel yaşamın gizliliğinin korunması R (99) 5,¹⁹
ile ilgilidir.

Bu tavsiye kararlarında, kişisel verilerin toplanması, kullanılması ve korunmasında ilke ve usuller belirtilmektedir.

II- AVRUPA BİRLİĞİ VE BİLGİYE ULAŞMA HAKKI

Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 255. maddesinde, Birliğin bütün yurttaşlarının, üye bir devlette oturan veya kayıtlı bir işyeri bulunan gerçek ve tüzel kişilerin Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon belgelerine ulaşma hakkının bulunduğu, bu hakka ilişkin ilke ve sınırların Konsey tarafından belirleneceği belirtilmektedir.

A- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı²⁰

Şart'ın 8. maddesinde, herkesin kendisi ile ilgili kişisel verilerin korunması hakkına sahip olduğu; bu tür verilerin toplandığı amaç için adil bir şekilde ve ilgili şahsın izni alınarak veya kanunla öngörülmüş başka bir meşru temelde işlenmesi gerektiği; herkesin kendisi ile ilgili toplanan veriye ulaşma ve değiştirme hakkına sahip olduğu; bu kurallara uyulup uyulmadığının bağımsız bir otorite tarafından kontrol edileceği hükmü yer almaktadır.

Herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğu, bu hakkın ka-
naat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi olmadan

¹⁷ Bakan Yardımcılarının 13.2.1997 tarihindeki 584. toplantısında kabul edilmiştir.
<http://cm.coe.int/ta/rec/1997>

¹⁸ Bakan Yardımcılarının 30.9.1997 tarihindeki 602. toplantısında kabul edilmiştir.
<http://cm.coe.int/ta/rec/1997>

¹⁹ Bakan Yardımcılarının 23.2.1999 tarihindeki 660. toplantısında kabul edilmiştir.
<http://cm.coe.int/ta/rec/1999>

²⁰ OJ C 364,18.12.2000, p.1-22

ve sınır tanımaksızın bilgi ve fikirleri alma ve verme özgürlüğünü kapsadığı Şart'ın 1. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Şart'ın 42. maddesinde ise, Birliğin bütün yurttaşlarının, üye bir devlette oturan veya kayıtlı bir işyeri bulunan gerçek ve tüzel kişilerin Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon belgelerine ulaşma hakkının bulunduğu belirtilmektedir.

B- Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon Belgelerine Kamunun Ulaşması

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 30 Mayıs 2001 tarih 1049/2001 EC No.lu Direktifinde de Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon Belgelerine Kamunun Ulaşması konusu düzenlenmiştir.²¹

Direktifin amacı, adları geçen kurumların sorumluluk sahalarındaki politikalar, faaliyetler ve kararlarla ilgili konularda, kamusal çıkar ve özel çıkar zemininde, belgelere ulaşma hakkının kullanılmasında ilke, koşul ve sınırları belirlemektir.

Bu haktan birliğin herhangi bir yurttaşı ve bir üye devlette oturan veya kayıtlı işyerleri bulunan gerçek ve tüzel kişiler yararlanacaktır. Bu kurumlar, aynı ilke, koşul ve sınırlar içinde olmak kaydıyla, bir üye devlette oturmayan veya kayıtlı işyeri bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere de belgelere ulaşma hakkını tanıyabilirler.

Direktif, adları geçen kurumların bu belgeleri, mümkün olduğu kadar kamu tarafından doğrudan ulaşılabilir halde, elektronik ortamda veya kurumların kendi kurallarına uygun olarak hazırlanan kayıtlarda tutmalarını, yasama işlevi ile ilgili belgelerin ise doğrudan ulaşılabilir halde tutulmasını öngörmektedir. Mümkün ise, politika ve stratejilerde gelişmelerle ilgili belgelere de doğrudan ulaşılması temenni edilmektedir.

²¹ OJ L 145, 31.5.2001, p. 43-49.

Belgelere ulaşmak isteyenler başvurularını yazılı olarak yapacaklardır. Başvuruda talep edilen husus açık olmalıdır. Başvuran başvuru sebebini belirtmek zorunda değildir.

Başvurunun kaydedilmesinden itibaren 15 iş günü içinde talep edilen belgeye ulaşma imkanı sağlanmalıdır. Bu süre, başvuru sahibine bildirilmek kaydıyla 15 iş günü daha uzatılabilecektir. Eğer talep kısmen veya tamamen reddedilmişse, hangi nedenle reddedildiği, talebin yeniden değerlendirilmesi için başvurma hakkının bulunduğu belirtilmelidir.

Talebi kısmen veya tamamen reddedilen ya da süresi içinde bir cevap alamayan başvuru sahibi kararını gözden geçirmesi için aynı kuruma yeniden başvurabilir. Bu durumda, başvurunun kaydedilmesinden itibaren 15 iş günü içinde talebi karşılanmalı veya reddedilmelidir. Eğer talep kısmen veya tamamen reddedilmişse, hangi nedenle reddedildiği, dava açma ve/veya ombudsmana başvurma hakkının bulunduğu bildirilir. Süresi içinde bir cevap alamayan başvuru sahibinin de dava açma ve/veya ombudsmana başvurma hakkı bulunmaktadır.

Direktif, başvurunun reddi hallerini ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Talep edilen belgenin açılması, kamu güvenliği, savunma ve askeri konuları, uluslararası ilişkileri, Topluluğun veya bir üye devletin mali, parasal veya ekonomik politikalarının; kişisel verilerin korunması ile ilgili Topluluk mevzuatı uyarınca kişilerin özel yaşamlarının ve fiziksel bütünlüklerinin korunmasını olumsuz etkileyecek ise bu taktirde kamu yararının korunması için talep reddedilebilecektir.

Bunun dışında, gerçek veya tüzel bir kişinin fikri mülkiyet dahil ticari çıkarlarının; mahkeme tutanakları ve hukuki görüşlerin korunması; soruşturma, araştırma ve denetlemelerin amacına ulaşmasının engellenmemesi amacıyla da talep reddedilebilir.

Henüz karara bağlanmamış konularla ilgili belgelerin açılması durumunda karar alma sürecinin önemli bir şekil-

de zarar görmesi söz konusu ise, talep gene reddedilebilir. Keza, karar alınmış olsa bile, değerlendirmelerin ve başlangıçtaki danışmaların bir parçası olarak kullanılan, görüşleri içeren bir belgenin açılması durumunda karar alma sürecinin önemli bir şekilde zarar görmesi söz konusu ise, ilgili kurum böyle bir belgenin incelenmesi talebini reddedebilir. Kişilerin korunması hali hariç, talep edilen belgenin açılmasında üstün kamu yararının bulunması durumunda talebin reddi mümkün olmayacaktır.

Istisna kapsamındaki belgeler en fazla 30 yıl süre ile incelenemeyecektir. Ancak, özel yaşam veya ticari çıkarlar ile ilgili belgeler ve hassas belgelerle ilgili istisnai durum, gerekli görülüyorsa bu sürenin bitiminden sonra da devam eder.

Bir üye devlet, kendisi tarafından sağlanan bir belgenin, rızası olmadan açılmamasını ilgili kurumdan isteyebilir. Bir kurum tarafından sağlanan ve bir üye devletin elinde bulunan ve açılmasında tereddüt doğan belgenin talep edilmesi halinde de, o devletin ilgili kurum ile temas kurarak bir sonuca ulaşması gerekmektedir. Bu son durumda, devletin talebi ilgili kuruma göndermesi de mümkündür.

III- ÇEVRE VE BİLGİ EDİNME HAKKI

Çevrenin korunması konusundaki uluslararası çabaların dayanak olarak aldığı belgelerin başında Stockholm Bildirisi gelmektedir.

5-16 Haziran 1972 tarihleri arasında toplanan İnsan Çevresi Konferansı'nda kabul edilen Bildiri'nin ilk maddesinde, insanın, saygın ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahip olduğu ve çevreyi bugünkü ve gelecekteki kuşaklar için korumak ve geliştirmek üzere kutsal bir sorumluluk aldığı vurgulanmaktadır.

İlk kez bu Konferansta kabul edilen "Çevre Hakkı", "üçüncü kuşak hakları" olarak kabul edilen "dayanışma hakları" içeri-

sinde yer almaktadır. Çevre hakkı, diğer dayanışma hakları gibi, toplumsal yaşamın tüm unsurlarının ortak çabası ile gerçekleştirilebilir.²²

Anılan Konferansta kabul edilen 97 sayılı kararda; devletlere, çevrenin yönetim ve denetiminde kamunun katılımını kolaylaştırmaları çağrısı yapılmakta ve bu amaçla bireylerin aktif katılımını teşvik edici yöntemlerin geliştirilmesinin önemi vurgulanmaktadır.

Çevre hakkının gerçekleştirilmesinde önem taşıyan ilk husus, bilgiye ulaşmaktır.

Bilgiye ulaşma hakkı, diğer bütün haklar gibi, çevre hakkının da ön koşulu olan usule ilişkin bir haktır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 28 Ekim 1982 tarihinde 37/7 sayılı kararla kabul ettiği "Dünya Doğa Şartı" çevresel bilginin toplanması ve dağıtılmasının önemini vurgulamaktadır.

Çevre ve bilgiye ulaşma hakkının bugünkü kabul düzeyine ulaşmasında önem taşıyan belgelerden birisi de Rio Bildirisi'dir.

3 - 14 Haziran 1992 tarihleri arasında Rio de Janeiro'da toplanan Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı sonunda yayınlanan Rio Bildirisinin 10. ilkesi şu hususu belirtmektedir:

"Çevresel sorunlar, en iyi, ilgili bütün yurttaşların katılımı ile ele alınabilir. Ulusal düzeyde, her birey, kamu otoritelerinin elinde bulunan, toplulukları içindeki tehlikeli maddeler ve faaliyetler dahil çevre ile ilgili bilgilere ulaşma ve karar alma süreçlerine katılma olanağına sahiptir. Devletler, bilgiyi geniş olarak hazır tutarak

²² Çevre Hakkı konusunda bkz., "Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Uygulaması", *Çevre Hakkı Çalışma Grubu Raporu*, Raportör Av. Süheyla Gökalp Alica, İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Yayın No: 4, Ankara, Aralık 1998, <http://www.basbakanlik.gov.tr>

kamunun bilgilenme ve katılımını kolaylaştıracak ve teşvik edeceklerdir.”²³

A- Çevresel Konularda Bilgiye Ulaşma, Karar Alma Süreçlerine Kamunun Katılımı ve Yargıya Başvuru Konvansiyonu (Aarhus 1998)

25 Haziran 1998 tarihinde Danimarka'nın Aarhus kentinde kabul edilen “Çevresel Konularda Bilgiye Ulaşma, Karar Alma Süreçlerine Kamunun Katılımı ve Yargıya Başvuru Konvansiyonu”,²⁴ taraf devletlere, çevre ile ilgili konularda bilgiye ulaşma, karar alma sürecine kamunun katılımı ve yargıya başvuru hakkını garanti altına alma yükümlülüğünü vermektedir.

Konvansiyon, “kamu otoritesi” tanımını oldukça geniş tutmaktadır. Bu tanıma, ulusal, bölgesel ve diğer düzeylerde tüm devlet kuruluşlarına ilave olarak, çevre ile ilgili özel görev, faaliyet ve hizmetler dahil, ulusal hukuka göre kamusal idari işlevler yerine getiren gerçek ve tüzel kişiler, yukarıda sayılanların kontrolü altında, çevre ile ilgili kamusal sorumlulukları veya işlevleri yerine getiren ya da kamusal hizmet sağlayan gerçek ve tüzel kişiler ve Konvansiyona taraf olan herhangi bir bölgesel ekonomik bütünleşme örgütünün kurumları da dahil edilmiştir.

Konvansiyona göre çevresel bilgi, yazılı, görsel, sözlü, elektronik veya diğer herhangi bir şekilde hazırlanmış olan;

- Hava ve atmosfer, su, toprak, kara, peyzaj ve doğal alanları, biyolojik çeşitlilik ile genetik olarak değiştirilmiş organizmalar dahil unsurlarını, bunlar arasındaki karşılıklı etkileşimi,

- Bu çevre unsurlarını etkileyen veya etkilemesi olası bulunan, madde, enerji, gürültü, radyasyon gibi faktörleri,

²³ The Aarhus Convention, An Implementation Guide, Economic Commission for Europe, United Nations, New York and Geneva, 2000, p. 12.

²⁴ <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43e.pdf>; Konvansiyon 30.10.2001 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, 26 ülke taraf bulunmaktadır.

faaliyetler veya idari önlemler, çevre anlaşmaları, politikalar, mevzuat, planlar ve programlar dahil önlemleri; çevresel karar almada kullanılan maliyet-fayda ve diğer ekonomik analiz ve değerlendirmeleri,

- Çevre unsurları ya da bunlar vasıtasıyla yukarıda sayılan faktörler tarafından etkilenen veya etkilenmesi mümkün bulunan insan sağlığı ve güvenliği, yaşam şartları, kültürel alanlar ve inşaat yapılarının durumunu

kapsamaktadır.

Konvansiyona göre, "kamu" tanımına, bir veya daha fazla gerçek veya tüzel kişi ile ulusal mevzuata veya uygulamaya göre, bunların dernekleri, örgütleri veya grupları da dahildir.

Konvansiyon, bilgiye ulaşma hakkı konusunda taraf devletlere, gerekli önlemleri alması hususunda önemli yükümlülükler yüklemektedir. Bilgiye ulaşma konusunda halkın bilgilendirilmesi; halkın vatandaşlık, milliyet ve ikametgah ayrımı yapılmaksızın, tüzel kişilerde ise, nerede kayıtlı olduğu veya iş merkezinin nerede olduğuna bakılmaksızın bilgiye ulaşma, karar alma sürecine katılma ve yargıya başvurma hakkına sahip olmaları devletlere yüklenmiş yükümlülüklerdendir.

Bunlara ilave olarak, taraf devletler, kamu otoritelerinin görevleri ile ilgili çevresel bilgileri hazırlayıp güncel halde tutmalarını sağlamakla; çevreyi önemli ölçüde etkileyecek mevcut ve tasarlanmış faaliyetler hakkında kamu otoritelerine yeterli bilgi akışını sağlayacak uyulması zorunlu bir sistem kurmakla; insan faaliyetleri veya doğal nedenlerle meydana gelen ve insan sağlığına ve çevreye yakın tehlike durumunda, bundan doğabilecek zararın önlenmesi veya asgariye indirilmesi için tedbirler alınmasını teminen etkilenebilecek kesimleri bilgilendirmekle yükümlüdür.

Kamu otoritelerinin hazır halde tutmaları gereken bilgiler Konvansiyonda açıkça öngörülmektedir. Bu çerçevede, çevre

durumu ile ilgili raporlar, çevre ile ilgili mevzuat, politikalar, planlar ve programlar, çevre anlaşmaları elektronik ortamda güncel halde bulundurulmalıdır ve bunların açılması için gerekli önlemler alınmalıdır.

Kamu otoriteleri, kendilerinden talep edilen çevresel bilgileri, talebin sebebinin veya amacının araştırılmadan, istenen formda vereceklerdir.

Söz konusu bilgi bir başka formda tutulması daha makul ise ya da bir başka formda bulunuyorsa bu formda da verilebilecektir. Talep edilen bilgi en geç 1 ay içinde, hacimli ise 2 ay içinde verilmelidir.

Talep edilen bilginin talebin yapıldığı kamu otoritesinde bulunmaması; talebin açıkça makul olmaması veya çok genel bir şekilde ifade edilmiş olması; ulusal mevzuat ile istisna tutulmuş olması veya teamülün o doğrultuda olması koşulu ile, tamamlanma sürecindeki bir konu veya kamu otoritelerinin iç yazışmaları ile ilgili olması (bu durumda bilginin açılmasında kamu yararı dikkate alınacaktır) hallerinde bilgi talebi reddedilebilir.

Bilgi talebi;

Ulusal mevzuatın öngörmüş olması halinde, kamu otoritelerinin işlemlerinin gizliliğini;

Uluslararası ilişkileri, kamu güvenliğini veya ulusal savunmayı;

Adalet sürecini, bir kişinin adil yargılanma hakkını veya bir kamu otoritesinin ceza veya disiplin soruşturması yapmasını;

Kanun tarafından, meşru ekonomik çıkarları korumak için sağlanmış olması durumunda, ticari ve sınai bilgilerin gizliliğini (bu çerçevede, çevrenin korunması ile ilgili olan emisyonlar hakkındaki bilgiler açıklanacaktır);

Fikri mülkiyet haklarını;

Ulusal hukuk tarafından sağlanmış olması durumunda, gerçek kişilerle ilgili ve bu kişilerin rızası olmaksızın kamuya açıklanamayacak olan kişisel veri ve/veya dosyaların gizliliğini;

Talep edilen bilgiyi herhangi bir kanuni yükümlülük altında olmaksızın kendi isteğiyle sağlayan ve bilginin açıklanmasına izin vermeyen kişinin çıkarlarını;

Talep edilen bilgi, örneğin nadir türlerin buldukları yer gibi konularla ilgili ise, çevrenin korunmasını,

olumsuz etkilemesi ihtimalinin bulunması halinde de reddedilebilecektir.

Ret gerekçelerinin, bilginin açılmasındaki kamu yararı ve talep edilen bilginin çevreye yapılan emisyonlarla ilgili olup olmadığı gözetilerek, sınırlayıcı şekilde yorumlanması öngörülmüştür.

Taraf devletler, ulusal mevzuatları çerçevesinde, talep sahibinin, talebine önem verilmediği, hatalı bir şekilde kısmen veya tamamen reddedildiği, yetersiz olarak cevaplandırıldığı veya diğer bir şekilde Konvansiyonun ilgili hükümlerine aykırı hareket edildiği gerekçesiyle, gözden geçirilmesi için, bir mahkeme veya kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir organa başvurma hakkını sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır. Bu organ tarafından verilen karar kamu otoritesi açısından bağlayıcı olacaktır.

Taraf bir devlet bir mahkemede böyle bir gözden geçirme işinin yapılmasını sağlamışsa, o şahsın, konunun bir kamu otoritesi tarafından yeniden değerlendirilmesi veya kanunla kurulmuş olan, mahkeme dışındaki bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından incelenmesi için parasız veya ucuz, kanunla kurulmuş hızlı bir prosedüre başvurmasını sağlayacaktır.

B- Kamunun Çevresel Bilgilere Ulaşması Konusunda Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 28 Ocak 2003 tarih ve 2003/4/EC No.lu Direktifinde “Çevresel Bilgilere Kamunun Ulaşımı” konusu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.²⁵ Bu direktifle Avrupa Birliği, kendi mevzuatını Aarhus Konvansiyonu'na uygun hale getirmiştir.

Direktifin amacı, kamu otoriteleri tarafından veya onlar adına sağlanan çevresel bilgilere ulaşma hakkını teminat altına almaktır.

Çevresel Bilgi

Direktifin 2. maddesine göre, çevresel bilgi, yazılı, görsel, sözlü, elektronik veya diğer herhangi bir şekilde hazırlanmış olan;

- Hava ve atmosfer, su, toprak, kara, peyzaj ve sulak alanlar dahil doğal alanlar, kıyı ve deniz alanları, biyolojik çeşitlilik ve genetik olarak değiştirilmiş organizmalar dahil unsurlarını, bunlar arasındaki karşılıklı etkileşimi,

- Bu çevre unsurlarını etkileyen veya etkilemesi olası bulunan, madde, enerji, gürültü, radyasyon, radyoaktif atıklar, emisyonlar, boşaltımlar ve çevreye yapılan diğer salınımlar dahil atıklar gibi faktörleri,

- Yukarıda sayılan çevresel unsurları korumak amacıyla hazırlanan önlem ve faaliyetlere ilave olarak, bu unsur ve faktörleri etkileyen veya etkilemesi olası bulunan, politikalar, mevzuat, planlar, programlar, çevre anlaşmaları gibi, idari önlemler dahil önlemleri,

- Bu önlem ve faaliyetler çerçevesinde kullanılan maliyet-fayda ve diğer ekonomik değerlendirmeleri,

- Çevre mevzuatının uygulanması ile ilgili raporları,

²⁵ OJ L 41, 14.2.2003, p.26-32

- Çevre unsurları ya da yukarıda sayılan faktör ve önlemler tarafından etkilenen veya etkilenmesi mümkün bulunan, gıda zincirinin bozulması dahil insan sağlığı ve güvenliğini; yaşam şartları, kültürel alanlar ve inşaat yapılarının durumu kapsamaktadır.

Üye devletler, çevresel bilgilerin bilgisayar haberleşmesi ve/veya elektronik teknoloji kullanılarak tutulması, dağıtılması, güncelleştirilmesi ile yükümlü tutulmuşlardır. ilave olarak, üye devletler, insan faaliyetleri sonucu veya doğal nedenlerle çevre veya insan sağlığı üzerinde yakın tehlike meydana geldiğinde, kamu otoritelerinin elde ettikleri veya kendileri için elde edilen bilgileri, olaydan etkilenme ihtimal bulunanlara, gerekli önlemleri almaları için gecikmeksizin duyurmalarını sağlamakta yükümlüdür.

Kamu Otoritesi

Direktif, kamu otoritesi tanımını Aarhus Konvansiyonu'ndaki tanıma uygun hale getirmiştir. Direktife göre kamu otoritesi, ulusal, bölgesel ve yerel düzeydeki hükümet ve diğer kamu idarelerini, çevre ile özel görev, faaliyet veya hizmetler dahil, ulusal hukuka göre kamusal idari işlevleri yerine getiren gerçek ve tüzel kişiler ile, bu sayılan organ ve kişilerin kontrolü altında, çevre ile ilgili kamusal sorumluluğa veya işleve sahip olan ya da kamusal hizmet sağlayan gerçek ve tüzel kişileri kapsar.

Direktife göre, üye devletler, kamu otoritelerine, kendileri tarafından veya kendileri için elde edilmiş bulunan çevresel bilgileri, başvuru sahiplerine, herhangi bir menfaat bağı armaksızın sağlamaları için talimat vereceklerdir.

Talep edilen çevresel bilgi talep sahibine en geç bir ay içinde verilecektir. Eğer talep edilen bilginin kapsamı bir ay içinde sağlanmasını imkansız kılıyorsa, bu süre iki ay olacaktır. Ancak bu durumda da talep sahibinin, gecikme gerekçesi ile birlikte bir aylık sürede bilgilendirilmesi gerekecektir.

Direktifin 4. maddesine göre; talep edilen bilginin, talebin yöneltildiği kamu otoritesi tarafından veya onun adına elde edilmemiş olması durumunda, talep edilen bilginin, bir başka kamu otoritesi tarafından veya onun adına elde edilmiş bir bilgi olduğu biliniyorsa, talebin yöneltildiği kamu otoritesi, söz konusu talebi, talep edilen bilgiye sahip olan kamu otoritesine göndererek durumdan talep sahibini bilgilendirecek veya talep edilen bilgiyi temin etmek üzere hangi kamu otoritesine başvurması gerektiğini doğrudan talep sahibine bildirecektir.

Bilgi Talebinin Reddi

Talep makul değilse, çok genel bir şekilde ifade edilmişse, tamamlanma sürecindeki bir husus veya bitirilmemiş belge veya veri ile ilgili ise reddedilebilir. Talep çok genel bir şekilde ifade edilmişse, ilgili kamu otoritesi, cevap verme süresi içinde talep sahibinden talebini açıkça belirtmesini isteyebilir veya talep sahibine ne yapması gerektiği hususunda yardımcı olur.

Talep, dahili yazışmalarla ilgili ise, açıklanmasındaki kamu yararı hesaba katılarak reddedilebilir.

Talep edilen bilginin açıklanması;

Kanun tarafından öngörülmüş olması durumunda kamu otoritelerinin işlemlerinin gizliliğini;

Uluslararası ilişkileri, kamu güvenliğini veya ulusal savunmayı;

Adalet sürecini, bir kişinin adil yargılanma hakkını veya bir kamu otoritesinin ceza veya disiplin soruşturması yapmasını;

İstatistiksel gizlilik ve vergi sırrının muhafazasındaki kamu yararı dahil, meşru ekonomik çıkarları korumak için ulusal hukuk veya Topluluk hukuku tarafından sağlanmış olması durumunda, ticari ve sınai bilgilerin gizliliğini;

Fikri mülkiyet haklarını;

Ulusal hukuk veya Topluluk hukuku tarafından sağlanmış olması durumunda, gerçek kişilerle ilgili ve bu kişilerin rızası olmaksızın kamuya açıklanamayacak olan kişisel veri ve/veya dosyaların gizliliğini;

Talep edilen bilgiyi herhangi bir kanuni yükümlülük altında olmaksızın kendi isteğiyle sağlayan ve bilginin açıklanması iznine tabi olan kişinin korunmasını veya o kişinin çıkarlarını;

Talep edilen bilgi, örneğin nadir türlerin buldukları yer gibi konularla ilgili ise, çevrenin korunmasını, olumsuz etkilemesi ihtimalinin bulunması halinde de reddedilebilecektir.

Direktif, bilgi talebinin reddi hallerinin sınırlayıcı şekilde yorumlanmasını, her olayda, bilginin açıklanmasının sağlayacağı kamu yararının, reddin sağlayacağı yarardan daha ağır olması prensibini kabul etmektedir.

Kamu kayıtlarına giriş ve talep edilen bilginin incelenmesi ücretsiz olup, kamu otoritelerinin talep edilen çevresel bilgileri, makul bir meblağ i aşmaması, yayımlanması ve ilgililerin bilgilendirilmesi şartıyla belirli bir ücret karşılığı sağlama hakları bulunmaktadır.

İtiraz

Direktif, üye devletlerin, başvuru sahibine, talebine önem verilmediği, hatalı bir şekilde kısmen veya tamamen reddildiği, yetersiz olarak cevaplandırıldığı veya diğer bir şekilde Direktif hükümlerine aykırı hareket edildiği gerekçesiyle, ilgili kamu otoritesinin işlem veya ihmalinin, kamu otoritesinin kendisi veya bir başka kamu otoritesi tarafından yeniden değerlendirilmesini ya da kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından idari olarak gözden geçirilmesini talep etme hakkını sağlaması yükümlülüğünü yüklemiştir.

Buna ilave olarak, üye devletler, talep sahibinin, mahkemeye veya ilgili kamu otoritesinin işlem veya ihmali gözden geçirecek ve kararları nihai karar olacak, kanunla kurulmuş olan bağımsız ve tarafsız bir organa başvurmasına imkan sağlayacaklardır.

C- Çevre ve İnsan Hakları Konusunda Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin 27.6.2003 tarihinde yapılan 24. oturumunda kabul ettiği 1614 sayılı tavsiye kararında;²⁶ 1999 yılında alınan 1431 sayılı tavsiye kararı ile 1972 Stockholm Konferansı Bildirisi'nin 1. ilkesi ve II Çevresel Konulara Bilgiye Ulaşma, Karar Alma Süreçlerine Kamunun Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi'nin (Aarhus 1998) 1 ve 9. maddelerine dikkat çekilerek, üye devletlerin hükümetlerine,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2, 3 ve 8. maddeleri ile 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca korunan, kişilerin yaşam, sağlık, aile ve özel yaşam, fiziksel bütünlük ve özel mülklerinin, çevresel koruma ihtiyacını da hesaba katarak yeterli şekilde korunması;

Ulusal yasalarında, tercihen anayasal düzeyde, devletlere çevreyi korumak için objektif yükümlülükler getiren, sağlıklı, dengeli ve yaşanabilir bir çevrede yaşama hakkının tanınması;

Aarhus Sözleşmesi'nde tanınan usule ilişkin hakların korunması;

Çevrenin korunması ve güvenliği konusunda mevzuatlarının uyumlaştırılması Konularında tavsiyelerde bulunmaktadır.

Asamble, kararında, Aarhus Sözleşmesi'ndeki gibi, İnsan

²⁶ Provisional edition, http://assembly.coe.int/Ocuments/Adopted_Text/ta03/EREC.

Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi'ne, çevresel korumayı kuvvetlendirmeyi amaçlayan, usule ilişkin haklarla ilgili bir ek protokol hazırlanması için de Bakanlar Komitesine tavsiyede bulunmuştur.

IV- TÜRKİYE'DE BİLGİ EDİNME HAKKI

A- T.C. Anayasası ve Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi edinme konusunda Anayasa'mızda özel bir hüküm yer almamaktadır. Ancak Anayasanın bazı hükümlerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin kullanılması bilgi alma özgürlüğünün kullanılması ile mümkün olabilir.

Örneğin, Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*"ni düzenleyen 26. maddesinde, bu hürriyetin, resmi makamların müdahalesi olmadan haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsadığı belirtilmektedir.

Keza, 27. maddede düzenlenen "*bilim ve sanat hürriyeti*", 28. maddede düzenlenen "*basın hürriyeti*" 56. maddede düzenlenen "*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*", özünde bilgi edinme hakkını da kapsamaktadır.

Anayasa'nın 78. maddesinde;

"Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.

Kendileri ile ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir."

denilmektedir.

Anılan Anayasa hükmü uyarınca çıkarılan 1.10.1984 tarih ve 3071 sayılı "*Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun*", Türk vatandaşlarının dilekçe hakkının kullanıma biçimini düzenlemektedir. Kanun'un 7. maddesi, yetkili makamların, kendilerine yapılan başvuruların sonucu veya yapılmakta

olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahibine en geç otuz gün içinde cevap vereceği, işlem safahatının duyurulması halinde alınan sonucun ayrıca bildirileceği hükmünü taşımaktadır.

Yukarıda anılan hükümlerde, bilgi edinme bir hak olarak düzenlenmediğinden idarelerin, kendilerine bilgi talebi ile yapılan başvurulara cevap verip vermemeleri kendi takdirlerine kalmıştır.

Bu nedenle bilgi edinmenin bir hak olarak düzenlendiği, kamu otoritelerinin kendilerine bilgi talebi ile yapılan başvurulara cevap vermekle yükümlü tutulduğu, talebin herhangi bir gerekçe ile kısmen veya tamamen reddedilmesi ya da cevap verilmemesi halinde uygun idari ve yargısal başvuru yollarının öngörüldüğü bir düzenleme ihtiyacı açıktır.

B- Bilgi Edinme Hakkı Kanunu

Türkiye Büyük Millet Meclisinin 9.10.2003 tarihinde kabul ettiği 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu,²⁷ demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir.

Kanun; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacaktır.

Kanuna göre ulaşılabilecek belgeler; kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plan, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarıdır.

²⁷ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/>; *T. C. Resmi Gazete*, 24 Ekim 2003, sayı: 25269. Bu kanunda 22.11/2005 tarihinde 5432 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmakla tebliğ bu tarihten önce verildiği için son durumu içermemektedir.

Kanun bilgiyi, “kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan bu Kanun kapsamındaki her türlü veri” olarak tanımlamaktadır.

Herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğunu belirten Kanun, Türkiye’de ikamet eden yabancılar ile Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerin, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, Kanun hükümlerinden yararlanacaklarını belirtmektedir.

Bilgi Edinme Başvurusu ve Cevap

Kanuna göre, bilgi edinme başvurusu, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe ile istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa yapılır. Bu başvuru, kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir.

Dilekçede, istenen bilgi veya belgeler açıkça belirtilir.

Bilgi edinme başvurusu, başvurulmuş kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi veya belgelere ilişkin olmalıdır.

İstenen bilgi veya belge, başvurulmuş kurum ve kuruluştan başka bir yerde bulunuyorsa, başvuru dilekçesi bu kurum ve kuruluşa gönderilir ve durum ilgiliye yazılı olarak bildirilir.

İstenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabilirse, söz konusu bilgi veya belge, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulur. Ayırma gerekçesi başvurana yazılı olarak bildirilir.

Başvurunun yapıldığı kurum ve kuruluş, erişimine olanak sağladığı bilgi veya belgeler için başvuru sahibinden erişimin gerektirdiği maliyet tutarı kadar bir ücreti bütçeye gelir kaydedilmek üzere tahsil edebilir.

Kurum ve kuruluşlar, başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi on beş iş günü içinde sağlarlar. Ancak istenen bilgi veya belgenin, başvurulmuş kurum ve kuruluş içindeki başka bir birimden sağlanması; başvuru ile ilgili olarak başka kurum ve kuruluşun görüşünün alınmasının gerekmesi veya başvuru içeriğinin birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendirmesi durumlarında bilgi veya belgeye erişim otuz iş günü içinde sağlanır. Bu durumda, sürenin uzatılması ve bunun gerekçesi başvuru sahibine yazılı olarak ve on beş iş günlük sürenin bitiminden önce bildirilir.

İtiraz

Bilgi edinme istemi devlet sırrı ve ülkenin ekonomik çıkarları gerekçe gösterilerek reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde Kurula itiraz edebilir. Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir.

Kanun ile kurulan Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, bilgi edinme başvurusuyla ilgili yapılacak itirazlar üzerine, devlet sırrı ve ülkenin ekonomik çıkarları gerekçe gösterilerek verilen kararları incelemek ve kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar verir.

Bilgi Edinme Hakkının Sınırları

Kanuna göre;

Yargı denetimi dışında kalan idari işlemlerden kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar, Kanun kapsamına dahil olup, bu şekilde sağlanan bilgi edinme hakkı işlemin yargı denetimine açılması sonucunu doğurmaz.

Açıklanması halinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler; açıklanması ya da zamanından önce açıklanması halinde, ülkenin ekonomik çıkarlarına zarar verecek veya haksız rekabet ve kazanç sebep olacak bilgi veya belgeler, Kanun kapsamı dışındadır.

Sivil ve askeri istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgeler de Kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak, bu bilgi ve belgeler kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte ise, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı içinde sayılmaktadır.

Kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idari soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde;

Kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak;

Kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak; Soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek;

Gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek; nitelikteki belgeler ile;

Açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde;

Suç işlenmesine yol açacak;

Suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanuni yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek;

Yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek;

Hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlal edecek,

nitelikteki bilgi veya belgeler Kanun kapsamı dışında sayılmışlardır.

Kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulmuştur.

Kamu yararının gerektirdiği hallerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir.

Haberleşmenin gizliliği esasını ihlal edecek bilgi veya belgeler; kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgiler, Kanun kapsamı dışındadır.

Kurum ve kuruluşların, kamuoyunu ilgilendirmeyen ve sadece kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkının kapsamı dışındadır. Ancak, söz konusu düzenlemeden etkilenen kurum çalışanlarının bilgi edinme hakları saklıdır.

Kurum ve kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere, elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluş tarafından aksi kararlaştırılmadıkça bilgi edinme hakkı kapsamındadır.

Bilimsel, kültürel, istatistik, teknik, tıbbi, mali, hukuki ve benzeri uzmanlık alanlarında yasal olarak görüş verme yü-

kümlülüğü bulunan kişi, birim ya da kurumların görüşleri, kurum ve kuruluşların alacakları kararlara esas teşkil etmesi kaydıyla bilgi edinme istemlerine açıktır.

Gizliliği kaldırılmış olan bilgi veya belgeler, Kanunda belirtilen diğer istisnalar kapsamına girmiyor ise, bilgi edinme başvurularına açık hale gelir.

Raporlar

Kanununun 30. maddesine göre, kurum ve kuruluşlar, bir önceki yıla ait olmak üzere;

Kendilerine yapılan bilgi edinme başvurularının sayısını,

Olumlu cevaplanarak bilgi veya belgelere erişim sağlanan başvuru sayısını, Reddedilen başvuru sayısı ve bunların dağılımını gösterir istatistik bilgileri,

Gizli ya da sır niteliğindeki bilgiler çıkarılarak ya da bu nitelikteki bilgiler ayrılarak bilgi veya belgelere erişim sağlanan başvuru sayısını,

Başvurunun reddedilmesi üzerine itiraz edilen başvuru sayısı ile bunların sonuçlarını,

gösterir bir rapor hazırlayarak, bu raporları her yıl Şubat ayının sonuna kadar Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna göndereceklerdir. Kurul da hazırlayacağı genel raporu, söz konusu kurum ve kuruluşların raporları ile birlikte her yıl Nisan ayının sonuna kadar Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderecek, bu raporlar takip eden iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kamuoyuna açıklanacaktır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bilgi edinme hakkına ilişkin olarak uluslararası hukuktaki gelişmeler, bilgi edinme hakkının kullanılmasının en üst düzeyde korunması yolunda önemli mesafeler alındığını göstermektedir. Özellikle bölgesel entegrasyon amaçlı örgütlerin organlarının kararları, bu konuda önemli bir işleve sahiptir.

Avrupa Birliği direktifleri, topluluk hukukunun kaynaklarından birisi olarak, üyelerini bağlayıcı nitelikte olduğundan, üye devletler iç hukuklarında, ilgili direktifin amacını gerçekleştirecek düzenlemeler yapmak zorundadırlar.²⁸

Bu husus göz önünde tutulduğunda, gerek “*Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon Belgelerine Kamunun Ulaşması*”, gerek “*Kamunun çevresel Bilgilere Ulaşması*” konularındaki Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi direktiflerinde belirtilen amaçlara ulaşılması bakımından, direktiflerde yer alan ilkelerin ulusal belgelere yansıtılması bir gerekliliktir. Bu gerekliliğin, Avrupa Birliğine üyelik sürecindeki ülkemizin mevzuat uyumu çalışmalarında dikkate alınması zorunludur.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, “*itiraz usulü*” ile ilgili 13. maddede, Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itiraz hallerini iki durum ile sınırlamaktadır. Bilgi talebi, talep edilen bilginin;

- Devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler (Açıklanması halinde Devletin emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla Devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler) ile

- Ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgelere (Açıklanması ya da zamanından önce açıklanması halinde, ülkenin ekonomik çıkarlarına zarar verecek veya haksız rekabet ve kazanca sebep olacak bilgi veya belgeler)

ilişkin olduğu gerekçesi ile reddedilirse, talep sahibi yargı yoluna başvurmadan önce Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itiraz etme hakkına sahip olacaktır.

Kanun'un 14. maddesinde de, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun sadece yukarıda belirtilen gerekçelerle bilgi

²⁸ Direktiflerin niteliği ve etkisi konusunda bkz., Lasok D., Bridge J. W., Lawand Institutions of the European Communities, fifth edition, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1991, p. 136 -148.

taleplerinin reddine ilişkin kararlara karşı yapılacak itirazları incelemesi imkanı tanınmaktadır.

Bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak gerek Avrupa Konseyi tavsiye kararları, gerek Avrupa Birliği direktifleri incelendiğinde, talebi reddedilen başvuru sahibine etkili bir itiraz hakkı tanınması gerektiği yolunda hükümler bulunmaktadır.

Etkili başvuru hakkı İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 13. maddesi ile teminat altına alınmış bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, önüne getirilen uyuşmazlıklarda Sözleşme'nin 13. maddesi açısından yaptığı değerlendirmeleri de dikkate almakta yarar görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Bilgi Edinme Hakkı Kanununda, itiraza ilişkin 13 ve 14. maddelerin yeniden değerlendirilmesinin gerekli bulunduğu düşünülmektedir.

Öte yandan, Türkiye'nin üyelik başvurusunda bulunduğu Avrupa Birliği'nin yukarıda anılan direktifi ile düzenlenen çevresel bilgilere ulaşma hakkının ulusal mevzuatımızda düzenlenmesi de bir zorunluluktur.

Oturum Başkanı: Katkıda bulunmak ya da soru sormak isteyenlere söz vereceğim. Evet buyurun.

Halil KUYTUOĞLU (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı): Benim sorum Sayın Tacettin Şimşek'e olacak.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu bugün yayınlandı. Bunun bir tamamlayıcı unsuru olarak düşündüğüm İdare Usul Kanunu çalışmaları da söz konusu. Bilgi Edinme Kanunu'yla İdari Usul Kanunu arasındaki ilişkiyi açabilir misiniz?

Tacettin ŞİMŞEK: Şimdi elimdeki metin son hali mi; bilmiyorum. Ama bu kurumların görüşüne açılan bir metin. O bakımdan çok net şeyler söyleyemeyeceğim. Yani kanunun amacı idari işlemlerin yapılmasında uygulanacak ilke ve usulleri belirtiyor. Burada tabii idareye başvuru, daha doğ-

rusu yapılan işlemin gözden geçirilmesine yönelik bir talebin incelenmesini aynı çerçevede değerlendirmek gerekiyor. Bilgi Edinme Kanunu'ndaki, Bilgi İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na yapılan başvuru gibi değerlendirmek gerekiyor.

Maddeyi şu anda tam şey yapamadım, ama bu kanunda bilgi edinmeye ilişkin olarak yer alan hükümlere -3 maddeydi galiba- Bilgi Edinme Kanunu'yla birleşik bir halde değerlendirilerek Bilgi Edinme Kanunu'nu tamamlayan bir unsurdur bu; onu söyleyeyim bir kere, onu tamamlayan bir unsurdur. İkisini bir arada değerlendirmek gerekmektedir. Ancak biraz önce belirttiğim gibi, etkili bir iç hukuk yolunun Bilgi Edinme Kanunu'nda öngörülmesi gerekmektedir. Yani bu Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu'nun kararı idare açısından bağlayıcı olacak mı? İdarelerin o karar doğrultusunda işlem yapması gerekiyor mu, gerekmiyor mu? Bunların hepsinin Bilgi Edinme Kanunu'nda düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yönüyle eksik bir kanun olduğunu düşünüyorum.

Oturum Başkanı: Oturumu kapatırken, ülkemizde insan hak ve özgürlüklerinin tüm çağdaş nitelikleriyle gerçekleşmesi umut ve dileğiyle sizlere saygılar sunuyor, teşekkür ediyorum.

İKİNCİ GÜN
DÖRDÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı
Av. Özdemir ÖZOK
(TBB Başkanı)

DERNEK, TOPLANTI
VE
ANLATIM ÖZGÜRLÜKLERİ

TEBLİĞ: I

Av. Jonathan COOPER (Londra)*

JONATHAN
COOPER'İN
TEBLİĞİ

“Madde 11, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS):

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

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

Şartlı bir hak olarak, katılmak istedikleri ve sınırlandırılan eylemin madde 11(1) kapsamına girdiğini ve hakka bir mü-

* “Dernek ve Toplantı Özgürlüğü İHAS m 11” başlıklı tebliğ.

dahale olduğunu belirlemek başvuru sahibinin sorumluluğudur. Bu sorumluluk sonra devlete geçer ve devlet müdahaleyi yasallık, gereklilik, ölçülülük/oranlılık ve ayrımcı olmama ilkeleri esasında haklı gösterebilmelidir. Şartlı haklara kanun çerçevesinde nasıl müdahale edilebileceği konusunda detaylı bir inceleme için özel yaşam ve aile yaşamı hakları (madde 8) üzerine olan bölüme bakınız. *

Madde 11 iki hakkı garanti eder:

Her iki hak da demokratik bir toplumun işleyişi için zorunludur. Bu haklar:

- Asayiş bozmayan toplantılar yapmak - veya protesto hakkı
- Demek kurma ve sendika kurma hakkı

Toplantı: Madde 11'in kapsamı

Diğer haklarla ilişkiler

Madde 17 de asayiş bozmayan toplantılar yapmayla ilgilidir. Protestocular Madde 11'in tanıdığı haklara dayanarak başkalarının Sözleşmeden doğan haklarına zarar veremezler.

Pozitif yükümlülükler

Madde 11 devletlere asayiş bozmayan toplantı ve protesto haklarının pratikte de kullanılabilmelerini sağlama yükümlülüğü getirmektedir (Platform Artze für das Leben Avusturya'ya karşı).

Madde 11'in geçerli olabilmesi için bir toplantı veya protesto ile ilgili en önemli özellik barışçıl- asayiş bozmayacak nitelikte - oluşudur. Sonuçta şiddet olsa da, niyet barışçı idiyse madde 11 geçerlidir (İrkçılığa ve Faşizme Karşı Hristiyanlar İngiltere'ye karşı). madde 11 toplantı yasadışı olduğunda bile geçerli olabilir.

* Jonathan Cooper'ın bu konudaki tebliği üçüncü oturumdadır.

Protestoların kontrolü

Ezelin Fransa'ya karşı davasında devletin kamu düzenini sağlama ihtiyacının kişilerin barışçı bir biçimde inançlarını ortaya koymalarını engellememesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu davada başvuru sahibi sonradan şiddete dönen bir protestoya katılan bir avukattır ve profesyonel kuruluşu tarafından sağduyulu olmayı ihlal etmekten ötürü kınanmıştır. Bu yaptırım orantısız bulunmuş ve başvuru sahibinin barışçıl bir şekilde protesto edebilme hakkı üzerinde gereğinden fazla bir etki yaptığına karar verilmiştir. Bir yürüyüş veya toplantı için önceden bilgi verme veya izin alma gerekliliği, bu gerekliliğin gerisinde barışçı toplantı düzenlemek isteyenleri yıldırma hedefi olmadığı sürece, Madde 11' e müdahale sayılmaz.

Yasaklayıcı Emirler

Gösterilere genel bir yasaklama sadece gösterinin kamu düzenine daha hafif tedbirlerle önlenemeyecek derecede ciddi bir tehlike arz ettiği durumlarda haklı gösterilebilir. Bu yüzden, yasaklayıcı emirler kesinlikle savunulabilmelidirler.

Başkalarının eşliği

Barışçıl olduğu sürece toplantının veya protestonun amacı çok önemli değildir; ama eğer toplantı için bir sebep yoksa madde 11 (1)' den bahsedilemez. Bu yüzden sadece birlikte dolaşmak isteyen ve engellenen gençler madde 11'i kullanamamışlardır (Anderson İngiltere'ye karşı). Benzer şekilde, toplantı hakkı başkalarının arkadaşlığını paylaşma hakkını vermez. Bu durumda, tek başına tutulan bir tutuklu bu Madde'ye başvuramaz (McFeeley İngiltere'ye karşı).

Özel Alan

Madde 11 'in alışveriş merkezleri gibi özel alanlarda veya kısmen halka açık kamu alanlarında tanıdığı protesto hakkı sınırlıdır. Appleby İngiltere'ye karşı davasında Strasbourg Mahkemesi'nin çoğunluğu Madde 11'in bir alışveriş merke-

zinde broşür dağıtmak isteyen kişiler için geçerli olmadığı görüşünde birleşmişlerdir.

Dernek Kurma: Madde 11'in Kapsamı

Dernek nedir?

Kişiler ortak bir çıkar için gönüllü olarak biraraya geldiklerinde dernek kurma özgürlüklerini kullanmış olurlar. Siyasi partiler bu nedenle madde 11 anlamında derneklerin klasik örnekleridir. Demokrasinin düzgün işleyişinin başlıca gerekliliklerinden olan siyasi partilerin kurulma haklarına herhangi bir müdahale kesin bir biçimde haklı gösterilebilmelidir (Türkiye Birleşik Komünist Partisi Türkiye'ye karşı).

Madde 11 belli bir derneğe üye olma hakkını getirmez ve genellikle dernekler kendi üyelerini ve faaliyetlerini düzenlemekte serbesttirler (Cheall İngiltere'ye karşı).

Dernek ne değildir?

Çoğu profesyonel düzenleyici kuruluşun gönüllü olmaları ve kamusal yapıları madde 11'in koruması dışında kalmalarına sebep olur (Le Compte, Van Leuven ve De Mayer Belçika'ya karşı).

Madde 11'in geçerli olması için resmi bir dernek bulunması ve örgütsel bir yapı kurmak için planlı bir çaba olması gereklidir.

Sendikalar

Madde 11 sendikaya katılma hakkını tanır. Bu hak ayrıca sendikaya üye olmama hakkını da içerdiği şeklinde yorumlanmıştır (Young, James ve Webster İngiltere'ye karşı). Madde 11 sendikalar tarafından üyelerinin çıkarlarını korumak için de kullanılabilir. Örneğin, Madde 11 bir sendikanın görevini tam olarak yerine getirebilmesi için olanakların olmasını gerektirir ve böylece Avrupa Sosyal Şartı'nın bazı öğelerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dahil etmiş olur (Sánchez Navajas İspanya'ya karşı).

Negatif dernek özgürlüğünün - yani, dernek kurmama veya derneğe üye olmama hakkının devlet tarafından korunması gerekebilir.

Dernek Kurmanın Kısıtlanması

Derneğin faaliyetlerine zarar vermedikçe ve vazgeçirici ölçüde bir etki yaratmadığı sürece derneği kaydettirme veya lisans için başvurma gereklilikleri madde 11'i ihlal etmez. Sidiropoulos Yunanistan'a karşı davasında Yunan otoritelerinin Makedonya'nın geleneklerini, tarihini ve sembollerini desteklemek isteyen Makedon organizasyonu kaydetmeyi reddetmesi madde 11'i ihlal etmiştir.

Benzer şekilde, Türkiye Sosyalist Partisi'nin şiddet kullanmaya kışkırtmadığı halde yasaklanması madde 11'i ihlal etmiştir. Eğer bir siyasi parti demokratik ilkeleri reddetmiyorsa kısıtlanmamalıdır (Türkiye Sosyalist Partisi Türkiye'ye karşı). Dernekler ayrıca kurulup işlemeye başladıktan sonra bir takım faaliyetlerde bulunurlarsa yasal olarak yasaklanabilecekleri esasına dayanarak yasaklanmamalıdır. Baştan şüpheli yaklaşmamak gereklidir.

Refah Partisi'ni Kapatma Kararı Neden Haklı Gösterilmiştir?

Türk mahkemelerinin Refah Partisi'ni kapatma kararı madde 11(1)'e müdahale oluşturmuş ancak yasaklama madde 11(2) esas alınarak savunulmuştur.

Yüce Divan'ın Refah Partisi ile ilgili kararından aşağıdaki ilkelere varılabilir:

- Devlet kurumlarını korumakla yükümlüdür;
- Siyasi bir partinin kanunda veya devletin yapısında değişiklik için mücadele etmesi yasal ve Sözleşme'ye uygundur;
- Ancak, bu partiler şu şartları yerine getirmelidirler:

JONATHAN
COOPER'İN
TEBLİĞİ

- Kullanılan araçlar her açıdan yasal ve demokratik olmalıdır;
- Önerilen değişiklikler demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmalıdır

Madde 11'in Kapsamına İstisnalar

Silahlı Kuvvetler, kolluk gücü mensupları ve devlet memurları madde 11'in genel korumasının dışındadırlar. Bu yüzden faaliyetlere getirilen kısıtlamalar sadece yasal olmalı ve keyfi olmamalıdır. Rekvenyi Macaristan'a karşı davasında kolluk güçlerinin siyasi faaliyetlerinin yasaklanması (ifade özgürlüğüyle ilgili olarak) siyasi olarak tarafsız kolluk gücünün halkın yararına olduğu temeline dayanarak savunulmuştur.

Devletin idari mekanizmasında yeralan herkes madde 11'de ima edilen ilkelerin dışında tutulmaz. Vogt Almanya'ya karşı davasında Alman hukukuna göre teknik olarak devlet idaresine dahil olmalarına rağmen öğretmenlerin madde 10 ve dolayısıyla madde 11 haklarından yararlanabilecekleri sonucuna varılmıştır. Bu yüzden madde 11'in bu hükmü dar olarak yorumlanmalıdır.

Ayrıca bu Madde 6 ve sivil hakların belirlenmesinde adil yargılanma hakkı ile de ilgilidir. Silahlı Kuvvetler, kolluk güçleri mensupları ve devletin idaresi mekanizmasında görevli başlıca gruplar bu hükümlerin de dışında tutulurlar (Pelegrine Fransa'ya karşı)

TEBLİĞ: II

Güney DİNÇ (Avukat):*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklerin başlangıcı ve kurucu belgesi değildir. Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin İnsan hakları alanında sağladıkları kazanımlar, Sözleşme ile uluslararası bir nitelik edinmiştir. Sözleşme'nin canlı ve devingen bir yenilenme süreci içerisinde gelişmesi ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ile gerçekleşmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin tanımı, içerikleri, zaman içerisinde değişebilen sınırları ve kötüye kullanılmaları durumunda toplumsal korumanın gereği olarak alınacak önlemler, ulusal ve uluslararası hukukların başlıca uğraş alanları olmuştur.

Bu çok geniş konuyu olabildiğince daraltarak, ülkemiz açısından önem taşıyan somut örneklerle açıklamaya çalışacağım.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, "*düşünce, vicdan ve din özgürlüğü*"nü düzenleyen 9. maddesi, "*düşünceyi açıklama özgürlüğü*"nü kapsayan 10.maddesi, "*örgütlenme özgürlüğü*"nü ele alan 11. maddesi, sunuşunun temel dayanaklarını oluşturmaktadır.

Konuyu somut örneklerle tartışabilmek amacıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'deki parti kapatma davaları ile düşünceyi açıklama özgürlüğüne ve özellikle TCK'nın 312. maddesine ilişkin değerlendirilmeleri üzerinde duracağım.

Ayrıca, oldukça uzun süren bir kararsızlık döneminden sonra, AİHM kararlarının ulusal hukuk üzerindeki ve özellikle yasama alanındaki olumlu yansımalarına değineceğim.

* "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'nin Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri Üzerine Etkileri" başlıklı tebliğ.

İİ - AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN AÇILIMI:

A- HUKUKSAL DAYANAK

Sözleşme'nin 9., 10. ve 11. maddeleri, konuları ve aralarındaki yakın bağlantılar nedeniyle, genellikle birlikte ele alınıp değerlendirilmektedirler.

Dili oldukça eskimiş bulunmasına ve önemli çeviri yanlışları içermesine karşın, yürürlükteki hukuka bağlı kalmak amacıyla anılan maddeleri 1954 yılında 6366 sayılı Yasa ile benimsenen biçimiyle aşağıya aktarıyorum:

"Madde 9:

1- *Her şahıs, düşünme, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak, din veya kanaat değiştirme hürriyetini ve alenen veya hususi tarzda ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini izhar eylemek hürriyetini tazammun eder.*

2- *Din veya kanaatleri izhar etmek hürriyeti demokratik bir cemiyette ancak amme güvenliğinin, amme nizamının, genel sağlığın veya umumi ahlakın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla tahdit edilebilir.*

Madde 10:

1- *Her fert ifade ve izhar hakkına maliktir. Bu hak içtihat hürriyetini ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzuu bahis olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder. Bu madde, devletlerin radyo, sinema veya televizyon işletmelerini müsaade rejimine tabi kılmalarına mani değildir.*

2- *Kullanılması vazife ve mesuliyeti tazammun eden hürriyetler, demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin,*

nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ancak ve kanunla, muayyen merasime, şartlara, tahditlere veya müeyyidelere tabi tutulabilir.

Madde 11:

1- Her şahıs asayişini ihlal etmeyen toplantılara katılmak ve başkalarıyla birlikte sendikalar tesis etmek ve kendi menfaatlerini korumak üzere sendikalara girmek hakkı dahil olmak üzere dernek kurmak hakkına haizdir.

2- Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak milli güvenliğin, amme emniyetinin, nizamı muhafazasının, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için ve ancak kanunla tahdide tabi tutulabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, zabıta mensupları ve devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında muhik tahditler konmasına mani değildir."

B- SINIRSIZ ÖZGÜRLÜĞÜN BOYUTLARI

Sözleşme'nin yalnız 9. maddesinin başlangıç tümcesinde, sınırsız ve mutlak bir özgürlükten söz edilmemektedir. Buna göre, "Her kişi, düşünme, vicdan ve din (inanç) özgürlüğüne sahiptir."

Dışa vurulmayan inanç ve düşünceler, içsel bir tartışmadır. Kişinin kendisiyle baş başa kaldığı bir alana, kamu gücünün el atması söz konusu değildir.

Toplumsallık kazanmayan düşünce ve inançları korumanın bir anlamı olmadığı söylenebilir. Bizce çok önemlidir. Bireylere, düşüncelerini, dini inançlarını ya da inançsızlıklarını açıklamama güvencesini sağlamaktadır. Kamu yararı, genel güvenlik gibi nedenlerle de olsa, düşünce ve inançlar sorgulanamaz. Kişiler, bu konulardaki görüşlerini açıklamaya zorlanamazlar.

İnsanlık, kan ve ateşle yoğrulan çok uzun uğraşlardan sonra ancak yirminci yüzyılın ikinci yarısında böyle bir güvenceye ulaşabilmiştir. Düşünce ve inanç dokunulmazlığını korumak, Türkiye için de büyük önem taşımaktadır.

Bireylerin kendileri ile yaşamaları, kendileri ile hesaplaşmaları anlamına gelen din, inanç ve düşünce özgürlüğünün dokunulmazlığı, dışa vurulmadığı sürece geçerlidir.

Siyasal İslam'ın ülkemizdeki temsilcilerinin Sözleşme'ye dayanarak topluma kabul ettirme çabası içerisinde oldukları her türlü ibadetin mutlak özgürlük kapsamında olduğu ve kamusal denetimin dışında kaldığı yolundaki zorlamalar, gerçeği yansıtmamaktadır.

Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. paragrafında vurgulandığı gibi, dinsel inançların açıklanmasıyla birlikte, kamusal denetim de başlamaktadır. Devletler, *"kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın, genel ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"* için zorunlu yasal kısıtlama ve önlemlere gidebileceklerdir.

C- ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI

AİHS, 9. maddede olduğu gibi, 10. maddede düşünceyi açıklama özgürlüğüne, 11. maddede örgütlenme özgürlüğüne bazı yöntem ve koşullarla, sınırlandırmalar getirebileceğini benimsemektedir. Kısıtlamaların hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi, AİHM'nin görev alanına girmektedir. Mahkeme, başvuruları incelerken, aşağıda özetleyeceğimiz ölçütleri gözetmektedir:

a- Toplumsal müdahale, yasalardan kaynaklanmalıdır. Ulusal hukukun öngörmediği engellemeler, Sözleşme'ye de aykırı bulunmaktadır.

b- Yasalarla getirilen kısıtlamalar, genel yararlaraya yönelik olmalıdır. Böylece keyfiliğin önlenmesi amaçlanmıştır. Temel hak ve özgürlükler, bu haklardan yararlananlara da, bazı

görevler ve sorumluluklar yüklemektedir. Her olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gereken kamusal korunmanın başlıca dayanakları şunlar olmaktadır:

- Ulusal güvenlik,
- Ülkenin toprak bütünlüğü,
- Kamu güvenliği,
- Kamu düzeninin korunması,
- Suçların önlenmesi,
- Sağlık önlemleri,
- Başkalarının kişiliklerinin ve haklarının korunması,
- Haberleşmenin gizliliğinin sağlanması,
- Yargının üstünlüğünün ve yansızlığının korunması,
- Radyo, sinema, TV yayın işletmelerinin izne bağlanması,
- Etik değerlerin korunması,

Yukarıdaki dizgelerin de ortaya koyduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması için Sözleşme'nin kamusal denetime açık bıraktığı alanlar, oldukça geniş yorumlara elverişli sözcüklerle anlatılmıştır. Ulusal yasalarda yer alabilecek bu tür belirsiz kavramlar, çoğu zaman özgürlükleri etkisiz bırakan, hakları kullanılamaz duruma düşüren uygulamalara kaynaklık edebilmektedir.

Sözleşme, kamu yararının korunması görüntüsü altında temel hak ve özgürlüklerin yok edilmemesi için, belirleyici iki ölçüt getirmiştir.

Bunlardan birincisi, öngörülen kısıtlamaların, "demokratik bir toplumun gerektirdiği" sınırların dışına taşmamasıdır. Hakların kötüye kullanılmaması amacına da yönelik olsa,

demokratik bir toplumun özümseyemeyeceği boyutlardaki müdahaleler, Sözleşme'ye de aykırı düşmektedir. Toplumsal korunma, demokratik yöntemlerle sağlanmalıdır.

İkinci ölçüt, Sözleşme'nin 17. maddesinde tanımlanmıştır:

"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa ve ferde işbu Sözleşme'de tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya mezkur Sözleşme'de derpiş edildiğinden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını istihdaf eden bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya matuf herhangi bir hak sağladığı şekilde tefsir edilemez."

Böylece, "orantılılık" kuralıyla birlikte, kısıtlamaların "istisna" olduğu ilkesi vurgulanmıştır.

Temel hak ve özgürlüklere yönelik kamusal müdahaleler, izlenen toplumsal yararların gerektirdiği boyutlarda tutulacak ve bu amaçları aşan uygulamalara kaynaklık etmeyecektir.

Sözleşme'nin 17. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin, devletlerle birlikte, bireylerce de kötüye kullanılmayacağı gerçeğini yinelemektedir.

c- AİHM, gündemindeki uyuşmazlıkları, yukarıda özetlediğimiz ilkeler çerçevesinde çözmektedir. Sözleşme'nin koruduğu haklar temel alınmakta, kısıtlamalar istisna olarak değerlendirilmektedir.

Mahkeme'nin üzerinde durduğu bir diğer konu da, devletlerin, hak ve özgürlükler konusunda yansız ve edilgen kalmakla, yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılamayacakları gerçeğidir. Sözleşme kapsamındaki hakların önündeki engelleri kaldırmak, uygulanmalarına yol açacak hukuksal yapıyı oluşturmak, devletlerin görevidir.

III- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASIYLA İLGİLİ TÜRKİYE'YE YÖNELİK DEĞERLENDİRMELERİ

A- TBKP'NİN KAPATILMASI

Türkiye'den, siyasal partilerin kapatılması konusunda AİHM'ne gönderilen ilk dava, Türkiye Birleşik Komünist Partisi tüzel kişiliği ile, parti kurucuları Nihat Sargın ve Nabi Yağcı'nın birlikte yaptıkları başvuru oldu.

a- Olay

Bilindiği gibi TBKP 4 Haziran 1990 günü kuruluş dilekçesini vermiş ve on gün sonra, 14 Haziran 1990'da Yargıtay Başsavcısı Parti'nin kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde dava açmıştı.

Başsavcılık iddianamesinde, TBKP'nin:

- Bir sosyal sınıfın, diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenlik kurmasını amaçlaması,

- Adında "komünist" sözcüğünün geçmesi,

- Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya yönelmesi,

- Daha önce Anayasa Mahkemesi'nce kapatılan Türkiye İşçi Partisi'nin bir devamı olduğunu açıklaması, nedenleriyle, temelli kapatılması talep ediliyordu.

b- Anayasa Mahkemesi Kararı

Anayasa Mahkemesi 16 Temmuz 1991 günlü kararında kapatma nedenlerinden ikisini yerinde bulmadı:

" ... Davalı Parti'nin çoğulcu, katılımcı, çok partili ve halk oyuna dayanan demokratik siyasal kurumları benimsediği..." saptandığından, tüzüğünde herhangi bir diktatörlüğün savunulmadığı vurgulandı.

“ ... Marksist hareketin farklı örgütlenmelerine, siyasal kültü-
rüne ve bunların kültürel mirasına sahip çıkılması, kapatılan bir si-
yasal partinin devamı olmak değil, marksist örgütlenmenin birikim
ve deneyiminden yararlanıp yeni bir parti oluşturmak ...” olarak
algılandı.

Böylece sınıf egemenliği ve kapatılan bir partinin deva-
mı olmak nedenlerine dayandırılan istemler reddedildi.

Ancak, “Parti adında “Komünist” sözcüğünün geçmesi ne-
deniyle, 2820 sayılı Yasa’nın 96. maddesine aykırılık, açıktır...
Sınıf egemenliği ya da diktatörlük amaçlanmasa da, bir parti
96.maddenin sonuncu fıkrası gereği “komünist” adını alamaz
ya da bu sözcüğü adında kullanamaz.

denildi.

Bölücülük suçlamasıyla ilgili olarak da, Anayasa Mahke-
mesi’nin kararında aşağıdaki değerlendirmeler yapıldı:

“ ... Programda yer alan ‘kültürel yenilenme, Türk ve Kürt
ulusal kültürel değerleri, Anadolu uygarlıklarının mirası, İslam
Kültürünün İnsancıl öğeleri, halkımızın çağdaşlaşma mücadelesin-
de yarattığı tüm değerlerin evrensel, çağdaş kültür ve etkileşimi ile
gerçekleşecektir.” biçimindeki anlatımlarla 2820 Sayılı Yasa’nın
81. maddesinin (b) bendine aykırı davranılmakta, Türk dili ve
kültüründen başka dil ve kültürleri korumak yaymak yoluyla
azınlık yaratılarak millet bütünlüğünün bozulması amaçlan-
maktadır. Bölgelerin ulusal kimliği olamaz. Anayasa, özerklik
ve özyönetim yöntemlerine - biçimlerine kapalıdır.

Kimi siyasal nedenlerle dış etkenlerden kaynaklanan,
kimi varsayım, yorum ve bahanelere dayanan, İnsan hakla-
rı ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara
geçerlik tanınmaz. Devlet, (TEK)’tir, ülke (TOM)’dür, ulus
(BİR)’dir. Ulusal birlik, devleti kuran, ulusu oluşturan toplu-
lukların ya da bireylerin etnik kökeni ne olursa olsun, yurt-
taşlık kurumu içinde ayrımsız birliklikleriyle gerçekleşir.
Anayasa’da ve yasalarda yurttaşlar arasında ayrımı öngören
hiçbir kural bulunmadığı gibi, kimsenin soy kökeninin yad-

sınması ya da kabul edilebilecek yeni bir savı da yoktur... Ulusal ve tekil devlet, etnik ayrılıklarla tartışılmaz. Herkesin, her zaman karşılaşabileceği ve giderek hukuk devletinde karşılığı istenebilecek aykırılık, çelişki, haksızlık ve yanlışlıklar, insan hakları alanında sömürü nedeni yapılarak, gerçekler saptırılıp çarpıtılarak, üstü kapalı biçimde, ayrı ulus yoluyla ayrı devlet amaçlanamaz. Tartışılmaz kavram ve değerlerle, ödün verilmesi olanaksız ilke ve niteliklerin kaynağı Türkiye Cumhuriyeti'dir. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Yeni Bir Avrupa için Paris Şartı, ırkçılığı, etnik düşmanlığı ve terörizmi kınamış ve "Güvenlik" ve "Ek I" bölümlerinde de açık olarak ülke bütünlüğü ve demokratik düzeni yıkmayı amaçlayan hareketlerle giren kişi, grup ve örgütlere karşı koruma ve kollama sorumluluğunu milletlerarası bir çağrı olarak kabul etmiştir. Yasa, Kürt kimliği, Kürt adı yoluyla, Kürtçülük ve bölücülük yapılmasına olur vermemektedir.

Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak Anayasa'nın 3., 14., 68. ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 78., 81. ve 101. maddelerine dayanarak TBKP'nin temelli kapatılmasına karar verdi.

c- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirmeleri

AİHM'nin 868 sayılı, 30.01.1998 günlü TBKP, Sargın, Yagcı-Türkiye kararında;

Tarafların savları, ulusal hukuktaki dayanakları, Anayasa Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun görüşleri ayrıntılı bir biçimde özetlendiğinden, özellikle Mahkeme'nin konuya ilişkin ilkesel yorumları üzerinde durmakla yetineceğim:

1- Sözleşme'nin 11. Maddesinin Siyasal Partilere Uygulanması

Mahkeme, tarafların sunuşlarına göre, siyasal partilerin kapatılmasından doğan uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 11.maddesinin kapsamına girip girmediğini öncelikle tartışırken bazı ölçütler üzerinde durmuştur.

Mahkeme'ye göre:

“Siyasal partiler, demokrasinin tam olarak işlemesi için temel örgütlenme biçimlerinden birisidir. Sözleşme sisteminde demokrasinin önemine bakıldığında, siyasal partilerin 11. maddenin kapsamına girdiğinden kuşku duyulamaz... Diğer yandan Mahkeme’ce, siyasi parti gibi bir örgütün, sırf ulusal organlar tarafından faaliyetleri devletin anayasal yapısını zayıflattığı ve konulan sınırları aştığı kabul edildiği için Sözleşme’nin sağladığı korumanın dışında tutulacağı düşünülemez. Mahkeme’nin önceki kararlarında belirttiği gibi, kural olarak ulusal organlar hukuk devletine saygıyı sağlamak veya anayasal haklara etkinlik kazandırmak için gerekli olduğunu düşündükleri önlemleri almakta serbesttirler. Ancak alacakları önlemleri, Sözleşme’ye göre üstlendikleri yükümlülüklerine uygun düşecek bir biçimde yerine getirmek zorundadırlar ve bu önlemler Sözleşme organlarının denetimi kapsamındadır.”

Mahkeme’nin bu konudaki değerlendirmelerinde, tüm bireyler için geçerli olan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında, siyasal partiler açısından daha bir önem ve duyarlılıkla yaklaşıldığı gözlenmektedir.

Mahkeme’nin değerlendirmelerine göre, *“... Siyasi partiler söz konusu olduğu zaman, 11. maddede belirtilen istisnalar çok dar anlamda yorumlanır. Yalnızca tam inandırıcı ve zorlayıcı nedenler siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını haklı gösterebilir. Sözleşmeciler devletler, 11. maddenin ikinci fıkrası kapsamında bir gerekliliğin olup olmadığına karar verirlerken, yalnızca sınırlı bir takdir alanına sahiptirler. Ulusal organların koydukları kurallar ve bu kuralların uygulanması doğrultusunda mahkemelerin verdikleri kararları da kapsayan özenli Avrupa denetimi, birlikte ve el ele yürütülür... Bu tür yakından denetim, bir siyasal partinin kapatılmasıyla birlikte, parti liderlerinin de gelecekte benzer siyasal etkinliklerini sürdürmekten yasaklandıkları bir davada özellikle gereklidir.”*

Mahkeme, Türk hukuk sistemini değerlendirirken, örgütlenme özgürlüğünün yalnız bir siyasal partiyi kurma hakkını

ilgilendirmekle sınırlı kalmadığını, kuruluşundan sonra da siyasal etkinliklerini özgürce yürütmesini güvence altına aldığı belirtilmiştir.

Mahkeme'nin üzerinde durduğu bir diğer konu, Sözleşme'nin, kapsadığı hakları, kuramsal veya sanal düzeyde değil, pratik ve etkili olarak da korumayı amaçladığı olgusudur. *"Sözleşme'nin 11. maddesi bir örgütün sadece kurulmasıyla sınırlı tutulacak olursa, bu maddede güvence altına alınan hak, büyük ölçüde teorik ve hayali kalacaktır. Çünkü ulusal makamlar, Sözleşme'ye uygun davranmaksızın, bu örgütü hemen yasaklayabilirler. Buradan çıkan sonuca göre, 11. maddenin sağladığı koruma, örgütün bütün yaşamı boyunca devam eder. Bir örgütün yetkili ulusal organlarca kapatılması, 11.maddenin ikinci fıkrasındaki şartlara uygun olmak zorundadır."*

2- Sözleşme Denetimi Karşısında, Devletlerin Egemenlik Hakları Ve Ulusal Hukukun Etkinliği

Görülüyor ki, Mahkeme, koşulları oluştuğunda ulusal organların siyasi partilerin kapatılmasına karar verebileceklerini kabul etmektedir. Bir siyasal partinin örgütlenme özgürlüğünün kapsamından taşması, etkinlikleri için konulan sınırların dışına çıkması ve özellikle demokratik toplumların temel güvencesi olan çoğulcu demokrasiyi yok etmeye yönelmesi durumunda, kapatılma yaptırımı ile karşılaşması olanaklıdır.

Ancak, ulusal yargı, böyle bir sonuca varırken hangi hukuku uygulayacaktır? Mahkeme, AiHS'nin 1. maddesinin *"Sözleşmeci Devletleri, Sözleşme'nin Birinci Bölümü'nde tanınan hak ve özgürlükleri... herkes için güvence altına almak"*la yükümlü tuttuğunu belirttiikten sonra, bu haklara yönelik düzenleme ve uygulamalar nedeniyle bir ayırım yapılmaksızın *"üye devletlerin egemenliklerinin herhangi bir kısmının Sözleşme'ye göre yapılacak yakından denetimin dışında bırakılmadığını..."* özellikle vurgulamıştır.

İnceleme konusu kararda, ulusal uygulamalarda da gözetilmesi gereken, Mahkeme'nin inceleme ve değerlendirme yöntemi şöyle açıklanmaktadır:

"Demokrasi, hiç kuşkusuz, Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir.

Bu özellik, öncelikle Sözleşme'nin Başlangıcı'nda açıkça görülmektedir...

Sözleşme'nin 'Başlangıç' kısmı, Avrupa ülkelerinin siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü ortak mirasına sahip olduğunu yinelemektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin temel değerlerinin bu ortak mirasta bulunduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin demokratik bir toplumun ideal ve değerlerinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi için tasarlandığını defalarca belirtmiştir.

Buna ek olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 8., 9., 10. ve 11. maddelerin hakların kullanılmasına yönelik bir müdahaleyi, neyin 'demokratik bir toplumda gerekli olduğu' ölçütüyle değerlendirmek zorundadır. O halde bu haklardan herhangi birine yönelik müdahaleyi haklı gösterecek tek gereklilik, 'demokratik toplumdan' çıktığı ileri sürülebilen gerekliliktir."

"Sözleşme tarafından öngörülen ve bu nedenle Sözleşme'yle uyumlu olan tek siyasal modelin demokrasi olduğu" belirtilen kararda, başta anayasalar olmak üzere, ulusal düzenlemelerin bu ilkelerle çelişmemesi gerektiği üzerinde durulmaktadır:

"Devletlerin genellikle ve öncelikle anayasaları vasıtasıyla kullandıkları - egemenlik yetkilerine bir bütün olarak saygı göstermekle birlikte, kendilerinin Sözleşme'ye uygun davranmaları istenir.

Sözleşmecî devletlerin siyasal ve kurumsal organları, Sözleşme'de yer alan haklara ve ilkelere saygı göstermek zorundadırlar. Bu bağlamda ele alınan hükümlerin anayasa maddeleri mi, yoksa sadece yasa maddeleri mi oldukları pek bir önem taşımaz. Bu tür düzenleyici kurallar, devletlerin egemenlik yetkilerinin kullanılma aracı oldukları andan itibaren, Sözleşme'nin denetimi altına girerler."

Öyle sanıyorum ki, AİHM'nin kararından aktardığım yurtdışıdaki alıntılar, herhangi bir yorum gerektirmeyecek kadar açıktır.

3- AİHM'nin, TBKP'nin kapatılma nedenlerine ilişkin değerlendirmeleri: 2820 sayılı Siyasal Partiler Yasası'nın 96 (3.) maddesi ile getirilen, siyasi partilerin adlarında "komünist" sözcüğünün yer alamayacağına ilişkin yasak, Anayasa Mahkemesi'nce TBKP'nin kapatılması için yeterli görülmüştü.

AİHM ise, " ... ilgili ve yeterli diğer koşulların oluşmaması durumunda, bir siyasi partinin seçtiği adın, kuralolarak kapatma gibi ağır bir yaptırımı haklı kılmadığını..." benimsemiştir.

Özellikle komünizmi suç sayan TCK'nın 141. ve 142. maddelerinin 12 Nisan 1991 günlü ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası ile yürürlükten kaldırılmasından sonra, Anayasa Mahkemesi'nin kendi kararında da tek sınıf egemenliğine dayanan bir politika izlemediğini, aksine siyasal çoğulculuk, genel seçim ve katılımcı demokrasi gibi ilkeleri benimsediğini kabul ettiği bir partinin kapatılmasına karar vermesi, çelişkili bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir.

AİHM, "TBKP'nin kendisine 'Komünist' adını verirken, Türk toplumu veya Türk Devleti için gerçek tehlike oluşturabilecek bir politikayı seçtiğini gösterecek herhangi bir kanıt yokken, salt adına dayandırılan nedenlerin, tek başına Parti'nin kapatılması için gerekçe gösterilmesini kabul edilemez" bulmuştur.

Mahkeme, diğer kapatma gerekçesi olan 'bölücülük' suçlaması konusundaki görüşlerini aşağıdaki tümcelerle açıklamıştır:

"Mahkeme, her ne kadar TBKP programında 'Kürt halkından', 'Kürt ulusundan', 'Kürt yurttaşlarından' söz edilmiş ise de, Kürtlerin bir azınlık olarak tanımlanmadığını ve varlıklarının tanınması dışında Kürtler için özel ayrıcalıklar veya haklar, hele hele Türk nüfusunun bütününden ayrılma hakkı talep edilmediğini vurgular. Tam tersine, programda şu anlatımlar yer almaktadır:

'TBKP, Kürt sorununun adil, demokratik ve barışçı bir çözüme kavuşturulması, Türk ve Kürt halkının Türkiye Cumhuriyeti devleti sınırları içinde gönüllü ve eşit haklılık temelinde birlikte yaşamaları ve ortak çıkarlar temelinde demokratik yeniden yapılanması için çalışacaktır.'

TBKP programında, kendi kaderini tayin hakkı konusunda ise, şiddete başvurulmasının ' ... kendi geleceğini tayin hakkının, birlikte değil, ayrılık biçiminde tek yönlü kullanılmasına yol açacağından...' duyduğu kaygıları belirtmekle yetinmekte, ' ... problemin çözümünün politik olduğunu' ve 'Kürt halkı üzerindeki ulusal baskı ve eşitsizliğin ortadan kaldırılması için Kürt ve Türklerin birlikteliğine gereksinim bulunduğunu' eklemektedir."

"Mahkeme, demokrasinin başta gelen özelliklerinden birinin, ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, sıkıcı bile olsa diyalog yoluyla çözme yolunu açması olduğunu kabul etmektedir. Demokrasi, anlatım özgürlüğü ile gelişir. Konuya bu açıdan bakınca, siyasi bir gruba, sırf devlet nüfusunun bir bölümünün koşullarını açık biçimde tartışmayı ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edecek çözümleri bulmak üzere siyasal yaşamda yer almak istediği için engel olunması haklı görülemez."

Mahkeme, siyasal partilerin başlangıçta açığa vurmadıkları hukuk dışı gizli amaçları da olabileceğini kabul etmekle birlikte, kuruluşundan on gün sonra kapatılması için dava açılan TBKP'nin herhangi bir çalışması bulunmadığını ve salt anlatım özgürlüğünden yararlanmak istediği için varlığına son verildiğini göz önünde bulundurmıştır.

Mahkeme, "görülen davanın ardalanını ve özellikle terörle mücadelenin yarattığı güçlükleri dikkate almaya hazır olduğunu" belirtmekle birlikte, Türkiye'de terörün yol açtığı sorunlar nedeniyle TBKP'nin sorumluluk taşıdığı sonucunu doğuracak bir kanıt bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 17. maddesini uygulamaya da gerek görmemiştir.

AİHM, yukarıda özetlenen gerekçelerle, TBKP'nin henüz çalışmalarına başlamadan, hemen ve temelli olarak kapatıl-

masının, parti kurucularına getirilen siyasal yasakların meşru amaçlarla orantısız ve çok aşırı önlemler olmaları nedeniyle demokratik bir toplumun gerekleriyle bağdaşmadığına ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir.

B- REFAH PARTİSİ'NİN KAPATILMASI

a- AİHM 3. Daire'nin Kararı

AİHM, TBKP'nin ardından Sosyalist Parti ve ÖZDEP'in de Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılmaları nedeniyle açılan davalarda, Türkiye'deki uygulamaları benzer gerekçelerle Sözleşme'nin 11. maddesine aykırı buldu.

Anayasa Mahkemesi 18 Ocak 1998 günü Refah Partisi'nin de kapatılmasına karar vermişti. Refah Partisi yöneticilerinin 22 Mayıs 1998'de AİHM'ne yaptıkları başvuru, AİHM 3. Daire'nin oyçokluğu ile verdiği ve 31.7.2001 günü açıklanan kararı ile reddedildi.

AİHM'nin değerlendirmelerine göre, siyasal partiler Sözleşme'nin ve özellikle 11. maddesinin sağladığı korumadan tam olarak yararlanarak, devletin yasal yapılanmasını, yasal ya da anayasal kuruluşların değiştirilmesini amaçlayan çalışmalar yürütebilirler.

Ancak bunu yaparken, iki koşula uymak zorundadırlar;

"1. Bu amaçla kullanılan yöntemler her açıdan yasal ve demokratik olmak zorundadır.

2. Alternatif olarak önerilen değişiklik, tümüyle demokratik ilkelerle bağdaşır durumda olmalıdır."

Refah Partisi'nin konumunu yukarıda belirtilen ilkeler önünde değerlendiren AİHM özetle aşağıdaki kararı verdi:

"...sorumluları, şiddete başvurmayı teşvik eden ve/veya demokrasinin bir veya bir çok kuralına uymayan bir projeyi öneren ya da demokrasinin ortadan kaldırılmasını amaçlamasının yanı sıra,

demokratik yöntemlerden kaynaklanan hak ve özgürlükleri tanımayan bir parti, anılan nedenlerle getirilen yaptırımlara karşı, Sözleşme'nin sağladığı korumadan yararlanma hakkına sahip değildir.

Görülen davada Avrupa Mahkemesi, davacılara uygulanan yaptırımların, haklı olarak demokratik toplumun korunması için 'zorunlu bir sosyal gereksinime' yanıt olarak kabul edilebileceğini, zira Refah Partisi yetkililerinin laiklik ilkesine farklı bir içerik getirdikleri bahanesiyle dini inanç ayırımına dayalı çok hukuklu bir sistem kurmak, Sözleşme'nin benimsediği değerden tamamen farklı özelliklere sahip islami yapıyı (şeriat) kurmak amacıyla oldukları ve iktidara gelmek, özellikle de iktidarda kalmak için kuvvete başvurma yönündeki davranışları konusunda bir kuşkunun doğmasına neden oldukları kanaatine varmıştır.

Mahkeme'nin vardığı kanağe göre, siyasal partilerin kapatılması, demokrasinin ayrılmaz bir parçası olan fikirlerin ve siyasi partilerin çoğulluğu konusunda devletlerin takdir payı sınırlı olmakla birlikte, ilgili devlet, Avrupa Sözleşmesi normlarıyla çelişen bir siyasi parti projesini, ülkenin demokratik rejimini ve iç barışını tehlikeye atma riski taşıyan somut eylemlerle yaşama geçirilmesinden önce engelleme hakkına sahiptir."

b- AİHM Büyük Kurul Kararı

AİHM'nin TBKP ile ilgili kararı, 11 numaralı protokol öncesinde 21 yargıcın katılımıyla oluşan Büyük Kurul'un oybirliği ile verilmişti. Refah Partisi'nin kapatılma davası ise, 7 yargıçtan oluşan 3. Daire'de 3 oya karşı 4 oyla ve oyçokluğu ile verildi. Refah Partisi'nin Sözleşme'nin 43. maddesine dayanarak yaptığı itiraz incelenmeye değer bulundu ve Büyük Kurul'un gündemine alındı.

Büyük Kurul, 13.2.2003 günü açıklanan kararında, Refah Partisi'nin itirazlarını değerlendirdi.

Parti tüzel kişiliği ile Genel Başkan ve iki Genel Başkan Yardımcısı'nın davacı konumunda buldukları davada, Büyük Kurul öncelikle parti yöneticilerinin kamuoyuna dönük demeçlerini değerlendirdi:

“Kapatma, Parti’nin önde gelenlerince verilen demeçlerden kaynaklanmıştır.

Parti sözcüleri tarafından politik konularda yapılan açıklamalar, aksi belirtilmediği sürece temsil ettikleri partiyi bağlar ve üç başvurucunun yaptığı açıklamalar tartışmasız bir biçimde Refah Partisi’ne mal edilebilir.”

Kararda, öncelikle devletin bireysel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak değişik din ve inançlar arasında ayrımcılık yapamayacağı, dine dayalı ayrımı öngören hukuki rejimlerin kabul edilemeyeceği ve böylesi uygulamaların Sözleşme ilkeleri ile bağdaşmadığı vurgulandıktan sonra, Anayasa Mahkemesi kararının kendileri tarafından da benimsendiği belirtildi. Kararda ayrıca şu görüşlere yer verildi:

Politik alanda çoğulculuk ilkesi gibi ilkeler ve kamu özgürlüklerindeki sürekli gelişimler içinde ‘şeriat’ın yeri yoktur ve demokrasinin temel ilkeleri ile uyumlu değildir. ‘Şeriat’ temeline dayanan bir rejim Sözleşme değerlerinden net bir biçimde uzaktır. Sözleşme ci devletler kendi tarihsel deneyimleri ışığında kökten dinciliğe karşı olabilirler ve Türkiye’deki laiklik ilkesinin önemini dikkate alan Anayasa Mahkemesi Refah’ın, ‘şeriat’ı kurma politikasını demokrasiye aykırı bulmuştur.

‘Şeriat’ ile çok hukuklu sistemler arasındaki ilişki açısından Refah’ın politikası, ‘şeriat’ın bazı özel hukuk kurallarını, çok hukuklu bir sistem çerçevesinde Müslüman topluma uygulamak yönünde olmuştur; ancak böyle bir politika bireylerin, kendi dinlerinin buyruklarını gözetme özgürlüklerinin ötesine geçmekte ve Türkiye’nin dinin sınırı olarak çizdiği özel alanın dışına çıkarak ‘şeriat’ın getirilmesinde olduğu gibi Sözleşme sistemiyle bağdaşmayan çelişkileri taşımaktadır;

Dinini açıklamak da dahil olmak üzere din özgürlüğü öncelikle bireysel vicdan meselesidir ve bireysel vicdanın alanı, toplumun örgütlenmesini ve işleyişini düzenleyen özel hukuk alanından oldukça farklıdır. Tartışmasızdır ki Türkiye’de her-

kes kendi özel yaşamında dini gereklerini yerine getirebilir. Ancak diğer yandan her devlet kamu düzenine ve demokratik değerlere zararlı dinden esinlenen özel hukuk kurallarını, yargı yetkisi çerçevesinde meşru olarak engelleyebilir.

Zor kullanma olasılığına ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından gönderme yapılan tüm konuşmalarda birden fazla anlamı olan 'cihad'a verilen anlam ne olursa olsun, bu yöntem terminolojide siyasi gücü ele geçirmek ve meşru olarak güce başvurma olasılığı gibi birden fazla anlamda kullanılmaktadır; üstelik parti önde gelenleri güç kullanımını açıkça destekleyen parti üyelerinden uzaklaşmak için herhangi bir adım atmamışlardır.

AİHM, dikkate aldığı bu konuşmalarda geçen 'cihad' kavramına yapılan atıf ne olursa olsun (bu kavramın birincil anlamı kutsal savaş ve bir toplumda bütünüyle islam'ın egemen olmasına değin mücadeledir) , iktidarı ele geçirmek için kullanılacak yöntemle yapılan atıflarda kullanılan terminolojide bir belirsizlik bulunmaktadır.

Sonuç olarak, Refah'ın planlarının 'demokratik toplum' kavramı ile bağdaşmayacağı ve bunları pratiğe geçirmek için gerçek olanaklara sahip olduğu göz önüne alınarak Anayasa mahkemesi tarafından uygulanan yaptırımın makul bir 'zorlayıcı sosyal gereksinim' olduğuna karara verilmiştir.

Refah Partisi'nin 3. Daire'nin kararına yönelik itirazları, hukuksal açıdan çok önemli sonuçlar getirdi. 3'e karşı 4 oyla da alınmış olsa, Parti'nin kapatılmasında Sözleşme'ye aykırılık bulunmaması, geçerli ve bağlayıcı bir karardı. Ancak tek oyluk çoğunluğun, kamu oyunda her zaman tartışmayla karşılanması kaçınılmazdı. Büyük Kurul'un oybirliği ile aldığı karar, bu tartışmayı gerek Avrupa, gerekse Türkiye kamu oyunda kesin biçimde noktalamış oluyordu.

Kararın bir diğer önemli yanı da, laiklik anlayışında, şeriata karşı özgürlükçü demokrasinin korunması için alınacak önlemler konusunda, AİHM'nin, Türkiye Anayasa Mahkemesi

mesi ile tam bir uyum içerisinde olduğunu belirtmesidir.

AİHM Kararı, yalnız Türkiye açısından değil, Avrupa siyasal yaşamında da, laikliği tanımlayan, dine dayalı devlet anlayışına karşı toplumsal korunmanın kaçınılmazlığını vurgulayan, bu açılardan üye ülkeleri yönlendiren önemli bir belge niteliğindedir.

C- SİDİROPULOS - YUNANİSTAN DAVASI

AİHM'nin yukarıda özetlediğimiz değerlendirmeleri, salt Türkiye'ye özgü bir yaklaşım olmamaktadır.

Yunanistan'ın eski Yugoslavya'dan ayrılan Makedonya Cumhuriyeti sınırındaki Florina kentinde yaşayan Sidiropulos ve arkadaşları "*Makedon Uygurluk Evi*" adı altında bir dernek kurma girişiminde bulunmuşlar.

Tamamı 49 kişi olan dernek kurucuları, kendilerini "*Makedon etnik kökeninden gelen, Makedon ulusal bilincine sahip bulunan Yunan vatandaşları*" olarak tanımlıyorlar.

Dernek kuruluşunun tescili için yerel mahkemeye yaptıkları başvuru, kurucuların daha önceki yıllarda da "*Yunanistan'da bir Makedon azınlığın bulunduğu düşüncesini yaymaya çalıştıkları, Makedon ulusal bağımsızlığını savundukları... Gazetelere göre Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın 9.6.1990 tarihinde yapılan toplantısına katılmak üzere Kopenhag'a gittikleri, burada Yunanistan'da bir Makedon azınlığın bulunduğu dair görüşler ileri sürdükleri ve hatta Yunanistan aleyhine tahrik edici ve kabul edilemez nitelikteki iddiaları içeren bir metni okuyan Türk Profesör Ataöv'ü kutladıkları...*" anlaşılacakla, derneğin gerçek amacının tüzükte yazılanlardan farklı olduğu, sonuçta, "*ülkenin milli menfaatlerine ve yasaya aykırı olarak Yunanistan'da bir Makedon azınlığın bulunduğu düşüncesini yaymak istedikleri...*" gerekçeyle Florina ilk derece Mahkemesi'nce reddedildi.

Selanik istinaf Mahkemesi de son yüzyıl içinde yaşanan savaşların ardından gerçekleşen mübadeleler nedeniyle, Florina ve çevresinde artık Makedon kalmadığı, ancak halkın

tamamının Yunanca ve Makedonca konuşan Yunanlılardan oluştuğu biçimindeki uzun tarihi gerekçelere dayanarak, dernek kurucularının itirazlarını reddetti.

Karar, Yunanistan Yargıtayı'nca da onandı.

Bu olayda Yunanistan, ilginç bir ikilem yaşamaktadır. Başta Büyük İskender olmak üzere Makedonya'nın tarihi zenginlik ve anılarını elinden kaçırmamak için Makedonya'nın bu günkü Yunanistan'ın ulusal sınırları içerisinde kaldığını savunmaktadır.

Eski Yugoslavya'dan ayrılan Avrupa Konseyi üyesi olan Makedonya Cumhuriyeti'nin kendi adını kullanmasına bile karşı çıkmaktadır.

Buna karşılık, Yunanistan sınırları içinde Makedon kökenli İnsan lar kalmadığını ileri sürmektedir.

Sidiropulos ve arkadaşlarının AİHM'ne yaptıkları başvuru sonucunda verilen 10.7.1998 günlü ve 935 sayılı kararda Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki örgütlenme özgürlüğü TBKP davasına koştur düşen gerekçelerle açıklandı:

"Mahkeme, yukarıda adı geçen Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında, bir siyasi partinin programını, ilan ettiği amaçlarından ve niyetlerinden değişik amaçları ve niyetleri gizleyebileceği görüşünü belirtmiştir. Gizlemediğinin ortaya konması için, parti programının içeriği ile partinin faaliyetleri ve savunduğu görüşler karşılaştırılmalıdır.

Aynı şekilde bu davada da Mahkeme, bir derneğin tüzüğünde belirtilen amaçlara göre bir kez kurulduktan sonra bu amaçlarla bağdaşmayan faaliyetlerde bulunabileceğini gözden uzak tutmamaktadır. Dernek henüz kurulmadığı için herhangi bir faaliyette bulunmadığından, ulusal mahkemelerin kesin olarak kabul ettikleri böyle bir ihtimali pratikte yalanlamak pek zor olacaktır. İhtimal gerçekleşecek olsa, yetkililer güçsüz kalmış değillerdir; Medeni Kanun'un 105.maddesine göre Birinci Derece Mahkemesi, derne-

ğın tüzüğünde gösterilen amaçlardan farklı bir amaç izlemesi veya kanuna, ahlaka veya kamu düzenine aykırı faaliyette bulunması halinde, derneğin kapatılmasına karar verebilecektir.

Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, başvuruçuların derneğin tescil talebinin reddedilmesinin, meşru amaçlarla orantısız olduğu sonucuna varmaktadır. Bu nedenle Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir."

IV- TÜRK CEZA YASASI'NIN 312. MADDESİNE DAYANDIRILAN MAHKUMİYET KARARLARINA İLİŞKİN AİHM'NİN GÖRÜŞLERİ

A- İNCAL- TÜRKİYE DAVASI

AİHM'nin İncal/türkiye davası sonucunda verdiği 933 sıra numaralı ve 9.6.1998 günlü kararı, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yapılanmasından askeri yargıçların çıkarılmasını sağlayan Anayasa ve yasa değişikliklerine neden olduğu için hukukçularımız ve kamuoyunca yakından bilinmektedir. Bu davanın önemli bir yanı da, ulusal yargının TCK'nun 312. maddesine göre verdiği mahkumiyet kararının ilk kez AİHM'nce Sözleşme'nin 10.maddesine aykırı bulunmuş olmasıydı. Sözü edilen kararın gerekçesi, düşünceyi açıklama özgürlüğünün kapsamı, sınırlandırılması ve hangi koşullarda kötüye kullanıldığının benimsenebileceği konularında üzerinde durulması gereken ölçütler vermektedir.

a- Olay

Halkın Emek Partisi İzmir İl Örgütü'nün 01.07.1992 günü yayınlamayı kararlaştırdığı, "Yurtsever - Demokrat Kamuoyuna" başlıklı bildiri, yasal gerek olmamasına karşın izin için Savcılık ve Valilik'e bildirilmiş, onbin nüsha bastırılmış ve henüz dağıtımı yapılmadan tümüne güvenlik görevlilerince el konmuştur. Ardından, bildiri kararı altında imzaları bulunan Yönetim Kurulu üyeleri hakkında, TCK 312. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldı.

İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi, İzmir Büyükşehir Belediyesi'nin karar ve uygulamalarını eleştiren bildiriye, "...metropollerin Kürtlerden arındırılması siyasetinin uygulanması cümlesinden İzmir'de sistemli bir şekilde Kürt halkının seyyar satıcı olduğu, mesleklerini icradan men edildiği, göçe zorlandığı, Kürtleri yılmınlığa düşürmek istedikleri belirtilmiş olup, ... ülkede Kürt halkına karşı sürdürülen özel savaşın bir parçasıdır... Ülkede kontroller, özel tim, köy koruculuğu, SS kararnamesi, her türlü devlet terörüyle bastırılmak, susturulmak istenirken İzmir'de elinden emeği aşı alınmakta, evi başına yıkılarak bu amaç gerçekleştirilmek istenmektedir." sözcüklerini "...içerik itibarıyla halkı ırk mülahazası ile kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edici nitelikte" bularak, sanıkları TCK 312. maddesinin 2. bendine göre mahkum etti. Karar Yargıtay'ca da onanarak kesinleşti.

Konu, mahkum edilen Yönetim Kurulu üyelerinden Av. İbrahim İncal tarafından, AiHK'na gönderildi.

b- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirmeleri:

AİHM, Sözleşme'nin 10.maddesi kapsamında değerlendirdiği uyumsuzlukta, öncelikle yakınmacının düşüncesi açıklama özgürlüğüne bir müdahalenin varlığını, -mahkumiyet kararının yasal dayanağının bulunması nedeniyle müdahalenin hukuken öngörülmüş olduğunu ve yerel organların "kamu düzenini" korumayı amaçlamaları nedeniyle de, müdahalenin "meşru amaca" yönelik olduğunu benimsemiştir.

Mahkeme, bu aşamadan sonra konuyu, "demokratik bir toplumun gerekleri" açısından tartışmıştır.

AİHM'nin düşüncesi açıklama özgürlüğüne ilişkin davalarda çok sık yinelenen, ender olmakla birlikte zaman zaman Türk Mahkemeleri'nin kararlarında da görülebilen geleneksel gerekçesi, İncal davası kararında aşağıdaki tümcelemlerle açıklanmıştır:

"... Mahkeme'nin sık sık söylediği gibi, 10. maddede yer alan ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden

birini oluşturur; demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. ifade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasının sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler'e değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden 'haber' ve 'düşünceler'e de uygulanır; bunlar, 'demokratik toplumun' olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk hoşgörü ve açık fikirliliğinin gerekleridir.

İfade özgürlüğü, herkes için önemli olmakla birlikte, siyasi partiler ve onların aktif üyeleri için özellikle önemlidir. Siyasi partiler seçmenlerini temsil ederler, onların sorunlarına dikkat çekerler ve onların menfaatlerini savunurlar. Bu nedenle, başvurucu gibi bir muhalefet partisi üyesi siyasetçinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi, Mahkeme'nin konu üzerinde çok dikkatli bir inceleme yapmasını gerektirmektedir."

Mahkeme kendi ölçütlerini belirlerken, TBKP davasında olduğu gibi, anlatım özgürlüğünün, "...özellikle siyasal partiler ve onların sözcüleri açısından..." önemi üzerinde durmuştur. Bununla da yetinmeyerek, başvurucunun "...bir muhalefet partisi üyesi olmasının..." daha özenli bir incelemeyi gerektirdiğini vurgulamıştır.

Mahkeme, kendisini ulusal yargının yerine koymamıştır. Ancak, Sözleşme'nin 10. maddesine dayanan denetimini gerçekleştirirken, bildiri içeriğini de değerlendirmek zorunda olduğunu belirtmiştir. "Bildiri'de Türk Hükümeti'nin politikaları hakkında bazı çok sert ifadeler yer almakta, Hükümet'i bu durumdan sorumlu tutan ciddi suçlamalarda bulunmaktadır. Bildiri'de 'tüm demokratik yurtseverlere' çağrı yapılarak, yetkili organların işlemleri 'terör' eylemi ve 'ülkede', 'Kürt halkına' karşı yürütülen 'özel savaşın' parçası olarak tanımlanmaktadır. Bildiri, halkı, özellikle 'mahalle komisyonları' eliyle, bu uygulamalara 'karşı çıkmaya' çağırılmaktadır."

Mahkeme, bildiriye yerel uygulamaların eleştirileriyle sınırlı bulmamıştır. "Böyle bir metnin, açıklananlardan farklı amaçlara ve niyetlere sahip olduğunu gizleyebileceğini," hatta, "Kürt

kökenli nüfusu, bazı siyasi talepleri seslendirmek için bir araya gelmeye teşvik edici istekler içerdiğini” gözlemiştir.

Tüm bu saptamalara karşın, Mahkeme'ye göre, *“Eleştirinizin izin verilebilir sınırları, hükümet için, sade bir vatandaşa, hatta bir politikacıya tanınan sınırlardan çok daha geniştir. Demokratik bir yapılanmada, Hükümet'in eylemi ve ihmalleri yalnız yasama ve yargı organlarının değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakından denetimine tabi olmak zorundadır. Ayrıca hükümetin üstün konumu, karşıtlarının haksız saldırı ve eleştirilerini karşılamak için kullanabileceği başka araçlar varken, ceza davasına sınırlı koşullarda başvurmasını gerektirir.”*

Mahkeme, davanın ülkedeki terörle bağlantısını araştırmaya hazır olduğunu belirtmekle birlikte, sunulan kanıtların, *“...İncal'ın Türkiye'deki ve özellikle izmir'deki terör olaylarından herhangi bir biçimde sorumlu kılınması sonucunu haklı gösterecek hiçbir neden...”* bulunmadığı görüşüne varmıştır.

Mahkeme, incal'ın mahkumiyetinin, mahkumiyet kararı sonucunda getirilen siyasal ve toplumsal yasakların *“...güdülen meşru amaçla orantısız ve bu nedenle demokratik bir toplumun gerekleriyle bağdaştırılamaz.”* nitelikte oldukları gerekçesiyle, Sözleşme'nin 1 O.maddesinin ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir.

B- ZANA - TÜRKİYE DAVASI

a- Olay

Başvurucu Mehdi Zana, Diyarbakır'ın eski Belediye Başkanı'dır. 1987 yılı Ağustos ayında Diyarbakır Askeri Cezaevinde hapis yatarken, gazetecilerin kendisi ile yaptığı röportajda, aşağıdaki açıklamalarda bulunmuştur.

“PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar.”

Bu konuşma 30 Ağustos 1987 günlü *Cumhuriyet Gazetesi'*nde yayınlanmıştır. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkeme-

si, 26 Mart 1991 günlü kararı ile “kanunun cürüm saydığı bir fiili övdüğü” ve “kamu güvenliğini tehlikeye soktuğu” gerekçesiyle Zana'nın 12 ay ağır hapis cezasına çarptırılmasına karar verdi. Bu karar Yargıtay'ca da onanarak kesinleşti.

b- AİHM'nin Değerlendirmeleri

AİHM'nin 25.11.1997 günlü ve 854 sayılı kararında, düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahale edilmesi durumunda izlenen geleneksel ölçüt ve yöntemler bir kez daha vurgulandıktan sonra, olayın özel koşulları aşağıdaki tümcelerle değerlendirildi:

“Mahkeme, her olayın şartlarına ve devletin takdir alanına özen göstererek bireyin temel bir hakkı olan anlatım özgürlüğü ile demokratik bir toplumun kendini terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı koruma biçimindeki meşru hakkı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını belirlemek zorundadır. Bu davada Mahkeme sonuç olarak Zana'nın mahkumiyetinin bir 'toplumsal ihtiyaç baskısına' karşılık gelip gelmediğini ve cezanın 'izlenen meşru amaçlarla' orantılı olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Bu amaçla başvurucunun sözlerinin içeriğinin, o dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda var olan durumun ışığında analiz etmenin önemli olduğunu düşünmektedir.

Bu demeç, çevresinden soyut bir biçimde ele alınamaz... Demeç, olayın koşulları içinde özel bir öneme sahiptir. Mahkemenin, daha önce de belirttiği gibi, bu röportaj, söz konusu dönemde aşırı bir gerilimin bulunduğu Türkiye'nin güneydoğusunda PKK'nın sivillere yönelik olarak sürdürdüğü kanlı saldırılar ile aynı döneme rastlamaktadır.

Bu koşullarda Türkiye'nin güneydoğusundaki en önemli kenti Diyarbakır'ın eski belediye başkanının, büyük günlük gazetelerden birinde yayınlanan röportajında 'ulusal kurtuluş hareketi' biçiminde tanımlanan PKK'ya destek vermekle, o bölgede zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştireceği kabul edilmelidir.

Buradan hareketle Mahkeme, başvurucuya verilen cezanın 'toplumsal bir ihtiyaç baskısına' makul bir yanıt olarak görülebi-

leceğini ve ulusal makamlarca gösterilen gerekçelerin 'uygun ve yeterli' olduğunu kabul eder. Kaldı ki başvuru, verilen cezanın beşte birini çekecektir.

Mahkeme, bütün bu faktörleri ve böyle bir olayda ulusal makamların sahip olduğu takdir alanlarını dikkate alarak, söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olduğunu kabul eder. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 10. maddesi 8'e karşı 12 oy çokluğu ile ihlal edilmemiştir."

C- KARŞILAŞTIRMA

AİHS'nin İncal ve Zana davalarında açıkladığı gerekçeler, yorum yöntemleri konusunda önemli ölçütler koymaktadır.

Hiç kuşkusuz ceza hukuku açısından birincil derecede önemli olan eylem, suçun nesnel ögesi yani dışa vurulan düşüncelerdir. Ancak kamusal korunma gerekleri ile Sözleşme kapsamındaki haklara getirilen sınırlamanın adil dengelere dayanıp dayanmadığını değerlendirmek için, yalnız söylenen sözlerin içeriği ile yetinilmemektedir.

Suç işleme kararlılığının ortaya çıkarılması açısından, sanığın toplumsal kimliği ve etkinliği, söylenen sözlerin hedef kitlesi ve ulaştığı iletişim alanı, konuşmanın geçtiği dönemin ve bölgenin özel koşulları da göz önünde bulundurulmaktadır.

Mahkeme, her iki olayda da aynı yorum yöntemini uygulayarak, incal'ın imza koyduğu bildirinin terör olayları ile bağlantısının kurulamadığını belirtirken, Zana'nın sözlerinin, bölgede yaşanmakta olan terör olaylarını daha da arttırıcı nitelikte olduğunu özellikle vurgulamıştır.

Kararlarda çok ayrıntılı olarak tartışılan bu konulara kısaca değinmekle yetiniyorum.

V- SON GÖZLEMLER

A- AİHM Kararlarının Yol Gösterici Niteliği

AİHM'nin, bir temyiz mahkemesi gibi ulusal yargı karar-

larını bozma ya da değiştirme yetkisi bulunmuyor. Uluslararası yargının başlıca görevi, iç hukuk uygulamalarını AİHS karşısında değerlendirmek ve eğer varsa Sözleşme'ye aykırılıkları saptamakla sınırlı kalıyor. Bu şekilde verilen kararlar, üye devletlerin iç hukuklarını başlıca üç temelde etkiliyor:

a- Yakınılan olay Sözleşme'yle birlikte ulusal yasalara aykırı bulunursa, ilgili devlet, yasalarını değiştirmek zorunda kalmaksızın iç hukuk uygulamalarını düzeltiyor.

b- Sorun, ulusal yasaların Sözleşme'ye aykırılığından kaynaklanıyorsa, böyle durumlarda yasaların yenilenerek Sözleşme'ye uyulanması gerekiyor.

c- Her iki koşulda da, AİHM bu doğrultuda bir karar almışsa, zarar gören kişi veya kuruma, tazminat ve yargılama giderleri ödeniyor.

Bu işleyiş, Türkiye'de çok geç anlaşılabilirdi. Bir dava sonuçlanınca, yüzeysel bilgiler vermekle yetinen görsel ve yazılı basın, olayı "*Türkiye tazminata mahkum oldu*", başlığıyla duyuruyor. Kimi politikacılar, hatta İnsan hakları uzmanı geçinen bazı bilim adamları bile, "*öde, kurtul*" anlayışı içinde kararlaştırılan tazminatın ilgisine ödenmesiyle uluslararası yargı kararının uygulanmış olacağı, böylece dosyanın kapanacağı yolunda demeçler verdiler. Hükümetler de, tazminat ve yargılama giderlerini ödemekle yetinerek, uyuşmazlığın temelindeki yanlışları düzeltmekte isteksiz kaldılar. Böylece sonuçlanan her dava, hukuk uygulamalarında var olan uyumsuzlukların su yüzüne çıkmasına neden oldu.

B- AİHM Kararlarının Ulusal Hukuk Üzerindeki Etkinliği

Strasbourg yargısının Türk hukuku üzerindeki ilk etkileri Sargın, Yağcı davasının dostça çözüm protokolu ile gerçekleşti. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 14 Aralık 1993 günlü ve 504 sayılı Delegeler Toplantısı'nda alınan 93/59 sayılı Çözüm Kararı'nda belirtildiği gibi, TCK'nun 140., 141. ve 142. maddeleri yürürlükten kaldırıldı, 3842 sayılı yasa

ile CMUK'ta yapılan değişimlerle, kısaca Miranda/Arizona kararı olarak bilinen ve bütün uygar ülkelerce benimsenen yakalama, sorgulama, yargıç önüne çıkarılma, avukat edinme yöntem ve güvenceleri ulusal hukukumuzda katıldı.

TCK'nın 140., 141. ve 142. maddelerinin yürürlükten kaldırılması, düşüncüyü açıklama ve örgütlenme özgürlükleri önündeki en önemli engellerin aşılması gibi görülüyordu. Ancak 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası ile getirilen yasaklar, düşüncüyü açıklama ve örgütlenme alanındaki özgürleştirme girişimlerinin yetersizliğini kısa sürede ortaya koydu.

AİHM kararlarını fazla önemsemeyen siyasal iktidarlar, bu yanılığın bedelinin ağır olduğunu, Avrupa Birliği'ne adaylık sürecinde yakından izlediler. Ulusal hukuku değiştiren yenilememekte direnenler, sonunda, hukuksal yapıdaki uyumsuzlukları, uygulamadaki yanlışları sürdürerek Avrupa Birliği'ne girmenin olanaksızlığını anlamak zorunda kaldılar. Böylece, "Uyum Yasaları" dönemi başlamış oldu.

5 Ekim 2001 günlü ve 4709 sayılı yasa ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin ardından, "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" adlarını taşıyan 6 Şubat 2002 günlü ve 4744 sayılı, 3 Ağustos 2002 günlü 4771 sayılı, 2 Ocak 2003 günlü ve 4778 sayılı, 23 Ocak 2003 günlü ve 4793 sayılı, 19 Temmuz 2003 günlü ve 4928 sayılı yasalar yasama organınca benimsenip uygulamaya konuldular. Yedinci uyum paketinin hazırlanmakta olduğu, saptanacak gereksinimler doğrultusunda yeni uyum paketlerinin de gündeme geleceği bilinmektedir.

Avrupa Birliği'nin dürtüleri ile de olsa, zaman zaman kişiye özel düzenlemeler de yapılsa, onur kırıcı bir nitelikleme ile "ev ödevi" adı altında sürdürülen yasama çalışmalarının çok önemli yenilikler getirdiğini görüp anlamak zorundayız. Hangi neden ve dürtü ile gerçekleşmiş olurlarsa olsunlar, bu yasalar, uygulanmak için yapıldılar. Her biri çok önemli konulara değinen yasaları, görmezden gelemeyiz. Ulusal huku-

kumuz, dış baskılar sonucunda da olsa, bir değişim sürecine girmiştir.

GÜNEY
DİNÇ'İN
TEBLİĞİ

Yasama organı, gerçekleştirdiği yenilik ve değişimlerle yönünü ortaya koymuştur. Bu yasalara yaşam kazandırmak ise, yürütme ve yargı organlarına düşmektedir.

AİHS, özellikle yargı kararları ile gelişip anlam kazanmaktadır. Ulusal yargının, çağdaş yorumlarıyla yasama ve yürütme erklerine yol göstereceği yolundaki inancımı bir kez daha yineliyorum.

Oturum Başkanı: Değerli konuklar; aslında sayın Güney Dinç'i daha uzun süre dinlemek isterdik, ama bize verilen program doğrultusunda kendisinin de belirttiği gibi konuşmayı üzümlere sınırlandırmak durumunda kaldık.

TARTIŞMA

Benim önümdeki programda bir tartışma bölümümüz var. Ama değerli konuklar biliyorsunuz, bir 10 dakika geç başladık. O nedenle her iki değerli konuşmacıya bu nedenle toleranslı davrandık. Şu anda yaklaşık 10 ila 15 dakikalık tartışma bölümümüz var. Salondan her iki değerli konuşmacının açıklamalarına katkı sunmak isteyen ya da farklı bir görüş belirtmek isteyen değerli dinleyenlerden, değerli konuklarımızdan...

Buyurun efendim.

Zeynep YILMAZ (Anayasa Mahkemesi Raportörü): Ben sorumu sayın Cooper'a yöneltmek istiyorum. Dernek kurma özgürlüğünün sınırlandırılmasıyla ilgili bir soru olacak. Ancak Sayın Dinç de bu konuda katkıda bulunabilirlerse, düşünceleri varsa sevinirim.

Demokratik toplumlarda kamu yararı amaçlı derneklerin kimi nedenlerle Bakanlar Kurulunca organlarının görevlerine son verilme yöntemi var mı? Bunu açıklayabilirlerse sevinirim efendim.

Güney DİNÇ: Efendim, benim anladığım, idarece kapatılma meselesi galiba, değil mi? Yoksa yargı kararıyla mı?

TARTIŞMA

Zeynep YILMAZ: İsterseniz somutlaştırayım. Türk Hava Kurumu Derneği'yle Kızılay Derneği'yle biliyorsunuz, bizim hukukumuzda kamu yararı amaçlı dernekler. Çeşitli nedenlerle birtakım denetim kurulu raporlarına dayanarak, önce yasa maddesi değiştiriliyor. Dernek Kanunu'nda ilgili madde değiştiriliyor ve geçici maddeyle mevcut yönetimin görevlerine son veriliyor. Tüzüklerini değiştirme yetkisini de, Başbakanın atayacağı üç kişiye veriyor. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulu mevcut yönetimi görevden alabiliyor. Kızılay ve Türk Hava Kurumu Derneğini örnek verebiliriz, güncel de bir konu. Onun için ben somutlaştırmak istemedim, ama demokratik Batı ülkelerindeki uygulamayı da öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Güney DİNÇ: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında, bu verdiğiniz örnekler bana göre, uygun örnekler değil. Notlarımda var, ama zaman yetersizliğinden dolayı açılmadım. Mahkeme olaya şöyle bakıyor: Maddi 1; önce bir dernek miyiz, değil miyiz? Onu araştırıyor. Burada Sayın Cooper dediler ki, *"Kamu kurumu, yani bizim barolar niteliğindeki meslek kuruluşları örgütlenme özgürlüğünün içine girmiyor"* Niçin girmiyor? Çünkü bizler büsbütün değil, ama bir yönümüzle idarenin bir parçasıyız, yani biz de idari işlem tesis ediyoruz. Bu açıdan biz bu kapsama girmiyoruz. Ama bir tüzelkişi olarak bizim varlığımıza bir saldırı vaki olursa, bizim de tabii başvuru hakkımız var. Bu ikisi birbirinden farklı. Demek ki, önce bir müdahale var mı? İkinci olarak buna bakılacak.

Ancak şimdi bu derneklerin önce, bir idari kurum mu, yoksa gerçekten bir sivil toplum kuruluşu mu oldukları konusunu tartışılacak. Bunlar bir kamu görevini devlet adına mı götürüyorlar? Devlet adına, devletin tanıdığı tekel veya yetki ile devlete ait bir görevi yürütüyorlarsa burada bir problem var. Bu bir idare organı mıdır; yoksa bir sivil toplum kuruluşu mudur? Bu konuya bakılması gerekiyor. İkinci aşamada müdahalenin varlığı konu olacak. Anlattığımız olayda müdahale var.

Üçüncü nokta, müdahale sözleşmeye uygun mudur? Yani 11. maddenin 2. bendindeki koşullara uygun mudur?

Bir diğer konu; keyfi midir, değil midir? Yani ulusal yasaya dayanıyor mu, dayanmıyor mu? Devam ediyoruz, demokratik toplumun gereklerine uygun mu? Yine devam ediyoruz, bu müdahale amacı kadar mı kullanılmış, yoksa bu özgürlüğü büsbütün ortadan kaldırmak için mi kullanılmış? Bu sıradan yürüdüğümüz takdirde, ben size tek sözcükle evet ya da hayır diyemiyorum, ama şu yorum biçiminden yürüdüğümüz takdirde, bu olayın çözümü olanaklı. Benim notlarımda Yunanistan Sidilopulos Davası var. Eğer incelenme olanağı bulunursa, orada Yunanistan'ın Florina kenti çevresinde "Makedon Kültür Evi" adında bir dernek kurmak için girişimde bulunuluyor. 49 kişi derneği kuruyorlar, bizdeki tescil gibi bunlar mahkemeye başvuruyorlar. İlk mahkeme reddediyor, sonra Florina İstinaf Mahkemesi reddediyor. Ret gerekçeleri şunlar: Bir defa Yunan yargısı "Yunanistan'da Makedon azınlık, Makedon milleti yok. Balkan Savaşı, Birinci ve İkinci Dünya Savaşı sonucunda herkes bir tarafa gitmiş. Yunanlar Yunanistan'a gelmiş, Makedonlar Makedonya'ya gitmiş, Türkler kendi memleketine gitmiş falan. Yunanistan'da böyle bir şey kalmadı. Kim o zaman bunlar?" diyor, "Makedonca konuşan Yunan vatandaşları" diyorlar. "Bunların amacı olmayan bir Makedon azınlığı yaratmak, bu memleketi bölmek, hatta bunlar AGİT toplantısına gittiler, orada Türk profesör bir şeyler söylemişti, onlar Yunanistan hakkında kabul edilemez laflar olduğu halde o adama alkış tuttular, onu tebrik ettiler. Bu vatana aykırı, bölücü bir örgüt" diyorlar ve Yunanistan'da bu dernek kurulamıyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki, "Dernek kurma özgürlüğü asıldır. Sen daha kurulmamış bir derneğin suç işleyeceğini söyleyemezsin, kuruluşunu engelleyemezsin. Bu derneğin eğer ileride bozuk bir tavır olursa ve sözleşmenin kabul edebildiği çerçeveye içindeki nedenler varsa kapatabilirsin. Ama şu aşama bu insanların dernek kurma özgürlüğünü ortadan kaldıramazsın, gidin bizim Türkiye Birleşik Komünist Partisi Davası için verdiğimiz karara bakınız, oradaki gerekçeler bu dava için de geçerlidir" diyor.

TARTIŞMA

Burada güzel bir şey daha söylüyor: *“Bu dernek kurulup da, kötü şeyler yaparsa göreceksiniz zaten, aceleniz ne, kurdurmamak için çabanız ne”* diyor. Olaya böyle baktığımız zaman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde anlattığınız örnek, eğer bir sivil toplum örgütü niteliği kesinlik taşıyorsa, bir dernek olma, yani kamu organı değil ise, anlattıklarınız bu sürece uymuyor.

Oturum Başkanı: : Teşekkür ediyoruz Sayın Dinç.

Bir soru ya da katkı daha alıp bitireceğiz. Sayın Başkanım buyurun.

Nuri ALAN: Zeynep hanımın sormuş olduğu soruya tam yanıt verebilmek için, birincisi bu derneklerin yapısının ortaya konulması. İkincisi de, daha önce idari tedbirlerin niçin alındığının bilinmesi gerekiyor. Ancak bundan sonra soru cevaplandırılabilir.

Bir defa biliyoruz ki, Türk Hava Kurumu ve Kızılay, Dernek Kanunu kapsamında olmakla birlikte, bunlar gerek kuruluş amaçları, kuruluş tarihleri ve kurulduğu tarihten itibaren yapmış olduğu hizmetler nedeniyle sayın Dinç’in de belirttiği gibi, yarı yarıya kamusal görev yapan kurumlar haline gelmişlerdir. Türk Hava Kurumu için düzenlenen yanılmıyorsam, kurban derilerinin toplanması tekeline sahip diyeceğimiz Türk Hava Kurumu’nun yanında, dinsel örgütlerin de bu kurban derilerini toplama hakkına ortak olma girişimleri nedeniyle yapılmıştır.

Kızılay’da ise, bu tedbirlerin alındığı dönemde bir sui-istimal iddiası var idi. Bunu incelemek ve yeniden yapılandırmak için bu tedbirlere başvurulmuştur. Bunları açıklamak istedim.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Sayın Başkan çok teşekkür ediyoruz.

Değerli konuklar; çok değerli iki meslektaşımın sunduğu ve gerçekten çok ilginç ve yararlı konuşmaları nedeniyle kendilerine teşekkür ediyorum. Ayrıca salondan bize katkı sunan

değerli dinleyenlere teşekkür ediyorum. Bizi dinlediğiniz için hepinize teker teker, bu tatil gününde bütün işlerinizi bırakıp, tatilinizi bırakıp bizimle birlikte bu denli önemli bir konuyu tartışmak, konuşmak ve paylaşmak için geldiğiniz için hepinize şahsım ve bu organizasyonu yapan, tüm emeği geçenler için teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum.

TARTIŞMA

İKİNCİ GÜN
BEŞİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı
Dalova SANCAR
(Danıştay Başkanvekili)

AYRIMCILIK YASAĞI
VE
EŞİTLİK

TEBLİĞ: I

Prof. Dr. Claudio ZANGHI (Roma Üniversitesi, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Yönetim Komitesi Önceki Başkanı)*

CLAUDIO
ZANGHI'NİN
TEBLİĞİ

1. İnsanların eşitliği, insan haklarının bizzat temelini oluşturur. Bütün insanların özgür ve eşit olarak doğdukları tespiti, klasik Beyannamelerin metinlerinde yer almaktadır: Fransız Beyannamesi, Amerikan Beyannamesi ve hatta Birleşmiş Milletler Şartı'nun dibacesi de bunlara dahildir.

İnsan hakları konusundaki modern metinlerin temelini oluşturan Evrensel Beyanname kaleme alındığında, 7. madde bu konuya ayrılmıştır;

“Herkes yasa önünde eşittir ve aynı gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirge'ye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır”.

Görüldüğü gibi, bu metinde ayrımcılık yasağı, eşitliğin mantıksal sonucu olarak getirilmektedir. Önce Uzmanlar Komitesi, ardından da Üst Düzey Memurlar Komitesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni kaleme aldıklarında, bir süre

* “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı Şerhi” başlıklı tebliğ.

CLAUDIO
ZANGHI'NİN
TEBLİĞİ

Evrensel Beyanname modeli, 14. maddenin kaleme alınmasında temel teşkil etmiş, ancak daha sonra hazırlık çalışmalarında gerekçelendirilmeden gündemden çıkmıştır...

Sonunda üzerinde karar kılınan metin, bugün de bu haliyle yürürlükte olan 14. maddenin metnidir. *“Bu Sözleşme’de 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.”*

2. Metinde ilk dikkati çeken nokta, «eşitlik» ilkesiyle ilgilidir; bu ilke metinde yer almaz; çoğu kimse bu ilkenin metinde zımnen bulunduğunu düşünmektedir; kimileri ise Mahkeme içtihadının bu boşluğu doldurduğunu düşünmektedir; ama bu eksikliğin siyasi önemini görmemek mümkün değildir.

Bunu saptamada bulunduktan sonra, 14. maddenin Fransızca ve İngilizce versiyonlarına bakıldığında; İngilizce metinde güvence altına alınan haklardan söz edilirken «*without discrimination*» denilirken, Fransızca metinde «*sans distinction*» ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. İlkesel olarak bu formül çok daha geniş bir yorum imkanı tanımaktadır, zira «*distinction (ayrım)*» sözcüğü, muamele veya kuralların uygulamasındaki muamele farklılığının mutlaka bir “*ayrımcılık*” olmayacağını çağrıştırmaktadır. Mahkeme, karşısına çıkan ilk fırsatta (o devirde Belçika’daki dil davalarıyla uğraşıyorduk (1968), «*metindeki formülasyona rağmen*» 14. maddenin her tür ayrımı değil, sadece her tür «*ayrımcılığı*», yani «*keyfi ayrımı*» yasakladığını beyan ederek meseleye son noktayı koymuştur.

Metnin kaleme alınışından çıkan bir diğer dikkat çekici husus da genel bir hüküme yer vermemesidir, sadece, «*işbu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlükler, hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır ...*» demekle yetinilmektedir.

Dolayısıyla ayrımcılık yasağının genel bir kapsamı yoktur, ama bizzat Sözleşme tarafından güvence altına alınan

haklarla sıkı sıkıya bağlıdır. O halde, Mahkeme'nin 14. maddede hakkında görüş bildirmesi için, güvence altına alınmış hak ile itiraz edilen ayrımcı önlem arasında ne gibi ilişkiler olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu Mahkeme'nin ayrımcılığa izin verdiği anlamına değil, sadece Mahkeme'nin yetki alanının, ancak Sözleşmeyle tanınmış bir hak veya özgürlüğe yapılan ayrımcılığı kapsadığı anlamına gelmektedir. Sözleşmeye taraf devletler, Mahkeme'nin yetki alanını sınırlandırarak, meselelerin Avrupa yargılarından ziyade ulusal yasa koyucular tarafından incelenmesini tercih etmişlerdir. Ayrımcılık konusundaki tartışma, keyfi ayrımlara izin verilip verilmediği konusunda değil; yasal bir ayrımın keyfi olup olmadığını değerlendirmeye en ehil organın seçimi konusundadır.

Avrupa içtihadı bu konuda büyük bir gelişim göstermiştir. Güvence altındaki bir hakka atıfta bulunulması, önce bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespiti, sonra da ayrımcılığa maruz kalmama hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespiti anlamına gelmemektedir. Ayrımcılığın temelindeki konunun, Sözleşme'nin tanıdığı haklardan birinin kapsamına girmesi yeterlidir.

Bundan dolayı, Sözleşme maddelerine, ilke olarak 14. maddenin her tür ihlalinin ihbarı bağlamında yapılması gereken atıf, derinlemesine incelenmemekte ve çoğu zaman maddenin ayrıntılı bir incelemesi yerine "*alan temelinde*" atıfta bulunmakla yetinilmektedir. Dolayısıyla, 14. maddenin ikincil niteliği, eğer bir tasarruf Sözleşme'nin birinci bölümünün herhangi bir maddesini ihlal etmiyorsa, bu tasarruf, ayrımcı bir sınırlama getirmesi sebebiyle ve bunun neticesinde özerk bir kapsam ediniyorsa, 14. maddenin ihlaline yol açabilir anlamına gelmektedir. Karlheinz Schmidt / Almanya Kararı'nda, Mahkeme, Alman yasalarının zorunlu yurttaşlık hizmetinin yerine belli bir vergi ödemelerini sadece ehil erkeklerden talep etmesi sebebiyle, cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğuna hükmetmiştir. Ve bunu yaparken, 3. paragrafının d harfinde «*normal yurttaşlık yükümlülükleri*» hükmünün kapsamının dı-

CLAUDIO
ZANGHI'NİN
TEBLİĞİ

şında bırakan 4. maddeyi ve dolayısıyla ayrımcılığın vuku bulunduğu özgül durumu ayrıntılı bir şekilde incelememiştir. (Karlheinz Schmidt Kararı 18.7.1994).

Başka bir deyişle, teminat altındaki bir hakkın ihlalinin ihbar edilmesi elzem değildir, Sözleşme'nin birinci bölümüne giren konulardan birinin ihlali halinde, eşitlik ilkesinin ihlalinin öne sürülmesiyle yetinilebilir (örneğin Larkos Kararı 18.2.1999).

Mahkeme, yorumuyla Sözleşme'nin birinci bölümündeki maddelerin kapsamını genişlettikçe, 14. maddenin kapsamı da genişlemelidir. Genellikle Mahkeme bir temel hakkın geniş ölçüde uygulandığı alanı yorumlar. Bu konudaki en tipik örnek, mülkiyet hakkını güvence altına alan 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesidir. Mahkeme birçok vesileyle, miras sorunları, vergi işlemleri, müdahale önlemleri ve sosyal yardım konularında bu maddede ayrımcılık görmüştür (örn. bkz., 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi -mülkiyet hakkı dairesinde, avlanmaya dair ayrımcılık konusunda, 29.4.1999 tarihli Chassagnou kararı; yine, mirasta eşit muamele üzerine 1.2.2000 tarihli Mazourek kararı, sosyal yardım önlemlerinde ayrımcılık konusunda, 16.9.1996 tarihli Gaygusuz kararı, vergi konusunda 23.10.1999 tarihli Darby kararı ve 21.2.1997 tarihli Van Roalte kararı).

Aslında bütün bu davalarda, mülkiyet hakkıyla çok zayıf bir bağlantı kurulmuştur. Kısacası, ayrımcı olduğu iddia edilen davranış ile teminat altına alınan hak arasındaki bağlantı, alanlar arası genel bir bağlantıyla sınırlıdır.

Ayrımcılık yapılmamasının ikincil niteliğini asgariye indirmiş olan bu genişletici yorum, belki de, bu konuda genel hüküm olmamasını göz önünde bulunduran Mahkeme'nin ayrımcılığa uğramama hakkını yaygınlaştırma arzusuyla meşrulaşmaktadır. Bununla birlikte, iki maddenin, temel hak ve 14. maddenin ihlal edildiği somut bir vakayla karşılaşılmasını engelleyen hiçbir şey de yoktur.

Teminat altına alınan bazı hakların kaleme alınış şekillerine bakıldığında, dikkat çeken başka bir husus daha vardır. Bildiğiniz gibi, bazı maddeler meşru sınırlamalar öngörürler (örneğin 8-11. maddeler), bazıları ise hakları tesis etmekle yetinirler.

Mahkeme'ye göre, ayrımcılık sadece hukukun işaret ettiği alanda değil, aynı zamanda meşru sınırlamaların uygulanmasında da olabilir. Belçika Ulusal Polisi Sendikası vaka-sında, sorun, birçok sendika mevcut olmasına rağmen, toplu sözleşme görüşmeleri sırasında sadece temsil gücü en yüksek olanlarla istişareye gidilmiş olmasıydı.

Atıfta bulunulan 11. madde, sendika kurma ve sendika üyesi olma hakkını vaz etmektedir. Sendikalarla istişarede bulunmanın, sendika kurma alanına dahil olduğu düşünülebilir mi? Mahkeme'ye göre, istişare, Sözleşme'nin teminatı altındaki hakkın olmazsa olmaz ayrılmaz bir unsurunu teşkil etmemektedir. Buna mukabil, istişarenin yapılış şekli, teminat altındaki hakkın kullanılması şeklinin bir unsurudur.

Mahkeme ayrıca şuna hükmetmiştir: *«ayrımcılık kavramı, Sözleşme daha iyi bir muameleyi şart koşmasa bile, bir bireyin, yerinde bir gerekçe gösterilmeden, bir başkasına nazaran daha az iyi muameleye maruz kaldığı vakaları da kapsamaktadır»* (Abdulaziz Cabales ve Balkandalı kararı, 28.5.1985).

3. Bir muamelenin ayrımcı olup olmadığını tespit etmek için, temelde durumların karşılaştırılabilir olmaları gerekmektedir. Farklı durumlarda farklı muamelede bulunulması, ayrımcılık değildir. Örneğin: Belçikalı bir avukat, diğer mesleklerde böyle bir yükümlülük yokken, hem Belçika sisteminde, hem de başka devletlerde avukatların yasayla belirlenen hallerde, ücretsiz yasal yardımda bulunma yükümlülüğüne itiraz etmiştir. Mahkeme, farklı mesleklerin durumlarının karşılaştırılabilir nitelikte olmadığını ve dolayısıyla her mesleğe göre farklılaşmış bir muamelenin, ayrımcılık sorunu doğurmayacağını beyan etmiştir (Van Der Mussele kararı 23.11.1983). Aynı anlamda, basına karşı ayrımcılık alanında

(The Observer and Guardian kararı 26.11.1991; Sunday Times kararı 26.11.1991) ya da İrlanda'da boşanma konusunda (Johnston ve diğerleri kararı 18.12.1986).

4. Ayrımcılığın temel gerekçelerini 14. maddede sıralanmıştır: *"cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet, doğum veya herhangi başka bir durum."*

Bu on üç maddelik liste tam değildir ama en sık karşılaşılan vakaları içermektedir. Bu maddede ayrımcılığın temeli olarak zikredilen gerekçelerden birinin mevcudiyeti, tek başına bir ayrımcılık vakasıyla karşı karşıya bulunulduğu sonucunu çıkarmaya yetmez. Bu sadece, en fazla, ispat yükümlülüğüne saf değiştirecek bir karinedir. Farklılığın meşruiyetini kanıtlamakla devlet yükümlüdür.

Yapılan ayırımın keyfi ya da meşru olması, gerekçe ile hak arasındaki ilişkinin niteliklerine bağlıdır. Sözleşme'nin devletin pozitif önlemler almasını gerektirmeyen özgürlük haklarının yanı sıra devlet müdahalesini gerektiren başka hakları da zikrettiği göz önünde bulundurulduğunda, hakkın kullanılabilmesi için devletin özgül önlemler almasının gerektiği ve bunu ayırımlarla yapabildiği ikinci kategori haklarda bir ayrımcılık yapıp yapılmadığının tespiti daha kolaydır. Bir hakkın kullanılmasına sınırlamalar söz konusu olduğunda da aynı şey geçerlidir; örneğin toplantı, dernek kurma, vb. özgürlükler...

Aslında bir başvurunun 14. madde açısından incelenmesi, sadece bu başvuru tanınan bir hakkın ya da özgürlüğün kısıtlanması ya da kullanılma şekilleriyle ilgiliyse belirleyici bir unsurdur. Birinci durumda söz konusu olan bir haktan mahrumiyetin belli durumlarda gerekçelendirilip gerekçelendirilemeyeceğinin belirlenmesi; ikinci durumda ise, yapılan muamelenin kendisi herkesin talep hakkına sahip olduğu bir haktan mahrumiyet oluşturmadığı halde, bir kişinin bu haktan hiçbir geçerli gerekçe olmaksızın daha az ölçüde yararlanıp yararlanmadığının belirlenmesidir.

Örneğin, dil temelli her tür ayrımcılığın yasaklanması anlamına gelen, duruşmada bir tercümanın yardımından yararlanma hakkı gibi her tür ayrımcılığı yasaklayan şekilde kaleme alınmış maddeler de vardır. Bu durumda Mahkeme olguları 14. madde açısından incelemeyi gereksiz bulur (Luedicke, Belkacem ve Koc kararı 28.11.1978; Kamsinski kararı 19.12.1989; Ankerl kararı 23.10.1996)

5. Mahkeme tarafından incelenen bu tür ilk davada (Belçikadaki dil davaları) Mahkeme şöyle demektedir: *“Ayrımda nesnel ve makul gerekçe noksanlığı bulunduğu takdirde, eşit muamele ilkesi ihlal edilmiş olur. Bu gerekçenin var olup olmadığı, alınan tedbirin amaç ve etkilerinin, genel olarak demokratik bir toplumda geçerli olan ilkeler açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşme’de tanınan bir hakkın kullanılması esnasında yapılan farklı muamelenin sadece meşru bir amaca sahip olması yeterli değildir, kullanılan araçlar ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantılılık olmadığı açıkça tespit edildiğinde de 14. maddenin ihlali vardır.”*

Bu içtihadattan çıkarılan ve müteakiben teyit edilmiş ilkeler, her vakada nesnel ve makul bir ayırım; meşru bir amaç ve nihayet hedeflenen amaç ile kullanılan araçlar arasında uygun bir orantılılık aranmasını gerektirmektedir.

İçtihadın tahliline girmek istemiyorum ve birkaç örnek zikretmekle yetineceğim:

Örneğin mülkiyet hakkı konusunda, Mahkeme, gayri menkul piyasalarında vuku bulabilecek kriz halinde kiracıların korunması saikiyle kiralık konut kontratlarının yasayla temdidini meşru bulmaktadır; ama iş yeri kontratları buna dahil değildir (Spadea Scalabrino kararı 28.9.1995).

Keza, Mahkeme, çok sayıda sendikal örgütün mevcudiyeti halinde, devletin, toplu sözleşme görüşmelerine sadece en yüksek temsil gücüne sahip olan sendikaların katılmasına izin vermesini meşru bulmaktadır. Bu önlem, bir yandan sendikal temsilin parçalanmaması, diğer yanda da toplu

CLAUDIO
ZANGHI'NİN
TEBLİĞİ

sözleşme müzakerelerinin kolaylaştırılma gerekçesiyle meşrulaşmaktadır (Bkz., Daha önce zikredilen Belçika Polis Sendikaları Davası).

Yine, 8. maddeyle bileşik 14. maddeye aykırı olan evlilik içi ya da dışı nesep temelinde farklı muamele konusunda (Marckx kararı 13.6.1979, ayrıca miras konusunda Inze kararı, 28.10.1987); İngiltere'deki kadın göçmenlerin, erkek göçmenlerin aksine eşleri için ülkeye girme ve kalma iznini talep edememelerine dair cinsiyet temelli ayrımcılık konusunda (Abdulaziz, Cabales ve Balkandaki kararı, 28.5.1985).

6. Bu konudaki uluslararası enstrümanlar yelpazesinde 14. maddenin metni genel bir hüküm getirmeyen tek enstrüman olarak kalmıştır. Nitekim 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne göre (Madde 26), *"Herkes yasa önünde eşittir ve ayrımın gözetilmeksizin yasa tarafından eşit bir biçimde korunma hakkına sahiptir. Bu açıdan yasa, her tür ayrımcılığı yasaklamalı ve herkese cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından her tür ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir koruma temin etmelidir."*

1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre (madde 24): *"Bütün şahıslar yasa önünde eşittir. Dolayısıyla, herkes, hiçbir ayrım gözetilmeksizin, yasa önünde eşit korunma hakkına sahiptir"*

Hatta 1981 tarihli Afrika Şartına göre (madde 3): 1- Bütün şahıslar yasa önünde tam bir eşitlikten yararlanırlar; 2- Bütün şahıslar eşit yasal korunma hakkına sahiptir.

1960'tan beri Parlamenterler Asamblesi'nde birçok girişim kabul edilmiş (Racc. 234; Racc. 538 -1970; Racc.1089 - 1988, ve birçok rapor), ama başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Zira devletler henüz kendi hukuk sistemlerinin tamamıyla Strazburg'daki organların denetimine tabi olmasını istemiyorlardı.

Sonunda bu sorun Haziran 1990'daki Uluslararası Avrupa Sözleşmesi Yedinci Kolokyumu'nun sonuç bölümünde yeniden ele alındı. Önce Bakanlar Komitesi kadın-erkek eşitliği konusunda Uzmanlar Komitesi'ni görevlendirdi; bu komite çalışmalarını 1994'te bitirdi; daha sonra İnsan Hakları Yönetim Komitesi bu konuyla görevlendirildi ve sonunda, 2000 yılının başında tasarı kaleme alındı.

Birtakım diğer siyasi istişarelerin sonrasında metin, Sözleşme'nin imzalanmasının ellinci yılı vesilesiyle 4 Kasım 2000'de Roma'da imzalanarak 12 no.lu Ek Protokol haline geldi. Yürürlüğe girmesine daha çok zaman var, ama varlığı bile alınmış bir sonuçtur.

Dikkatiniz için teşekkür ederim.

TEBLİĞ: II

Yrd. Doç. Dr. Sultan Tahmazoğlu UZELTÜRK (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*

SULTAN
TAHMAZOĞLU
UZELTÜRK'ÜN
TEBLİĞİ

Eşitlik, temelinde insan onurunun yattığı bir hakır¹ ve hem bireyler açısından bir temel hak olarak, hem de devlet yönetimine ilişkin bir ilke olarak ifade edilmektedir.²

Eşitlik, hukuk devletine ait bir ilke ve ayrıca onun kaçınılmaz gereği olarak da nitelendirilmektedir.³ Anayasa Mahkemesi kararlarında da eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devletine de aykırılık oluşturduğu vurgulanmaktadır.⁴

Eşitlik, özgürlükle de bağlantılı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵ Öncelikle her iki kavram yani eşitlik ve özgürlük, insana insan olarak değer tanıyan bir anlayışı kaynak almaktadırlar. Özgürlükten herkesin eşit olarak yararlanması ve ancak, özgür ortamlarda eşitlik bilincinin yeşerebilmesi açısından her iki kavram bağlantılıdır.

Farklı demokrasi anlayışı ve farklı ideolojilerin eşitlik anlayışının da farklı olduğu bir gerçektir.⁶ Eşitlik, demokrasi bağlantısının da kurulabileceği bir kavramdır. Bu konuda belki de en güncel örnek cinsler arasında eşitliğin sağlanamadığı toplumlarda demokrasiden söz etmenin ve demokratik değer-

* “İHAM Kararları Işığında Türkiye’de Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı” başlıklı tebliğ.

¹ M. Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 5. bsk, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003, s. 93.

² E. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., 5. bs., Ankara 1998, s.1 23.

³ M. Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 5. bs, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003, s. 92.

⁴ E. 1991/34, K. 1991/34, *RG*.12.12.1991

⁵ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 20 vd.

⁶ Marksist ideoloji eşitliğe özgürlük karşısında kesin öncelik tanırken, liberal ideoloji tek başına eşitliğin anlamı olmadığını savunmaktadır. M. Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayınları, No:453, 6. Baskı, Ankara, 1981, s. 9-vd. Bu konuda Bkz., A. Senel, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, *Yavuz Abadan’a Armağan*, AÜ SBF Yayınları, Ankara, 1969, s. 241 vd. Farklı devlet biçimleri açısından eşitlik ilkesinin irdelenmesi açısından Bkz., Z. Özcan, “Eşitlik ilkesi ve Sosyal Devlet Sistemi içindeki Yeri”, *AİTİA Gazetecilik ve Halkla İlişkiler Yüksek Okulu İletişim*, 1981/1, s. 2 03 vd.; A. Göze, *Liberal, Marksist, Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri*, İÜ Hukuk Fakültesi yayınları, İstanbul 1980.

lerin yerleşmesinin de mümkün olamamasıdır. Eşitlik ilkesini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 10. madde gerekçesi, eşitliği demokrasinin vazgeçilmez ilkesi olarak belirlemektedir. Bu anlamda demokrasi, bireylerin eşitliğini sağlayarak bir devlette bireylerin özgürlüğüne hizmet etmektedir.⁷

Eşitlik aynı zamanda hukukun genel ilkelerindedir.⁸ Anayasa Mahkemesi eşitlikle ilgili kararlarında ilkeyi açıkça hukukun genel ilkesi olarak nitelendirmemektedir. Ancak; "*hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen ilkeler*" olarak tanımladığı hukukun genel ilkeleri içinde eşitlik ilkesini de var olmalıdır.⁹

Alman Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesinin Anayasa'da yazılı olmasa da geçerli olan ve kanun koyucuyu bağlayan hukukun genel ilkelerinden olduğunu belirtmektedir.¹⁰

Eşitlik Türleri

Hukuk devletinin amaçlarından biri olan adalet ile eşitlik bağlantısı belirgindir. Adaletin en yaygın görünümü eşitlik olarak ortaya çıkmaktadır.¹¹ Aristoteles insanlar arasında adaletin iki tür eşitlikle gerçekleşebileceğini belirtmekte ve bunları dağıtıcı ve dengeci adalet olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Hizmet ve karşılığındaki hak arasında mal ve fiyatı, zarar ve tazminat ve suç ve ceza gibi tam bir oran ve mutlak bir eşitliğin

⁷ H. Gribnau, "General Introduction", *The Principle of Equality in European Taxation*, (Ed.G.T.K.Meussen), Kluwer Law, London, 1999, s. 9.

⁸ İ. Ö. Kaboğlu, "Hukukun Genel ilkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", *Anayasa Yargısı*, 1991, s. 296-297. Yazar, diğerlerinin yanında İtalyan hukuk sisteminde gerçekleştirilen büyük eşitlik ilkesinin iki yönünden bahs etmektedir. ilki cins, din gibi ölçütlerle ayırım yapmayı dışlayan yöndür; diğeri ise, yasaların makul olması ve keyfi olmaması gerektiridir. Ibid, s. 310.

⁹ A. Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yayınlanmamış doktora tezi, Ankara 1989, s. 151 ve dipnot 14'deki kaynaklar.

* Tebliğin hazırlanmasından sonra kitap halinde yayımlanmıştır. Merih Öden, *Eşitlik İlkesi*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2004.

¹⁰ Aktaran A. Merih Öden, Ibid. s. 171.

¹¹ A. Çeçen, *Adalet Kavramı*, Gündoğan Yayınları, 2. Basım, Ankara 1993, s. 40.

öngörüldüğü tür dengesi (denkleştirici adalet mutlak-aritmetik-yatay-şekli eşitlik kavramına denk düşmektedir) adalettir.¹² Bu ilişkide taraf olanların kişisel ve subjektif durumları dikkate alınmamaktadır.¹³

Güriz, adalet kavramının eşitlik fikri ile ilişkisinin benimsenmesi gerektiğini ve bu eşitliğin mutlak bir niteliğe sahip olmadığını belirtmektedir.¹⁴ Dağıtıcı adalet olarak nitelendirilen bu tür eşitlik de, birden fazla kişinin birbirine oranla mutlak olarak değil, durumlarına göre nispeten eşit şekillerde işlem görmeleri öngörülmekte ve bu anlayışta herkesin farklı paylar alması söz konusu olmaktadır.¹⁵ Bu anlayış nisbi, geometrik, dikey, maddi eşitlik kavramına denk düşmektedir. Şeref ve malların paylaşılmasında herkesin yeteneğine ve toplum içindeki durumuna göre kendine düşeni almasını öngören bu adalet türü eşitlik ilkesine önemli bir yer vermektedir.

Aristoteles tarafından adaletin özünün eşitlik ilkesi olduğu belirtilmekte ve yalnız eşitlerin eşit olmayan bir şekilde işlem görmeleri değil, eşit olmayanların eşit muamele tabi tutulmalarının da adaletsizlik olduğu belirtilmektedir.¹⁶

Dağıtıcı adalet anlayışında eşitlere eşit, eşit olmayanlara da farklı muamele yapılırken ne tür farklılıkların eşitlikten ayırılmayı haklı göstereceği önemli bir sorundur. Bu açıdan insanın insan olarak değeri bakımından eşitliğin mutlak olduğu,

¹² Ş. Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.71.

¹³ A. Güriz, "Adalet Kavramı", *Anayasa Yargısı*, Ankara 1990, s.13-14.

¹⁴ Güriz, op.cit, s. 15. Dağıtıcı ve denkleştirici adalet konusunda ayrıca bkz., V. Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 130 vd.

¹⁵ Ş. Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.71. Aristoteles'e göre bir sitedeki soysuzlaşmalar, değişmeler ve çözümler eşitsizlikten doğar. Filozof iki türlü eşitlikten söz etmektedir: Sayıca ve yetenek bakımından eşitlik. Yetenek bakımından eşitlikte ölçü aritmetik ya da geometrik orantıya dayanır. Sayıya dayalı eşitliğe ise herkes boyun eğer. Soysuzlaşma, çözümler, eşit olmayanların eşitlik, eşit olanların da üstünlük taslamasından doğar. İ. F. Akın, *Kamu Hukuku*, İstanbul, s. 22-23.

¹⁶ Ş. Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.71

insanların kazanılmış özellikleri ve kendi çabalarının sonucu sebebiyle farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı düşüncesi bu noktada önem ifade etmektedir.¹⁷

Hukuksal Eşitlik

Eşitlik kavramı birçok anlayışı nitelendirmek için kullanılmakla birlikte¹⁸ asıl konuyu ilgilendiren eşitlik hukuksal eşitliktir. Hukuksal eşitlik, yasa önünde eşitlik anlamına gelir.¹⁹

18. yüzyıl liberal düşüncesinin ürünü olan, Fransız ihtilalinin ünlü sloganında yer alan “*hürriyet, eşitlik, kardeşlik*” üçlüsündeki eşitlik, hukuksal eşitlik, ya da yasa önünde eşitlik ilkesidir.²⁰

Anayasalar eşitlik ilkesini belli formüllerle korumaya çalışmışlardır. Bunlardan en sık kullanılanları: “*kanun önünde eşitlik*”, “*kanunların eşit korunması*”, “*eşit haklar*” ve “*ayırım yapmama*” formülleridir.²¹

Yasa önünde eşitlik yasaların kapsadığı herkese eşit uygulanmasını, aynı zamanda aynı konumdakiler için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda eşit davranulmasını öngörmektedir.²² Bir

¹⁷ M. Erdoğan, “Özgürlük Adalet, Refah”, *Adalet Kavramı*, Ed. A. Güriz, Ankara 1994, s.128. Yazar burada kastedilen farklı muamelenin kişilere peşinen yasal avantajlar sağlaması değil, söz konusu farklılıkların sonucu olarak ortaya çıkabilecek farklı kazanımları yasanın peşinen engellememesi olduğunu belirtmektedir.

¹⁸ Matematiksel, ahlaksal, vergisel eşitlik gibi. Y. Aliefendioğlu, “Eşitlik İlkesi”, *Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan*, İÜHF, İstanbul, 1999, s. 79-80.

¹⁹ Atina polislerinde yasa önünde eşitlik ilkesi için bkz., A. Şenel, *Eski Yunan'da Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne*, Ankara 1970, s. 98-100

²⁰ Bugün artık sosyal ve ekonomik eşitlikten söz edilmektedir. Klasik demokrasilerde “fırsat ve inkan eşitliği” kavramına yer verilmektedir. M Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayınları, No:453, 6. Baskı, Ankara, 1981, s.12.

²¹ A. Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*. Yayınlanmamış doktora tezi. Ankara 1989 s. 153. Yazar, bu formüllerin bazen yalnız, bazen birlikte kullanımına örnekler vermektedir. *Ibid*, s. 158.

²² Y. Aliefendioğlu, “Eşitlik İlkesi”, *Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan*, İÜHF, İstanbul, 1999, s. 80.

başka ifade ile kanun önünde eşitlik ilkesi “*aynı koşulları taşıyanların aynı hak, olanak, yetki ve ayrıcalıklardan yararlandırılması*” demek olan “*somut ve nesnel*”,²³ bir kuraldır. Kanunların herkes hakkında istisnasız katı ve mutlak bir şekilde uygulanması gerektiği yolundaki dar yorumdan adaletsiz sonuçların çıkması ihtimali yüksektir.²⁴

Yasa önünde eşitlik ilkesi farklı anlamları içinde barındıran bir ilkedir. Bu anlamlardan ilki, herkesin, içeriği ne olursa olsun ortak bir hukuk sistemine eşit bağlılığıdır. Bu anlamı ile kanun önünde eşitlik ilkesi temel hukuk düzeninin birliğini ve tekliğini anlatmaktadır. Ortak bir hukuka eşit bağlılık aynı zamanda bir kişi ya da sınıfın hukukun üstünde ve dışında bulunmamasını da gerektirmektedir. Yasa önünde eşitlik ilkesinin bir ikinci anlamı ise, herkesin bağımsız yargı organı tarafından tarafsız olarak uygulanan hukuka ve kanunlara eşit bağlılığı, herkesin mahkemelere ve diğer uyuşmazlık çözücü kurumlara başvurabilme yönünden eşit haklara sahip olması, kanunların uygulanması ve adaletin sağlanmasında tarafsız işlem görme hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada yürütme organı ve idare gibi yargı organı da eşit ve tarafsız davranmak zorundadır. Kanun önünde eşitlik ilkesinin üçüncü anlamı ise, devlet ve bireyin kanun önünde eşitliğidir ve buradan eşitlik ilkesi çerçevesinde yasama organına yönelik bazı gerekliliklerin de çıkarılmasıdır ve buna göre, devlet yetkisi kullananların hukuka aykırı davranışlarından doğacak hukuki ve cezai sorumluluktan kurtaracak bir neden olmamasıdır.²⁵

²³ İ. H. Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 244. Özay, Osmanlı'da kamu hizmeti faaliyeti görmek üzere kurulan, vakıflar idaresi ile kamu kurumu niteliğiyle hizmet yerinden yönetime dönüştürüldüğünden, hizmetlerinin “arz ve yararlandırmada eşitlik” ilkesi çerçevesinde görülmesi gerektiğinden hareketle Bezm-i Alem Valide Sultan Vakıf Gureba Hastanesi Hasta Kabul ve Tedavi Yönetmeliği'nin 13. maddesinde yer alan “Hastaneye gayrimüslimler yatırılmaz” kuralını Anayasa ve idare hukuku kurallarına aykırı bulmuştur.

²⁴ Ş. Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 73.

²⁵ A. Merih Öden, “Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik ilkesi”, Yayınlanmamış doktora tezi, Ankara 1989, s. 161-167.

Aliefendioğlu, yasa önünde eşitlik kavramının bazı görünüm biçimlerinin altını çizmektedir.

Aynı hukuksal durumda olanların ya da özdeş niteliktekilerin aynı kurala bağlı olmasını öngören “*yatay eşitlik*”. Burada kastedilen kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır.²⁶ Şekli eşitlik veya mutlak eşitlik olarak nitelendirilen bu eşitlik türü, aritmetik eşitlik olarak da nitelendirilmekte ve Aristoteles’in yukarıda ifade edilen dengeli veya denkleştirici adalet kavramına denk düşmektedir.²⁷ Aynı durumdakilerin ayrı kurallara bağlı olmasını gerektiren “*dikey eşitlik*” anlayışı ayrı durumdakilere aynı kuranın uygulanmasının eşitsizlik yaratabileceğinden hareket etmektedir.²⁸ Burada ise, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğu söz konusudur.²⁹ Aynı durumda olanlardan bir kesimi için kimi haklar getiren bir düzenleme, diğer bir kesimi kapsamıyorsa yani “*eksik düzenleme*” halinde de³⁰ ortada bir eşitsizlik vardır.³¹

²⁶ E. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s.113.

²⁷ Şekli hukuki eşitlik de denilmektedir. K. Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, 2. Baskı, Bursa 2002, s. 212, dpn. 57, 58 ve 59.

²⁸ Bu anlayış da geometrik eşitlik, maddi eşitlik ve nisbi eşitlik olarak da nitelendirilmektedir ve Aristoteles’in dağıtıcı adalet anlayışına denk düşmektedir. K. Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, 2. Baskı, Bursa 2002, s.212, dn. 61.

²⁹ E. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 113.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, iş yerinde aynı koşullarla çalışan işçilerin bir kesiminin yasa kapsamında olmamaları nedeniyle, itibari hizmet zammından yararlanmalarını olayında, yasayla getirilen düzenlemede kimi sigortalıların yer almamasını belli sigortalılara hak tanıdığı ve özü itibarıyla Anayasa’ya aykırı olmadığı için iptal etmemiştir. Mahkeme olayda eksik düzenlemenin eşitsizlikle bağdaşmadığını saptamış ancak iptal sonucuna ulaşmamıştır. Bu durum karşı oylarda da belirtilmektedir. (E.1988/51, K.1989/18, AYMKD, S. 25, s.227-228) Aktaran Y. Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*.

³¹ Y. Aliefendioğlu, “Eşitlik İlkesi”, *Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan*, İÜHF, İstanbul, 1999, s. 81.

Yasa önünde eşitlik ilkesi kimi durumlarda haklı neden varsa aynı durumda olanlara ayrı düzenleme getirilmesini kabul etmektedir. Buradaki haklı neden eşitlik ilkesine aykırı davranmanın “makul ve geçerli özrünü”³² oluşturmaktadır. Burada sorun, haklı nedenden ne anlaşılması gerektiğidir. Haklı nedenin kabul edilebilmesi için “nesnellik ve genellik ilkelerine” uygun olması gerektiği ifade edilmekte,³³ “genel yarar veya çıkar”³⁴ şeklinde öneriler yapılmaktadır. Yasa önünde eşitlik ilkesinin bozulmasının makul sebebinin teşkil eden haklı neden mahkeme kararlarında somutlaşmaktadır.

Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık - Ayrıcalık Yasağı

Eşitliğin öncelikle bir haktır.³⁵ Eşitlik ilkesinin bir hak olarak kabul edilmesi halinde bu ilkeden yararlananlar açısından eşit işlem görmeyi ve ayırım gözetilmemesini isteme hakkı olacağı da kuşkusuzdur.³⁶

Hak eşitliği hukuki bir eşitlik iken, “ayrımcılık yasağı” eşitliğin dinamik ve farklı şekillerde (renk, ırk, cinsiyet, din gibi) uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıcalık (imtiyaz) yasağı³⁷ ise, bu kez eşitlik ilkesinin dinamik uygulamasının bir başka şekli olarak görünmektedir. Bu yaklaşım çerçevesinde genel eşitlik ilkesinin haklı bir neden olmaksızın ayırım yapılmamasına ilişkin uygulamasının iki yönü ortaya çıkmaktadır. İlki yasal düzenlemeler ve uygulamalar yoluyla bazı kişi ve grupların haklı bir nedene dayanmaksızın mağdur edilmesi ve ikincisi yine yasal düzenleme ve uygulamalarla bazı kişi ve grupların haklı bir

³² Ibid.. 81.

³³ Ibid.. 81.

³⁴ M. Erdoğan, 5. 3. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003. s. 93.

³⁵ B. Tanör-N. Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, (2001 Anayasa Değişikliklerine Göre), Cogito, YKY, 3. Baskı, Mart 2002. s. 119.

³⁶ E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1998, s. 113.

³⁷ Tanör-N. Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (2001 Anayasa Değişikliklerine Göre), YKY, Cogito, 3. Baskı, Mart 2002. s. 119.

neden olmaksızın avantajlı hale getirilmesidir.³⁸ Bunlardan ilki “*ayrıcalık yasağı*”, ve diğeri “*ayrımcılık yasağı*” olarak tanımlanmaktadır.

Türk Anayasa Hukuku Metinlerinde Eşitlik İlkesi

Osmanlı - Türk Anayasal gelişmelerinde eşitlik ilkesine öncelikle Gülhane Hattı Hümayunu’nda tebaalar arası eşitlik şekli ile rastlanmaktadır. 1875 Adalet Fermanı da her uygar devletin önde gelen ilk işinin halkının ayrıcalıksız ve eşit olarak hak ve yararlarını adilane korumak ve sürekliliğini temin etmek olduğunu belirtmektedir. 1856 Islahat Fermanı’nda vergi, din mülk edinme, askerlik ve yasa önünde eşitlik ilkesinin vurgulandığı görülmektedir. Ayrıca 1876 Kanun-i Esasisi de 8. ve 17. maddesinde eşitlik ilkesine yer vermektedir. 1921 Anayasası temel hak ve özgürlükleri düzenlemediği için açıkça eşitlik ilkesine yer vermemektedir. Ancak bu dönem 1876 Kanun-i Esasisi de yürürlükte olduğundan oradaki eşitlik ilkesinin geçerli olduğunu söylemek mümkündür. 1924 Anayasası ise, “*Türklerin Kamu Hakları*” başlığını taşıyan beşinci bölümünde eşitlik ilkesini düzenlemiştir.³⁹ Ayrıca “*Türkiye’de din ve ırk ayırt edilmeksizin vatandaşlık bakımından herkese Türk denir*” (m. 88) hükmüne yer verilmiştir.

Eşitlik 1961 Anayasası’nda “*Temel Hak ve Ödevler*” kısmının Genel Hükümler bölümünde yer almaktadır.⁴⁰ 1924 Anayasası’nda yer alan “*kanuna ayıksız uyma yükümlülüğü*” 1961 Anayasasında kaldırılmıştır. Ayrıca ayrıcalıkların “*yasak*” olduğu vurgusunun da 1961 Anayasası’nda kaldırıldığı

³⁸ M. Erdoğan, 5. 3. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003, s.93.

³⁹ Madde 69:

“Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır”. Batum/Yüzbaşıoğlu. Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, 5. Bası, Beta, İstanbul 2003.

⁴⁰ Madde 12:

“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz”.

görülmektedir. 1961 Anayasası'nda ayrıca kamu hizmetlerine girmede ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği belirtilmiştir (m. 58).

1982 Anayasası ise eşitlik ilkesini 1961 Anayasası'ndan daha geniş olarak düzenlemiştir.⁴¹ Bu genişlik üç noktada kendini göstermektedir. İlki eşitsizlik yaratabilecek hususlar sayılmakla beraber bu unsurların sayısı ile sınırlı olmamasıdır. Anayasa, "benzeri sebeplerle" vurgusu ile bunu belirlemektedir. Diğeri ise, devlet organları ve idare makamlarına eşitlik ilkesine uygun davranma yükümlülüğünün açıkça getirilmesidir. Bu durum "eşitlik yükümlülüğü" olarak tanımlanmaktadır.⁴² Ayrıca 1961 Anayasası'ndan farklı olarak eşitlik ilkesi temel hak ve özgürlükler bölümünde değil, genel esaslar kısmında düzenlenmiştir. Bu durum, eşitlik ilkesinin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği yönünde yorumlanmaktadır.⁴³ Ayrıca Anayasa'nın Genel Esaslar kısmında ilkeye yer verilmesi ilkenin aynı zamanda bir hak olmasını da ortadan kaldırmamaktadır.⁴⁴ Ayrıca Anayasa başlangıcının 6. paragrafında da eşitlik ilkesinin bir hak eşitliği olarak vurgulandığı görülmektedir.⁴⁵ Anayasa'nın 70. maddesi de kamu hizmetine girme konusunu 1961 Anayasası'nda olduğu gibi eşitlik ilkesi temelinde düzenlemektedir.

1982 Anayasası'nın 2001 değişikliklerinde⁴⁶ eşitlik ilkesi-ne ilişkin olarak Anayasa'nın 41. maddesinde "Aile Türk top-

⁴¹ Kanun Önünde Eşitlik Madde 10:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar".

⁴² B. Tanör - N. Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, (2001 Anayasa Değişikliklerine Göre), *Cogito*, YKY, 3. Baskı, Mart 2002, s. 120.

⁴³ E. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998, s. 113.

⁴⁴ B. Tanör - N. Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, (2001 Anayasa Değişikliklerine Göre), YKY, *Cogito*, 3. Baskı, Mart 2002, s. 119.

⁴⁵ "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ..."

⁴⁶ 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasa.

lumunun temelidir” kuralına “ve eşler arasındaki eşitliğe dayanır” ilkesi ilave edilerek aile içinde kadın-erkek eşitliği garanti edilmeye çalışılmıştır.⁴⁷

2001 Anayasa değişikliği ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin yapılan önemli bir değişiklik Anayasanın 26 ve 28. maddelerinde yer alan *“kanunla yasaklanmış dil”* kavramının metinden çıkarılmasıdır. Kanunla yasaklanmış dil kavramının Anayasa’daki bu gelişmeye paralel olarak Siyasi Partiler Kanunu’ndan da çıkarılması gerekmektedir (madde 81).

Bir başka değişiklik Anayasa’nın 41. maddesinde yer alan *“Ailenin Korunması”*na ilişkin hükmün değiştirilerek ailenin temelini eşler arasında eşitliğe dayanması gereğinin anayasal ilke haline almasıdır. Bu konuda İHAS 7 nolu protokolün 5. maddesindeki gelişmelerin takip edildiği söylenebilir.

Anayasa değişiklikleri çerçevesinde ifade edilebilecek bir başka husus vatandaşlığa ilişkindir. Türk ana ve yabancı babadan olan çocuğun vatandaşlığının kanunla düzenleneceğine ilişkin hüküm Anayasa’dan çıkarılmış ve durum babanın Türk olması ile eşit duruma getirilmiştir.

2001 Anayasa değişiklikleri ile kaldırılan dil yasağı ile paralel olarak Anayasa’nın 42. maddesinde yer alan *“Türkçeden başka hiçbir dil eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez”* hükmünün değiştirilmesi gerekmektedir. Madde toplumsal bir olgu olan ana dil ile resmi dil kavramlarını karıştırmaktadır. Anayasa ve yasaların resmi dilin okutulması zorunluluğunu getirmesi kaçınılmazdır.

Son olarak Anayasa’da yapılan değişikliklerle 10. maddeye ek getirilmiştir. Buna göre, *“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür”*. Anayasa değişiklikleri tartışmasında Ulusal

⁴⁷ 3.10.2001, S. 4709.

rapor doğrultusunda yapılan söz konusu değişiklikte öncelikle kadınlar lehine pozitif ayrımcılık taşıyan bir düzenleme getirilmesi düşünülmüştür. Ancak soma yapılan kanun teklifinde sadece “kadın ve erkek eşit haklara sahiptir” hükmüne yer verilmiştir. Anayasa Komisyonu’nda pozitif ayrımcılıkla ilgili düzenlemenin eklenmesi gerektiği belirtilmiş ve devlete bu alanda yükümlülük getiren cümlenin metne eklenmesi kabul edilmiştir. Metnin bu haline altı milletvekili muhalefet şerhi yazarak fiili eşitliği sağlama konusunda açık ve tartışmaya yer bırakmayacak bir düzenleme getirilmesi gereğinin altını çizmişlerdir.

Yapılan anayasa değişikliği ile getirilen düzenlemede haklı olarak “eşit haklara sahip” ibaresinin hukuken yanlış olduğunun ve yapılan düzenlemelerle haklarda eşitliğin değil, durumlarda eşitlik sağlayabileceği eleştirisi yapılmıştır. Ayrıca, getirilen düzenlemenin birinci fıkranın tekrarı olduğu ve normatif değerinin olmadığı eleştirisi de yapılmaktadır.⁴⁸

Yapılan değişiklik cinsiyete dair ayrımcılığın yapılamayacağını öngören birinci fıkranın tekrarı gibi görünebilir. Ancak, devletin kadın-erkek eşitliğinin fiilen sağlanması konusunda dikkatinin bir kez daha çekilmesinde toplumumuzun sosyal gerçekleri göz önüne alındığında yarar vardır ve bu durum hukuk tekniği açısından da sakıncalı değildir. Yapılan anayasa değişikliği devletin kadın-erkek eşitliğinin sağlanması konusunda pozitif bir yükümlülüğünü vurgulayan bir anlam taşımaktadır. Cinsiyet bağlı gelişme endeksine göre yapılan sıralamada 66 ülke içerisinde eşitsizliğin yaygınlığı açısından Türkiye’nin sırası 63.’lüktür.⁴⁹ Böyle bir gerçeğin olduğu bir

⁴⁸ M. Erdoğan, “Pozitif Ayrımcılık İlericilik midir”, <http://www.liberal-dt.org.tr>.

⁴⁹ 2002’den Haberler”, *Radikal*, 24.9.2002, s. 10. BM 2002 yılı İnsani Kalkınma Raporunun verilerine göre, Türkiye’de kadınların parlamentoda temsil oranı %4.2 ile AB ülkelerinin çok uzağındadır. Bu oran Cezayir’de Türkiye ile aynı, Yunanistan’da % 8.7, Fransa’da %10.9, Almanya’da %31 ve İsveç’te %42.7’dir. Kadınlar kamu yaşamında da gereken yeri alamamakta ve Türkiye’de her dört kadından biri okuma-yazma bilmemektedir. Türkiye’de kadının kamu yaşamında da izine pek rastlamak mümkün değildir. AB’ye üye ülke kadınlarının çoğunluğunun yöneldiği hizmet sektöründe çalışan kadınların oranı Türkiye’de %18’dir. Türk kadınının

toplumda hukukun bazı noktaları vurgulayarak tekrarlama-sında bir sakinca olmasa gerektir. Hukukun sosyal gerçekleri görmezden gelmemesi gerekmektedir.

Getirilen değişikliğin gerekçesi metnin kendisinden daha ileri bir düzenleme öngörmektedir. Gerekçede AB Anayasası ve Temel Haklar şartına atıfta bulunulmakta ve Temel Haklar Şartında yer alan “*istihdam, çalışma ve ücret de dahil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır ifade-sine yer verilmekte ve yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı*” hatırlatılmaktadır.⁵⁰ Ancak sonuç itibarıyla Anayasa’da yapılan düzenle-menin Temel Haklar Şartı’ndaki açıklıkta olduğunu söylemek zordur.⁵¹ Gerçi açıkça Anayasa’da bir cinsiyet lehine pozitif ayrımcılık⁵² yapılmasının eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı yer almasa da bu sonuca ulaşmak pekala mümkün olabilir. Amaç fiili eşitsizliği ortadan kaldırmak olduğuna göre, po-zitif ayrımcılığın klasik eşitlik anlayışını ihlal etmeyeceği so-nucuna ulaşmak mümkündür.⁵³ Fakat bütün bu tartışmalara yer bırakmayacak şekilde pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine

çalıştığı alan tarlalardır. Türkiye’de her üç kadından biri tarlada çalışmaktadır. Bu oran Bangladeş’e eşitir. Bu verilerin ışığında kadınlar lehine pozitif ayrımcılığın klasik eşitlik anlayışına aykırı olduğunu kabul etmek pek kolay olmasa gerekir. Ayrıca çoğu kez ifade edildiği gibi kadınlar lehine pozitif ayrımcılığın söz konusu olması halinde layık veya ehil olmayanların belli makamlara geleceğine ilişkin yorumun da şu sorunun yanıtı ile yeniden sorgulanması gerekir: Peki o zaman kadınların ve de Türk kadınlarının sosyal ve kültürel sebepler dışında başka bir sorunu mu vardır ki, erkeklerin ve dünya kadınlarının geldiği aşamaya ulaşamıyorlar?

⁵⁰ TBMM S sayısı 430, dönem 22, Yasama yılı:2.

⁵¹ Bu konuda AB ülkeleri açısından karşılaştırmalı hukuk örnekleri için. Bkz., O. Araslı, “Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Anayasa ve Yasalarda Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Yapılması Gereken Değişiklikler”, *Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları*, TC. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Aralık 2000, Ankara, s. 45. vd.

⁵² Pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı olduğu konusunda Bkz., M. Erdoğan, “Pozitif Ayrımcılık İlericilik midir”, <http://www.liberal-dt.org.tr>.

⁵³ B. Tanör-N. Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*” s. 119.

aykırı olmayacağına ilişkin bir hükmün yer alması hem Anayasa değişikliğinin gerekçesine uygun olacak, hem de cinsler arasında eşitliğin fiilen sağlanmasına daha çok hizmet edecek gibi görünmektedir. Nitekim dağıtıcı adalet anlayışının ilkelerine bakıldığında herkese ihtiyacına göre dağıtımın sağlanması ihtiyaca göre eşitlik ilkesinin gereği ve en uygun biçimdir.⁵⁴

1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesini güvencelemek üzere yukarıda getirdiği formüller özetlenirse kanun önünde eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, ayrıcalık yasağı ve haklardan eşit yararlanma olarak formüle edilebilir.⁵⁵

Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik

Eşitlik ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça kullanılan kavramlardan biridir. Anayasa Mahkemeleri tarafından yasaların Anayasa'ya aykırılığı iddialarında eşitlik prensibinin bir çeşit "*maymuncuk gerekçe*" olma yolunda olduğu yorumları yapılmaktadır.⁵⁶

Anayasa Mahkemesi eşitlik konusundaki kararlarında yasa önünde eşitlik ilkesinden herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşmaktadır. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesinin Anayasa'daki eşitlik ilkesine uygun davranma zorunluluğu vardır. Anayasa'nın 10. maddesinin 1 ve 2. fıkrasındaki hükümler bir bütün olarak uygulanmalıdır. 2. fıkra birinci fıkranın açıklanmasıdır.⁵⁷ Anayasa mahkemesi

⁵⁴ M. Erdoğan, "Özgürlük Adalet, Refah", *Adalet Kavramı*, Ed. A. Güriz, Ankara 1994, s.122. Yazar, dağıtıcı veya sosyal adaletin ilkelerini, herkesin ihtiyacına göre, herkesin değerine göre, herkese hak ettiğine göre, herkese çalışmasına göre ve herkese yaptığı anlaşmaya göre şeklinde aktarmakta ve ayrıca başka türlü formüle edilen dağıtıcı adalet ilkelerine de değinmektedir.

⁵⁵ A. Merih Öden, "Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi", Yayınlanmamış doktora tezi, Ankara 1989, s. 158.

⁵⁶ B. Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum", *Anayasa Yargısı*, Ankara 1986, s.167.

⁵⁷ E. 1980/28, K. 1980/45, AYMKD, S. 18 s. 253, Aktaran Y. Aliefendioğlu, op. cit. s. 86

bu kuralın uygulanması ile *“birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasına ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılması”*na engel olduğunu düşünmektedir.

Yüksek Mahkeme kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmalarının eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını ilave etmektedir. Buna göre durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme de Anayasa Mahkemesi'ne göre eşitsizliğe yol açacaktır. Burada hedeflenen eşitlik eylemli eşitlik değil, hukuksal *“eşitlik”* tir. Aynı hukuksal durumlar aynı, farklı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlanabilir. Mahkeme durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin ihlal edilmeyeceğini eklemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik konusundaki kararları her somut olayda *“haklı neden”*in incelenmesi noktasında düğümlenmektedir. Bu açıdan yüksek mahkemenin olumlu kararlarının yanında çok tartışılan kararları da vardır. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçüler olarak *“gereklilik”*, *“zorunluluk”*, *“işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”*, makul ve adil olma gibi ifadeler kullanmaktadır.⁵⁸

Anayasa Mahkemesi Strazburg çizgisini yansıtır şekilde eşitlik ilkesi ile ölçülülük ilkesi arasında bir bağlantı da kurmaktadır.

“Böylece 6. maddede öngörülen bir suçun mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler veya yeni yayına giren mevkutelerle işlenmesi durumunda verilecek ceza ile önceden yayımlanmakta olan bir mevkuteyle işlenmesi durumunda verilecek ceza arasında ortaya

⁵⁸ E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s.114.

çıkan ve haklı bir nedene dayanmayan oransızlık, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”⁵⁹

Anayasa Mahkemesi'nin bu tavrı eleştirilmektedir. Buna göre, ölçülülük bir normun temel hak ve özgürlükleri koruma amacı ile; kamu yararı gibi temel değerlere ilişkin yönü arasındaki çatışmayı dengelemenin aracıdır. Ölçülülük ilkesi ile bu denge kurulmaktadır. Eşitlikte ise, aynı ya da benzeri durumlar arasında ayniyet sözkonusudur. Burada bir eşitsizlik varsa oranlılık aranmadan eşitlik ilkesine aykırılık saptanmalıdır.⁶⁰

Ancak, eşitlik ilkesine uygunluğun kriteri ölçülülük ilkesidir. Ayrımcı muamele izlenen amaç açısından elverişli ve zorunlu ise *“anayasal eşitlik ilkesine, dozu kaçırıp keyfi ayrımcılık yapma yasağına ve son aşamada adalet değerine de uyulmuş demektir.”⁶¹*

Bu konuda farklı yaklaşımı vurgulamak üzere ilave edilmesi gereken bir gelişme ise, Avrupa Birliği hukukunda da ATAD'ın *“oranlılık”* denetimi yapıyor olmasıdır. Buna göre, benzer durumların aynı kurala tabi olması, farklı durumlara ise, duruma uygun farklı kurallar uygulanması sözkonusudur.⁶² Hukuksal eşitliğin *“orantılılık”* kavramıyla geliştirilebileceği ve burada kastedilenin özdeş durumlarda aynı çözümün öngörülmesi, farklı durumlarda ise, farklı işlemlerin uygulanması demektir.⁶³

Türk Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesi çerçevesinde bir çok karar vermiştir:

⁵⁹ E.1991/18, K.1992/20, K.T.21/3/1992, AYMKD, S.28, C.1, s.283.

⁶⁰ C. Rumpf, “Ölçülülük ilkesi ve Anayasa Yargısındaki işlevi”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 10, s.3 9-42. 61 R. Serozan, “Adaletin, Eşitliğin Özgürlüğün Diyalektiği”, *Güncel Hukuk*, 4 Nisan 2004, s.10.

⁶² M. K. Gürsel, “Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği ilkesi Konusunda Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s.38. Yazar, Eşitlik ilkesinin uygulanmasında oranlılık denetimini, Avrupa Birliği uyumsuzluklarının ekonomik içerikli olmasına bağlamaktadır.

⁶³ İ.Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, imge Kitabevi, Ankara 2002, s. 20.

a- Anayasa Mahkemesi TCK 237/4 de yer alan “Aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dini merasimini yaptıran erkek ve kadınlar iki aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar” hükmünün Anayasa’ya eşitlik ilkesi açısından aykırı olup olmadığını incelemiştir.⁶⁴

İtiraz dilekçesinde TCK’nun bir dine mensup olmayan kadın ve erkeğin aralarında nikah akdi olmaksızın birlikliklerini suç saymazken, bir dine mensup olup da, dini inancı gereği birlikliklerini dini merasim yaparak oluşturan kadın ve erkeğin eylemini suç sayan 237/4. maddesinin inanan insan ile inanmayan insan arasında eşitsizlik yarattığı için Anayasa’ya aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi oybirliği ile reddettiği davada aralarında resmi nikah bağı olmaksızın bir arada yaşayanlarla evlenme istek ve iradesiyle dini nikah yaptıranların aynı hukuksal konumda olmadıklarını belirtmektedir.

Mahkeme’ye göre, dini nikaha dayalı evlenmelerin, kadın ve çocuklar yönünden doğurduğu sakıncalar gözetilerek resmi nikah yapılmadan dini tören yapılmasının ceza yaptırımına bağlanmasının kamu düzenini ve kamu yararını sağlama amacına yönelik olduğu tartışmasızdır.

b- Anayasa Mahkemesi Vergi Usul Kanunu’nun 360. Maddesi çerçevesinde ceza alan kişinin hapis cezasının paraya çevrilmesi halinde sanayi sektörü için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısının belirlenmesi sözkonusu iken, bir aylık hapis cezasının Cezaların İnfazı Hakkında 647 sayılı Yasa’nın 4. Maddesi gereğince paraya çevrilmesi halinde aralarında fahiş bir farkın sözkonusu olması sorununun eşitlik ilkesine aykırılığını incelemiştir.⁶⁵

İtiraz yoluna başvuranlar yasa ile ticaretle uğraşan ve uğraşmayan kişi ayırımı yapıldığını tacir olan sanıklara daha

⁶⁴ E. 1999/27, K.1999/42, K.T.24/11/1999, RG, 2 Mayıs 2002, S.24743, s.43 vd.

⁶⁵ E.1991/38, K.1991/38, K.T. 24/10/1991 RG 17 Eylül 1995, S. 22407, s. 96 vd.

ağır ceza verildiğini ve bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmektedirler.

Oyçokluğu ile alınan kararda (yediye dört) Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun suçların nitelik, kapsam ve cezalandırmadaki amaçlar gözetilerek farklı kurallar koyduğu ve buradan hareketle para cezasının ağırlaştırılmış biçimiyle kişide yaratacağı korkutuculuk ve caydırıcılıktan toplum adına yararlanmayı düşünerek özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesinde ayrı kural kabul etmenin eşitlik ilkesine aykırı bir yönü olmadığına karar vermiştir.

c- Anayasa Mahkemesine göre, hukuksal durumları ve konumları ayrı olan mükelleflerin faaliyet alanlarına, beyanname türlerine ve mükellef gruplarına göre ayrı ayrı düzenlemeye bağlı tutulmasına olanak veren yasa kuralı eşitlik ilkesine aykırı değildir.⁶⁶

d- Anayasa Mahkemesi, sadece kuyumcular için stok affı getiren yasanın eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.⁶⁷

Anayasa Mahkemesi kararda vergide eşitlik ilkesinden ne anlaşılması gerektiğini de belirtmektedir. Buna göre “*vergide eşitlik ilkesi mali gücü aynı olandan aynı, farklı olandan ise farklı oranda vergi alınması*”dır. Yine Mahkeme’ye göre, yasa koyucu anayasal ilkelere uymak koşuluyla gelir, servet ve harcamaların vergilendirilmesinde konu, miktar ve niteliklerine göre değişik ölçütler getirebilir. Gelirin unsurlarına ve miktarına göre değişik ölçütler belirleyebilir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, iptali istenen kurullarla belgesiz alış-veriş ve kayıt dışı stokların yaygın olduğu, kıymetli maden ve kıymetli taşlarla

⁶⁶ E. 1996/5, K. 1996/26, K.T.26/6/1996, R.G.30 Haziran 2001, S.24448, s.349 vd.

⁶⁷ E.1996/76, K.1998/6, K.T.12/3/1998, R.G.21 Eylül 2002, S.24883, s.3 vd. Anayasa Mahkemesi bu kararın tam beş buçuk yıl sonra yayınlamıştır. Bu yönü ile karar, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri ile yayınlanmalarının bir süreye bağlanması tartışmasını başlatacak boyuttadır.

bunlardan yapılmış ziynet eşyasının alım-satım ve imaliyle uğraşan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerine, kayıt dışı stoklarından belli oranda vergi alınmak suretiyle bunları kayıtlara geçirme olanağı ve belge düzeni sağladığı bazı mükelleflerin vergilendirilemeyen kimi kaynaklarının ileriye dönük olarak vergilendirilmesinin amaçlandığı ve böylece mükelleflerin mali gücüne ulaşarak vergide genellik, eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmeye çalışıldığı belirlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kararında daha önceki birçok kararında da kullandığı “*Kimilerinin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz*” ifadesine yer vermektedir. Ancak kararın yayımlandığı tarihten bir yıl önce Anayasa’nın 13. maddesi değiştirilmiş ve genel sınırlama nedenleri kaldırılmıştır. Karar ile yayınlanması arasındaki uzun süreye Anayasa değişikliği bile şıgabilmıştır.⁶⁸

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi oybirliği ile verdiği kararında gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri ile karşılaştırma yapılarak işletmelerinde var olduğu halde kayıtlarda yer almayan kıymetli maden, taş ve bunlardan yapılmış ziynet eşyasının alım satımı ile uğraşanların, belgesiz alış-satışlarının ve kayıt dışı stokların vergilendirilmesi amaçlandığından eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

e- Anayasa Mahkemesi 4708 sayılı yasa ile yapı denetimi konusunda ülke genelinde uygulanmak üzere çıkarılmakla birlikte uygulamanın yüksek deprem riski ve hızlı şehirleşme gözetilerek 19 pilot ilden başlatılmasında, durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebileceğinden hareketle anayasadaki eşitlik ilkesine aykırılık bulunmadığını belirtmektedir.⁶⁹

⁶⁸ Bu şekilde bir başka karar için bkz., E.1999/46, K.2000/25, K.T. 20.9.2000, RG Ekim 2002, S.24896, s.11 vd. Bu karar da karar tarihinden iki yıl sonra yayımlanmıştır. Bu konuda ilginç bir çalışma için bkz., E. Göztepe, “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadının Soyadı”, *AÜHFĐ*, C. 45, s.17. vd.

⁶⁹ E.2001/377.K. 2002. S.24931, s.9 vd.

f- Medeni Kanun'un 153. maddesinde yer alan "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır, ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da alabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir." Kuralının eşlerin uzlaşması halinde kadının soyadının aile soyadı olarak kabul ve tesciline olanak tanımadığından eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.⁷⁰

Anayasa Mahkemesi, oyçokluğu ile itirazı reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararının dayandığı gerekçe şudur:

"İtiraz konusu 'kadın evlenmekle kocasının soyadını alır' kuralı kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmamasından kaynaklanmaktadır. Aile hukuku öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır.

Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kural da aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz.

⁷⁰ E.1997/61, K.1998/59, K.T.29.9.1998, RG 15.11.2002, 8.24937, s. 21 vd.

Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

Bu konuda Alman Medeni Kanunu'na göre evlenen çiftin aile soyadı olarak erkeğin soyadının önünde kadının soyadını kullanmasına İsviçre makamlarının izin vermemesi aile yaşamına saygı bakımından cinsiyet nedeniyle ayrımcılık kabul edilerek ihlal kararı verilmiştir. Davanın sonunda İsviçre'de mevzuat değişikliğine gidilmiştir.⁷¹

Yukarıda verilen Anayasa Mahkemesi kararından sonra sorun İHAM önüne taşınmıştır. Türkiye açısından kadının evlenmeden sonra da kızlık soyadını kullanması iddiası ile açılan dava duruşma aşamasındadır.⁷²

g_ Anayasa Mahkemesi, 4689 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu ile Yüksek Öğretim Personel Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen Ek 18111. maddesinde önceden bulunan “*vakıf üniversiteleri, merkezleri dışındaki illerde yükseköğretim kurumları kurabilirler*” kuralının yer almamasını Anayasanın diğer maddeleri yanında 10. maddesine de aykırı bulmamıştır.⁷³

Dava dilekçesinde vakıf üniversitelerinin daha önce tanınan bir olanaktan yoksun bırakılarak sadece devlet üniversitelerinin buldukları il dışında yükseköğretim kurumu açmalarına izin verilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi verdiği yorumlu red kararında yasadaki engelleyici bir hüküm bulunmadıkça devlet üniversiteleriyle vakıf üniversitelerinin merkezleri dışında yükseköğretim kurumları açma olanağı bulunduğuna karar vermiş,

⁷¹ Burghartz v. İsviçre, 22/2/1994, 16213/90.

⁷² *Güncel Hukuk*, 8.2, Şubat 2004, s. 6.

⁷³ E.2001/380, K.2002/69, K.T.15/7/2002, *RG*, 28 Aralık 2002, 8.24977, s.73 vd.

tersine bir uygulamanın, idari ve mali konular dışında aynı kuralla bağlı tutulan devlet üniversiteleriyle vakıf üniversiteleri arasında Anayasanın öngörmediği bir eşitsizliğe yol açacağı sonucuna ulaşmıştır.

h- Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun 421. maddesinde yer alan "... kadınlara ve genç erkeklere söz atanlar..." hükmündeki "genç" sözcüğünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.⁷⁴

Anayasa Mahkemesi'ne göre, yasalar önünde aynı hukuksal konumda bulunan yaşlı ile gencin, kadın ile erkeğin cinsiyet farkı gözetilmeksizin eşit haklara sahip olması ve yasalar tarafından eşit olarak korunması gerekir ve yasa ile korunan hukuki değer bakımından genç olmayan erkeklerle kadınlar ve erkeklerin de gençleriyle yaşlıları arasında bir fark bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesi ile hukuk devleti bağlantısını da kurarak aynı hukuksal konumda bulunanlar arasında genç-yaşlı, kadın-erkek ayırımına yer vermek eşitlik ilkesine aykırıdır kanaatine varmıştır.

ı- Anayasa Mahkemesi önünde TCK 432. maddesinde yer alan bir insanın zorla kaçırılmasında rızai iade halinde zorla alıkoyan ve rıza ile alıkoyan failin aynı ceza ile müeyyidelenendirilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmektedir. Anayasa Mahkemesi her iki durumun farklı hukuki yararı koruduğundan, eşitlik ilkesi yönünden karşılaştırma yapılamayacağını belirtmiş, ancak hükmü hukuk devletine aykırı bularak iptal etmiştir.⁷⁵

i- Anayasa Mahkemesi, çok eleştirilen bir kararında zorla kaçırmak veya ırza geçmek suçlarının mağdurunun fuşu kendisine meslek edinen kadın olması halinde failin daha az ceza almasını iffetli kadınlardan daha az zarara uğradıklarından hareketle eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.⁷⁶ Bu oldukça

⁷⁴ E.200/39, K.2002/35, KT.20/3/2002, RG, 1 Haziran 2002.8.24772, s.15 vd.

⁷⁵ E.2001/79, K.2002/194, KT.26/11/2002, RG, 12 Nisan 2003, S.25077, s.13 vd.

⁷⁶ E. 1988/4, K. 1989/3, AYMKD, S.25, s.7 vd.

eleştirilen kararın ardından söz konusu Yasa 1990 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. (3679 sayılı yasa m. 28)

j- Anayasa Mahkemesi, semavi olan ve olmayan dinleri tahkir etmeyi farklı müeyyidelere bağlayan TCK hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme eşitlik ilkesini çok doğru bir şekilde laiklik ilkesinin bir dayanağı⁷⁷ olarak görmektedir.

k- Yüksek Mahkeme, nesebi sahih olan çocuk ile olmayan çocuk arasındaki miras payının farklı olmasına ilişkin hükümü eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin kararı İHAM kararları ile benzerlik göstermektedir.

l- Anayasa Mahkemesi avukat olma şartları arasında yer alan hukuk fakültesi mezunu olma niteliğinin, Siyasal Bilgiler Fakültesinden mezun olanlar için bu olanağın olmamasını aynı yasal statüde bulunmadıklarından hareketle eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.⁷⁸

m- Şartlı salıverme yasasına ilişkin olarak birden fazla suç işlenmesi halinde, yasanın yürürlük tarihinden önce cezası kesinleşenlerin toplam hükümlülüklerinden Yasa'nın 2. bendi uyarınca bir kez on yıllık indirim yapılmasına karşın, yargılamaları sürenler bakımından ise her davanın açılması veya kesin hükme bağlanmasının öngörülmesi, aynı hukuksal durumda bulunanlar arasında eşitsizlik yaratacağı için Anayasaya aykırı bulunmuştur.⁷⁹

n- Anayasa Mahkemesi kiracı ve kiralayanın farklı hukuki konuma sahip olduklarını belirterek bunları karşılaştırarak eşitlik ilkesinin zedelendiğini söylemenin mümkün olmadığı kanaatindedir.⁸⁰

⁷⁷ Tanör-N.Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, s.90 vd.

⁷⁸ E.2002/8, K.2003/47, K.T.4.6.2003, AYMKD.39/II, s.585 vd.

⁷⁹ E.2003/84, K.2003/89, K.T. 15.10.2003, AYMKD, 39/11, s.686 vd.

⁸⁰ E.2000/77, K.2000/49, K.T.21.1 1.2000, AYMKD, 38/1, s.200 vd.

İdare Hukuku alanında eşitlik ilkesi kamu hizmeti kavramı ile birlikte zikredilmektedir. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak durumundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi “ayrımcılık yapmama” yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır.⁸¹

Danıştay kararlarında da eşitlik ilkesinin sıkça kullanılan bir kavram olduğu görülmektedir. Danıştay’ın eşitlikle beraber “adalete aykırı olma”, “nasfet” gibi kimi eşdeğer kurallara dayandığı da görülmektedir.⁸² İdarenin güvenlik soruşturması sonucu elde edilen somut olmayan bilgilere dayanarak davacının atamasını yapmaması yolundaki işlemi karşısında Danıştay Beşinci Dairesi,⁸³ davacının temyiz talebini kabul ederken, “subjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfilğe dönüşebileceğini ve ayrıca böyle bir uygulamanın “Anayasada belirtilen kanun önünde eşitlik” ilkesinin ve “kamu hizmetine girme hakkının” ihlali olduğuna karar vermiştir.

Danıştay 8. Dairesi⁸⁴ “Özel okullara öğrenci seçimi” konulu Milli Eğitim Bakanlığı’nın genelgesi ile özel okullara destek sağlanması ve öğrencilere uygun bir eğitim ortamının sağlanması ve Devletin bu desteği öğrenci ücretlerini üstlenme yolu ile yapmasını değerlendirmiştir. İşlemin yürütmesinin durdurulması konusunda karar verir veren Danıştay, kararını “özel eğitim kurumlarına kaynak aktarılması yolundaki işlemlerde gerek hukuka ve gerekse eğitim hizmetinin eşit yürütümü ilkesi yönünden kamu yararına aykırılık bulunduğu” gerekçesine dayandırmıştır. Kararda devlet okulu ve özel okul öğrencileri

⁸¹ A.Ş.Gözübüyük-T.Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. 1, Ankara 1998, s.447.

⁸² Y. Aliefendioğlu, “Eşitlik İlkesi”, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İÜHF, İstanbul, 1999, s.93. Ayrıca Yazarın bu konuda belirttiği Danıştay kararları da dikkate değer.

⁸³ E.2001/5253, K.2003/796

⁸⁴ E.2003/2504

yönünden durumun anayasal eşitlik ile bağdaşmayacağı da ifade edilmektedir.

Uyum Yasaları

Türk hukukunda Avrupa Birliği'ne uyum çalışmaları çerçevesinde yedi reform paketi hazırlanıp kabul edilmiştir. Bu çalışmaların dışında da yine aynı amaçla yapılan mevzuat değişiklikleri söz konusudur...

Türk Ceza Kanunu

Uyum yasaları çerçevesinde TCK'nın 462. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Buna göre zina halinde yakalanma, gayrimeşru cinsi münasebette bulunurken yakalanma halinde koca veya karı veya kızkardeş veya altsoydan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut üstsoydan biri veya erkek veya kızkardeş tarafından öldürme ve müessir fiil fiil suçları işlenmiş olursa cezanın sekizde bir oranında indirilmesi söz konusudur.

Müebbet hapis cezası yerine 4-8 seneye, idam cezası yerine 5-10 seneye kadar hapis cezası verilir. TCK 2001 tasarısında da bu hükme yer verilmiyordu ve uyum yasaları çerçevesinde yürürlükten kaldırıldı. Burada hüküm zina halinde yakalananların ölümü hak ettikleri gibi çağdışı bir anlayışı sergilernesi ve failer arasında ayrımcılık yaptığı için eleştirilmekteydi.⁸⁵

Kızkardeşini zina halinde yakalayıp öldüren erkek kardeş ise cezası azaltılmakta, kızkardeş ise azaltılmamaktaydı.

Yeni doğan çocuğun TCK 453 çerçevesinde "şeref kurtarmak saiki" ile öldürülmesi halinde ceza indiriminden yararlanıyordu. Cezası uyum yasaları ile yükseltildi. 4 yıldan 8 yıla

⁸⁵ N. Centel, "Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım", *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, Hazırlayan B. Dinçkol, İstanbul 2003, s.85

kadar öngörülen ceza, sekiz yıldan 12 yıla kadar şeklinde değiştirilmiştir.⁸⁶ Burada gayrimeşru çocuğu öldürmekle şeref kurtarılacakmış izlenimi yaratılmaktadır. Ayrıca gayrimeşru çocuğun öldürülmesi için indirim varken meşru çocuk için bu söz konusu değildir. Bu durumda gayrimeşru çocuk ölümü özendiriliyormuş izlenimi vardır ve bu durum şimdiki haliyle dahi eşitliğe aykırıdır.

Irza geçme suçunda suç failinin kadın olmayacağı belirtilmiştir. (TCK 414-416)Tasarıda da böyledir.

TCK m.429 mağdur kadınlar arasında şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmaları halinde evli ve bekar olmaları arasında fark öngörülmektedir. Buna göre kadının evli olması ağırlatıcı sebeptir. 2001 TCK tasarısında da korunan bu madde öncelikle korunanın kadının cinsel özgürlüğü olarak algılanmaması, ama ailenin ve kocanın şerefi olarak kabul edilmesi anlayışının ve kadının bekar olması hafifletici sebep olarak algılandığı için eleştirilmektedir.⁸⁷ Bu durumun evli ve bekar kadın açısından eşitlik ilkesine aykırı olduğu da açıktır. Bekar olmanın eşitlik ilkesinin özrünü oluşturacak bir "*haklı neden*" olmaması gerekir.

TCK açısından dile getirilebilecek bir başka husus 58. maddeye göre sağır ve dilsizler için verilecek cezalar ile ilgilidir.

Sağır ve dilsiz olanlar fiili işlediği zaman 15 yaşını bitirmiş olup da yaptığı işin neticesini fark ve temyiz ile hareket ettiği anlaşılıyorsa ceza verilmez.

Ceza sorumluluğunun olmadığı yaş 11 iken sağır dilsizlerde 15 dir. Sağır ve dilsizler için 18 yaşını bitirmesi, 21 yaşını bitirmesi hallerinde de ceza indirimi uygulanmaktadır. Bu

⁸⁶ Tasarı'da 6 yıldan 10 yıla kadar öngörülen ceza artışı, Yasa'ya 8-12 yıl şeklinde daha da artırılarak yansıtılmıştır.

⁸⁷ N. Centel, "Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım", *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, Haz., B. Dinçkol, İstanbul 2003, s. 84.

düzenleme öncelikle sağır dilsiz olanlarla olmayanlar arasında bir eşitsizlik yaratmaktadır. Daha belirgin eşitsizlik diğer engelleri olanlar için bu tür bir ayırımın yapılmaması halinde ortaya çıkmaktadır.

Devlet Güvenlik Mahkemesi Kanunu

DGM ve CMUK yargılamasındaki farklılığı ortadan kaldırmak amacıyla 1. Reform paketinde(madde5) getirilen değişiklikler ile, toplu suçlarda gözaltı süresinin 7 güne kadar uzamasına olanak tanıyan cümle metinden çıkarılmıştır ayrıca 3. ve 4. fıkra değiştirilmiştir.⁸⁸ 2. Uyum paketi ile (madde 7) DGM hakkında kanunun 16. maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.⁸⁹ Ardından 4. fıkra 4. Uyum yasası ile tamamen kaldırılmıştır.⁹⁰ Çok önemli bir yenilik 3842 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un Bazı maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 31/1. Maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.⁹¹ Türk mevzuatında yapılan değişiklikler gözaltı süreleri ve koşulları açısından CMUK-DGM farkını ortadan kaldırmıştır.⁹² Nihayet yapılan Anayasa değişikliği ile DGM'ler kaldırılmıştır.⁹³

⁸⁸ 1. Uyum paketi, Kanun no: 4744 madde 5, Kabul tarihi, 6.2.2002. Üçüncü ve dördüncü fıkralar şu şekilde değiştirilmiştir: "Anayasa'nın 120. maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan veya tutuklanan kişiler hakkında ikinci fıkrada dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet Savcısının talebi ve hakim kararıyla 7 güne kadar uzatılabilir. Hakim karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler. Tutuklu bulunan sanık, müdafii ile her zaman görüşebilir. Cumhuriyet Savcısı tarafından gözaltı süresini uzatılmasına yazılı olarak emir verilmesinden sonra gözaltında bulunan kişi hakkında da aynı hüküm uygulanır."

⁸⁹ 4748 Sayılı Yasa, madde 7, Kabul tarihi, 26/3/2002.

⁹⁰ 4778 sayılı Yasa, Kabul tarihi, 2.1.2003, madde 37.

⁹¹ 6. Uyum Paketi olarak bilinen Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, madde 19, KT.15/7/2003, RG, 19.7.2003, S.25L73.

⁹² Olağan ve olağanüstü hallerde de iç hukuk sözleşme hukuku ile uyumlu hale getirilmiştir. Bkz., O. Doğru, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği", *Anayasa ve Uyum Yasaları*, Ankara 2002, s. 215.

⁹³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No:5170.

Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun

Polis vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinde yer alan dinlenme ve eğlence yerlerinde çalışacak kadın ve erkekler arasındaki ayırım ortadan kaldırılmıştır. Buna göre artık kadınların bu tür yerlerde çalışabilmeleri için "o yerin en büyük mülki amirinin izni şartı"na ihtiyaç yoktur.⁹⁴

Özel Radyo ve Televizyonların Yayını Hakkında Kanun

Üçüncü reform paketinde Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesi "Türk vatandaşlarının günlük hayatlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin yayını"nu serbest bırakmak amacıyla değiştirilmiştir.⁹⁵ Ardından RTÜK tarafından "Radyo ve Televizyon Yayınlarının Dili Hakkında Yönetmelik" çıkarılmıştır.⁹⁶ Yönetmeliğin 5. maddesinin 2., 4. ve 5. fıkraları, 6. maddesi ve 7. maddesinin 2. fıkrası hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir.⁹⁷ Yönetmeliğin dayanağını teşkil eden 3984 sayılı yasanın 4. maddesi de Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında

⁹⁴ 3. Uyum paketi, 4771 sayılı kanun, Kabul tarihi, 3.8.2002, RG, 9 Ağustos 2002, S. 24841, s.1 vd.

⁹⁵ Söz konusu 4771 sayılı kanunun ilgili maddesi Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 4771 sayılı yasanın radyo ve televizyonların kuruluş ve yayınları hakkında kanunla ilgili 8/ A maddesinin ve farklı Dil ve Lehçelerin Öğrenilmesi hakkında Kanuna ilişkin 11. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. E. 2002/146, K. 2002/201, K.G. 27.12.2002, AYMKD, 39/1, s. 295 vd.

⁹⁶ RG, 18 Aralık 2002, S.24967. Yönetmelik yayınların Türkçe olması esasının altını çizmiş, Türk vatandaşlarının kullandıkları geleneksel Dil ve Lehçelerde yayın yapılabileceğini ve bunların esaslarını saptamıştır. Buna göre yayının TRT tarafından yapılacağı öngörülmektedir. Yayınların haber, müzik ve kültürel alanla ilgili olması gerekmektedir. (m.5) TRT ve RTÜK arasında yapılan bir protokolle üst kurulun katkıları ve TRT nin olanakları ölçüsünde yayın yapılması öngörülmektedir. Yayın süresi günde radyolarda 45 dakikayı ve haftada toplam 4 saati; televizyon yayınları ise, günde otuz dakikayı ve haftada toplam 2 saati aşamaz hükmü getirilmiştir. Televizyonda yayınlar Türkçe altyazı ile, radyoda ise Türkçe tercümesi ile verilmek durumundadır. Yayınların bu dil ve lehçelerin öğretilmesine yönelik olamayacağı da ilave edilmektedir. Yönetmeliğin Yasaya ve Anayasa'ya aykırılığı konusunda bkz., F. H. Erdem, "Radyo ve Televizyon Yayınlarının Dili Hakkındaki Yönetmelik'in Anayasa ve Yasaya Aykırılık Sorunu", *DÜHFD*, Yıl, 2003, S.7., s.35. vd.

⁹⁷ Danıştay 10. Dairesi, 2003/564, 26.6.2003.

kullandıkları farklı dil ve lehçelerdeki yayının “*kamu ve özel radyo ve televizyonları*” için söz konusu olacağı şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik üzerine yönetmelik RTÜK tarafından yeniden düzenlenmiş ve Başbakanlığa gönderilmiş⁹⁸ ardından *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.⁹⁹ Yeni Yönetmelikte öncelikle yönetmeliğin adı değiştirilmiştir.¹⁰⁰ Kamu radyo ve televizyonları yanında özel yayıncılara da geleneksel olarak kullanılan farklı dil ve lehçelerde yayın olanağı getirmiştir. Ayrıca, günlük ve haftalık yayın saatleri artırılmış ve radyolar için günlük en fazla yayın 45 dakikadan 60 dakikaya haftalık en fazla yayın saati ise, 4 saatten 5 saate çıkarılmıştır. Televizyonlar için ise, günlük en fazla yayın 30 dakikadan 45 dakikaya, haftalık en fazla yayın ise, 2 saatten 4 saate yükseltilmiştir. Yükümlülükler kısmında daha önce yer alan program sunucu ve spikerlerinin çağdaş kıyafetler içinde bulunması hükmü yeni düzenlernede yer almamaktadır. Kamu hizmeti yayıncılığı anlayışı devam etmektedir. Yayın tipi haber, müzik ve geleneksel kültürün tanıtımı olarak ve bu dillerin öğretilmesine ilişkin yayın yapılamayacağı hükümleri ilk yönetmelikte olduğu gibi korunmuştur.

Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen Azınlık hakları Çerçeve Sözleşmesi ve Yerel ve Bölgesel Diller Şartı da resmi dilin zorunluluğunu dışlayan metinler değildir. 4963 sayılı yasa ile (madde 23) Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerin Öğrenilmesi için özel kurslar açılabileceği

⁹⁸ RTÜK Başkanının yaptığı açıklamaya göre, Devlet İstatistik Enstitüsü ile işbirliği içinde belli bölgelerdeki geleneksel dil ve lehçeleri kullanan vatandaşların hangi dil ve lehçeleri ne sıklıkta kullandığının belirleneceği ve yapılan bu çalışmalar sonucunda kaç dil ve lehçede yayın yapılacağı saptanacağı bu yayınların radyolarda günde bir saati aşmamak üzere beş gün, televizyonlarda ise, günde 45 dakikayı aşmamak üzere toplam 4 saatlik haber, kültür ve müzik yayını olacağı belirtilmiştir. i 8. 11.2003, <http://www.rtuk.org.tr>

⁹⁹ RG, 25 Ocak 2004, 8.25357

¹⁰⁰ “Radyo ve Televizyon Yayınlarının Dili Hakkında Yönetmelik”ten, “Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmelik”e geçilmiştir.

belirtilmiştir. Özel öğretim kurumları kanununa göre açılacak özel kurslarda geleneksel olarak kullanılan dil ve lehçelerin öğretilmesi için, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından “*Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerin Öğrenilmesi Hakkında Yönetmelik*” kabul edilmiş ve uygulamaya geçirmiştir.¹⁰¹ Bu oldukça önemli bir gelişmedir. Bu konuda İHAM’ın Belçika dil davasında, anadilleri Flamenkçe olan öğrenciler bir okul veya programa katılabilirlerken, Fransızca konuşanların dışlanması dile dayalı ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar verilmiştir.¹⁰²

Dernekler Kanunu

Dernekler Kanunu’nda 2. ve 4. Uyum paketleri ile yapılan değişiklikler önemlidir.¹⁰³ Öncelikle derneklerin amaçları-

¹⁰¹ RG, 20EylÜ1.2002, S.24882

¹⁰² Davada Mahkeme, Protokol 1. m. 2/1. cümledeki “anne-babanın dinsel ve felsefi kanaatlerine uygun eğitim isteme haklarının kapsamının anne-babanın dil tercihlerini kapsamadığı sonucuna varmıştır. Dinsel ve felsefi terimlerinin dil tercihlerini kapsayacak biçimde genişletilmesini terimlerin olağan anlamlarını zorlamak olarak gören Mahkeme, ayrıca maddenin hazırlık çalışmalarında da sözkonusu hükmün amacının anne-babaların o ülkenin dilinden başka bir dille eğitim verilmesini haklarına taraf devletlerce saygı gösterilmesi demek olmadığı, 1951’de Protokol taslağını hazırlayan Uzmanlar Komitesi’nin de sözkonusu sorunun etnik azınlıklar sorunuyla ilgili olduğu ve Sözleşmenin kapsamı dışında kaldığını belirttiğini vurgulamıştır. Ancak Mahkeme’ye göre, Özel statülü altı bölgede ikamet etmeyen ve anadili Fransızca olan öğrencilerin Fransızca sınıflarına alınmalarını engelleyen mevzuatın Sözleşme karşısındaki durumu incelendiğinde, özel statülü bölgelerde ikamet etmeyen ve anadili Felemenkçe olan çocukların Felemenk sınıflarına kabul edilirken, anadili Fransızca olan çocukların Fransızca sınıflarına kabul edilmemesi dil açısından farklı bir muamele oluşturmaktadır. Sonuçta anadilleri Flamenkçe olanlar bir okul veya programa katılabilirlerken, Fransızca konuşanların dışlanması, dile dayalı ayrımcılık yasağını ihlal etmektedir. Bu sebeple Mahkeme, 14. madde ve 1. Protokolün 2. maddesi açısından okullara ayrımcılık yapılmadan girme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁰³ Dernekler Kanunu’nun 5. maddesinde “ırk, din, mezhep, kültür veya dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri sürmek veya Türk dilinden veya kültüründen ayrı dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak suretiyle azınlık yaratmak” amacıyla demek kurulamayacağı belirtilmişti. 2. Uyum paketi ile Dernekler Kanunu’nun 5/6. maddesi değiştirilmiş ve “Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde ırk, din, mezhep, kültür veya dil farklılığı veya bunlara dayanarak

na ilişkin sınırlamalar getiren 5. madde önemli değişikliklere uğramıştır. Öncelikle ayrımcılık sayılan hususlar azaltılmıştır. Kültür ve dile dayalı ayrımcılık yasağı kaldırılıp “*bölge farklılığına dayanarak azınlık yaratmak*” ifadesi eklenmiştir. Derneklerin amaçları açısından sayılan esaslar konusunda azınlıklar bulunduğunu ileri sürme yasağı ve ayrıca Türk dil ve kültüründen ayrı dil ve kültürleri geliştirmek ve yaymak suretiyle azınlık yaratmak ibaresi kaldırılmıştır. Sadece ırk, din, mezhep ve bölge farklılığına dayanarak azınlık yaratmak ve üniter devlet yapısını bozmak amacıyla demek kurulamayacağı belirtilmiştir. Dernekler Kanunu'nun 5. maddesindeki bu değişiklik oldukça önemli ve olumlu bir gelişmedir.

Dernekler Kanunu'nun 6/4. bendinde yapılan değişikliklerle önce 2. Uyum paketi ile derneklerin resmi işlemlerinde Türkçe kullanacakları belirtilmiş, 4. Uyum paketi ile, Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanılacağı belirtilmiştir. Bu durumda dernekler resmi kurumlar dışındaki yazışmalarında Türkçe dışında diller kullanabileceklerdir.

Vakıflar Kanunu

3. Uyum Paketi ile, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesi değiştirilerek Cemaat vakıflarının Bakanlar Kurulunun izniyle belirtilen ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilmeleri ve taşınmazları üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri belirtilmiştir.¹⁰⁴

Buradaki Bakanlar Kurulu izni 4. Reform Paketi ile de-

azınlık yaratmak ya da herhangi bir bölgenin veya ırkın veya sınıfın veya belli bir din veya mezhepten olanların diğerlerine hakim veya diğerlerinden imtiyazlı olmasını sağlamak” amacıyla demek kurulamayacağı belirtilmiştir. IV. uyum paketi ile bu kez tüm 5. Madde değiştirilerek “... *Türkiye Cumhuriyeti'nde ırk, din, mezhep, bölge farklılığı veya bunlara dayanarak azınlık yaratmak amacıyla ...*” demek kurulamayacağı hükmü getirilmiştir.

¹⁰⁴ 4771 sayılı Yasa. RG, 9 Ağustos 2002, S.24841, madde 4. Anayasa Mahkemesi 4771 sayılı Yasa'nın vakıflarla ilgili 4/A maddesinin de Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. E. 2002/146, K. 2002/201, K.G. 27.12.2002, AYMKD, 39/1, s. 295 vd.

ğiştirilerek Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün iznine bırakılmıştır.¹⁰⁵

4771 sayılı Yasa ile ilgili olarak yapılan gelişme olumlu bir adım olarak nitelendirilmekte ancak, düzenleme ile cemaat vakfı hak ehliyetinin mevcut hukuk sistemiyle ve özellikle de Lozan ile bağdaşmaz biçimde sınırlandırıldığı; gayri menkul edinmenin izne tabi olmasının Türk ve Müslüman vakıflarında böyle bir durum yok iken izne tabi olması ayrımcı olarak nitelendirilmekte ve getirilen "ihtiyaç ölçütü"nün keyfi uygulamalara yol açabileceği, nihayet daha önce uğranmış zararların tazmini konusunda bir hükmün olmadığı noktalarında eleştirilmektedir.¹⁰⁶

4778 sayılı Yasa'nın uygulanması için gerekli yönetmelik de çıkarılmıştır.¹⁰⁷

Bu arada Türkiye'ye karşı açılan bir kararı da belirtmekte yarar vardır. Fransız Papazları Enstitüsü ve Diğerleri Davası'nda¹⁰⁸ Türk mahkemelerinin kararı ile Fransız Papazları Enstitüsü'nün taşınmaz, gayrimenkulden ticari amaçla yararlandıkları için Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tescil edilmiştir. Ticari faaliyette bulunan enstitü dini kuruluşların yararlandığı özel muamele olanağını yitirmiş ve bunun sonucunda din ve vicdan özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle dava açmışlardır. Dostane çözümle sonuçlanan davada Vakıflar Genel Müdürlüğü Enstitü Rahipleri adına intifa hakkı tesis edecek, ve bu hak gayrimenkulden kirala-

¹⁰⁵ 4778 sayılı Kanun, Kabul Tarihi 2/112003, RG.11112003, S.24990, madde 3. Türkiye'de Azınlık Vakıflarının tarihi açıdan değerlendirilmesi için bkz., N. Öztürk, *Azınlık Vakıfları*, Altinküre yayınları, Ankara, 2003.

¹⁰⁶ D. Bakar, "Uygulamadan Ayrımcılık Örnekleri ve Azınlık Vakıflarının Sorunları", Ulusal, Uluslararası ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları (Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Lozan Antlaşması), Yayına Hazırlayan İ. Ö. Kaboğlu. İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 2, İstanbul 2002, s.274-275.

¹⁰⁷ Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları ve Tasarrufları Altındaki Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmeleri Hakkında Yönetmelik", RG, 24.1.2003, S.25003.

¹⁰⁸ 14/12/2000,26308/95

ma dahil tam olarak yararlanmayı içerecektir. Elde edilen bu gelirden makul bir miktarı hazine ve Gelirler Genel Müdürlüğü'ne ödenecek ve onlarda tapuya şerh verilmesi ve şimdiki hak sahiplerinin yerine geçecek olanlar adına da ileride şerh işlemi yapılması kabul etmişlerdir. Ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğü Enstitü'den son beş yıl için elde ettiği kira geliri olarak talep ettiği miktardan vazgeçmiştir.

Nüfus Kanunu-Soyadı Kanunu

Nüfus Kanunu'nun¹⁰⁹ 16. maddesi, ve sayılı Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nin¹¹⁰ 77. maddesi, ana-baba tarafından çocuğa konacak adın "*milli kültüre, ahlak kurallarına, örf ve adetlere uygun olması ve kamu oyunu inciten adlar olmaması*" esasını öngörmektedir.

Soyadı Kanunu'nun 3. maddesi "*rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edeplere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadlarının kullanılacağı*"nı belirtmektedir.¹¹¹ Soyadı Tüzüğü'nün 112 5-7 ve 10. maddelerinde, "*Yeni takılan soyadları Türk dilinden alınır; Yabancı ırk ve millet isimleri soyadı olarak kullanılamaz; umumi edebe uygun olmayan veya gülünç veya iğrenç olan veya hakaret anlatan soyadlarının kullanılmayacağı ve yeniden takılamayacağı*" hükümleri yer almaktadır.

Burada sorun her iki yasanın yarattığı muğlaklıktan hareketle Soyadı tüzüğünden büyük ölçüde kaynaklanmaktadır. Ayrıca Nüfus Kanunu'ndaki "*milli kültüre uygun*" ad kavramından yabancı ad koyma yasağı çıkarılmaktadır. Burada "*yabancı*"dan ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. Bu konudaki Yargıtay kararları mevzuattaki ve uygulamadaki sorunları aşma eğilimindedir.¹¹³

¹⁰⁹ 1587 sayılı Nüfus Kanunu, 5/5/1972 tarihli. RG, 16/5/1972, S.14189.

¹¹⁰ 8. 3. 1977 tarihli ve 7/13269 sayılı.

¹¹¹ 2525 sayılı Kanun, RG, 2 Temmuz 1934, S.2741.

¹¹² 24.12.1934 tarih ve 2/1759 sayılı.

¹¹³ Farsça kökenli olduğu bildirilen, ancak Kürtler tarafından yoğun olarak kullanılan ve "Müjde" anlamına gelen "Mizgin", isminin Bitlis'e bağlı Güroymak

“Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Berrin olan adının “Berfin” olarak değiştirilmesini talebinin reddi nedeniyle açılan davada Türk Dil Kurumu Yayın Kurulu Başkanı tarafından İçişleri Bakanlığı’na hitaben kaleme alınmış bir yazıda yer alan sözkonusu ismin yabancı kökenli olduğuna ilişkin metne dayanılarak karar verilmesini doğru bulmamış ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.”

Yargıtay’ın, sırf yabancı kökenli olduğu için bir adın konulmasının reddini hukuka uygun bulmadığı görülmektedir. Bu paraleldeki yasal değişiklik 6. Uyum paketi ile gerçekleştirilerek *“milli kültürümüze ve örf ve adetlerimize uygun ad”* belirlemesi yasadan çıkarılmış ve sadece *“ahlak kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulamayacağı”* belirtilmiştir. (m.5)¹⁴ Ancak Soyadı Kanunu ve Tüzüğü’ndeki düzenlemeler halen korunmaktadır.

Dil konusunda son zamanlarda tartışılan konulardan biri de Kürtçedeki q, w ve x harfleriyle ilgilidir. Resmi makamlara

kasabasında isim değişikliği çerçevesinde alınması için açılan dava Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından ret ile sonuçlanmış, dava Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’ne gelmiştir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin kararını *“kişinin toplum içinde bilinip tanındığı adını kayden de taşıması doğal hakkıdır”* diyerek bozmuş, ancak yerel mahkeme kararında direnince Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14’e karşı 30 oyla Mahkeme’nin yasak yönündeki kararını bozmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararda şu gerekçeyi kullanmıştır:” Ad üzerindeki bu hak Anayasa’ımızda güvence altına alınmış bulunan temel hak ve özgürlükler kapsamında olup, her Türk yurttaşının milli kültür ve çağdaş hukuk düzeni içinde eşit olarak yararlandırılması ilkesine dayandırılmıştır”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nca ayrıca, Nüfus Yasası’nın 16/4. maddesinin Türk dilini yabancı kökenli sözcüklerden arındırmak amacıyla değil, milli kültüre, ahlak kurallarına, örf ve adetlere uymayan adların onu manası için getirildiği hatırlatılmıştır.

Bir başka davada davacı “Songül” olan isminin “Rojda” olarak düzeltilmesini istemiş, fakat Mahkeme davayı reddetmiştir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi önüne gelen davada Mahkeme, dosyada Türk Dil Kurumu Başkan vekilinin imzası ile Rojda isminin Türkçe olmadığı, milli kültürümüze, örf ve adetlerimize ve ad verme geleneğine uygun olmadığı yönünde bir rapor bulunduğunu, ancak ne suretle milli kültürümüze bu ismin aykırı olduğu yolunda bir açıklama olmadığını Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Berrin olan adının “Berfin”olarak değiştirilmesini talebinin reddi nedeniyle açılan davada Türk Dil Kurumu Yayın Kurulu Başkanı tarafından İçişleri Bakanlığı’na hitaben kaleme alınmış bir yazıda yer alan sözkonusu ismin yabancı kökenli olduğuna ilişkin metne dayanılarak karar verilmesini doğru bulmamış ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

sunulan dilekçelerin Türk alfabesinde bulunmayan harfler yüzünden reddi¹¹⁵ veya bu harflerle yazılan isimlerin kaydının reddi gibi sorunlar yaşanmakta ve konu yargı makamlarına taşınmış bulunmaktadır.¹¹⁶ Bu konuda Hakkari Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, davacı isminin değiştirilmesi ve kendi alfabesindeki harflerle yazılması konusunda talepte bulunmuştur. Mahkeme'nin telaffuza en yakın şekilde Türk alfabesi ile yazılması teklifi davacı tarafından reddedilmiştir. Sonuçta Mahkeme İHAM kararlarını da kullanarak davacının talebini reddetmiştir.¹¹⁷

Uluslararası hukuk açısından soruna bakıldığında doğrudan konu ile ilişkilendirilebilecek belge "*Ulusal azınlıkların Dilsel Hakları Hakkında Oslo Bildirisi*"nin isimlerle ilgili kısmının 1. paragrafı işaretlenebilir. Buna göre, ulusal azınlığa mensup bireyler isimlerini kendi geleneksel ve dilbilimsel sistemlerine göre kendi dillerinde kullanabilmelidirler ve bu durum resmi olarak tanınmalıdır.

Paragrafın açıklamasında¹¹⁸ bireyin dil ve kimlik hakkı ile yakın ilişkilendirilen isim hakkı konusunda kamu otoritelerinin resmi dil veya dillerin alfabesi kullanılarak

¹¹⁴ İçişleri Bakanlığı'nın Türkçe dışındaki isimlere "w, x, q" gibi Türk alfabesinde olmayan harflerin konulamayacağına ilişkin genelgesi karşısında farklı şehirlerde bazı gruplar Asliye Hukuk Mahkemelerinde dava açmışlardır. Ailesinin "Welad Amedi" adını kendisine vermek istediğini, ancak bu adın nüfusa "Mehmet Metin" olarak kaydedildiğini belirten Dehap İl Başkanı dava açacağını belirtmiştir. *Radikal*, 28.10.2003, s.7

¹¹⁵ Van Kültür Merkezi'nin 22 Ekim'de gerçekleştireceği konser için 'Koma Rewşen' grubunun adı 'w' ile yazıldığı için valilikçe dilekçe işleme konulmamıştır. Aktaran T.T.Soykan, "Alfabe Sabit, İsimler Özgür", *Radikal*, 11.11.2003, s.9.

¹¹⁶ "X,W,Q Mahkemelik Oldu", *Radikal*, 28 Ekim 2003, s.7 Haberde DEHAP tarafından Ankara, İstanbul, Diyarbakır, Şanlıurfa, Mersin, Adana, Siirt ve Van' da partililerin isim değiştirme davası açmaya başladıkları belirtilmektedir.

¹¹⁷ Aktaran, S. Tahmazoğlu Üzeltürk, "Özel yaşamın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Türkiye'nin Sorunları ve Gelişmeler", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türkiye, Uluslararası İnsan Hakları Kurultayı, 16-19 Mayıs, İstanbul da sunulan tebliğ.

¹¹⁸ Explanatory Note to The Oslo Recommendations Regarding The Linguistic Rights of National Minorities, <http://www.osce.org/hcnmldocuments/recommendations/oslo>.

ulusal azınlığa mensup bireylerin isimlerinin kendi fonetik formunda kayıt edilmesi gereği örnek olarak verilmektedir. Bu durumda uluslararası belgelerde ulusal azınlıkların kendi alfabelerindeki harflerle adlarını kayıt ettirme haklarının var olduğunu söylemek zordur. Bu çerçevede yapılması gereken öncelikle azınlık dilindeki isimlerin kaydedilmesidir. Bu işlem yapılırken resmi dilde yer almayan seslerin varlığı halinde azınlık dili alfabetinin kullanılması değil, azınlık dilindeki telaffuza en yakın resmi dil alfabetindeki harflerin seçilmesi gerekecektir.

Ayrıca, il idaresi Kanunu,¹¹⁹ "... Türkçe olmayan ... köyadları, ilgili İl Daimi Encümeni'nin mütalaası alındıktan sonra en kısa zamanda Dahiliye Vekaletince değiştirilir" hükmünü öngörmektedir (değişik md. 2, D/2). "Ad"ın kişilik haklarından olduğu ve devletin buna ancak belli sebeplerle müdahale olanağı olduğu açıktır.¹²⁰ Yer adları için ise "kültür soykırımı"¹²¹ tanımlaması haksız değildir. İl idaresi kanununda yer bulan bu yaklaşımın değiştirilmesi gerekmektedir.

Medeni Kanun

Ayrımcılığın kadın erkek eşitliği ve özellikle de evlilik birliğinde eşlerin eşitliğinin sağlanması çerçevesinde Medeni Kanun'da yapılan değişiklikler önemlidir.¹²² Bu çerçevede aile reisinin erkek olduğuna dair hüküm kaldırılmış ve birliği eşlerin beraber yöneteceği ifade edilmiştir (m.186). Kadının eşinden çalışmak için izin alma şartı kaldırılmış ve eşlerden her birinin meslek veya iş seçiminde diğersinin iznini almak zorunda olmadığı belirtilmiştir (m.192). Eşlerin konutu birlikte seçecekleri yasa değişikliğinin söz konusu olduğu önemli konulardan biridir.(m. 186). Kadının evlenmekle kocanın soya-

¹¹⁹ 10.6. 1949 tarih ve 5442 sayılı sayılı Yasa ile değişik.

¹²⁰ B. Tanör, *Türkiye'nin Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD Raporu, İstanbul, 1997. Ö. Kaboğlu, *Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü*, İstanbul, 1998, s.85.

¹²¹ B. Tanör, *Türkiye'nin Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD Raporu, İstanbul, 1997

¹²² Türk Medeni Kanunu, 4721 sayılı Kanun, kabul tarihi, 22.1 1.2001, RG, 1.12.2001

dını alacağı hükmü korunmuş, ancak; evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocanın soyadının önünde önceki soyadını kullanabileceği belirtilmiştir. Burada eşlerin soyadına birlikte karar verme olanağının getirilmesi en doğru seçenek olacaktır. Medeni Kanun değişikliklerinde en çok tartışılan konu evliliklerdeki mal rejimine ilişkindir. Özellikle de yeni mal rejiminin yürürlüğe girmesi ile ilişkilidir.¹²³ Yeni haliyle Medeni Kanun'da eşler tarafından diğer mal rejimleri seçilmediği takdirde mal ayrılığı rejimi esas alınmaktaydı. Bu rejimin çalışan ve evde çalışan kadınların emeğinin sömürülmesi ile sonuçlandığı bilinen bir gerçektir.¹²⁴ Yeni Kanun ile "*edinilmiş Mallara katılma Rejimi*" kabul edilmiştir.¹²⁵ Yürürlük yasası ile 1.1.2002 tarihinden önceki evliliklerin bu mal rejiminden yararlanması bir yıl içinde sözleşme yapmalarına bağlıdır. Sözleşme yapmayan eşler için mal ayrılığı rejimi geçerlidir.

İş Kanunu

iş Kanununun¹²⁶ 5. maddesi "*Eşit Davranma ilkesi*"ni getirmiştir. Buna göre, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılmayacaktır. Yasa hükmü çalışma süre esasına göre de işçiye farklı işlem yapılamayacağını belirtmektedir. Ayrıca, iş sözleşmesinin yapılmasını, şartlarının oluşturulmasına, uygulanmasına ve sona ermesine ilişkin olarak cinsiyet ve gebelik nedeniyle farklı işlem yapma yasağı da getirmektedir. Bunun istisnası biyolojik ve işin niteliğine ilişkin zorunlu sebeplerdir. Ücrette de cinsiyete dayalı farklılık yapılamayacağı ve bu nedenle özel koruyucu hükümlerin uygulanması halinde de cinsler arasında farklı ücret uygulama

¹²³ Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girmesi Hakkında Kanun, 4722 Sayılı kanun, kabul tarihi, 3.12.2001, RG, 8.12.2001

¹²⁴ Bu konuda bkz., A. M. Kılıçoğlu, "Medeni Kanun Tasarısı Mal Rejimleri Bilgi Notu", <http://www.kssgm.gov.tr/hukuk1.html>. Ankara, 16.4.2001.

¹²⁵ Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin evlilik süresince edindiği mallara katılma söz konusudur. Bu mallar kuralolarak evlilik süresince emek karşılığında edinilen mallardır. Evlilik süresince mallar üzerinde tasarrufta bulunabilir.

¹²⁶ Kanun numarası 4857, RG, 10.6.2003, S.25134

yasağı vardır. Ayrıca yasa hükmüne aykırı hareket halinde yaptırım öngörülmektedir.

İş Kanunu 5. madde gerekçesine göre,¹²⁷ madde dayanağını Anayasa'nın 10. maddesinde bulmakta ve ayrıca çalışma şartları yönünden cinsler arası ayrımcılık yapılmaması çok eskiye giden bir geleneğimiz olarak nitelendirilmektedir. Bu geleneğin hukuki çerçevesi için Türkiye'nin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün "Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşmesi"ni onaylamış olduğu ve bu hususta 1475 sayılı İş Kanunu'na düzenleme getirmiş olduğu halde, daha sonra onayladığı Birleşmiş Milletlerin "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ne uyum Kanunu'nu henüz çıkarmadığı belirtilmekte ve yeni düzenlemenin sözleşmeye uyum sağladığı belirtilmektedir. Diğer yandan Avrupa Birliği ülkelerinde görülen kadın ve erkek arasında doğrudan ve dolaylı ayırım için iç hukuklarına yansıyan Birlik Adalet Divanı'nın çok sayıda kararları yanında, birincil kaynaklardaki düzenlemelerin gereği olarak tüzük ve yönergelerin (75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378 sayılı Yönergeler gibi) de yürürlüğe konulduğu belirtilmiştir.

Türkiye'nin Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Program'da kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiğinin belirtildiği gerekçede bu hususta gerekli hükümlerin İş Kanunu'na alınmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, ülkemizde esnek istihdam türleri için belirli iş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemeler getirilirken Avrupa Birliği çalışma müktesebatı da dikkate alınmış, bunlardan biri olarak maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranılması kuralına da yer verildiği vurgulanmaktadır.

¹²⁷ İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyon Raporu, Dönem, 22; Yasama Yılı, 1, TBMM, S Sayısı, 73.

Eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayırımı yasağına aykırı davranmanın hukuki yaptırımının da yer aldığı maddeye, Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm eklendiği belirtilmektedir.

İHAS Sisteminde Eşitlik Prensibi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1. Maddesi bütün insanların özgür; haklar ve onurda eşit doğduklarını belirtmektedir. Ayrıca Beyanname 7. maddesinde de herkesin yasa önünde eşit olduğunu, ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı olduğunu ve herkesin Beyanname'ye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayrımcılık kısırcılığına karşı eşit korunma hakkına sahip olduğunu ilave etmektedir. Sivil ve Siyasi Haklar uluslar arası Sözleşmesi'nin 26. maddesinde, Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında Sözleşme (BM) 2 ve 5. maddelerinde,¹²⁸ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesinde de ayrımcılık yasağı yer almaktadır. Buradan hareketle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının uluslararası insan hakları hukukunun temel bir kavramı olduğunu söylemek mümkündür.

İHAS madde 14 ayrımcılı yasağını düzenlemektedir. Ancak bununla beraber Ek 7 nolu protokol ve 12 Nolu protokol de Sözleşme kapsamında eşitlik ilkesine ilişkin belgeler olarak yer almaktadır.

Ek 7 Nolu protokolün¹²⁹ 5. Maddesi evlilik çerçevesinde eşitlik ilkesini düzenlemektedir:

“Eşler evlilikleri bakımından, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda kendi aralarında ve çocukları ile olan ilişkilerinin-

¹²⁸ Birleşmiş Milletler Örgütü 1981 yılında Sözleşme'yi yürürlüğe koymuş, Türkiye ise 24 7.1985 de onaylayarak yürürlüğe koymuştur.

¹²⁹ 7 nolu Protokol 1 Kasım 1988 de yürürlüğe girmiştir. Türkiye 14.3.1985 tarihinde protokolü imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır. Türkiye gibi imzalayıp onaylamayan devletler: Almanya, Hollanda, Portekiz, Sırbistan,İspanya. Hiç imzalamayan devletler ise;İngiltere Lichtenstein ve Belçika'dır.

de medeni nitelikteki haklar ve sorumluluklar yönünden eşittirler: Bu madde devletlerin çocuklar yararına gerekli tedbirleri almalarını engellemez.”

İsviçre, Fransa ve Lüksemburg 7. Protokol'ün 5. maddesi çerçevesinde çekince ileri sürmüşlerdir. Bu çekinceler büyük ölçüde medeni kanunlarındaki aile isminin alınmasına ilişkindir. 5. Maddenin açıklayıcı raporuna göre, eşler kişilikleri, mülkiyetleri ve çocuklarıyla ilişkileri bakımından eşittirler. Bu haklar ve sorumlulukların özel hukuk karakteri olduğu ve idare hukuku, mali hukuk, ceza hukuku, sosyal, din ve iş hukukları alanını kapsamadığı belirtilmektedir.

Ek 12 Nolu Protokol ise, Ayrımcılığın yasaklanmasını sağlamayı amaçlamaktadır.¹³⁰ Bu protokolle Sözleşme içinde bağımsız bir karakter taşımayan ayrımcılık yasağı bağımsız olarak kabul edilmektedir.

Ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin 12. Protokol'ün başlangıcı üç esasa gönderme yapmaktadır. İlki yasa önünde eşitlik ve yasanın eşit korumasıdır. Bu prensibin insan haklarının korunmasının esas şartı olduğu da vurgulanmaktadır. İkinci esas eşit durumlara eşit, farklı durumlara ise farklı davranma gereğidir. Eğer “objektif ve haklı bir sebep” olmadan söz konusu ilke ihlal ediliyorsa ayrımcılık var demektir. Nihayet son esas tam ve etkili olarak eşitliğin yerine getirilmesi için tedbirler alınması gereğidir.

12. Protokol'ün 1. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin olarak açıklayıcı rapor, protokoldeki ayrımcılığın 14. madde anlamında anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca bu konudaki içtihatlar da dikkate alınmalıdır. Abdula-ziz, Cabales and Balkandali Birleşik Krallık'a karşı davasında eğer objektif ve haklı bir sebep yoksa, veya meşru bir amaca

¹³⁰ 4.11.2000 de Roma' da imzaya açılan Protokol 10 onay (onuncu onayın beyanından üç ay soma gelen ayın ilk günü) ile yürürlüğe girecektir. Şimdiye kadar 5 ülke imzalayıp onaylamıştır. Türkiye 18.4.2001 tarihinde Protokolü imzalamış, fakat henüz onaylamamıştır. imzalayıp onaylayan devletler, Bosna-Hersek, Hırvatistan, Güney Kıbrıs, Gürcistan ve San Marino' dur.

hizmet etmiyorsa ya da kullanılan araçla izlenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa farklı davranmak ayrımcılıktır. Ancak her farklı davranış eşitlik ilkesinin ihlali değildir. Babanın babalık davası açmasını süreye bağlayan, ancak annenin babalık davası için süre öngörmeyen Danimarka yasasının ayrımcılık yasasını ihlal ettiğinin iddia edildiği davada¹³¹ Mahkeme farklı muamelenin objektif ve makul sebepleri olmasından hareketle ihlal olmadığına karar vermiştir. Vergi hukukuna ilişkin davalarda taraf devletlerin takdir alanı daha geniştir.

İHAS'ın 14. maddesine göre, *“Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, özellikle cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiç bir ayırım yapılmadan sağlanır”*.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ayırım gözetmeme şeklindeki 14. Madde hükmünü yararlı etki ilkesi ile birlikte yorumlayarak devletin ayırım yapmama şeklindeki olumsuz yükümlülüğünü sözleşme ve protokollerinde yer alan her bir haktan yararlanmada eşit muamele sağlama olumlu yükümlülüğüne dönüştürmekte ve açıkça güvence altına alınmayan haklara da ilkeyi yayarak hükmün alanını genişletmektedir.¹³²

İHAS 14. madde hükmü, aynı veya benzer durumda buluna bireyleri haksız farklı muameleye karşı korumaktadır. Madde her türlü ayırımı yasaklamış değildir. 14. maddenin yasakladığı şey, ayırımın objektif ve makul bir nedenden yoksun bulunmaması (şerh bir amaca yönelik olması) ve güdülen amaçla kullanılan araç arasında makul bir ölçülülük ilişkisine sahip bulunmamasıdır.¹³³ Görüldüğü gibi İnsan

¹³¹ Rasmussen v. Denmark, 28.11.1984, Seri A no.87,EHHR 7, s.371.

¹³² İ. Ö. Kaboğlu, “Hukukun Genel ilkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, *Anayasa Yargısı*, 1991, s.316

¹³³ F. Gölcüklü, A.Ş.Gözübüyük, *Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi ve Uygulanması* (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi) 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.400.

Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ölçülülük ilkesi arasında bağlantı kurmaktadır. Bu yaklaşım kuramsal açıdan şüphe ile karşılanmaktadır.¹³⁴ 14. maddenin korumasından yararlanabilmek için, şikayetin sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerden en az birinin kapsamına girmesi gerekir. Ancak, 14. maddenin ihlalinin sözkonusu olabilmesi için kapsamına girdiği maddenin ihlal edilmiş olması zorunluluğu yoktur.¹³⁵

Türkiye ile ilgili olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin iddia edildiği davalarda henüz bir ihlal kararı yoktur. Söz konusu davalarda İHAM bazen 14. madde ile ilgili incelemenin gerekli olmadığına karar vermektedir.¹³⁶

İHAM tarafından verilen kararların bir kısmında ise, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine yeterli kanıt olmadığı için karar verilmektedir.¹³⁷ Mahkeme diğer bir kısım karar-

¹³⁴ C. Rumph, “Ölçülülük ilkesi ve Anayasa Yargısında İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, Ankara 1993, s.31.

¹³⁵ D. Tezcan, M. Erdem, O. Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s.395. F. Gölcüklü, A. Ş. Gözübüyük, *Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi), s.401.

¹³⁶ Aslan v. Türkiye, 8/7/1999, 23462/94. “ifade özgürlüğünün ihlaline karar verildiğinden, ayrıca 14. Maddenin incelenmesine gerek duyulmamıştır”. Mahmut Kaya v. Türkiye, 28/3/2000, 22535/93. “Sözleşme'nin 2., 3. ve 13. Maddeleri ihlal edildiğinden 14. Maddenin ihlali iddiasının incelenmesine gerek olmadığına”. Aynı yönde, Yaşa v. Türkiye, 2/9/1998, 22495/93. Ceylan v. Türkiye, 8/7/1999, 23556/94, “ifade özgürlüğünü bakımından varılan sonuç nedeniyle ayrımcılık yasağı bakımından incelenen gerekli olmadığına”. Aynı doğrultuda: Okçuoğlu v. Türkiye, 8/7/1999, 24246/94. Kılıç v. Türkiye, 28/3/2000, 22492/93. Aynı doğrultuda Türkiye'ye karşı kararlar: Kıbrıs v. Türkiye, 10/5/2001, 25781/94. Tutmaz ve diğerleri, 23/10/2003, 51053/99, Peker, 22/10/2003, 53014/99. İsmihan özel ve diğerleri, 27/2/2001, 31963/96; Avşar, 10/7/2001, 25657/94; Sadak ve Diğerleri, 17/7/2001, 29900/96, 29901/96; Abdurrahman Orak, 14/2/2002, 31889/96; Yaşar, Karataş, Aksoy ve Hep, 9/4/2002, 2273/93, 22724/93; Şemsi Önen, 14/5/2002, 22876/93; Selim Sadak, 11/6/2002, 25144/94, 26149/95; Orhan, 18/6/2002, 25656/94; Ülkü Ekinci, 16/7/2002, 27602/95; Denli, 23/7/2002, 68117/01; Dep, 10/12/2002, 25141/94; Refah Partisi ve diğerleri, 13/2/2003, 41340/98, 41342/98; Eugenia Michaelidou Development LTD. and Michael Tymvios, 31/7/2003, 16163/90; Özyol, 23/10/2003, 48617/99.

¹³⁷ Akdivar ve Diğerleri v. Türkiye, 16/9/1996, 21893/93, “Başvurucuların Kürt

larında ise, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar vermektedir.¹³⁸

Gerger kararında Mahkeme, Ceza Kanunu'na göre mahkum olanların cezalarının yarısını çektikten sonra şartlı tahliye edilmelerine rağmen Terörle Mücadele Yasası'na göre mahkum olanların cezalarının dörtte üçünü çektikten sonra tahliye edilebilmelerinin ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiaları karşısında İHAM, bu farkın ilgiliye bağlı bir durumdan değil, "suça bağlı" olduğundan Sözleşme'nin 5/1 a maddesi ile birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹³⁹

Mahkeme ilke olarak, 3713 sayılı Kanun'un amacının terör suçlularını cezalandırmak olduğunu ve normal kanunlar uyarınca mahkum edilen kişilere kıyasla bu kanun uyarınca mahkum edilen herhangi bir sahsın talep olmadan şartlı serbest bırakılma açısından daha aleyhte bir işleme tabi olduğu-

kökenli oldukları gerekçesiyle ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine". Aynı doğrultuda: *Menteş ve Diğerleri v. Türkiye*, 28/11/1997, 23186/94. *Selçuk ve Asker v. Türkiye*, 24/4/1998, 23184/94, "başvurucuların Kürt kökenli oldukları gerekçesiyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası kanıtlanamadığından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine." *Kurt v. Türkiye*, 25/5/1998,24276/94, "Sözleşme'nin 2, 3 ve 5. Maddelerinin etnik köken bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası kanıtlanamadığından, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine". *Tekin v. Türkiye*, 9/6/1998, 22496/93, "ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine". *Ergi v. Türkiye*, 28/7/1998, 23818/94, "başvurucunun Kürt kökenli olduğu için öldürüldüğü iddiası kanıtlanamadığından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine". *Çakıcı v. Türkiye*, 8/7/1999, 23657/94, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine". *Tanrıkulu v. Türkiye*, 8/7/1999, 23763/94, "yeterli delil olmadığından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine". *Bilgin v. Türkiye*, 16/11/2000,23819/94, "başvurucunun ayrımcılık yasağı konusunda iddiası kanıtlanamadığından ayrımcılık yasağının ihlaline". Aynı doğrultuda Türkiye'ye karşı kararlar: *Aktaş*, 24/4/3003, 24351/94; *Matyar*, 21/2/2002, 23423/94; *Öcalan*, 12/3/2003, 46221/99; *Tepe*, 9/5/2003,2744/95, *Dertli ve diğerleri*, 24/6/2003, 45672/99; *Çiçek*, 27/2/2001, 25704/94.

¹³⁸ *Özgür Gündem v. Türkiye*, 16/3/2000, 23144/93, "kısıtlamalar başvuruçuların milli kökenine dayanan farklı bir muamele oluşturmadığından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine". *İbrahim Aksoy v. Türkiye*, 10/10/2000, 28635/95, "ifade özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar başvuruçunun etnik kökenine dayanmadığından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine".

¹³⁹ *Gerger v. Türkiye*, 8/7/1999,24919/94 pp. 66-69.

nu kabul etmekle beraber, bu durumun farklı insan grupları arasında değil, farklı suç türleri arasında yapıldığı için ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Eşitlik ilkesi açısından Türkiye'ye ilişkin İHAM kararları olumsuz bir tablo izleme se de, Bu durum büyük ölçüde Türkiye'nin bu alanda yeterli olduğundan değil, Sözleşme sistemi içinde konuya ilişkin korumanın darlığından kaynaklanmaktadır ve bu alanda yasal ve anayasal planda yapılacakların olduğu kuşkusuzdur. Uyum yasalarının etkili bir biçimde uygulanması da bu açıdan çok önemlidir. Bunun dışında Türkiye'nin 7. ve 12. Protokolü onaylaması ve bağımsız bir ilke olarak ayrımcılık yasağının garanti edilmesi vurgulanması gereken hususlardır.

Oturum Başkanı: Evet sorularınızı almaya hazırız.

Bekir DEMİRCİ (İdari Yargı Hakim Adayı): Benim sorum sayın Sultan Uzeltürk'e olacak. Bildiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümüyor. Bu eşitliği ilkesi açısından değerlendirdiğimizde, burada hukuki istikrar ilkesi gereği geriye yürümüyor. Bu hukuki istikrar ilkesiyle eşitlik ilkesini nasıl bağdaştırabiliriz. Son olarak Motorla Taşıtlar Vergisi'nin iptali. Burada ödeyenlerin durumu, ödemeyenlerin durumu. Bu konuda görüşlerini almak istiyorum. Teşekkür ederim.

Sultan UZELTÜRK: Haklısınız, Anayasa'da hukuki istikrar çerçevesinde Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümediği hükmü var. Ama Anayasa Mahkemesi'nin elinde bir süredir şöyle bir araç vardır: Bunu ihtiyaçlarıyla çıkardı. Yasanın yürürlüğünü durdurma yetkisini kendisinde Anayasa'da açıkça olmasa da Anayasa Mahkemesi tanıdı. Bunu kullanması mümkün olabilir. Buna hukuken çözüm bulmak mümkün değil. Zaman zaman eşitsizliğe yol açmaktadır, hatta adaletsizliği, çok önemli sorunlara... Biliyorsunuz, yabancılara gayrimenkul satışıyla ilgili kararları, hele hele geç yayınlanırsa karar, çok ciddi sorunlara yol açmaktadır. Bu çerçevede sorunlar maalesef, hukuki istikrar adına katlanılması gerektiği düşüncesindeyim. Ama Anayasa Mahkemesi'nin elinde şu

anda içtihadattan kaynaklanan yürürlüğü durdurma gibi bir araç da vardır.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Başka söz almak isteyen var mı?

Efendim, ben konuşmacılarımızın değerli katkılarından dolayı kendilerine teşekkür ediyorum. Aynı zamanda sempozyumumuza bilimsel çalışmaları dolayısıyla katkılarından dolayı çok teşekkür ediyorum.

Öğleden sonraki 6. oturumumuzda tekrar buluşmak üzere oturumu kapatıyorum.

İKİNCİ GÜN
ALTINCI OTURUM

Oturum Başkanı
Tansel ÇÖLAŞAN
(Danıştay Başkanvekili)

TEBLİĞ: I

Prof. H el ene PAULIAT (Kamu Hukuku OMIJ [Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques]-Limagos)*

H EL ENE
PAULIAT'IN
TEBLİĞİ

İnsan Hakları ve Temel  zg rl klerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin hiçbir maddesi, mülkiyet hakkı veya mülkiyete dair herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu konuya, 20 Mart 1952'de imzalanmış olan 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi ile düzenleme getirilmiştir; ama bu madde de sadece «mal ve mülke saygı hakkı»¹ ile sınırlı kalmış ve  rneğın Fransız yasal metinlerinin aksine, malından yoksun edilme halinde herhangi bir tazminat öngörülmemiştir. Metin şu şekilde kaleme alınmıştır:

«Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yaran sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

* “M lkiyel Hakkı” başlıklı tebliğ.

¹ V. J-P. Marguenaud, La Cour europeenne des droits de l'homme, Dalloz, Connaissance du droit, 2. baskı, 2003.

HÉLÈNE
PAULIAT'IN
TEBLİĞİ

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez».

Bu metin bir mutabakat metni gibi görünüyor: kimi devletler, farklı düzeyde de olsa, mülkiyet hakkının açık ve seçik olarak tanınmasının gerektiğini düşünürken, Birleşik Krallık, bu hakkın tanınmasının önünde birçok engel olduğunu ileri sürmekte, İsveç ise, konunun siyasi ideolojilerden nasıl soyutlanabileceğine dair şüpheler taşımaktaydı. Zorlukları aşmak için ilk ortaya atılan fikir, mülkiyet hakkının, 1948'de imzalanan İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'ne basit bir atıfla Avrupa'da tanınması oldu.² Bu önerinin reddi sonucunda (Mahkeme'nin, şimdiye kadar daha hiçbir şekilde mülk edinme hakkını tanımadığından), bir hayli dağınık bir 1. madde ortaya çıkmış ve bu da, çok sayıda yorumlara yol açmıştır. Bununla birlikte bazı eksikliklere ya da boşluklara dikkat çekilebilir: Ne mülk edinme konusuna, ne de mülkten yoksun bırakılma halinde tazminat zorunluluğuna değinilmmiştir.

Dolayısıyla, ikircikli bir durumla karşı karşıya kalınmıştır: sıklıkla diğer temel hakların kullanılmasının ön şartı veya doğal sonucu olarak değerlendirilen mülkiyet hakkı, gitgide daha temel bir hak görünümü almıştır. Buna göre mülkiyet, insan haklarının temel değerlerini koruyacak, yasallık, insan haysiyeti ve adalet çerçevesinde ekonomik ve toplumsal ilişkilerde özgürlüğü tesis edebilecekti.³ Avrupa yargıcı, bazılarının artık aşıldığını iddia ettikleri bir bireysel hak ile, bu alanda hayli geniş bir hareket serbestisine sahip olan devletlerin hakkı arasında bir uzlaşma bulmak zorunda kalacaktı.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi her ne kadar önceleri mülkiyet hakkını korumak konusunda çekingen görülmüş olsa

² 17. Madde: «Herkes, tek başın ya da başkalarıyla birlikte mal ve mülk edinme hakkına sahiptir».

³ Ch. Mouly, «La propriété», in R. Cabrillac, M-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir), Droits et libertesfondamentaux.

da, sonraları, özellikle 1982'den itibaren Mahkeme içtihadı daha dinamik ve girişimci bir tutum gösterdi.⁴

I. Sözleşmenin 1 no'lu Protokolünün 1. maddesinin Anlamı: 1. maddenin Mülkiyet Hakkının Lehine Yeniden Yazılması

1. maddenin yapısı, ilk bakışta basit ve açılmış gibi görünüyor. Bu düzenlemenin güncel yorumu, aslında, içtihadın geçirdiği anlamlı evrimin bir sonucudur.

A- 1. maddenin oluşturulması:

1 No'lu Protokolün birinci maddesinin açıklayıcı yorumu tartışmaya mahal bırakmıyor.

Birinci bent, herkesin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı hakkını kabul ediyor (ilk cümle) ve mal ve mülkten mahrum bırakılmasına karşı bir tür güvence düzenlemesi getiriyor. İkinci bent de ise, devletin ekonomik alandaki imtiyazları tanınarak güvence altına alınıyor. Yani bireysel bir temel hakkı değil, devletlerin ekonomik ve mali alanlardaki imtiyazlarını tanıyor. Dolayısıyla hüküm nispeten önemsiz görünmekteydi ve Mahkemenin baktığı birçok konuya nazaran önemli bir karar olarak addedilen 13 Haziran 1979⁵ tarihli Marckx/Belçika kararı da bu hükmün yapısını değiştirmede: Marckx kararında Mahkeme şöyle demektedir «*mal ve mülküden tasarruf hakkı, mülkiyet hakkının geleneksel bir temel unsurunu oluşturur*». ⁶ Yani güvence altına alınan açıkça mülkiyet hakkıdır.

⁴ Genel bir yaklaşım için bkz., F. Sudre, Droit international et europeen des droits de l'homme, PUF, Droit fondamental, 6. baskı, 2003, no 256-263, ss. 446-460; J.-F. Renucci, Droit europeen des droits de l'homme, LGDJ, Manuel, 3. baskı, 2002, n° 169 ve devamı; bkz. ayrıca, F. Sudre, «La protection du droit de propriete par la Cour europeenne des droits de l'homme», Dalloz 1988, s. 71. Ayrıca bakınız F. Sudre, J.-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, Les Grands arrêts de la Cour europeenne des droits de l'homme (GACEDH [Grands arrêts de la Cour Europeenne des Droits de l'Homme]), PUF, 2. baskı, 2004, s. 518 ve devamı.

⁵ GACEDH (Grands arrêts de la Cour Europeenne des Droits de l'Homme), no 42, s. 386.

⁶ No 63 göz önünde bulundurularak.

B- Hükmün yorumu: 23 Eylül 1982 tarihli İsveç/Sporrong ve Lönnroth kararı⁷

Avrupa yargıcı 1 no'lu Protokolün ilk anlamını ve kapsamını tamamen değiştirmiştir. Karar, devletlere bir dizi yükümlülükler getirerek «zararsız bir hüküm»⁸ bireysel ekonomik hakları koruma altına alan bir unsur haline getirmiştir.

Karar 1. maddede üç farklı norm bulmuştur:

- 1. bendin birinci cümlesi mülkiyete saygı ilkesini vazedmektedir.

- 1. bendin ikinci cümlesi mülkiyetten yoksun bırakılma konusunu ele alarak, bunu bir dizi koşula bağlamaktadır.

- İkinci bent devletlere, mal ve mülklerin kamu yararına uygun şekilde kullanımını düzenlemek amacıyla gerekli gördükleri yasaları yürürlüğe koyma hakkı vermektedir. Bu da, mal ve mülkünün kullanımının düzenlenmesine karşı bir koruma sağlaması nedeniyle, mülkiyet sahibinin lehine bir norm oluşturmaktadır.

- Dolayısıyla, birinci bendin birinci cümlesi hem bir «yorum ölçütü» veya «metnin tamamına ilişkin genel bir yorum ilkesi»,⁹ hem de «özerk bir norm»¹⁰ olarak ortaya çıkmaktadır. Bu cümle aslında genel bir ilkeyi, mülkiyete saygı ilkesini vazedirken, aynı zamanda bu hakkın özünün ihlal edilmesine karşı da bir güvence sağlar. Zira, bu hakkı ne mülkiyetten yoksun bırakma, ne de mal ve mülkün kullanımının düzenlenmesi olarak telakki edilmeyen ihlallere karşı da korumaktadır. Bu durumda Sporrong kararı, diğer iki normun bu ilke ışığında yorumlanmasını gerektirir.¹¹ Bizatihi Mahkeme'nin denetim

⁷ GACEDH (Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme), no 57, s. 527.

⁸ J-F. Renucci, Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 2. baskı 2001, no 172, s. 279.

⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önemli kararları.

¹⁰ L. Condorelli'den alıntı, in E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (yön.), La Convention européenne des droits de l'homme.

¹¹ «Buna karşın bunlar kendi aralarında ilişkili kurallardır. İkinci ve üçüncüsü mül-

ilkesi değişmiştir. Nitekim, Avrupa yargıcı bundan böyle her vakada, kamu yararının gerekleri ile temel hakların korunması zorunluluğu arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını denetleyebilecektir. Böylece Mahkeme, 1. maddenin bütün unsurları açısından orantılılık denetimi yapabilecektir.

Mahkeme ilk normu incelemeye başlamadan önce, ilk olarak son iki normun (mülkiyetten yoksun bırakma ve mal ve mülkün kullanımının düzenlenmesi) uygulanabilirliğinden emin olmalıdır. Sporong ve Lönnroth davasında son derece pedagojik bir yöntem izlenmiştir: Mahkeme, mülk sahiplerinin mülklerinden yoksun bırakılmadığına hükmetmiştir (resmi bir istimlak yapılmamıştır); zira mülkiyetten yoksun bırakma ile sonuçlanan süreç, mallardan tasarrufun kısıtlanması ya da düzenlenmesi olarak değerlendirilemez. Bu durumda tek çözüm, başvuruçuların içinde buldukları durumu, 1. maddenin birinci cümlesi açısından ele almaktır. 1. bendin birinci cümlesindeki norm ikincil mahiyettedir.

Bununla birlikte, Avrupa içtihadının, birinci norm açısından denetimi gitgide ikincillikten çıkararak geliştiği görülmektedir. Bu, latridis/Yunanistan davasında da görülmektedir:¹² kendisine kiralanmış olan bir sinemayı işletmek için özel bir ruhsata sahip olan bir şahıs, belediye tarafından mülkünden atılmış ve faaliyetini başka bir yere devretmemiştir. Tahliye emrini iptal eden yargı kararına rağmen, bakanın bu sinema salonunu belediyeye devrini iptal etmeyi reddetmesi üzerine latridis, ihtilaf konusu sinemanın zilliyetliğini alamamıştır. Mahkemeye göre, «*bu koşullarda başvuruçunun mülkiyet hakkına müdahale vardır. Başvuruçucu, bu ticarethanenin sadece kiracısı olduğundan bu müdahale ne bir kamulaştırma, ne de mal ve mülkün kullanılmasının düzenlenmesi değildir, ama söz konusu müdahale, 1. maddenin birinci cümlesine tabidir*». Beyeler/İtalya kararında da,¹³ Mahkeme «*bu davada, birinci bendin ikinci cümlesinin uy-*

kiyet hakkına özel müdahale örnekleri ile ilgilidir; bu yüzden, birincinin ortaya koyduğu ilke ışığında yorumlanmalıdır».

¹² AİHM 25 Mart 1999.

¹³ AİHM 5 Ocak 2000.

HÉLÉNE
PAULIAT'IN
TEBLİĞİ

gulanabilir olup olmadığı konusunda karar bağlamaya gerek görmemiştir. Nitekim, mesele ne olguda, ne de hukukta, kesin bir kategori kapsamında değerlendirilemez».

Mahkeme, (bir tablonun mülkiyet senedi gibi) belirlenmemiş bir takım hususlarda hükme varmak zorunda olmadığı kanaatindedir. Bununla birlikte Mahkeme, «1. maddenin 1. bendinin ikinci cümlesinde söz konusu olan durumun, birinci cümlede vazedilen genel normun güvencesi altındaki mal ve mülkün dokunulmazlığına saygı hakkının ihlalinin özel bir biçimi olduğunu» hatırlatmıştır.

Mahkeme'nin, dava konusu durumun niteliği konusunda şüpheye düştüğünde, ikincil norma başvurduğu anlaşılmaktadır. 16 Nisan 2002 tarihli SA Dangeville/Fransa kararı Mahkeme'nin bu yaklaşımında ileri bir adım daha teşkil etmektedir.

Profesör Marguenaud'ya göre, 1. maddenin yeniden kalemeye alınmasından sonra düzenleme, orantılılık ilkesine bağlı genel bir ilke ile mal sahibinin üç özel hakkını içerecektir.

II- Etkin Bir Mülkiyet Koruması: Geliştirici Bir Orantılılık Denetimi

Mülkiyetin korunmasının Mahkeme nezdindeki bu olumlu evrimi, önce «mal-mülk» kavramının genişletilmesi,¹⁴ ardından da, Mahkeme'nin, 1. maddede yer alan üç hak çerçevesinde uygulamaya koyduğu denetim teknikleri ile teyit edilmiştir. Bununla birlikte devletin müdahale yetkisi hala son derece güçlüdür. Kullanılan araçlar ile hedeflenen amaç arasında daima makul bir orantılılık ilişkisi olmalıdır. Mahkemenin klasik formülüne göre, «söz konusu varsayım ne olursa olsun, kamu gücünün mülkiyet hakkına müdahalesi, ancak ve ancak mülkiyet hakkı ile kamu yararının gereklilikleri arasında adil bir dengenin kurulduğu hallerde Sözleşmeye uygun olabilir».

¹⁴ Genel bir yaklaşım için bkz. B. Lombaert, «La protection juridictionnelle de la propriété privée face aux empiétements de l'administration», RTDH (Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme) 1995, s. 33.

A- Mal-Mülk Kavramının Genişletilmiş Algılanışı

İHAM gayrimenkul ve arazi mülkiyetinin varlığını klasik bir şekilde kabul etmiştir, ama sorun zaten işin bu veçhesiyle ilgili değildir. Kimileri 1. maddenin genişletilmesi olgusundan bahsetmiştir. Kavram, malvarlığı değeri olması kaydıyla, maddi veya gayri maddi her tür malı kapsar.

Şunlar «mal» olarak kabul edilmiştir:

- Müşteriler (İHAM, 26 Haziran 1986 tarihli Van Marle/Hollanda kararı);¹⁵

- Alkollü içki satış ruhsatına bağlı ekonomik çıkarlar (İHAM, 7 Temmuz 1989 tarihli Tre Traktörer Aktiebolag/ İsveç kararı);¹⁶

- Bir taş ocağı işletilmesine (İHAM, 18 Şubat 1991 tarihli Fredin/ isveç kararı)¹⁷ veya bir gayrimenkul projesine (İHAM, 29 Kasım 1991 tarihli Pine Valley ırlanda kararı)¹⁸ bağlı ekonomik çıkarlar;

- İdarenin iade etmekle yükümlü olduğu bir vergi alacağının varlığına ilişkin malvarlığı çıkarları (İHAM, 3 Temmuz 2003 tarihli, tasfiye edilen Buffalo SRL/ İtalya kararı).

- Sözleşme'den doğan bir alacak (İHAM, 9 Aralık 1994 tarihli Stran ve Stratis Andreadis Yunan petrol rafinerileri kararı)¹⁹ veya, makul bir somutlaşma ihtimali olması halinde "meşru beklenti": Büyük Daire, 2001 tarihli Lichtenstein Prensi II. Hans Adam/ Almanya kararı),²⁰ cezadan doğan alacak (İHAM, 20 Kasım 1995 tarihli Pressos Compania Naviera/ Belçika kararı)²¹ Bu arada, Büyük Daire meşru beklenti kavramının ar-

¹⁵ A Dizisi, 101.

¹⁶ A Dizisi, 159.

¹⁷ RUDH (Revue Universelle des Droits de l'Homme) 1992, s. 8, F. Sudre.

¹⁸ A Dizisi, 222.

¹⁹ A Dizisi, 301.

²⁰ Req. n° 42527/98.

²¹ A Dizisi, 332; AJDA (Actualite Juridique Droit Administratif) 1996, s. 376.

tık sınırlarını çizmiş görünüyor. Nitekim Mahkeme kısa süre önce, ulusal mevzuatın yerine getirilmesi gerekli şartlara tabi tuttuğu mal ve mülkün iadesi hakkının sadece şartlı bir alacak oluşturduğunu ve bunların, itiraz halinde ancak ve ancak iade talebinin mesnedi kesinleşmiş ve icra edilebilir bir hukuki kararla tanınmış olması halinde kesin alacak olabileceklerini ifade etmiştir.²²

- Teminat (İHAM, 23 Şubat 1995 tarihli Gasus Dossier/ Hollanda kararı);²³

- Mamelek hakkı olan sosyal yardım tahsisi (İHAM, 16 Eylül 1996 tarihli Gaygusuz/ Avusturya kararı).²⁴ Avrupa içtihadını benimseyen Fransız Danıştay, şunları sözleşme hükmü anlamında malolarak telakki etmiştir: Aile yardımı (Danıştay Genel Kurulu, Rouquette, 5 Mart 1999 tarihli Lipietz ve diğerleri kararı).²⁵ Danıştay paranın yardım maksatlı olup olmaması arasında bir ayırım yapmamaktadır), emeklilik maaşı veya ikramiyesi (Danıştay Genel Kurulu, 11 Temmuz 2001 tarihli Savunma Bakanlığı/Preaud kararı),²⁶ Fransa için çarpışmış ama daha sonra kendi ülkelerinin uyruğuna geçmiş askerlerin emekli maaşları (Danıştay, 30 Kasım 2001 tarihli Savunma Bakanlığı/Diop kararı);²⁷

- İş aleti, özellikle tazminat halinde özel bir korumadan yararlanmaktadır (İHAM, 11 Nisan 2002 tarihli Lallement/ Fransa);

²² AİHM, Büyük Daire, 28 Eylül 2004, Kopecky/Slovakya, başvuru. nO 44912/98, AJDA (Actualite Juridique Droit Administratif) 2005, n° 10, s. 550, J.-F. Flauss. Mahkeme meşru beklenti kavramını daha önce sınırlamıştı (Malhous Çek Cumhuriyeti'ne karşı davasında Temyiz Dairesi'nin 13 Aralık 2000 tarihli kararı).

²³ A Dizisi, 306.

²⁴ Dalloz 1998, s. 438, J. Mouly et J.-P. Marguenaud.

²⁵ RFDA (Revue Française de Droit Administratif) 1999, s. 357 sonuç C. Maugüé : AJDA (Actualite Juridique Droit Administratif) 1999, s. 420, makale F. Raynaud ve P. Fombeur.

²⁶ RFDA (Revue Française de Droit Administratif) 2001, s. 1047, sonuç C. Bergeal.

²⁷ AJDA (Actualite Juridique Droit Administratif) 2001, s. 1039, makale M. Guyomar ve P. Collin.

- Daha yakın bir tarihte, İHAM, yaklaşımında daha da ileri giderek, Öneriyıldız/Türkiye (18 Haziran 2002)²⁸ davasında, «başvurucunun inşa ettiği evin ve bu kişinin ailesi ile birlikte bu evde yaşamasının bu kişi için temel bir ekonomik yarar teşkil ettiğini» kabul etmiştir. Bu yarar, bahis konusu binanın tamamıyla yasadışı ve her türlü şehircilik kuralları göz ardı edilerek inşa edilmiş olmasına rağmen, yetkililerin bu duruma müsamaha göstermiş olmaları nedeniyle «mal» olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme ayrıca «başvurucunun, 1988'den bu yana bu evde ikamet ediyor olmasına rağmen yetkililerin herhangi bir müdahalesinin olmadığını ve bu sayede, herhangi bir kira ödemedi yakın akrabalarını yanına aldırıldığını; burada sosyal ve ailevi bir hayat kurduğunu ve 1993'e kadar, durumun kendisi ve ailesi için bu şekilde devam edeceğini ümit etmesine engel olabilecek hiçbir unsur bulunmadığını» eklemiştir. Mahkeme, bu kararıyla, ve Türk makamlarını, patlamayı ve başvuruçunun yaşadığı gecekondunun yıkılmasını engellemek için gerekli tedbirleri almamış olmaktan sorumlu tutarak, ilk kez mülkiyet alanında pozitif yükümlülük kuramını uygulamıştır. Bu arada, Mahkemenin dava ile ilgili kararını 2002'de sadece bir oy farkla aldığını hatırlatmakta fayda var. Ardından dosya Büyük Daire'ye intikal etmiş ve Büyük Daire de, büyük bir çoğunlukla, geniş ölçüde Mahkemenin gerekçelerine atıfta bulunduğu ve özellikle ulusal yetkililerin göstermiş oldukları müsamahayı vurguladığı 30 Kasım 2004²⁹ tarihli kararını vermiştir.³⁰

B- Mülkiyet Hakkının Korunmasının Uyarlanmış Uygulaması

Her normun uygulanabilirliği, yargıç tarafından nasıl uygulandığı denetlenmeli, yani müdahalenin derecesi değerlendirilmelidir.

²⁸ GACEDH (Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme), n° 56, s. 518 ; AJDA (Actualité Juridique Droit Administratif) 2002, s. 1282.

²⁹ AJDA (Actualité Juridique Droit Administratif) 2005, s. 550, makale J.-F. Flauss.

³⁰ Başvuruçunun ikametgahına ilişkin mamelek çıkarı, temel bir çıkar olarak adedilebilecek ölçüde önemli ve kabul edilmiş olması nedeniyle, 1. no'lu Protokolün § 129 1. maddesinin birinci cümlesinde vazedilen norma göre bir «mal» dır.

1- Mülkiyetten Yoksun Bırakma

Bu şüphesiz en az zorluk arz eden hükümdür. Sözleşme metni, bu hükümle ilgili bir dizi koşul öngörmektedir:

Malın kesin bir şekilde sahibinin elinden alınmış olması gereklidir (kamulaştırma, istimlak, müsadere...). İHAM yargıcı bu durumda kamu yetkililerin söz konusu tasarrufu nasıl nitelendiklerini değil, tasarrufun gerçek neticesini dikkate alır. Fiili istimlakler da bu hükmün kapsamına girer (İHAM, 15 Aralık 1989 tarihli Mellacher ve diğerleri/Avusturya kararı).³¹

Ulusal mevzuatça öngörüle şartlara riayet: bunun için yeterince açık ve ulaşılabilir bir «yasa»nın varlığı şarttır (İHAM, 22 Eylül 1994 tarihli Hentrich/Fransa kararı:³² Vergi Yasası'nın 668. maddesi, Sözleşme'nin vazettiği yasa niteliklerini haiz değildir, zira bu yasada düzenlenen şufa hakkı, keyfi, seçici ve öngörülme ihtimali düşüktür).

Uluslararası hukukun genel ilkelerinin öngördüğü şartlara riayet: bu unsur günümüzde önemini bir ölçüde yitirmiştir.³³

Yoksun bırakma eylemi, kamu yararı hedefini gütmelidir: bu şartın Mahkeme tarafından geniş anlamda değerlendirilmesi, yapılan denetimin etkinliği konusunda şüpheye mahal verebilir. Bununla birlikte, Mahkemenin mülkiyetten yoksun bırakmaya gerekçe teşkil edebilecek ciddi herhangi bir kamu yararı olmadığı kanaatini beyan ettiği de vakidir (İHAM, 19 Haziran 2001 tarihli Zwierzynski/Polonya kararı). Kamu yararına tekabül eden konular, meşru sosyal, ekonomik ve diğer politikalar, sosyal adalet politikaları (James,³⁴ Lithgow), tarım arazilerini birleştirme politikaları, kamu yararı şartına cevap

³¹ RTDH (Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme) 1990, s. 387, J.F. Flauss.

³² JCP (Juris-Classeur Periodique), Ed. G., 1995, II. nO 22374, J.-P. Le Gall ve L. Gerard.

³³ Tartışma hakkında bkz., J.-F. Renucci, Droit europeen des droits de l'homme, age., nO 115, s. 344.

³⁴ İHAM 2 i Şubat i 1986 tarihli James/ Birleşik Krallık kararı, GACEDH (Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, nO 58, s. 534.

verir. Kamu yararının tanımını yapmak, değerlendirmelerinin sarıh bir şekilde makul bir temelden yoksun olmaması kaydıyla ulusal kanun koyucuya aittir. Mahkeme, devlete geniş bir takdir yetkisi bırakır ve devletin kamu yararı olarak nitelediği hususları kabul eder (Burada, Fransız Anayasa Mahkemesi'nin 16 Ocak 1982 tarihli kamulaştırmalara dair kararı örneğinde olduğu gibi, Fransız içtihadı ve Anayasa Mahkemesinin kamu gerekliliğinin denetiminde karşılaştığı zorluklarla bir paralellik kurulabilir). Kamu yararı arızı olmakla birlikte, İHAM yargıcının bu kavramı genişletmeye eğilimli olduğu görülmektedir.³⁵ Bununla birlikte Mahkeme, kullanılan araçlarla güdülen amaç arsında makul bir orantılılık ilişkisi olup olmadığına bakar. Malların iadesi söz konusu olduğunda mesele daha bir keskinlik kazanır. Mahkeme, komünist rejim döneminde uğranılan mal varlığı zararlarını telafi amaçlı bir toprak mülkiyeti yasası vesilesiyle bu konuda görüş bildirmiştir (İHAM, 5 Kasım 2002 tarihli Pincova ve Pinc/Çek Cumhuriyeti kararı). Söz konusu yasa, amacının, kamu yararına hizmet etmesi nedeniyle, gayri meşru değildir. Mahkeme, mülklerin iadesine ilişkin yasaların genel amacının, yani komünist rejim döneminde vuku bulan bazı mülkiyet hakkı ihlallerinin telafisi amacının, meşru bir amaç ve hukuki muamelelerin yasalılığını muhafaza etmenin ve ülkenin sosyoekonomik gelişmesini korumanın aracını teşkil ettiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme, geçmişteki ihlallerin, orantısız haksızlıklara yol açmayacak şekilde telafi edilmesinin gerekliliğine de işaret etmektedir (§58). Mahkeme, ulusal içtihatlarda olduğu gibi, bir mülkün bir bireyden diğerine devrinin, toplumun tamamı bu işlemde yarar görmese bile, söz konusu fiilin, meşru bir sosyal, ekonomik... düzen politikası saikiyle yapılması halinde, kamu yararı şartına cevap verdiğine hükmetmiştir... (James Davası). Avrupa yargıcının nadiren kamu yararı bulunmadığına hükmeder.

Tazminat hakkı, James/Birleşik Krallık davasının (21 Şubat 1986) oluşturduğu içtihatla gelen bir şarttır: «*Antlaşmaya taraf*

³⁵ İHAM 16 Eylül 2003 tarihli Stockholms Försakrigns/ İsveç kararı.

*ülkelerin her birinin hukuk sistemlerinde, istisnai durumlar hari-
cinde, kamu yararı için bir kişinin malından ve mülkünden yoksun
bırakılması halinde tazminat ödenir... Öte yandan, benzer bir ilke
olmadığında 1. Maddenin mülkiyet hakkına sağladığı koruma alda-
tıcı ve etkisizdir. itiraz edilen mevzuatın söz konusu farklı çıkarlar
arasında adil bir denge kurup kurmadığını, ve bu arada mevzuatın
başvuruculara aşırı bir yük getirip getirmediğini değerlendirmek
için, tazminat koşullarının göz önünde bulundurulması gerektiği
aşıkardır».* Mahkeme, aynı kararda, ödenecek miktarla malın
değeri arasında makul bir oran olması gerektiğinin de altını
çizmiştir (kararlaştırılan tazminat miktarı ile söz konusu malın
değeri arasında belirgin bir orantısızlık olmamalıdır (İHA Ko-
misyonu, 17 Aralık 1987, Scotts of Greenock Ltd ve Lithgow).
Tabii bu, zararın tamamen tazmin edilmesi anlamına gelmez;
kamu yararı amacı, malın tam ticari değerinin altında bir miktar
gerektirebilir.

Tazminat ilkesel olarak gecikmemelidir (İHAM, 21 Şubat
1997 tarihli Guillemin/Fransa kararı;³⁶ İHAM, 9 Temmuz 1997
tarihli Akkuş/Türkiye kararı). Yani orantılılık denetimi, istim-
lakin tazminini de kapsar. Fransız Danıştay'ı, 1. maddeyi Rus
borçlanma senetlerinin tazmininde de uygulamıştır (Danıştay,
21 Şubat 2003, Uran). istimlakin tazmini hala zorluklar arz etti-
ğini vurgulamakta fayda var. Yunanistan'da 1977'de çıkarılan
bir yasa, yol yapım çalışmalarının sağladığı artı değer için yeterli
bir tazminat olduğu konusunda kati karine oluşturmuş; Mah-
keme ise böyle bir karineyi 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesine
aykırı bulmuştur. Yunan mevzuatı bu içtihadı kaile almıştır:
karine hala mevcuttur, ama kati değildir. Bununla birlikte,
mal sahipleri uğradıkları zararın tespiti için hala mahkemeye
başvurmak zorundadırlar. Yunanistan Temmuz 2003'te bir kez
daha mahkum olmuştur.³⁷

³⁶ AJDA (Actualite Juridique du Droit Administratif) 1997, s. 399, R. Hostiou.

³⁷ İHAM, 10 Temmuz 2003 tarihli Efsthathiou ve Michayidis/Yunanistan kararı.
Fransız hukukunda mülkten yoksun bırakma ilkeleri konusunda bkz. : R. Hostiou,
«Le droit français de l'expropriation et la Convention européenne des droits de
l'homme», AJDA (Actualite Juridique du Droit Administratif) 2000, s. 290.

Mahkemenin denetimi bir orantılılık, hedeflenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul uygunluk denetimidir.

2- Malların Kullanımının Düzenlenmesi

Bir düzenleme ile mallara el konulması arasındaki ayrım, belirgin değildir. Kimi yazarların da önerdiği gibi, dar anlamda malların kullanımının düzenlenmesi ile vergi veçhesi arasında bir ayrım yapılması gerekir. Yargıç burada da, kamu yararının genel gereklilikleri ile temel hakların korunmasına dair zorunluluklar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirir. Alınan tedbir orantılı olmak zorundadır.

Müdahale şeklinde tecelli eden düzenleme, yasayla öngörülmeli ve mesnedi kamu yararı olmalıdır. Tedbirler kamu yararı amacıyla olmak kaydıyla, devletler, gerekenin ne olduğunu tanımlama konusunda tam bir özgürlüğe sahiptir. Mahkemenin, getirilen kısıtlamanın yasallığı ve ereği konusundaki denetimi sınırlıdır. Kentsel düzenleme (İHAM, 25 Ekim 1989 tarihli Allan Jacobsson kararı), uyuşturucu kaçakçılığında kullanılan bir uçağa gümrükte el konulması (AHİM, 5 Mayıs 1995 tarihli Air Canada kararı) kamu yararı ilkesine bağlı kararlardır.

Fransa'daki Chassagnou davası (İHAM, 29 Nisan 1999)³⁸ ilginçtir. Bu karara kadar, Mahkemenin nazarında, toplumun çıkarları ile özel mülk sahibinin çıkarları arasındaki dengenin bozulduğu hiçbir zaman vaki olmamıştır. Kuşkusuz, Avrupa yargıcı için, ACCA'nın (Associations Communales de Chasse Agreees/Onaylanmış Yerel Avcılar Dernekleri) yasayla belirlenmiş amaçları olan anarşik avlanmayı önlemek ve av mirasının akılcı kullanımını sağlamak, kamu yararı güden amaçlardır ve devletin burada çok geniş bir hareket alanı mevcuttur. Ancak küçük toprak sahiplerini, avlanma haklarını inançlarına aykırı bir şekilde üçüncü şahısların kullanımına açmalarını zorunlu hale getiren düzenleme, mülkiyet hakkının korunması ile kamu yararı arasındaki adil dengeyi bozan ölçsüz bir yük

³⁸ GACEDH (Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme), No 59, s. 543.

oluşturmaktadır. Yani malın kullanımına ilişkin düzenleme pekala orantılı olmayabilirdi. Bu yaklaşım Danıştay tarafından da benimsenmiş ve Danıştay, Mme. Vignon³⁹ ile ilgili 27 Ekim 2000 tarihli kararında kesin bir biçimde orantılılık denetimine başvurmuştur: Verdeille yasasının hükümleri toprak sahiplerine bazı engelle getirmektedir; *«bundan, mülkiyet hakkının önemli, mükerrer ve uzun süreli ihlalleri doğmaktadır, her ne kadar bu hükmün amacı, hayvan türlerinin denetimini iyi bir şekilde düzenlenmesini sağlayarak avcılık faaliyetlerini teşvik etmek olsa bile, bu amaçlara, mülkiyet hakkına bu denli büyük bir tecavüzde bulunmadan ulaşmayı sağlayacak başka araçlar mevcuttur»*; toprak sahiplerine yapılan bu dayatma 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesindeki hükümleri görmezden gelmektedir.

Kentsel irtifak hakkı meselesi de Mahkeme'nin önüne gelmiş ve bu davaların Fransız idari içtihadında etkileri olmuştur. Kentsel irtifak hakkı ilkesel olarak tazminata konu olmamaktadır, bu da Avrupa içtihadı ile uyumsuzluk sorununu gündeme getirmektedir. Mahkeme'nin (Sözleşme'nin 6. maddesi de dahil olmak üzere) birçok alandaki istismlara müeyyide uygulamayı öngörmesine rağmen, Fransız Danıştayı bunu dikkate almamıştır. Fransız hukukunda tazminat olmaması ilkesi, şehircilik yasasının L 160-5 sayılı maddesince düzenlenmektedir. Malların kullanımının düzenlenmesi konusunda, tazminat her zaman gerekli değildir. Mahkeme, bizatihi irtifak haklarından doğan zararın tazmin edilmemesi ilkesini mahkum etmemektedir. Sadece, iç hukukun öngördüğü tazminat ödenmemesi ilkesinin istisnalarının, bir tazminatın, Mahkeme içtihadı açısından, söz konusu çıkarların muhafazası için gerekli elzem bir şart oluşturduğu bütün varsayımları karşılamakta yeterli olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. Oysa, şehircilik yasasının L 160-5 sayılı maddesi, yasal bir irtifak hakkı tesis etmektedir. Bu hüküm tazminata da imkan vermektedir. Bununla birlikte, hükümet komiseri, yasa hükmünün sağladığı bu imkanın, söz konusu yasa hükmünün Avrupa gerekleriyle uyumlu olması için yeterli olmadığını ifade etmiştir. Danıştay

³⁹ RFDA (Revue Française de Droit Administratif) 2000, s. 1374.

3 Temmuz 1998 tarihli Bitouzet⁴⁰ kararında, yasayı hayli cesur bir şekilde yorumlamıştır: «*Bir yandan, şehircilik yasasının L 160-5 sayılı maddesinin; bizzat vazettiği, kentsel irtifak ilkesinin, bu irtifakın yasal olarak tesis edilmiş olması kaydıyla, kamu yararına uygun ve yetki, usul ve yasayla öngörölmüş kurallara tabi bir şehircilik politikasına bağladığını dikkate alarak, diğer taraftan, bu maddenin genel ve mutlak bir ilke getirmediğini ve mülk sahiplerinin iktisap edilmiş hakları ve söz konusu yerlerin eski halinin değiştirilmesine ilişkin açık iki istisna getirmesini; ve nihayet bu maddenin irtifaka maruz bırakılan mülkiyetin sahibinin, irtifakın tesis edilmiş olduğu ve uygulamaya konulduğu şart ve hallerin tamamından ve içeriğinden istisnai durumun vuku bulması ve bu mülk sahibin, güdülen kamu yararı hedefiyle orantısız, özel ve aşırı bir yük altına girmesi halinde bir tazminat talebinde bulunmasına engel teşkil etmediğinden; bu şartlarda ...*» L 160-5 sayılı madde 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi ile uyumsuz değildir. Buna mukabil, Danıştay bu içtihadı kısıtlayıcı bir şekilde yorumlayarak (Danıştay, 7 Ocak 2000 tarihli Lady Jane Şirketi kararı):⁴¹ kararname, bir mahalenin korunması ve değerlendirilmesi planı çerçevesinde izin verdiği bazı gayri menkullerin yıkımından doğan zararların tazminiyle ilgili sessizliğinin ne amacı ne de etkisi, Şehircilik Yasasının L 160-5 sayılı maddesiyle tesis edilen yasal kentsel irtifak tazminatı yasal rejiminin bu zararlara uygulanmasını önlemek değildir) ulusal savunma alanında uygulanan (Danıştay, 28 Mayıs 2003 tarihli Bay ve Bayan Fernand Ehry kararı) ve tazminat elde etme ihtimalinin çok düşük olduğu, irtifak haklarına benzer bir ifadeye dönmüştür.

Mahkemenin denetimi sınırlıdır: Alınacak tedbirlerin gerekliliğini değerlendirmek konusunda tek merci olan devlete

⁴⁰ Hükümet komiseri Ronny Abraham, bu kararda şunları ifade etmişti: «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bir hükmünün anlam ve kapsamının tanımlanması söz konusu olduğundan, siz ulusal yargıçların, bu hükmün Strazburg Avrupa Mahkemesi tarafından yorumlanış ve uygulanış şekline azami bir dikkat göstermeli ve bu yorum ve uygulamadan ancak istisnai gerekçelerle ve Avrupa içtihadının bu alanda yeterince kesin olarak oluşmamış olması kaydıyla uzaklaşması gerektiğine kani olduğun», ifade etmiştir.

⁴¹ Dalloz 2000, JP (Juris-Classeur Periodique), s. 30L.

tanınan geniş hareket alanı nedeniyle, orantılılık denetiminin etkinliği zayıflarken, kamu yararı ve bireyin çıkarı arasındaki dengede etkisi artmıştır.⁴²

3- Mülkiyet Hakkının Özüne Tecavüz

Mülkiyet hakkını belirsizleştiren ve kullanılmasını zorlaştıran diğer bütün tecavüzler bu kapsama girer: inşaat yasağı (İHAM, 23 Nisan 1987 tarihli Erkner ve Hofauer kararı). Mahkeme en çok bu alanda 1. maddenin ihlal edildiği ne hükmetmiştir. Mahkemenin bu alandaki müdahalenin orantılılık denetimi son derece katıdır. Bu durumda Mahkeme, adil dengenin bozulup bozulmadığını ve başvuruçunun, özel ve aşırı veya orantısız bir yük altına sokulup sokulmadığını değerlendirir. Mahkeme, 16 Nisan 2002 tarihli SA Jacques Dangeville/Fransa davasında denetim mekanizmasını bu yönde zorlamıştır. Ama denetim, davadan davaya farklılık göstermektedir.

Öyle görünüyor ki, denetimin bu veçhesi, daha çok, mal sahibinin mülkünün hukuki durumunu uzun süre belirsizlikte bırakan tasarruflara müeyyide uygulamada kullanılmıştır (İHAM, 3 Temmuz 2003 tarihli tasfiye edilen Buffalo SR/italya kararı). Bir mülk sahibinin mülküne erişimi önündeki fiili engellere de (İHAM, 23 Mart 1995 tarihli Loizidu/Türkiye kararı)⁴³ yine bu gerekçeyle itiraz edilmiştir. Bununla beraber, son dönem Avrupa içtihadının karmaşık unsurları korumak için bu normu kullanarak bir evrim gösterdiği görülmektedir.

Üç norm arasındaki sınır belirsizdir ve tanımlar değişebilir. Doktrine göre, denetim umulan ölçüde etkili değildir. (Meskene dair) 8. madde ve özellikle de, örneğin istimlakle ilgili davaları hükme bağlamak üzere oluşturulan mercilerde başvuruçunun 6Ş1. madde gibi diğer klasik hukuki esaslar mülkiyet hakkını korumakta daha etkili görünmektedir. Bununla birlikte, mülkiyet

⁴² İHAM, 2 Temmuz 2002 tarihli Motais de Narbonne/Fransa kararı, JCP (Juris-Classeur Periodique) Ed. G., I, n° 209, F. Sudre.

⁴³ GACEDH (Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme), 2. baskı, n° 1, s. 7.

hakkının, özellikle de barınma hakkı söz konusu olduğunda, kişiler arasındaki ilişkiler üzerinde yatay etkileri olabilir. Mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler bundan böyle Avrupa Anayasası projesi kapsamında değerlendirilmelidir. Temel Haklar Şartı, Anayasa metnine dahil edilmiştir (2. bölüm). Mevcut metin, her ne kadar AİHM içtihadının müktesebatını muhafaza etse de, mülkiyet hakkını tanımakla birlikte aynı ifadeleri kullanmamıştır. Örneğin, malın yasal yollardan edinilmesi gerektiğinden, mal-mülk kavramının, Avrupa Sözleşmesinde olduğu kadar genel ve geniş bir şekilde değerlendirilmediği görülmektedir. Esas itibarıyla mukayese edilebilir olmakla beraber, içtihatların bu metni ne şekilde dikkate alacaklarını belirlemek için henüz çok erkendir.

TEBLİĞ: II

Mustafa KARABULUT (Danıştay Tetkik Hakimi):

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokol'ünün¹ 1. maddesi, mülkiyet hakkını korumaktadır.

"Madde 1 - Mülkiyetin Korunması

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 uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin, genel menfaate uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, anılan maddenin mülkiyet hakkını güvence altına aldığını belirtmektedir.² Herkese mal ve mülkünün dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkının tanınması, özü itibariyle mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır.³

b- Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Sözleşme uygulamasında "mal ve mülk" kavramı Sözleşme'nin diğer kavramları gibi "özerk" bir niteliğe sahiptir.⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "mal ve mülk" kavramını çok geniş yorumlamaktadır. Bu kapsama, çok çeşitli ekonomik

* "Mülkiyet Hakkı (AİHS 1 No.lu Protokol Madde 1) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Hakkında Verilen Kararlar" başlıklı tebliğ.

¹ 1 No'lu Protokol 63336 sayılı ve 10 Mart 1954 tarihli "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun" ile onaylanmıştır. R.G.19.3.1954, Sayı:8662

² Handyside-İngiltere, 1976; Mackx-Belçika, 1979

³ Gölcüklü, Feyyaz-Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 4. Bası Ankara, 2003, s. 418.

⁴ Gölcüklü-Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 418.

varlıklar girmektedir.⁵ Maddi bir varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmaz mallar yanında, maddi varlığa sahip olmayan hak ve menfaatleri, mameleke dahil her türlü aktifi, mali ve ekonomik değeri içeren bir kavramdır.⁶ Örneğin, hisse senetleri, ev sahibinin kira alma hakkı, bir mesleği icra hakkı, bir sinemanın müşterileri, bir zarardan doğan tazminat hakkı gibi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesindeki “*mal ve mülk*” kavramının fiziki malların mülkiyeti ile sınırlanamayacak “*özerk*” bir anlamı bulunduğunu, bir çok hak ve çıkarın varlık ve böylece “*mülk*” olarak kabul edilebileceğini vurgulamaktadır.

Bir “*hak*” veya “*menfaat*”in ya da “*şey*”in, kısaca bir “*varlığın*” anılan 1. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için her şeyden önce ekonomik bir değere sahip bulunması gereklidir. Hesaplanabilir, belli parasal bir değerle ifade edilebilir varlıklar 1. madde anlamında “*mal ve mülk*” sayılır.⁷ Bu ekonomik değer halen somut surette; hiç olmazsa “*meşru bir beklenti*” niteliğinde olması zorunludur. İleride gerçekleşmesi kuvvetli ve haklı bir beklenti niteliğinde olmayan, sadece bir ihtimal; yani ihtilafın ileri sürüldüğü anda somut bir varlığa sahip bulunmayan; iktisadi değerinin de ne olduğu kesin olarak bilinemeyen hak ve menfaatler bu maddenin korunması altında değildir. Hakkın, iddia edildiği anda mevcut olması gereklidir.⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sosyal ve ekonomik nitelikte bir hak olarak değerlendirdiği mülkiyet hakkının kapsamını geniş yorumlamaktadır. Bu hakkın kapsamının geniş yorumlandığını gösteren Pine Valley Developments Ltd-İrlanda⁹ davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Protokol'ün

⁵ Monica Carss-Frisk, Mülkiyet Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Kasım 2001, s. 5.

⁶ Gölcüklü-Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 418.

⁷ Gölcüklü-Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 418; Dinç, Güney, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargıda Silahların Eşitliği”, *Hukuk Kurultayı*, 6-10 Ocak 2004, Ankara.

⁸ Gölcüklü-Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 419.

⁹ Pine Valley Developments Ltd-İrlanda, 1991.

1. maddesinin belli bir uygulamanın gerçekleşeceği yönünde meşru bir beklentiyi koruma altına alabileceğini belirtmektedir. Olayda, başvuran, sanayi geliştirme konusundaki mevcut izne dayanarak 1978'de bir arazi satın almıştır, ancak 1982'de bu iznin iptali nedeniyle arazi üzerinde faaliyette bulunamamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, izin iptaline kadar geçen sürede, başvuranın arazi üzerinde sanayi geliştirme konusunda en azından meşru bir beklentisinin bulunduğunu belirtmiştir. Bu meşru beklentinin, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesine göre, arazinin bir bölümü olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Van Marle-Hollanda¹⁰ davasında müşteri topluluğu Protokol'ün I. maddesi kapsamında kabul edilmiştir. Başvuranlar birkaç yıl boyunca muhasebeci olarak çalışmışlar, daha sonra çalışmaya devam etmek istiyorlarsa bir idare kurulu tarafından tescil edilmeleri gerektiğini ortaya koyan bir yasa yürürlüğe girmiştir. Başvuranların tescil istemleri reddedilmiştir. Gelirlerinin ve muhasebecilik yaparak oluşturdukları müşteri topluluğunun azaldığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Mahkeme, başvuranların kendi çabalarıyla bir müşteri kitlesi oluşturduğunu, bunun bir varlık anlamına geldiğini, dolayısıyla "*mal ve mülk*" niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Başvuranların tescil talebinin reddedilmesi, mesleki faaliyetlerinin koşullarını büyük ölçüde etkilemiştir. Bunun sonucunda gelirleri, müşterilerinin değeri ve genel olarak işleri azalmıştır. Bu nedenle, mal ve mülklerinin dokunulmazlığına müdahale edilmiştir.

Tre Traktörer Aktiebolag-İsveç¹¹ davasında, alkollü içki satma lisansının iptal edilmiş olması, mal ve mülk dokunulmazlığına müdahale olarak kabul edilmiştir.

Mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen bu davaların önemli bir kısmı idari yargıyı doğrudan ilgilendirmektedir.¹²

¹⁰ Van Marle-Hollanda, 1986.

¹¹ Tre Traktörer Aktiebolag-İsveç, 1989.

¹² 12 İatridis-Yunanistan, 1999. Bu davada, bir sinemanın oluşturduğu müşteri kitlesi

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, halen mevcut bir hakkı korumakta olup, gelecekte mal ve mülk edinme hakkını koruma altına almamaktadır.¹³

c- Mülkiyet Hakkına Müdahale ve Hakkın Korunması

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi üç belirgin kuraldan oluşmaktadır.

Üç kural analizi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ilk defa Sporrong and Lönnroth-İsveç¹⁴ davasında ortaya konulmuştur.¹⁵ Bu üç kural, Mahkemenin daha sonraki kararlarında da kullanılmıştır.

- Mal ve mülkün dokunulmazlığı ilkesi (birinci fıkranın birinci cümlesi)

- Mal ve mülkten mahrum bırakma (birinci fıkranın ikinci cümlesi)

- Mal ve mülkün kullanımının kontrol edilmesi (ikinci fıkra)

Üç kuraldan çıkarılabilecek sonuçlar:¹⁶

- Sözleşme'ye göre, mülkiyet hakkı mutlak olmayıp, genel yarar amacına yönelik bazı sınırlamalara konu olabilecektir.

- Mülkiyete saygı ilkesi (genel kural), maddenin açıkça izin verdiği özel müdahale şekilleri (mahrum bırakma veya kullanı-

“mal ve mülk” kapsamında kabul edilmiştir. Ayrıca bkz., Sporrong ve Lönnroth-İsveç, 1982, imar planları ile getirilen geçici veya uzun süreli yapılaşma yasakları; Benthem-Hollanda, 1985, benzin istasyonu işletme ruhsatı; Karlheinz Schmidt-Almanya, 1994, itfaiye hizmetine katılım vergisi; Mellacher ve diğerleri-Avusturya, 1989, taşınmaz kiralalarına devletin müdahalesi; Bramelid ve Malmström-İsveç, 1979, şirket hisse senetleri; Smith Kline ve French Laboratories-Hollanda, 1990, patent hakları.

¹³ Gölcüklü-Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 419; Monica Carss-Frisk, *a.g.e.*, s. 14.

¹⁴ Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, I*, İstanbul, 2002, s. 486.

¹⁵ Monica Carss-Frisk, *a.g.e.*, s. 5.

¹⁶ Gölcüklü-Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 420.

mın kontrolü) dışında kalan her türlü müdahaleyi yasaklamak suretiyle mülkiyet hakkına genel bir koruma sağlamaktadır.

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilip edilmediğini belirlerken, öncelikle başvuranın 1. madde kapsamına giren bir mülkiyet hakkına sahip olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Mülkiyet hakkının varlığı tespit edilince, ikinci adım bir müdahalenin olup olmadığına dikkate alınmasıdır. Nihayet, müdahalenin türü, yani üç kuraldan hangisinin uygulanacağı belirlenir.

Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin yasallık koşullarına uygun olması gereklidir. Bu husus, 1. maddenin birinci fıkrasında, mülkten mahrum bırakma ile ilgili olarak açıkça ifade edilmiştir. Mal ve mülkten yoksun bırakma, "yasanın belirlediği koşullara bağlı" olmalıdır.

Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin haklı gösterilebilmesi için, bu müdahalenin kamu yararına veya genel menfaate uygun olması zorunludur.¹⁷

Maddede açıkça yer almamakla birlikte, hak ve özgürlüklerin sınırlanıp düzenlenmesinde temel nitelikte olan ve Sözleşme sisteminin tamamına egemen bulunan "ölçülülük" ilkesine uygunluk da aranan diğer bir koşuldur. Ulaşılacak istenen amaçla başvuru aracının makul bir ölçülülük ilişkisi taşıması gereklidir. Protokol'ün 1. maddesine dayanarak, bireyin temel haklarının korunması gerekleri ile toplumun genel yararı gerekleri arasında adil bir dengenin kurulması gerektiği birçok kararda yer almıştır.¹⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin yasallık ilkesine uyumlu davranmasının son derece önemli olduğunu altını çizmiştir. Mahkemenin ifade ettiği gibi, eğer bu koşul yerine getirilmezse, daha öteye gitmek ve devletin amacının

¹⁷ Gölcüklü-Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 423; Monica Carss- Frisk, *a.g.e.*, s. 20.

¹⁸ Akkuş-Türkiye, 1997; Aka-Türkiye, 1998; Sporong and Lönnroth-İsveç, 1982; Tre Traktörer AB-İsveç, 1989; AGOSI-İngiltere, 1986. Ayrıca bkz., Oğurlu, Yücel, *Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 159-163.

meşruiyetini veya ölçülülük ilkesini ele almak için bir sebep yoktur. Iatridis- Yunanistan¹⁹ davasında, Protokolün 1. maddesinin en önemli koşulu, bir kamu mercii tarafından mülk dokunulmazlığına yapılacak herhangi bir müdahalenin hukuki olmasıdır, görüşünü belirtmiştir. *“Ayrıca, demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bütün maddelerinin temelini oluşturmaktadır. Devlete ve ilgili kamu merciiine, yargının emirlerine ve aleyhine alınmış olan kararlara uyma yükümlülüğü getirir... Buna göre, toplumun genel çıkarları ve bireyin temel haklarının korunması gereği arasında “adil bir denge”nin kurulup kurulmadığı... ancak söz konusu müdahalenin hukuksallık koşulunu yerine getirdiği ve keyfi olmadığı belirlendikten sonra geçerli olur.”*

B- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Mülkiyet Hakkıyla ilgili Olarak Türkiye Hakkında Verilen Bazı Kararlar

Adalet Bakanlığı tarafından yapılan yakın tarihli bir açıklamaya göre, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali iddiasıyla Türkiye'ye karşı yapılan başvuruların sayısı 6.500 civarındadır.

Bu başvuruların yaklaşık 4.000 adedi mülkiyet hakkından yararlanamama iddiasıyla Kıbrıs Rum Kesimi'nden yapılmıştır. Ülkemizin Güneydoğu Anadolu Bölgesinde yaşanan olaylar nedeniyle bazı köylerde ve evlerde meydana gelen zararlardan dolayı yapılan başvuruların sayısı yaklaşık 1.500 iken, 800 başvuru da kamulaştırma ile ilgilidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Aleyhine Bugüne Kadar Yapılan Başvurularla İlgili İstatistik Bilgilere (25.9.1990 - 27.1.2003)²⁰ göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığımız 1987

¹⁹ Iatridis-Yunanistan, 1999.

²⁰ Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi, C. 1, S. 4, Ocak 2003, s.VIII. Derginin bu sayısında ihlal kararlarının bir listesi de bulunmaktadır.

yılından bu yana ülkemiz aleyhine yapılan başvurulardan 311 karar çıkmış olup, bunlardan 13'ü Türkiye lehine, 298 adedi ise, Türkiye aleyhinedir. Aleyhimize sonuçlanan 298 adet başvurudan 177 adedi Ek 1. Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin bulunmaktadır.

İncelemenin bu bölümünde mülkiyet hakkı ihlalleriyle ilgili olarak Türkiye hakkında verilen bazı kararlar kısaca belirtilip, yakın tarihli ve doğrudan doğruya idari yargıya ilişkin olan Öneriyıldız²¹ kararı ise, ayrıntılı olarak ortaya konulup değerlendirilecektir.

1- Kamulaştırma Bedellerinden Kaynaklanan İhlaller

Akkuş - Türkiye Davası²²

Bu dava, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Kızılırmak Vadisi'nde Altinkaya Hidro-Elektrik Barajını yapmak için başvuranın arazisini kamulaştırdıktan sonra, davacının bedel artırım istemiyle adli yargıda açtığı dava sonucunda yapılan kamulaştırma bedel artırımının geç ödenmesinden kaynaklanmaktadır.

Mahkeme, uygun olmayan gecikmelerin tazminatın değerini düşürdüğünü, paranın değer kaybının mülkü kamulaştırılmış kişinin parasal kaybını daha da ağırlaştırdığını ve onu belirsizlik içine ittiğini kararda ifade etmektedir. Resmi makamların dava konusu bedeli on yedi ay geciktirmekle mülkiyet hakkının korunması ile genel menfaatin icapları arasında varlığı gerekli dengenin bozulmasına yol açtıkları belirtilmiştir.

Aka - Türkiye Davası²³

Bu davada ise, kamulaştırma bedel artırımında enflasyona denk oranın dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.

²¹ Öneriyıldız-Türkiye, 2002.

²² Akkuş-Türkiye, 1997.

²³ Aka-Türkiye, 1998.

Başvuran, kamulaştırma ek bedeli için ödenen gecikme faizi oranının çok düşük olmasından ve bu tutarların ödenmesindeki gecikmelerden şikayetçi olmuştur.

Mahkeme'nin içtihatına göre, büyük çaptaki kamu programlarının gerçekleştirilmesini güvence altına almak için yapılan kamulaştırmalar sonucunda ortaya çıkan müdahalede, toplumun genel menfaatıyla bireyin temel haklarının korunması arasında "*adil bir denge*" kurulmalıdır.

Mahkeme, Türkiye' deki enflasyon oranı ile başvurana ödenen miktara uygulanacak artırım oranı arasındaki farkın başvuranın zarar görmesine ve bu durumun da dengenin başvuran aleyhine bozulmasına yol açtığını ifade etmektedir.²⁴

Anayasa'nın 46. maddesinde (3.10.2001 günlü değişiklik) ve Kamulaştırma Kanununda yapılan değişiklikler, kamulaştırma bedelinin miktarı ve ödenmesindeki sorunların çözülmesi amacıyla yapılmıştır.

2- Kıbrıs Rum Kesiminden yapılan başvurular

Loizidou - Türkiye Davası²⁵

Başvuran Güney Kıbrıslı bir Rum olup, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları içinde kalan mülkü ile bağlantı kuramadığını ve bu nedenle mülkünden yararlanma olanağını kaybettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, başvuranın mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

3- Ülkemizin Güneydoğu Anadolu Bölgesinde teröre karşı verilen mücadele sırasında ortaya çıkan ihlaller

Bu konuda yapılan başvuruların mülkiyet hakkının ihlali açısından ortak özelliği, 1990'lı yıllarda Güneydoğu Anadolu

²⁴ Kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesinden dolayı Türkiye aleyhine iki yüz kadar karar çıkmıştır. Bu başvurularla ilgili olarak ihlal kararı çıkmaması ve yüksek tazminata hükmedilmemesi için "dostane çözüm"e gidilmektedir. Diğer kararlardaki ihlal sebepleri de Akkuş Kararı ile Aka Kararında yer alan sebeplerle aynıdır.

²⁵ Loizidou-Türkiye, 1996.

Bölgesi'nde terörün sona erdirilmesi için gerçekleştirilen mücadeleden kaynaklanan olaylarda başvuranların yaşadıkları köylerde, evlerinde ve ev eşyalarında meydana gelen zararların karşılanması noktasında toplanmaktadır.

Yine, bu başvurular Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (eski) 26. maddesinde (yeni madde 35/1) yer alan iç başvuru yolları tüketilmeden yapılmıştır. Ancak, Mahkeme ilk defa Akdivar ve ötekiler Türkiye (16.9.1996) kararında başlattığı ve bu olaya özgü özel koşullarla sınırlı olduğunu vurguladığı "*etkili iç hukuk yolu*" olmadığından bahisle,²⁶ iç hukuk yolu tüketilmeden yapılan başvurunun kabul edilebilirliğini Mentesh ve ötekiler-Türkiye (28.11.1997), Selçuk ve Asker-Türkiye (24.4.1998), Dulaş-Türkiye (9.1.2001), Orhan-Türkiye (18.6.2002) kararlarında da sürdürmüştür.

Bu kararlarda, başvuranların evlerinin, ev eşyalarının, köydeki ürünlerinin zarar gördüğü, bu olaylara ilişkin olarak yapılan soruşturmaların yeterli olmadığı, sorumluların cezalandırılmadığı ve bu zararların iç hukuk yoluyla karşılanmadığı belirtilerek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

²⁶ Mahkeme, bu kararlarında köyleri ve evleri yanan, ürünleri zarar gören başvuranların bu zararlarının iç hukukta tazmin edilmediği varsayımından hareket etmektedir. Ancak, yargıç Gölcüklü'nün bu kararlarda kullandığı karşı oylarda da belirttiği üzere, bu zararların idari yargıda açılan davalar sonucu karşılandığı, "sosyal risk ilkesi" esas alınarak verilen yüzlerce kararda gerek evlerde gerekse ürünlerde meydana gelen zararların faiziyle birlikte tazminine karar verildiği bilinmektedir. Örneğin, Danıştay 10. Dairesinin 22.9.1999 günlü, E: 1998/3998, K: 1999/4078 sayılı kararıyla onanan bir idare mahkemesi kararında; Bingöl ili, Kiğı ilçesine bağlı bir köydeki evin çıkan terör olayları sırasında yanmasından dolayı uğranılan zararın tazminine karar verilmiştir. Başka bir kararda (Danıştay 10. Daire, 5.12.2001 günlü, E: 2000/4997, K: 2001/4435), terör nedeniyle köyünü terk etmek zorunda kalan davacının köye dönememe, köydeki mal ve mülkünden yararlanamama sebebiyle uğradığı zararın sosyal risk ilkesine göre tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine, Danıştay 10. Dairesi'nin 27.4.1998 günlü, E: 1996/8825, K: 1998/1634 sayılı kararında, davacının kiracısı olduğu evin içindeki eşyalarla birlikte yakılması olayında güvenlik görevlilerinin sorumluluğu bulunduğu belirtilerek uğranılan zararın tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bkz., Bal, Yakup - Şahin, Yahya - Karabulut, Mustafa, Danıştay 10. Dairesi'nin *Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ocak 2003, s. 565 vd.

Aynı iddialarla yapılan iki başvuru sonucunda verilen Gündem-Türkiye (22.5.1998) ve Matyar-Türkiye (21.2.2002) davalarında ise, başvuru sahiplerinin evlerinde meydana gelen zararda Devletin sorumluluğu kanıtlanamadığından mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, yukarıda belirtilen nitelikteki zararların önemli bir kısmının yargı yoluna başvurmaya gerek kalmaksızın karşılanması mümkün olabilecektir. Kanunun uygulanması sonucunda belirtilen amaç gerçekleşirse, bu konudaki ihlallerin azalacağı öngörülebilir.

Öneryıldız - Türkiye Davası²⁷

Başvuru; İstanbul, Ümraniye Hekimbaşı çöp toplama alanında 28.4.1993 günü meydana gelen metan gazı patlaması sonucu uğranılan zararın, iç hukuk yolları tüketilmesine rağmen karşılanmadığı iddiasıyla yapılmıştır.

Başvuruda, Sözleşme'nin 2., 8. ve 13. maddeleri ile 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

Başvuru 18.1.1999 günü yapılmıştır, Mahkeme ise, kararını 18.6.2002 günü vermiştir.

Olaylar

Başvuran ailesiyle birlikte Ümraniye çöp toplama alanı yakınında bulunan gecekondulardan birinde yaşamaktadır. 28.4.1993'te saat 11.00 civarında meydana gelen metan gazı patlaması sonucu ortaya çıkan toprak kayması başvuranın ve ailesinin de bulunduğu 13 gecekondunun yok olmasına ve dokuz başvuranın ailesinden olmak üzere otuz dokuz kişinin ölümüne neden olmuştur.

Kararda yer alan bilgilere göre, çöp atıkları 1970 yılından beri gecekonduların bulunduğu alana dökülmektedir. Bu alan

²⁷ <http://www.hudoc.echr.coe.int>; <http://www.pol.edu.tr>; *Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi*. C.1, S. 4, Ocak 2003. s. 15/61.

MUSTAFA
KARABULUT'UN
TEBLİĞİ

yaklaşık 350.000 m² lik bir yüzölçümüne sahip olup, Beykoz, Üsküdar, Kadıköy ve Ümraniye semtlerinin ortak çöp toplama merkezi olarak kullanılmaktadır.

Çöp toplama alanı olarak kullanılmaya başlandığı dönemde, alana en yakın yerleşim birimi 3,5 km. uzakta iken, yıllar itibariyle, çöplerin bırakıldığı alanın yakınlarına, hiçbir şekilde izin alınmaksızın binalar inşaa edilmiştir.

Kararda, inşaa edilen gecekondulara 1989 yılından itibaren su ve elektrik verildiğinin dosyada bulunan faturalardan anlaşıldığı belirtilmektedir.

7.5.1991 günlü bir rapora göre, çöp toplama alanının 50 metre yakınında bile gecekondular vardır. Bu alan, bulaşıcı hastalık dahil her türlü riski içermektedir. Metan gazı patlamasını önlemek için hiçbir çalışmanın yapılmadığı alanda, çöp atıklarının toplanmasının önlenmesi için girişimlerde bulunulmuş, ancak bu girişim olay meydana geldikten sonra sonuç vermiştir.

Olaydan sonra, ceza soruşturmasını yürüten Üsküdar Cumhuriyet Savcısı'nın, inşaat mühendisliği alanında üç profesörden oluşan bilirkişi heyetiyle birlikte yaptığı keşif sonucunda düzenlenen 18.5.1993 günlü rapora göre; metan gazı patlamasından dolayı oluşan zararın sorumluları olarak; 2/8 oranında İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne, 2/8 oranında Ümraniye Belediyesi'ne, 1/8 oranında Çevre Bakanlığı'na, 1/8 oranında Hükümete ve 2/8 oranında gecekondular sahiplerine kusur yüklenmiştir.

Açılan ceza davası sonucunda, dönemin İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı ile Ümraniye Belediye Başkanı Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesi hükmü uyarınca, görevi ihmal suçundan dolayı 3 ay hapis ve 160.000.- lira para cezasıyla cezalandırılmış, hapis cezası para cezasına çevrilmiş ve para cezaları da ertelenmiştir.

İdari Yargı Aşaması

3.9.1 1993 günü başvuru sahibi Öneriyıldız, uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 13. maddesine göre, İçişleri Bakanlığına, Çevre Bakanlığına, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na ve Ümraniye Belediye Başkanlığı'na başvurmuştur.

Başvuruların reddi üzerine İstanbul İdare Mahkemesi'nde 1993 yılı Aralık ayında dava açmıştır.

Açılan davada, eşi ve çocuklarının kaybı nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı olarak 2.595.000.000.- lira, toprak altında kalan ev ve içindeki eşyalar için 200.000.000.- lira olmak üzere toplam 2.795.000.000.- lira maddi ve 1.800.000.000.- lira manevi olmak üzere 4.595.000.000.- lira tazminatın yasal faiziyle birlikte davalı idarelerce ödenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

İdare Mahkemesi 30.11.1995 gününde davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine karar vermiştir.

İdare Mahkemesi, kararında 18.5.1993 günlü rapora yer vermiş, bu aşamada yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

Kararda, davalı idarelerin gerekli önlemleri zamanında almayarak davaya konu zarara sebebiyet verdikleri, idarelerin eylemi ile zarar arasında nedensellik bağının bulunduğuna yer verilmiştir. İdarelerin kusuru yanında davacıların da kusurlu olduğu belirtilmiştir.

Davacının eşinin ev kadını olması, çocuklarının küçük yaşta olmaları ve herhangi bir işte çalışmamaları nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatının ödenmesi koşullarının oluşmadığı²⁸ gerekçesiyle, destekten yoksun kalma tazminatı isteminin reddine karar verilmiştir.

²⁸ Destekten yoksun kalma tazminatı isteminin reddine ilişkin kararın bu kısmı Danıştay'ın yerleşik kararlarına aykırıdır. Danıştay kararlarında (Örn. Danıştay 10. D. 16.12.1996, E: 1995/885, K: 1996/8299; 10. D. 16.11.1998, E: 1998/2636,

Davacıların bu olay nedeniyle, maddi tazminat olarak istedikleri ev ve eşyalarının kaybıyla ilgili olarak; evin kaçak olduğu ve çöp toplama sahası içinde yapıldığı, Ümraniye Belediyesi'nin yıkma yetkisinin bulunduğu gerekçesiyle eve yönelik tazminat istemi reddedilmiş, ev eşyaları yönünden ise, elektriği ve suyu bulunmayan gecekonuda yaşayan ailelerin asgari ev eşyası bulunduğundan hareketle 10.000.000.- lira maddi tazminatın ödenmesine, uğranılan manevi zarar için de 100.000.000.- lira manevi tazminatın kabulüne, sadece maddi tazminata yasal faiz uygulanmasına karar verilmiştir.²⁹

Davacıların ve davalı idarelerin karşılıklı temyiz istemleri reddedilerek karar 21.4.1998 gününde onanmıştır.

Davacılar karar düzeltme isteminde bulunmamış, davalı idarenin karar düzeltme istemi ise, 21.6.2000 gününde reddedilerek karar kesinleşmiştir.³⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirmesi

Mahkeme; iç hukuk kurallarını belirtip, olayın meydana gelişini ayrıntılı olarak incelemiştir. Gecekondu sorunu üzerinde durmuş, gecekonduyla ilgili 18 af yasının çıkarıldığını vurgulandıktan sonra; idarelerin Sözleşmenin 2. maddesinde yer verilen "yaşama hakkı" konusundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirtmiştir. Olayda, sıradan bir vatandaşın metan gazı patlaması riskini ve bundan dolayı oluşabilecek yer kaymasını bilemeyeceğini; başvuru sahibinin, ailesinin ölümünü göze alarak orada yaşadığının kabul edilemeyeceği üzerinde durulmuştur. Çöp toplama alanına yakın gecekon-

K: 1998/5780) küçük çocuğun ve bazı kararlarda ev kadınının ölümü nedeniyle uğranılan destekten yoksun kalma tazminatının kabulüne karar verilmektedir.

²⁹ Danıştay'ın manevi tazminata faiz uygulanması istemini kabul etmeye başladığını belirtmek yararlı olacaktır. (Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 10.06.2004 günlü, E: 2001/692, K: 2004/629 ve 25.11.2004 günlü, E: 2004/2495, K: 2004/1923 sayılı kararlarında manevi tazminata faiz uygulanması istemleri kabul edilmiştir.)

³⁰ Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, karar düzeltme yolu kullanılmadan başvurulduğuna vurgulamak gerekir.

dular da yaşayanların metan gazı patlaması riski konusunda yeterince bilgilendirilmedikleri belirtilmiştir.

Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varan Mahkeme, başvuru sahibinin zararının iç hukukta öngörülen yargı yollarıyla tazmin edilemediğini belirtmiştir.

Ceza davasının etkili olmadığına, amacına ulaşmadığına da kararda yer verilmiştir.

- İdare Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

AİHM, bir davacının uğradığı zararın önemi ve zarara uğrayanın kişisel durumu değerlendirme kapsamına alındığında ve hükmedilen tazminat makul bir sürede ödendiğinde, hakkaniyete uygun tazminin var olduğunun kabul edilebileceğini belirtmektedir.³¹

Yargı sürecinin, 9 yakını ölmüş olan davacı için önemi dikkate alınarak hızlı ilerlemesi gerektiği, davayla ilgili tüm delillerin önceden toplanmış olduğu ifade edilmiştir.

Kararda, davacının tazminat hakkının, ancak tazminata ilişkin idare mahkemesi kararının kesinleştiği tarihte, yani davacının tazminat talebinin ilgili idarelerce reddinden 4 yıl, 11 ay, 10 gün sonra ortaya çıktığı belirtilmiştir.³²

Mahkeme, Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinde geçen "mülk" kavramının kendine özgü bir anlam genişliği olduğunu, ekonomik nitelikteki bazı hak ve menfaatlerin de "mülk" olarak kabul edilebileceğini tekrarlamaktadır.³³ Mahkeme, özel bir menfaatin ulusal hukukta bir "hak" olarak tanınmamasının ya da yasaların böyle bir menfaate "mülkiyet hakkı" niteliği kazandırmamasının, bu menfaatin Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. mad-

³¹ Guillemin-Fransa, 21.2.1997.

³² Yapılan bu değerlendirmenin hatalı olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü, davacının tazminat hakkı idare mahkemesi kararının verildiği 30.11.1995 günü dikkate alındığında, bu kararın davacıya tebliğ edilmesi üzerine doğmaktadır. Yargı kararının uygulanması için temyiz sonucunun beklenmesi zorunluluğu yoktur.

³³ Iatridis-Yunanistan, 1999; Beyeler-İtalya, 1996.

desi gereğince “*mülk*” olarak kabul edilmesini önlemeyeceğini belirtmektedir.³⁴ Olayın koşullarının, davacıyı Protokol’ün 1. maddesi tarafından güvence altına alınmış önemli bir menfaatin sahibi yapıp yapmadığını incelemenin gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Başvuranın gecekondusunun imar mevzuatına aykırı olduğunu vurgulayan Mahkeme, buna rağmen, başvuranın gecekondusu inşaat malzemesi ile evde bulunabilecek ev eşyası ve özel eşyaların sahibi olduğunu, başvuru sahibinin 1988 yılından beri yetkili makamlardan hiçbir zaman endişelenmeyerek bu meskende ikamet ettiğini ve bu sayede kira gideri de olmadığını belirtmektedir.

Gecekondusu mahallesinde sosyal bir çevre oluşturan ve 28 Nisan 1993 günlü kazaya kadar buradaki yaşamını sürdürmesine hiçbir engel görmeyen³⁵ başvuranın inşaa ettiği ve içinde ailesiyle birlikte yaşadığı evin, kendisi için önemli bir “*ekonomik varlık*” ifade ettiğini kabul etmek gerekir. Yetkili makamlarca korunmasına izin verilen bu menfaat, Ek 1 Nolu Protokol’ün 1. maddesinin ilk cümlesinde ifade edilen “*mülk*” kapsamında değerlendirilmektedir.

Mahkeme, Sözleşme’nin birçok maddesinin amacının kişiyi idarelerin keyfi müdahalelerinden korumak olduğunu belirttiikten sonra, ayrıca kişilerin haklarının korunması için devletin pozitif yükümlülüğünün de³⁶ bulunduğunu, pozitif yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı devletin sorumlu olabileceğini açıklamaktadır.

Metan gazı patlamasını ve bu patlama sebebiyle meydana gelen toprak kaymasını önleyici çalışmalarda bulunmayan, ge-

³⁴ Tre Traktörer AB-İsveç, 1989; Van Marle ve Diğerleri-Hollanda, 1986.

³⁵ Mahkeme, bu olaydaki durumu (Chapman-İngiltere,2001) davasından farklı görmektedir. Chapman davasında, yerleşim izni almadan karavanını yerleştirdiği araziye terk etmesi istenen Bayan Chapman’a para cezaları verilmiş ve araziye terk etmesi yönünde adli işlem yapılmıştır. Mahkeme, yapılan başvuruyu reddetmiş ve kanuna aykırılığın korunamayacağını belirtmiştir.

³⁶ Assenav ve Diğerleri-Bulgaristan, 1998.

rekli önlemleri almayan idarelerin kusurları dikkate alındığında, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk fıkrasında güvence altına alınan hakkın korunmaması, başvuranın malvarlığının dokunulmazlığının açık bir ihlalidir.

Bu ihlal, Türk Ceza Kanunu'na göre de suç oluşturmuştur ve ulusal yasalara da açıkça aykırıdır.

Kararda, Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği tespit edildikten sonra, bu ihlal nedeniyle uğranılan zararın iç hukuk yollarıyla tazmin edilip edilmediği aşamasına geçilmiştir.

Mahkeme, idari yargıya göre, başvuru sahibinin gecekondunun kaybindan dolayı tazminat isteyemeyeceğine, çünkü bu gecekondunun belediye ekiplerince her an yıkılabileceği gerekçesine katılmamıştır.

Yukarıda açıklandığı gibi, Öneriyıldız ailesinin gecekonduda hiçbir engelle karşılaşmadan, serbestçe yaşadığını tekrar vurgulamıştır.

Ayrıca, idareler, bir yıkımı planlamış olsalardı bile, genel menfaatlerin gerekleri ile kişinin menfaatleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlü olacaklardı.

Yıkımdan önce, başvuru sahibine menfaatlerini savunması için ve eşyalarını gecekondudan çıkarması için idarelerce makul bir süre verilmesi gerektiğinin de idare mahkemesince değerlendirilmediği belirtilmektedir.

Başvuranın uğradığı gerçek zararlar orantılı bir tazminata hükmedilmediği, maddi zararlar ilgili iddiaların hızlı ve dikkatli olarak incelenmediği de belirtilmektedir.

İdare mahkemesince hükmedilen tazminatın da idarelerce ödenmemiş olduğunu belirten Mahkeme, başvuranın uğradığı zararın iç hukuk yoluyla karşılanmadığını belirtmiş ve Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline karar vermiştir.

Başvuru sahibinin ailevi ve sosyal durumunu dikkate alan Mahkeme, başvuranın eşinin ve çocuklarının yaşamlarını kaybetmeselerdi, aileye maddi destek sağlayacaklarını kabul etmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı isteminin reddinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Mahkeme, destekten yoksun kalma tazminatı olarak 16.000 Euro tespit etmiştir.

Manevi zarara gelince; Mahkeme, başvuru sahibinin olaydan ciddi bir şekilde zarar gördüğünü düşünmektedir. Başvuran, sadece aile üyelerinin birçoğunu kaybetmekle kalmayıp, ayrıca adaletin tatmin edici olmayan işleyişi karşısında güçsüzlüğünü hissetmiştir. Olayın özel niteliğini, ayrıca davacının hayatta kalan üç çocuğunu etkileyen ızdırabı ve manevi tazminat olarak idari yargı tarafından başvurana öngörülen tazminatı da dikkate alarak hakkaniyetli davranmak durumunda bulunan Mahkeme uğranılan manevi zararı 133.000 Euro olarak belirlemiştir.

Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin tespit edilen ihlali ile ilgili olarak ise, Mahkeme, bu ihlal ile başvuru sahibinin mal kaybı arasında nedensellik bağının varlığını tespit etmektedir. Olayların bir gecekondü mahallesinde meydana geldiğini bilmekle birlikte, Mahkeme, mülkiyet hakkını kanıtlayan bir belgenin olmamasının, uğranılan zararın değerlendirilmesinde kararı etkileyici bir unsur oluşturmadığını düşünmektedir. Başvuru sahibinin evinin yıkılmasından dolayı uğradığı gerçek zararın 2.500 Euro olduğu kabul edilmiştir.

Taşınabilir malların değerine gelince, davacının bu konuda herhangi bir delilinin bulunmamasına rağmen, hakkaniyete ve mütevazı bir ailenin yaşam şartlarına bakılarak zararın 1.500 Euro olduğu sonucuna varılmıştır.

Cenaze masrafları için de 1.000 Euro belirlenmiştir.

Başvuru sahibine maddi ve manevi zarar olarak toplam 154.000 Euro ödenmesine karar verilmiştir.

Karar:

- Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali yönünden 2 oya karşı 5 oy ile,

- Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali yönünden 3 oya karşı 4 oy ile alınmıştır.

Sözleşme'nin 8. ve 13. maddelerinin ihlaline ilişkin iddiaların incelenmesine gerek olmadığına oybirliği ile karar verilmiştir.³⁷

Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilmediğine ilişkin karşı oyda; davacının üzerine gecekondusunu inşaa ettiği alanın Hazineye ait olduğu vurgulanarak, başvuranın, burada herhangi bir hakka sahip olduğunu kanıtlayamadığı belirtilmiştir. Davacının inşaa etmiş olduğu derme-çatma yapı ruhsatsız olduğundan, çevre ve imar yönlerinden yasalara aykırı bulunduğundan, bu yapıdan dolayı hukuka uygun bir hakkın varlığının kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Başvuran gecekondudan dolayı ekonomik bir menfaat elde etmekteyse de, elde edilen bu menfaat yasal olmadığından Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında değerlendirilemez.

Yetkili idarelerin gecekonduyu yıkmamış olmalarının, başvuranın ailesiyle birlikte gecekonduda idare tarafından rahatsız edilmeden beş yıl boyunca oturmuş olmasının, başvuranın davranışına yasallık kazandırmayacağı belirtilerek Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali bulunmadığı oyuyla üç üye karara katılmamıştır.

Karardan Çıkarılabilecek Sonuçlar

İç hukukta yasal olmayan bir ekonomik varlık bile, belirli koşullar altında, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında değerlendirilebilmektedir. Olayda, idarelerin yasal olmayan gecekonduya yönelik olarak bir müdahalede bulunmamaları,

³⁷ Türkiye'nin bu karara karşı yaptığı temyizden inceleme başvurusu Mahkemenin Büyük Dairesince incelenmiş ve başvuru reddedilerek karar kesinleşmiştir. Temyiz incelemesi sonucu verilen kararda Sözleşmenin "etkili başvuru hakkı"nı düzenleyen 13. maddesinin de ihlal edildiği belirtilmiştir. www.echr.coe.int/Eng/Press/2004/Nov/GrandChamberjudgmentÖneryildizvTurkey...3.0.11.2004.

davacının burada ailesiyle birlikte oturmak suretiyle ekonomik bir çıkar elde etmiş olması, bu çıkarın Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında değerlendirilmesine yol açmıştır.

Devletin pozitif yükümlülüğü üzerinde durulmuştur. İdarelerin faaliyet alanında bulunan konularda, kişilerin temel haklarına yönelik tehditleri ortadan kaldırmakla yükümlü oldukları, bu hakların korunması için gerekli önlemlerin alınmamasından dolayı idarenin sorumlu olacağı belirtilmiştir.

- Başvuranın uğradığı zararlar orantılı bir tazminatın iç hukuk yollarıyla elde edilemediği, yargılamanın uzun sürdüğü, ayrıca idari yargının ödenmesine karar verdiği tazminatın da ödenmeyerek yargı kararının uygulanmadığı belirtilmektedir.

- Kararda, karar düzeltme yoluna başvurulmadan idari yargı kararının kesinleştiği belirtilmektedir. Bu değerlendirme hatalı olmakla birlikte, davacının karar düzeltme yoluna başvurmadığı da açıktır. Mahkemenin, idari yargıda iç hukuk yollarının tüketilmesi için karar düzeltme yoluna başvurmayı gerekli görmediği anlaşılmaktadır. Bu başvuru da karar düzeltme yolu tüketilmeden yapılmıştır.

Sonuç

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer verilen mülkiyet hakkı geniş bir içeriğe sahiptir. Sözleşme uygulamasında, Sözleşmenin diğer kavramları gibi "özerk" bir niteliğe sahip olmasından dolayı da çok çeşitli ekonomik varlıklar maddenin korumasında yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyet hakkının ihlali konusunda yasallık, kamu yararı ve ölçülülük ilkelerine göre inceleme yapmaktadır. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin öncelikle yasal dayanağının bulunması gereklidir. Müdahalenin haklı gösterilebilmesi, bu müdahalenin kamu yararına ve ölçülülük ilkesine uygun olmasına bağlıdır. Bu ilkelere aykırılık halinde mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

İncelenen bazı kararlardan da ortaya çıktığı gibi, mülkiyet hakkının ihlali konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar idari yargıyı etkilemektedir.³⁸

Oturum Başkanı: Evet, bir hayli, 10 dakika kadar zamanını aştı. Onun için ben de sizlerden özür diliyorum. Ama arkadaş bu noktaları belirtmeseydi, bizim kararlarımızla o kararlar arasındaki farklı noktaları sizlerin de öğrenme ihtimaliniz olmayacaktı. O nedenle hoşgörüyü karşılayacağımızı umuyorum.

Sorulara geçelim; buyurun.

Ayhan KILIÇ (İdari Yargı Hâkim Adayı): Benim sorum, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin olarak Mustafa beye olacak. Mülkiyetinin hakkının ihlali dolayısıyla açılan tazminat davaları genellikle adli yardım istemli olarak açılmaktadır. Bunlar maddi durum araştırması yaptıktan sonra, bir karar vermektedir ve ret kararı verdiği takdirde, adli yardım isteminin reddi kararı verdiği takdirde, harç tamamlama yazısı yazıyor. Yatırmadığı takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar veriyor. Davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği durumda, acaba iç hukuk yolları tüketilmiş oluyor mu, olmuyor mu?

TARTIŞMA

³⁸ Yararlanılan Kaynaklar

- Akılhoğlu, Tekin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri*, İmaj Yayınevi, Ankara, Mayıs 2002.
- Bal, Yakup - Şahin, Yahya - Karabulut, Mustafa, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ocak 2003.
- Diñç, Güney, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargıda Silahların Eşitliği", *Hukuk Kurultayı, 6-10 Ocak 2004, Ankara*.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, I*, İstanbul, 2002.
- Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 4. Bası Ankara, 2003.
- Monica Carss-Frisk, *Mülkiyet Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Kasım 2001.
- Oğurlu, Yücel, *Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi*, C. 1, S. 4, Ocak 2003.
- www.hudoc.echr.coe.int/Eng/judgments.htm

TARTIŞMA

Mustafa KARABULUT: Tabii, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması için, mahkeme içtihatlarına göre... Konumuz iç hukuk yollarının tüketilmesi olmamakla birlikte, tabii kararların bir kısmı, Türkiye'yi ilgilendiren bununla ilgili, iç hukuk yollarının tükenmiş olması için, iç hukukta tanınan yolların tamamlanmış olması gerektiğini mahkeme içtihatlarında belirtmektedir. Bir idari başvuru yolu gerekiyorsa, onu yapacak. Arkasından mahkemeye başvuracak, o kararın temyizi imkânı varsa, o yolu yapacak. Karar kesinleştikten sonra 6 aylık süre içerisinde İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuracak. Burada sizin belirttiğiniz adli yardım isteminin reddi, iç hukuk yollarının tüketilmesinden çok, bana daha çok adil yargılanma ilkesi kapsamında, 6. madde kapsamında ele alınması gerekir diye düşünüyorum. Eğer adli yardım talebinin koşulları var da, bu talep reddedilmiş ise, bu sebeple bir karar verilmişse, burada mahkemenin değerlendirmesi iç hukuk yolunun etkin olmadığına ilişkin olabilir. Fakat asıl kural bu yolların tüketilmiş olması lazım. Eğer bu adli yardım talebi belirttiğim gibi, hukuka uygun olmaksızın reddedilmişse, bu defa iç hukuk yolunun etkin olmaması gündeme gelir. Orada koşullar olunca, mahkeme iç hukuk yollarının tüketilmesini aramayabilir şeklinde bir cevap verebilirim.

Benim bu karar konusundaki görüşüm: Öncelikle İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki kararında Türkiye işgalci olarak gösterilmektedir ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin tanınmaması, Anayasası'nın ve yasalarının geçerli kabul edilmemesinden hareket edilerek, Güney Kıbrıslıların Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ndeki mal ve mülklerine ulaşamadığı kararda belirtilmekte. Bu gerekçeyle mülkiyet hakkının ihlali sonucuna varılmaktadır. Benim bu konuda görüşüm: Kararın siyasi bir niteliğe sahip olduğu, çözümün de siyasi olabileceği noktasındadır.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Sorumun birinci bölümü aldım, cevabın ikinci bölümünü alamadım. O noktadan soruyorum. "Kararı bilmiyorum" dedim, arkadaşım eğer biliyorsa, ikinci kararda-

ki gerekçe nedir? Çünkü aynı konumda, aynı maddi olguda iki dava. Taraflardan biri Güney, biri Kuzey. Kuzeydeki de malına erişemiyor, Güneydeki de malına erişemiyor. Birisi “işgal nedeniyle hayır” deniliyor. Ama önemli olan o değil ki, işgal önemli değil. Kişinin hakkına erişip erişememesi, ikisinde de bence maddi olgu aynı. Ama ikinci davada, Türkün başvurusunda ret çıktığını biliyorum. Ama gerekçesine yine de rezerv koyuyorum, bilmiyorum. Ama ret olduğunu biliyorum, başvurudan, kabul edilebilirlikten ret olabilir, o zaman bir şey söylemeyeceğim. Ama esasa girilmiş ve karar başka bir gerekçeyle reddedilmişse, neyle reddedilmiş? Çünkü maddi olgu aynı, hiç değişmemiş. Bunun cevabını alamadığım için, zaten çelişki ve benim rahatsızlık duyduğum tek nokta, bu türlü kararlarda, sonuçta o kararlarda 7 kişilik veya 40 kişilik kurullarla veriliyor ve vicdani kanaatler de bunun içine giriyor. O kişileri ve o ülkeleri taramazsınız, elinizdeki dosyalarda kişiler vicdan kanaati derken, kişisel kanaatlerinizi de içine sokmuş olabilirsiniz. İnsan Hakları Mahkemesine hepimizin saygısı sonsuz ve dahili protokolle, ek protokollere uymak, asıl sözleşmeye uymak yönünden büyük bir içtenlikle yasa değişikliklerini yapan bir ülke olduğumuzu da vurguladıktan sonra bunları söylüyorum. Taraf olarak da görmüyorum. Kararlarını Anayasa’mız 90. maddesine göre iç hukukta umulması gerekli, hatta Anayasaya aykırılı ileri sürülemeyen bir kanun hükmünde olduğunu da kabul etmek suretiyle uyguluyoruz. Ama hatalarımız, uygulamalarımızdan var. Mahkemeler önünde tazminatlara da mahkûm oluyoruz, bunlara da hiç karşı değiliz. Yalnız bu kararlarda, eğer ret kararını bilen bir başka arkadaş varsa, ondan, ben sadece tatmin olmak için istedim, ama herhalde cevabı yok. O zaman bu mahkemenin de çok yüce bir mahkeme olmakla beraber, vicdani kanaatini kullanırken subjektif davranabildiği gibi sonuç ve yargıya varmak durumunda kalıyorum.

Sabrınıza çok teşekkür ediyorum. Oturumu kapatıyorum.

İKİNCİ GÜN
YEDİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı
Ender ÇETİNKAYA
(Danıştay Beşinci Daire Başkanı)

İDARİ YARGI REFORM ÇALIŞMALARI

TEBLİĞ: I

Prof. Dr. Marie-France Christophe TCHAKALOFF (Paris Sorbonne Üniversitesi)

(Konuşmacı bir yakını aniden rahatsızlandığı için toplantıya katılamamıştır. H el ene Pauliat' dan yerine tebliğ sunumu istendiği açılışta Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu tarafından belirtilmiş ise de dosyada tebliğe rastlanamamıştır.)

TEBLİĞ: II

Doç. Dr. Celal ERKUT (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*¹

CELAL
ERKUT'UN
TEBLİĞİ

Etkili bir yargı denetimi, buna olanak tanıyan hukuksal araçların kullanıma açık tutulması ile sağlanabilir. Yargı denetimine getirilecek her türlü sınırlama onun özüne dokunur ve anayasal dengede bozulmaya neden olur. Bu nedenlerle, yargısal denetim olabildiğince sınırsız tutulmalı, yurttaşlar

* "AİHS'nin 6. maddesine Strasbourg Yargıcının bakış Acısı da Dikkate Alınarak Türkiye'de Yürütülen Reform alışmaları Hakkında Kısa Bir Değerlendirme" adlı tebliğ.

¹ Buradaki değerlendirmeler Doç. Dr. Celal Erkut'un "Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı" isimli profesörlük çalışmasının son bölümünden esinlenerek yapılmıştır.

hukuka aykırı ve keyfi her türlü idari işleme karşı yargısal korumaya alınmalıdır. Hukukun üstünlüğü, ancak, sınırlandırılmamış ve etkili bir yargı denetimi ile gerçekleştirilebilir. Kurucu nitelik taşısa dahi, yargının denetim alanının sınırlarının siyasal iktidarlarca belirlenmesi çağdaş hukuk düzeni ile bağdaşmaz. Çağdaş devlette bu sınırları belirleyen siyasal iktidarların takdiri değil, hukuk devletinin içeriği ve bu içeriği belirleyen ilkelerdir.

Yukarıdaki ifadeler Danıştay Başkanı sayın Nuri Alan'ın Danıştay'ın 135. Yıldönümü dolayısıyla yapmış olduğu konuşmadaki² genel değerlendirmeden aynen alınmıştır. Yüksek Mahkeme başkanı bu değerlendirmesi ile günümüzde idare yargıcının etkin bir yargılama işlevini yerine getiremediğini haklı olarak ortaya koyarken; bunun en önemli nedeninin idare yargıcının etkin bir yargılama işlevini yerine getirebilmek bakımından gerekli olan hukuksal araç ve mekanizmalardan yoksun olduğunu ve giderek de yetkisinin ve gücünün başta anayasa koyucu gelmek üzere kamu kudreti inisiyatifi sonucunda oldukça sınırlandırılmış olduğunu ve en önemlisi de idari yargı üzerindeki bu sınırlayıcı anlayışın devamı halinde de idare yargıcından etkin bir yargılama işlevinin beklenmemesi gereğini son derece uygun bir üslup içinde dile getirmiştir.

Gerçekten de günümüzde idare yargıcının yetkilerinin 1982 anayasasının öngörmüş olduğu hukuk düzeninde oldukça sınırlı ve edilgen bir yapı içine hapsedildiği ve adeta "yargıç inisiyatifinin tutukluluğu" döneminin başladığı söylenebilir. Özellikle aşağıda belirteceğimiz gibi, idari tasarruflar hakkında yargıcın yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini neredeyse imkansız kılan, İdare'nin yetkisinin takdir içeren öğeleri üzerinde bir yargılama yetkisi kullanılmasını engelleyen siyasi iktidarların bu yaklaşımı bu konudaki en önemli göstergelerdir.

² Konuşma metni için bkz., *Danıştay Kararlar Dergisi*, Yıl. 1 ,S.2, 2003, s. vd.

Diğer taraftan, siyasi iktidarların idari yargı düzeni üzerinde yirmi yıldan fazla bir süredir egemen kıldıkları hukuku küçümseyen ve hatta aldırılmaz ve aymaz yaklaşım; idare yargıcını da bezdirmiş ve umutsuzlaştırılmıştır ki, bu durum idare yargıcının da kabuk değiştirmesine ve 1982 düzeni öncesinde İdareye hukukla bağlılığı emreden “*imperium*” yetkilerini tamamen unutmalarına ve kamu kudreti karşısında -saman alevi gibi yanan birkaç kararı dışında edilgen, çekingen ve hatta Ürkek bir tutuma bürünmesine yol açmıştır.

Dolayısıyla, bugün bireylerin anayasadan kaynaklanan ve özellikle de AİHS ile AİHM'nin bakış açısıyla sahip olmaları gereken birey haklarının ülkemizdeki hukuk güvenliği anlayışı ile ne denli bağdaştığı tartışmalıdır. Özellikle devletin bireylerin sahip olmaları gereken hukuk güvenliğini sağlamak ve bireylerin evrensel hukuk kurallarının koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemi almak yönündeki görevlerinin yerine getirilmesi bakımından bugün başta yargı reformu gelmek üzere, kamu hukuku alanında önemli bir hukuk reformuna gereksinim bulunmaktadır.

Bu bağlamda, günümüzde 1982 Anayasası'nın da benimsediği hukuk güvenliği ilkesi çerçevesinde, kişilerin sahip oldukları hak ve özgürlüklerin anayasal güvence altında olduğu ve bu konuda yasa koyucu tarafından getirilebilecek sınırlamaların da “*insan haklarına dayalı hukuk devleti*”ne hakim olan ilke ve esaslara aykırı olamayacağı açıktır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının kapsam ve koşulları da iç hukuk düzenimizde Anayasa'nın 13. ve devamı maddelerinde belirtilmiş; ancak yine Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak da “*çağdaş ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*” esas kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, hiçbir temel hak ve özgürlük bakımından yasa koyucunun öngöreceği bir sınırlamanın, -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de yer aldığı gibi- “*çağdaş ve demokratik bir toplum düzeninin gerekleri*”ne aykırı olmayacağı prensibi iç hukukumuzda üst normlarla tartışmasız biçimde benimsenmiştir.

Ancak, özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin "bireylerin adil yargılanma" haklarına bakış açısı çerçevesinde anayasa ve idari yargılama hukukumuzda yer alan çeşitli düzenlemelerin ya kaldırılması ya da revize edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Günümüz modern hukuk öğretilerinde ise, kamu kudreti düşüncesinin bireylerin sahip oldukları hakları korumaya yönelik bir anlam ve içerik taşıyabileceği kabul edilmektedir.

Ülkemizde, "kamu kudreti ayrıcalığı" ya da "kamu kudreti tasarrufları"ndan söz edildiğinde ise sadece idare hukukuna özgü kurallar ile idarenin karar alma sürecinde uyguladığı üstün ve tek yanlı yetkiler anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, idari karar alma sürecinde tek yanlı karar alabilme ve bu kararı uygulayabilme gücünün oluştuğu noktada Kamu kudreti ayrıcalığı ortaya çıkmaktadır.

İdarenin yargısal denetiminin kapsamını da devlet idaresinin yani kamu kudretinin tasarrufları oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, kamu kudreti ayrıcalığı ile hareket edebilen devlet idaresinin kullanmış olduğu bu üstün güç ve yetke neticesinde hukuk düzenine giren tasarrufların özgünlüğünü bilen, bu tasarruflara yabancı olmayan idare yargıcısı tarafından yapılacak bir yargısal denetim sonucunda en doğru ve sağlıklı karara varılabileceği kabul edilmektedir.

Yani idari yargı, bir ülkede benimsenmiş olan kamu kudreti rejimi ile birey haklarını bağdaştırarak bir yargılama işlevini gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla da bu kapsamda, devleti oluşturan temel siyasi ve hukuki metinlerde toplum düzeninin yapılandırılması bağlamında bireyler arasındaki eşitlik ve dayanışmanın hangi düzeyde sağlanacağı ve devlet ile birey yararlarının birbirleriyle çatışmadan hangi ölçülerde korunacağı belirlenip düzenlenirken dahi kamu kudreti rejimi ile temel hakların birbirlerine karşı dengelenmesi esas her zaman çıkış noktası olarak ele alınmaktadır.

Bu esasların ışığında AİHS'nin 6. maddesine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bakış açısı uyarınca başta idari yargı yerlerinin oluşturulması, yargıçlarının bağımsızlığı, karar alma usullerinin belirlenmesi ve benzeri her türlü yargılama enstrümanının kullanılması konusunda kamu kudreti inisiyatifi çok dikkatli bir yeniden yapılanmayı gerçekleştirmek zorundadır.

Üstelik, 19.07.2003 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4928 sayılı yasa ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*yargılamanın yenilenmesi*" başlıklı 53.maddesine eklenen yeni hükümler ile" idari yargı yerlerinin kararlarının AİHS veya eki Protokollerde güvence altına alınan haklar ihlal edilmek suretiyle oluştuğunun İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespiti halinde bu durumun iç hukuk düzeninde hak sahibi açısından bir "*yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılacağı*" hususu düzenlenmiştir.³

³ Söz konusu düzenleme sonrasında 2577 sayılı Yasa'nın 53. maddesi hükmü aynen şöyledir:

Yargılamanın Yenilenmesi

MADDE 53. (Değişik: 4001-10.6.1994)

1- Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir:

a- Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,

b- Karara esas olarak alınan belgenin sahteliğine hükmedilmiş veya sahte olduğu mahkeme veya resmi bir makam huzurunda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki hüküm karardan evvel verilmiş olup da, yargılamanın yenilenmesini isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması,

c- Karara esas olarak alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması,

d- Bilirkişinin kasıtlı gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu mahkeme kararıyla belirlenmesi,

e- Lehine karar verilen tarafın, karara etkisi olan bir hile kullanmış olması,

f- Vekil veya kanuni temsilci olmayan kimseler ile davanın görülüp karara bağlanması,

g- Çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hakimin katılmasıyla karar verilmiş olması,

h- Tarafları konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı

Hiç şüphesiz yasa koyucunun, 2577 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde ifade etmiş olduğu "hüküm" idari yargı kararı olup; bu hükmün Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan "adil yargılanma hakkı" ihlal edilerek verildiğinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nce tespiti halinde, başvuru sahipleri bu kez söz konusu bu tespit hükmünden hareketle iç hukuk düzenimizde "yargılamanın yeniden gerçekleştirilmesini talep etme hakkı"na sahip olacaklardır ki, kanımızca idare yargıcının böyle bir talep üzerine yargılama sürecini yeniden başlatma dışında başkaca bir değerlendirme yetkisi de bulunmamaktadır.

Türk İdari Yargılama Hukuku bakımından son dönemlerde gerçekleştirilmiş en önemli yasal reform niteliğindeki bu kamu kudreti inisiyatifi bunun devamını da getirmek ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Sözleşme'nin 6. maddesine bakış açısı çerçevesinde iç hukuk düzenimizde idare yargıcının inisiyatifini doğrudan ve dolaylı nitelikte sınırlandıran her türlü anayasa ve yasal düzenlemeleri ayıklayıp; hukuk düzeninden kaldırmak yönünde bir yeni yapılandırma gerçekleştirmek zorundadır.

Diğer taraftan, günümüzde ülkemiz bakımından idare hukukunun temellerinin ve ana başlıklarının artık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcının yorum ve değerlendirmeleri ile şekilleneceği kabulünden hareketle, hukuk düzeni-

mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması.

1- (Ek: 15.7.2003-4928/m.6) Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korunmaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.

2- Yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır.

3- (Değişik: 15.7.2003-4928/m.6) Yargılamanın yenilenmesi süresi, (i) numaralı fıkranın (h) bendinde yazılı sebep için on yıl, (i) numaralı fıkranın (1) bendinde yazılı sebep için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl ve diğer sebepler için altmış gündür.

Bu süreler, dayanılan sebebin istemde bulunan yönünden gerçekleştirildiği tarihi izleyen günden başlatılarak hesaplanır.

mizin yeniden yapılandırılması sürecindeki kuralların Avrupa yargıcının koymuş olduğu ilkeler ışığında düzenlenmesi gerektiğinin altı çizilmelidir.

Bu kapsamda, tarafımızca çok genel başlıklar altında aşağıdaki temel hususlarda bir yeni yapılanma gerekliliği değerlendirilmektedir.

1- İdari yargı mensuplarının bağımsızlığı ve teminatı kapsamında Anayasa'nın 159.maddesi yeniden düzenlenmeli ve idari yargı mensupları bakımından tamamen özerk ve ayrı bir yapı öngörülmelidir

Anayasa'nın 138. maddesinde; *"Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani 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 ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz."* Hükmüne ve Anayasa'nın 139. maddesinde de *"Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılır veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır."* Hükmüne yer verilerek; adli ve idari yargıçların ve savcılarının bağımsızlığı ve teminatı çağdaş bir anlayış içinde düzenlenmiş olmakla birlikte, daha sonra *"Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu"* başlığı altında düzenlenen Anayasa'nın 159. maddesi ile bu hükümlerin hukuki değeri anlamsız kılınmıştır.

Söz konusu madde hükmü aynen şu hususları düzenlemektedir:

"Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.

Kurulun Başkam, Adalet Bakanı'dır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurul'un tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığı'nın, bir mahkemenin veya bir hakimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Kurulun görevlerini yerine getirmesi, seçim ve çalışma usulleriyle itirazların Kurul bünyesinde incelenmesi esasları kanunla düzenlenir.

Adalet Bakanlığı'nın merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılarının muvafakatlarını alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

Adalet Bakan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hakim ve savcılar geçici yetki ile görevlendirebilir."

Söz konusu düzenlemede; esas itibarıyla hemen hemen her kararı bir idari tasarruf niteliği taşıyan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bu kararlarına karşı idari yargı yolunun kapatılmış olması hem Anayasada düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırıdır hem de "adil yargılanma hakkı"-nın açık bir ihlali niteliğindedir. Bu nedenle de bu hususun düzenlendiği üçüncü fıkra tamamen kaldırılmalıdır.

Hakim ve savcılarının tüm özlük işleri, atanmaları ve nakilleri konusunda yetki sahibi olan bu Kurul'da, Yürütme Erki'nin bir parçası olan ve siyasi kimlik de taşıyan Adalet Bakanı ile ayrıca müsteşarın yer almış olması, özellikle idari yargı hakimleri üzerinde önemli bir baskı ve telkin unsuru oluşturabilir niteliktedir. Bu nedenle, Kurul'un sadece Yüksek Mahkeme yargıçlarından oluşturulması gerektiği değerlendirilmektedir.

Yine bir hakim ve savcının "geçici yetki" ile görevlendirilmesi yönündeki tasarrufun münhasıran Bakan'a bırakılmış olması ve "süreklili görev" yapmayan ve hangi zaman diliminde toplanacağı da Bakan'a bağlı bulunan Kurul'un böyle bir tasarruf hakkında sonradan onay verip vermemesinin de fazla bir önem taşımayacağı) dikkate alındığında, bu hükmün de revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Tüm yargıçlar bakımından geçerli olan bu saptamaların yanı sıra, 7 kişiden oluşan Kurul'da sadece iki Kurul üyesinin idari yargı kökenli olması ve idari yargı mensupları hakkında verilecek kararlar bakımından pratikte fazla bir söz sahibi olamamaları da dikkate alındığında; "idari yargı mensupları" bakımından ayrı ve özerk bir yapılandırmanın oluşturulması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Buna göre, kanımızca, idari yargı hakim ve savcılarının tüm özlük işleri, atanmaları, yükseltilmeleri gibi her konuda halihazırda Danıştay Kanunu uyarınca oluşturulmuş olan "Danıştay Başkanlar Kurulu" nun yetkili kılınması ve doğrudan bu Kurul emrinde çalışacak idari yargı müfettişleri ile yeni bir sekreteryaya düzeni oluşturulması en doğru ve pratik çözüm olacaktır.

2- Hiçbir idari işlem ve eyleme yargı bağımsızlığı tanınmayacağı ilkesi bağlamında anayasadaki ayrık düzenlemeler kaldırılmalıdır

Anayasa'nın 125. maddesinde "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" denildikten sonra gerek bu

maddede ve gerekse anayasanın diğer maddelerinde idari yargı yolunu kapatan veya kısıtlayan çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür:

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura'nın kararları yargı denetimi dışındadır. (m.125)

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir. (m.125)

Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. (m.129)

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaz. (m.159)

Sayıştay kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulamaz. (m.160)

İfade edelim ki, tüm bu anayasal kısıtlamaların kaldırılması yönünde gerekli anayasal değişiklikler de gerçekleştirilmelidir.

3- Birevlerin haklarının teminatı olan geçici yargısal koruma mekanizması yeniden yapılandırılmalıdır

Bu konuda öncelikle birey haklarının korunması bakımından en önemli ve en hayati müessese olan "yürütmenin durdurulması" müessesesinin Anayasa'da düzenlenmiş olduğu 125. maddenin ilgili hükmünde: "İdari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir." İfadesi yer almaktadır. Bu hükmün bu şekilde düzenlenmiş olması yargıcın iradesini son derece sınırlandırmaktadır. çünkü, zaten "idari işlemin hukuka uygun olduğu" karinesi ile yargılamaya başlayan idare yargıcının, bir idari işlemdeki açık hukuka aykırılığı saptaması ve giderek aynı zamanda da bu

işlemin telafisi güç zararlara sebebiyet vereceğini tespit etmesi, yargılamanın henüz başında pek mümkün değildir.

Bu nedenle de bu hükmün yeniden düzenlenmesinin sağlanması ve idare yargıcına dava dosyasındaki veriler ile birlikte uyumsuzluğun niteliğini değerlendirerek bir hüküm tesis edebilme inisiyatifi tanınmalıdır. Bu amacın gerçekleşmesinin sağlanabilmesi kapsamında Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki biçimde düzenlenebilecektir:

“İdari işlemin hukuka aykırı olduğuna ve uygulanması halinde telafisi güç durumların ortaya çıkabileceğine mahkemece kanaat getirilmesi halinde ya da yargılamanın seyrinin gerekli kıldığı durumlarda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.”

Hiç şüphesiz bu düzenleme neticesinde 2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesinde de paralel değişikliğe gidilmelidir.

Bugün gerek Anayasa'da ve gerekse 2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesinde *“idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir”* şeklinde formüle edilmiş bulunan hüküm nedeniyle idari yargılama hukukunda yürütmenin durdurulması müessesesinden beklenen faydanın asgari düzeyde olduğu gözlenmektedir. Her ne kadar, son beş yıldır mahkemelerce *“İdare'nin savunması alınıncaya kadar yürütmenin durdurulması”* ya da *“davanın durumuna göre bu aşamada yürütmenin durdurulması”* gibi formüllerle anayasal ve yasal kısıtlamalar aşılmaya çalışılmakta ise de, bir yandan uygulamada mahkemeler arasındaki yaklaşım ve değerlendirme farklılıkları ve diğer yandan da bu nitelikteki kararların idare tarafından yerine getirilmesindeki belirsizlik ve keyfilik mevcut kısıtlamaların aşılmasına çözüm getirmemektedir.

Bilindiği gibi, yürütmenin durdurulması müessesesi idari yargının kendine özgü yapısından kaynaklanan ve İdarenin hukuka aykırı işlemleri karşısında açılan iptal da-

valarında, bireylerin dava sonuçlanana kadar geçici bir yargısal korumadan yararlanmasını sağlayan en önemli yargısal enstrüman olup; ayrıca bugün Avrupa Birliği üyesi ülkelerin iç hukuklarında bu tür yargısal koruma mekanizmalarının düzenleniş biçimi o ülkenin "hukuk devleti" anlayışının değerlendirilmesinde önemli bir gösterge oluşturmaktadır.

Ülkemizin yürürlükteki düzenlemesinin katı ve yargıca fazla bir inisiyatif tanımayan niteliği tartışmasız olup; özellikle yargıcın yürütmenin durdurulması kararına hükmedebilmesi için açık hukuka aykırılık halinin varlığının şart koşulduğu bir düzenlemede yargıcın yürütmenin durdurulması kararına hükmetmesi neredeyse hem imkansızdır hem de zaten gereksizdir.⁴ Çünkü yargıcın bir idari işlemin açıkça hukuka

⁴ Nitekim, TESEV adına yürütülen araştırmada da bu hususlarda şu sonuçlara ulaşılmıştır:

* Yürütmenin durdurulması talebi reddedilen 387 dosyadan 320'sinde davanın esas bakımından da red ile sonuçlandığı(%82,7); buna mukabil sadece 62 dosyada (% 16) iptal kararı verildiği ve bunun yanı sıra. Yürütmenin durdurulması talebinin kabul edildiği 150 dosyadan 123'ünde(%82) nihai kararın da iptalle sonuçlandığı ve sadece 27 dosyada davanın reddedildiği(%18) görülmüştür. Bu da esas itibarıyla yargıcın yürütmenin durdurulması konusundaki talepleri. ancak "hukuka uygunluk ya da aykırılık" saptamasında bulduktan sonra değerlendirdiğini somut olarak ortaya koymaktadır.

** Yürütmenin durdurulmasının talep edildiği 576 dosyada yapılan incelemede. talep hakkında ortalama 132 gün sonra karar verildiği görülmüştür. Ayrıca,570 dosyada yapılan incelemede de yürütmenin durdurulması hakkında karar verildikten sonra, davanın esastan karara bağlanması ortalama 256 gün sürmektedir. Son olarak, 576 dosya üzerinde yapılan incelemede, Yürütmenin Durdurulması taleplerinin davanın açıldığı tarihten itibaren:

- ilk 30 gün içinde karara bağlandığı dosyaların genele oranı sadece %6,8,
- ilk 60 gün içindeki karar oranı %14,4,
- ilk 90 gün içindeki karar oranı %30,4,
- ilk 120 gün içindeki karar oranı %45,
- ilk 150 gün içindeki karar oranı %57,5,

olarak saptanmış; ayrıca, %27,3 oranındaki toplam 150 dosyada bu sürenin 200 günün üstüne çıktığı görülmüştür. Ayrıca yürütmenin durdurulmasının talep edildiği 572 dosyadan sadece 23 dosyada(%4) yargıcın cevap sürelerini kısalttığı ve yine sadece 2 dosyada (%03) tebligatın memur eliyle yapılmasına karar verildiği saptanmıştır ki, tüm bu saptamalardan da anlaşıldığı gibi, bugün yürütmenin durdurulması müessesesinin varlık sebebi bu veriler çerçevesinde tartışılır bir konuma gelmiştir.

aykırılığını tespit edebilmesi ancak dilekçe teatileri neticesinde ortaya çıkabilmekte ve artık bu aşamada ise yargıcın zaten uyuşmazlığı esastan karara bağlama imkanı doğmaktadır.

Bu bakımdan, mevcut sisteme fazla müdahale etmeksizin en azından yargıca daha fazla inisiyatifin tanınacağı yukarıdaki önerinin kabulü ile bu konudaki sistem zaafiyetinin giderilebilmesi mümkün olabilecektir.

Ancak, böyle bir düzenlemenin dahi bazı idari uyuşmazlıklar bakımından birey haklarının güvence altına alınmasında tam anlamıyla bir koruma sağlayamayacağı söylenebilir. Özellikle, idarenin almış olduğu kararları derhal icra edebilme gücüne sahip olması ve bu kararlara karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulması talebi hakkında bir karar verilmesini bekleme zorunluluğu bulunmaması karşısında, bu yeni düzenlemenin de tam bir koruma sağlayacağı söylenemez. Bu nedenle, konuyla ilgili ayrıca bir işlemin uygulanmasının telafisi güç zararlara yol açacağı yolunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik idari işlemlere karşı hak ihlali iddiasıyla açılan davalarda davanın açılmış olmasının işlemin icrasını durdurucu etkiye sahip kılınmasını öngören ve işlemin icrasına ancak mahkemenin hükmedebileceği bir yeni düzenlemenin sorunu kökten çözeceği düşünülmektedir.

Bununla birlikte şayet alman hukukunda geçerli olan böyle bir sistemin düzenlenmesi kabul görmediği takdirde, kanımızca Fransız hukuk sisteminde 2000 yılında yapılan değişiklik ışığında bu konu hakkında getirilen "refere" yargıç sistemi aynen ya da benzer biçimde düzenlenerek birey haklarının korunmasında önemli bir iyileştirme sağlanabileceği değerlendirilmektedir. Bu sistemde, davanın açılması ile birlikte mahkemece yetkilendirilmiş olan (genellikle mahkeme başkanı) yargıç dava konusu işlemin uygulanması ile belirli hakların telafi edilemez biçimde ihlal edilebileceği yönünde bir kanaate ulaşırsa kendisine yapılan başvurudan itibaren 48 saat içinde işlemin uygulamaya konulmasını durdurma ve idareye işlemini uygulamaması için talimat verme yetkisine sahip kılınmaktadır. Ancak söz konusu sistemin benimsen-

mesi halinde anayasanın 125. maddesi ve 2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesinin yanı sıra birçok yasada değişikliğe gidilmesi gerekecektir.

4- 2575.2576 ve 2577 sayılı vasalardaki hükümler yargılamanın “makul ve kabul edilebilir” bir süre içinde sonlandırılmasına yönelik olarak yeniden düzenlenmelidir

İdari yargılamanın daha etkin kılınması bakımından 1995 yılında Adalet Bakanlığı ve TESEV tarafından müştereken yürütülen bir araştırma projesinde varılan “gecikmiş adalet gerçekleşmemiş adalettir” sentezi bugün de aynen ve belki daha da yoğun biçimde güncelliğini korumaktadır.

Hiç şüphesiz ki,adalet idesinin temel hedefi yargılamada adil bir hükme en çabuk şekilde ulaşmak olmalıdır. İdari yargılama hukukunda yargılamanın safahati bakımından öngörülen yargılama usulü hükümlerinin katılığı ile yargılama işlevinin tamamen dışında öngörülen ve çoğu kez yargıcı ve meslek mensupları ile kalemleri bunaltan usuli muameleler yargılamanın tarafları bakımından ise büyük hoşnutsuzluklara yol açmaktadır.

Bu bakımdan, hem yargıcı rahatlatacak hem de yargılamanın taraflarını tatmin edecek nitelikteki aşağıdaki değişikliklere gidilmesi gerektiği düşünülmektedir.

a- İlk inceleme safahatı kaldırılmalıdır:

2577 sayılı Yasa'nın 14. ve 15. maddelerinde öngörülen düzenlemeler idari yargılama usulü hükümlerinin tamamının kamu düzenine ilişkin olması esasına aykırı olduğu gibi, bir idari davanın açılmasından itibaren yaklaşık 20-25 günlük bir süre dava dilekçesinin karşı tarafa tebliğini geciktirmektedir. Üstelik, dilekçelerdeki noksanlıkların tespiti dışında, bu maddelerde yer verilen yargılama usulü kuralları bakımından yapılacak değerlendirme çoğu kez ancak İdareden işlem dosyasının getirilmesi ve/veya İdarenin yanıtı ile sağlıklı hale gelmektedir.

b- Dilekçe teatisinin düzenlendiği 16.madde yeniden formüle edilmeli ve “replik” ve “düplik” aşamaları zorunlu olmaktan çıkarılmalıdır

2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesi idare yargıcına yargılamanın taraflarının iradelerinden bağımsız olarak resen inceleme yetkisi tanımıştır. Bu nedenle, yargıç dava dilekçesi ile İdarenin cevabı neticesinde yargılama konusu uyuşmazlığın aydınlığa kavuştuğu kanısına ulaşır sa artık replik ve düplik aşamalarını tüketmek zorunda bırakılmamalıdır. Kaldı ki, yargılamanın tarafları da zaten diledikleri aşamada uyuşmazlığın çözümü konusunda yargıca gerekli bilgi ve belgeleri aktarına hakkına sahiptirler. Bu zorunluluğun kaldırılması da yargıcın inisiyatifi ile yargılama sürecini duruma göre 45 ila 100 gün arasında kısaltabilecek; ayrıca tebligat muameleleri bakımından mahkeme kaleminde de belirli bir rahatlama yaratacaktır.

c- Adalet pulu ihdas edilmelidir: Bu aşamada, belirtmek istediğimiz son nokta ise, yargılama sırasındaki posta pulu eksiklikleridir. Yargılamanın çeşitli aşamalarında dosyaların çoğunda posta pulu eksikliğinin tespit edilerek, bu eksikliğin tamamlanması için yargılamaya ara verilmiş olduğu bilinmektedir. Bir yandan ülkemizdeki enflasyonist ortamda davanın başından alınmış bulunan posta pulu ücretlerine gelen zamlar ve diğer yandan yargılama hukukunda posta pulu eksikliğinin yargılama sürecini askıya alan bir neden olarak düzenlenmiş olması yargılamanın küçümsenmeyecek ölçüde aksamasına ve uzamasına sebep olmaktadır. Bu durumun ciddi bir aksaklık yarattığı ve özellikle de posta pulu eksikliği dolayısıyla gündeme gelen bu sorunun, ya yeni bir düzenleme ile giderilmesi ya da 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 suretiyle çözülebileceği kanısındayız.

d- Kısa ve matbu karar esası düzenlenmelidir: Yargı mercilerince verilmiş bulunan yürütmenin durdurulmasına

ve esasa ilişkin kararların formüle edilerek yazılması mevcut işyükü bakımından oldukça zaman almakta ve ayrıca tebligatla birlikte önemli bir zaman dilimi geçip gitmektedir. Özellikle idari işlemin yürütülmesinin durdurulması ve iptali yönünde verilmiş bulunan yargı kararlarının yerine getirilmesinin gecikmesine yol açan böyle bir durumun giderilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu sorun “kısa karar” formülasyonu ile çözüme kavuşturulabilir. Dava dosyasında verilmiş bulunan hüküm bir “matbu kısa karar,”⁵ şeklinde hazırlanarak, taraflara ve varsa müdahillere derhal tebligata çıkarılabilir. Böylelikle, uyuşmazlığın tarafları yargı kararının en azından neticesi hakkında çok daha kısa bir zaman sürecinde (yaklaşık 45 ila 90 gün daha önce) bilgi sahibi olurlar. Dolayısıyla, konuyla ilgili olarak, İdare yargıcının uyuşmazlık hakkında karara vardığında bu kararı “kısa karar” olarak formüle etmesine ve “gerekçeli karar” aşamasına kadar öncelikle bu kısa kararı tebliğe çıkarmasına imkan tanıyacak düzenleme yapılmalıdır.

d- Yazılı yargılama usulüne esneklik getirilmeli ve “duruşma esasları” yeniden düzenlenmelidir

İdari yargıda “yazılı yargılama modelinin zorunluluğu”na ilişkin kural yumuşatılmalı ve idare yargıcına yargılamanın seyrinin gerekli kıldığı hallerde duruşma yapma serbestisi tanınmalı ve bu doğrultuda duruşmaya ilişkin hükümler de yeniden düzenlenerek, duruşmaya ilişkin esas ve usullerin de yargıç tarafından belirleneceği ve duruşmada zabıt tutulacağı kurala bağlanmalıdır.

⁵ Kanımızca Esas hakkındaki söz konusu kısa matbu karar aşağıdaki biçimde hazırlanabilir:

“... Mahkememizde/Dairemizde E. .../... sayılı dosyada görülmekte olan davanın yargılanması sonucunda tarihinde yapılan müzakere sonucunda idari işlemin hukuka uygun/aykırı olduğu hükmüne varılmıştır. Gerekçeli karar bilahare tarafımıza bildirilecektir. Bilgilerinizi ve mevcut yasal düzenlemeler uyarınca gereğini rica ederiz.”

Not: Kanun yollarına başvuru süresi Mahkememizin/Dairemizin gerekçeli kararının tebliği tarihinden itibaren başlamaktadır. (Kanun yollarına başvuru, 2577 sayılı Yasa'nın 28. maddesi hükmünün gereklerini yerine getirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.)”

e- Adli tatile ilişkin hükümler yeniden düzenlenmelidir:

Bugün “*çalışmaya ara verme*” başlığı altında düzenlenmiş bulunan adli tatil müessesesi kanımızca varlık amacı tamamen ortadan kalkmış bulunan ve bir hafta öncesi ile bir hafta sonrasındaki konsantrasyon sorunları ile birlikte yaklaşık iki aylık bir süre ile idari yargılama işlevinin askıya alınmasına yol açan bir düzenleme olup; yargı hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması bakımından yargıçların da diğer memurlar ve kamu görevlileri gibi hizmeti aksatmayacak biçimde izin haklarını kullanmalarının temin edileceği yeni bir düzenlemenin yapılması gerektiği değerlendirilmektedir. Ancak bu düzenlemenin “*dosyaların devri*” ile birlikte düşünülerek hazırlanması ve yılbaşında ve temmuz ayı başında on beşer günlük süreler ile çalışmaya ara verilmesi kanımızca en uygun çözümü oluşturacaktır.

f- Bazı uyuşmazlıkların öncelikle Bağımsız, Teminatlı ve Uzman Yüksek Kurullar Nezdinde yarı yargısal usuller ile çözümlenmesi sistemi getirilmelidir

Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan “*İdare'nin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır*” hükmü, bazı eylem ve işlemler bakımından ortaya çıkacak uyuşmazlıkların ilk önce o işlem ve eylemler konusunda uzmanlaşmış, bağımsız ve teminatlı bir biçimde yapılandırılmış yüksek idari kurullar nezdinde -gerektiğinde “*yerindelik*” denetimi de yapmak suretiyle çözümlenmesi yolunda zorunlu idari başvuru usullerinin öngörülmesine ve bu kurullar tarafından verilecek kararların ise tek aşamalı olarak yargısal denetime tabi kılınmasına engel oluşturmamaktadır.

Yasal düzenlemeler yoluyla bazı uyuşmazlıkların bu tür Kurullar eliyle incelenerek karara bağlanması yönünde yarı-yargısal usuller ihdası, hem idari yargının iş yükünü oldukça azaltabilecek, hem de bu Kurulların kararlarından da tatmin olmayan bireylere istinaf başvurusu şeklinde yargı yoluna başvuru hakkı da tanınmış olacaktır. Örneğin, ilk ve

CELAL
ERKUT'UN
TEBLİĞİ

orta öğrenim uyuşmazlıkları; yükseköğrenim uyuşmazlıkları; mahalli idarelerin organlık sıfatları ve personeli ile ilgili uyuşmazlıklar; emeklilerin hakları konusundaki uyuşmazlıklar vb. konularda yarı-yargısal yetkilerle donatılarak oluşturulabilecek çeşitli Kurumlar'ın kendi uzmanlık alanındaki işlem ve eylemler dolayısıyla ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda verecekleri gerekçeli kararların başvuru sahiplerini tatmin etmesi ve yargı yoluna istisnaen başvurulması da kuvvetli bir ihtimal olacaktır.

g- Ankara, İstanbul, İzmir gibi iş yoğunluğu fazla olan şehirlerdeki idare mahkemeleri "Danıştay" modeline göre uzmanlık esaslı çerçevesinde yeniden yapılandırılmalıdır

Bugün İdare mahkemeleri arasında büyük şehirlerdeki mahkemelerde oldukça yoğun bir dava dosyası bulunduğu gerçektir. Bu mahkemelerin görevleri Danıştay'daki "*uzman dava dairesi*" esaslı çerçevesinde aralarında iş bölümü öngörülerek yeniden yapılandırıldığı takdirde hem bu mahkemelerce Danıştay'ın ilgili dairelerinin içtihatlarının takibi kolaylaşacak hem de bu içtihatlar ışığında bazı uyuşmazlıklar hakkında çok daha çabuk karar verilmesi sağlanmış olacaktır. Dolayısıyla, bu modelin ilk etapta İstanbul, Ankara ve İzmir'de uygulamaya geçirilmesi ve Danıştay'ın çeşitli dairelerinde görev yapmakta olan uzman tetkik hakimleri ya da savcılarının belirli süreler için bu mahkemelere atanmaları yönündeki bir yapılanmanın önemli bir rahatlama sağlayacağı düşünülmektedir.

h- "Karar düzeltme" müessesesi yeniden düzenlenmelidir

2577 sayılı Yasa'da düzenlendiği biçimi ile idari yargılama sürecinde karar düzeltme aşaması yargılamanın taraflarının ve özellikle de İdarenin hemen her davada başvurduğu bir olağan üstü kanun yoludur. Bu da yargılama sürecinin uzamasındaki önemli bir etkidir. Bu bakımdan, bu müessesenin yeniden düzenlenmesi ve salt kanun yollarının tükeltilmesi maksadıyla yapıldığı anlaşılan bu tür başvurularda,

başvuruda bulunan tarafa caydırıcı nitelikte para cezası öngörülmesi gerektiği düşünülmektedir.

5- İdari Yargılama Hukuku enstrümanlarının ve yargılama usulünün “silahların eşitliği” prensibine göre yeniden düzenlenmesi:

Söz konusu prensip özellikle savunma hakları ile doğrudan ilgilidir. Bu haklar son derece geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir.

a- İdari yargıda dava açma süreleri yeniden düzenlenmeli; özel kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi hiçbir uyuşmazlık bakımından genel dava açma sürelerinden daha kısa bir dava açma süresi kabul edilmemelidir.

AİHM'nin “mahkemeye başvuru hakkı”nın önemli bir parçası olarak öngörmüş olduğu dava açma sürelerinin Kısıtlığı yönünde yasa koyucunun katı tutumunun bir ihlal nedeni sayılabildiği dikkate alındığında; 2577 sayılı yasa hükümlerinin bu kapsamda yeniden düzenlenmeye muhtaç olduğu düşünülmektedir. Bu kapsamda, 2577 sayılı yasanın 7. maddesi yeniden düzenlenmeli ve tüm idari işlemler bakımından tüm mahkemelerde dava açma süresi 60 gün olarak belirlenmeli ve özel kanunlarda daha kısa dava sürelerinin öngörüldüğü uyuşmazlıklar bakımından dahi bu sürenin 60 gün olarak anlaşılması gerektiği hususu hüküm altına alınmalıdır.

b- Danıştay kararlarının yayınlanması zorunluluğu getirilmelidir.

2575 sayılı Yasa'nın 40. maddesinde Danıştay İçtihatları Birleştirme kararlarının *Resmi Gazete*'de yayımlanması zorunluluğu getirilmiştir. Ancak, bunun dışında Danıştay'ın dava dairelerinin kararları bakımından “yayın” zorunluluğu bulunmadığından, doğrudan ya da dolaylı olarak kamu düzenini de ilgilendiren bu kararların çoğu yayınlanmamaktadır.

Oysa idari yargı ve giderek idare hukuku diğer hukuk disiplinlerinden farklı olarak, genel esasları ve ilkeleri içtihatlar

yolu ile şekillenmiş bir disiplindir. Bu alanda hukukun ne olduğunu söyleyen yargıcın ne söylediğinin bilinmemesi, bilgi edinme ve dolayısıyla da savunma haklarını ihlal etmektedir. Özellikle idari yargı düzeninde hak sahibinin hakkını ortaya koyması bakımından en önemli savunma silahlarından birisi olan içtihatlar hakkında yeterli ölçüde bilgi sahibi olmaktan alıkonması kanımızca “aleniyet” ilkesinin ve sonuçta da adil yargılanma ilkesinin ihlali sayılabilecektir.

Bu bakımdan da Danıştay kararlarının periyodik biçimde yayımlanmasını sağlayıcı yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu değerlendirilmektedir.

c- İdari işlem dosyası hakkında davacının tam ve zamanında bilgi sahibi olması hakkı sağlanarak bu aşamada davacıya ayrıca yeni bir savunma hakkı tanınmalıdır

Bilindiği üzere, idari işlemler, muhataplarının iradesine bakılmaksızın ve hatta çoğu kez karşıt iradelerine rağmen, idarenin tek yanlı iradesi neticesinde hukuk düzeninde etkilerini yaratan hukuki tasarruflardır. Bu tasarruflar idarenin kendi iç düzeninde oluşturulurken bir işlem dosyası tanzim edilir. İşlemlerin muhatapları söz konusu bu işlem dosyasının içeriği hakkında bilgi sahibi değildirler. Ancak, mahkemece bu işlem dosyası getirildiğinde işlemin gerekçesi ve içeriğindeki diğer belgeler hakkında bilgi sahibi olabilirler. Ancak, mahkemelerce idareden getirtilen işlem dosyaları çoğu kez davacılar ya da vekillerine incelettirilmemektedir. Bunun en önemli nedeni, idarece gönderilen işlem dosyasının mahkemelere “gizlilik” kaydıyla iletilmiş olması ve mahkemelerce de bu kayda itibar edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Bu bağlamda, işlem dosyası hakkındaki bilgi ve belgelere ulaşamayan davacının bu bilgi ve belgelere karşı savunma hakları da kısıtlanmış olmaktadır.

Bu nedenle, doğrudan doğruya milli güvenlik ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin işlem dosyalarındaki bilgi ve belgeler hariç diğer tüm bilgi ve belgelerin aleni olması gerektiğini

kabul eden AİHM içtihatları uyarınca 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesi hükmünün, idari işlem dosyası hakkında davacının tam ve zamanında bilgi sahibi olması hakkının sağlanacağı ve bu aşamada davacıya ayrıca yeni bir savunma hakkının tanınmasının zorunluluğuna işaret edecek tarzda yeni bir düzenlemeye gidilmesi gereği değerlendirilmektedir.

d- İdari yargıda davaya asli müdahale imkanı sağlanmalıdır

Yine idari yargılama hukukunun özelliği gereği, yargılama faaliyeti idari işlemin hukuka uygunluğu yönünden gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, bir idari işlem hakkında o işlemin muhatabı dışında ayrıca o işlemde menfaati etkilenen üçüncü kişiler de davacı olabilmektedirler. Genellikle "ruhsat", "izin", "atama" gibi işlemler neticesinde hak sahibi durumuna gelmiş olan işlemin muhatapları, çoğu zaman kendi lehlerine sonuçlar doğurmuş olan idari işlemlerin iptali için dava açılmış olduğundan haberdar dahi olmazlar ve böylelikle de yargılamanın sonucundan en çok etkilenecek olan kendileri olmasına rağmen yargılamaya ya iştirak edemezler ya da ancak çok sonra ve İdare yanında müdahil sıfatıyla davaya katılabilirler Ancak hiçbir zaman taraf sıfatını haiz olmadıklarından ancak yanında davaya katıldığı taraf ile birlikte hareket edebilme ile sınırlı bir savunma hakkına sahiptirler.

Bu durum ise, idari işlemler sonucunda hak elde etmiş kimselerin haklarını idari yargı önünde tam ve gerçek anlamda savunamama etkisi yaratmaktadır. Bu bakımdan, idari yargının özelliğinin de dikkate alınarak, idari işlemlerin muhataplarının o işleme karşı açılmış bir davaya diledikleri takdirde asli müdahil olarak katılabilmelerine imkan sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği kanısındayız.

e- Yargıcın "re'sen yargılama" yetkisine müdahale niteliğindeki "usuli" kısıtlamalar kaldırılmalıdır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan "*Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bak-*

CELAL
ERKUT'UN
TEBLİĞİ

makta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler” hükmü çerçevesinde benimsenmiş bulunan “yargıcın re’sen yargılama yetkisi” prensibi uyarınca, yargıcın yargılamanın her aşamasında yargılamanın seyrinin gerektirdiği her türlü kararı alabilme ve her türlü yargılama enstrümanını serbestçe kullanabilme gücü yine aynı yasanın çeşitli hükümleri uyarınca kısıtlanmış ve idare yargıcının bu konuda hareket yeteneği daraltılmaya çalışılmıştır. Anılan yasa hükmü ile esas itibarıyla idari yargılama hukukunun kendine özgü fonksiyonu gözönüne alınarak; idare yargıcının “uyuşmazlığın hukuki esasının çözümünde, her olayın kendine özgü niteliklerini değerlendirerek konuların en az masrafla, süratli bir biçimde ve tam olarak aydınlanabilmesini teminen yargılama hukukunun her türlü enstrümanını kullanabilme gücü ve yetkisi” ifade edilmekle birlikte yargıcın bu konudaki geniş hareket alanı bu yasadaki diğer hükümlerin ve özellikle de 31. madde hükmünün müdahalesi ile birlikte çeşitli kısıtlamalara maruz kalmıştır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesi düzenlemesi sonucunda esas itibarıyla idari yargıya özgü yargılama hukuku bakımından uygulanması güç ve hatta imkansız bir takım usuli müesseseler idari yargıya ithal edilmiştir. Söz konusu yasa hükmüne göre: “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda, hakimın davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif delillerin tespiti yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükumunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleleri Kanunu hükümleri uygulanır, Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re’sen yapılır”.

Anılan yasa hükmü uyarınca, idari yargılama usulünün genel ve müstakil niteliği zedelenerek, yargılama sürecinde tarafların iradelerinin mutlak egemen olduğu özel hukuk

uyuşmazlıklarına özgü çeşitli usuli müesseselerin idari yargılama usulüne de aktarılması sonucunda re'sen yargılama rejimine kısıtlama getirilmiştir.

Özel hukukta, kural olarak, yargılama usulü tarafların subjektif nitelikteki haklarının korunmasının sağlanması amacıyla yönelik olarak düzenlenmiş ve esas olarak yargılamaya en az yargıç kadar- tarafların da egemen olduğu bir yargılama hukuku modeli benimsenmiştir. Oysa idari yargıda, sadece idare yargıcının egemen olduğu ve bu bağlamda da "re'sen yargılama" usulünün kabul edildiği bir yargılama rejimi söz konusu olup; bu yargılama rejimi altında idare yargıcının "hukukun ne olduğunu belirleme yetkisi"ni kısıtlayacak hiçbir usuli müessesenin uygulanabilme yeteneği olmadığı ifade edilmelidir.

Bu nedenle de, 2577 sayılı Yasa'nın 31. maddesinin "idare yargıcı, idari yargılama hukukuyla bağdaştığı ölçüde ve bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygulayabilir" şeklinde yeniden düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

f- İdari işlemlerin sebep unsurunun dayandırıldığı işlem dosyasında yer verilen idare ajanlarının tek taraflı görüş ve değerlendirmelerine karşı ileri sürülen iddialar ile ortaya konulan deliller; idare'ye yabancı olan ve objektif ve tarafsız uzmanlar eliyle yapılmış incelemeler çerçevesinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, idari uyuşmazlıkların özellikleri çerçevesinde, idare yargıcının hukuki donanımı uyarınca çözümlenebileceği konular dışında, hangi esaslar uyarınca uzman görüşüne başvurulabileceği ya da bilirkişi incelemesi yaptırılacağı ve bilirkişilerde hangi niteliklerin aranması gerektiği yönünde bir düzenleme gerçekleştirilmelidir.

5- İdari Yargı kararlarının yerine getirilmesine yönelik düzenlemelerin revize edilmesi

İdari yargı kararlarının yerine getirilmesi kanımızca idari yargının etkinliğinin sağlanması bakımından en önemli soru-

nu oluşturmaktadır. Bu sorunun esası ayrı bir tehliğ konusudur.

2577 sayılı Yasa'nın 28. maddesi, hukukla bağlı idare anlayışı uyarınca, kanımızca "yargı kararlarının yerine getirilmesini sağlamak bakımından" yeterli güvence oluşturmakla birlikte; T. C. İdaresi'nin bugünkü yapısının "hukukla bağlılık" düşüncesine yaklaşımındaki hazımsızlıklar, söz konusu maddenin dolanılması sonucunu yaratmaktadır.⁶

Bu kapsamda, İdare, yargı mercileri tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararlarını "itiraz" mekanizmasını kullanmadan önce yerine getirmemekte ve hatta iptal kararlarını dahi bazen temyiz aşamasında verilecek kararın sonucunu bekleyerek yerine getirmekte ve bu fiili tutuma dayanak olarak da "başvuru haklarının kullanılması" gerekçesi ileri sürülebilmektedir. Yasa hükmünün bir tür dolanına vesilesi sayılması gereken böyle bir anlayışın İdare ve ajanları tarafından terk edilmesini sağlayıcı ve ajanlar üzerinde caydırıcı etki yaratıcı bir düzenlemenin konuyla ilgili bir çözüm oluşturabileceği düşünülmelidir. Bu bağlamda, kanımızca, yasal düzenlemede bir değişiklik yapmak suretiyle özellikle sübjektif hakların ihlal edildiğini belirleyen yargı kararlarının gerek-

⁶ Mevcut 28. madde hükmünde bu yönde yapılacak bir değişikliğin yanı sıra idari yargı mercilerince verilmiş kararların yerine getirilip getirilmemesi ile ilgili olarak tarafların, müdahillerin ve hatta üçüncü kişilerin başvuruda bulunabilecekleri ve İdarece yargı kararlarının gerekleri doğrultusunda hareket edilmediğinin tespiti halinde "yargısal emir" (injonction) de dahil her türlü tedbiri alabilecek şekilde Danıştay bünyesinde yapılandırılacak yeni ve özel yetkilerle donatılmış bir Kurul oluşturulmalıdır. Öte yandan, ayrıca bazı yargı kararlarının ne şekilde ya da ne tür işlemler tesis edilmek suretiyle yerine getirileceği hususlarında bazen İdare de tereddüde düşebilmektedir. Bu bağlamda örneğin "eksik düzenleme" gerekçesiyle iptaline karar verilen genel düzenleyici işlemlerin yerine yeni bir işlem tesisi; özellikle personel hukukunda bir yargı kararının yerine getirilmesi kapsamında yapılan bir dizi görevden alma işlemleri aleyhine açılan davalarda verilen diğer iptal kararları uyarınca işlem tesisi ve benzeri konularda yargı kararının gereğinin ne yönde yerine getirileceği bakımından İdare ajanlarında oluşan tereddütlerin giderilmesinin de sağlanması ve mevcut yargı kararının gereklerinin hukuka uygun biçimde ne tür işlemlerle yerine getirilebileceği yönünde İdare tarafından aynı Kurul'a başvurulabilmesi de mümkün kılınmalıdır.

rinin makul süreler içinde yerine getirilmemesi halinde kamu ajanının kasten hareket ettiği karine teşkil etmelidir.⁷

6- İdari Yargılama hukukunda “hak arama özgürlüğü” nün belirli tip davalar açma zorunluluğu ile kısıtlavan düzenlemeler revize edilmelidir.

Anayasa'nın 155. maddesinde esas itibarıyla 154.madde ile paralel düzenleme yolunu tercih eden anayasa koyucu, maddenin 2. fıkrasında Danıştay'ın idari mahkemelerin) davaları görme görevinin yanı sıra idari uyuşmazlıkları çözme görevinin de bulunduğunu dile getirirken; bize göre, Danıştay ve idari yargı önünde dile getirilecek taleplerin mutlak surette dava yoluyla ve giderek de “*idari dava*”lar formatında olması zorunluluğunu öngörmemiştir.

Buna karşılık, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi “*İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*” başlıklı düzenlemesinin ilk fıkrasında “*iptal*”, “*tam yargı*” ve “*idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*” olmak üzere üç tip idari dava türü olduğunu düzenlemiş ve kanımızca da tüm idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar dolayısıyla idari yargı önünde dile getirilebilecek her türlü talebin ancak bu üç tip idari dava yoluyla mümkün olabileceğini belirlemiştir.

Böylelikle, anayasa koyucunun iradesi ile yasa koyucunun söz konusu 2. maddedeki iradesinin tam olarak örtüşmediği ve bu kapsamda 2. maddenin anayasa koyucunun iradesine rağmen bir tür kısıtlama getirmiş olduğu ileri sürülebilirse de bu sadece “*dava formatı*” bakımından bir değer taşıyabilir. Yoksa, dava türlerinin sınırlandırılması idari yargı önünde dile getirilebilecek taleplerin de sınırlandırılması anlamını içermez.

Yargısal taleplerin kullanılması bakımından yegane sınır “*idare yargıcın yetkisinin sınırı*”dır. Bir başka deyişle, idare

⁷ Bkz., Turgut Tan, “İdari İşlemin Geri Alınması”, Ankara 1970, s.49.

yargıcının veremeyeceği kararlara yönelik talepler, yargısal taleplerin sınırını oluşturmaktadır. Bu talepler ise kanımızca sadece idari işlemin yerinde olmadığı ya da idari işlem tesisi niteliğindeki taleplerdir. Bunun dışında kalan tüm yargısal talepler, hangi dava formatı altında dile getirilirse getirilsin yargıç tarafından dinlenebilir nitelikte talepler olarak değerlendirilmek gerekir.

Bilindiği üzere, iptal davaları idari işlemlerden dolayı menfaatleri zedelenen, etkilenen kişilerce bu işlemlerin hukuk düzeninden tesis edildikleri tarih itibarıyla kaldırılmaları talebiyle açılan ve sonuçları dolayısıyla nesnel etkiler yaratan idari yargıya özgü bir dava türüdür. Bu tür yargısal talepler sonuçları itibarıyla objektif hukuk düzenini ilgilendirdiğinden, talebin esas amacı idari işlemin hukuka aykırılığının tespiti ve bu tespit ile birlikte işlemin hukuk düzeninden silinmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle de, esas itibarıyla bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik tüm talepler iptal davalarından beklenen yargısal koruma kapsamında mütalaa edilmek ve gerektiğinde bu bağlamda idari yargı mercilerine “bir idari işlemin yokluğunun tespiti, bir düzenleyici işlemin kapsamına kimlerin girip, girmediklerinin tespiti ve benzeri konulardaki tespit talepleri yargıç tarafından dinlenebilmelidir.

İptal davasının bu objektif kimliğinin ötesinde tam yargı davalarında dile getirilebilecek talepler ise bugüne kadar gerek öğreti ve gerek içtihatlarda tam anlamıyla yerine oturmuş değildir.

Öğretide tam yargı davaları en dar biçimde salt bir tazminat talebinden ibaret davalar olarak tanımlanırken; en geniş biçimde de İdarenin hukuk kuralları içinde kalmasını ve şayet İdare tarafından bir sübjektif hak ihlali varsa ihlal edilen hakkın iadesini sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım mekanizması olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlardan ilki, ne yazık ki, bugün uygulamada tam yargı davasını tazminat davasından ibaret gören sınırlayıcı bir anlayışın ürünü iken; ikincisi Fransız kamu hukukundaki “*recours en plein juridiction*” deyişiyle tanımlanan ve iptal istemleri dışında idari yargı

önünde dile getirilen her türlü dinlenebilir talebin yargıç tarafından ele alınıp değerlendirilmesinin amaçlandığı bir yargısal başvuru türüdür. İhlal edildiği iddia edilen her türlü hakkın iadesine yönelik olarak bir idari işlemin anlamının, kapsamının saptanmasına yönelik uyuşmazlıklardan başlayan ve bir idari işlem ya da eylemden dolayı uğranılan zararın giderilmesine kadar çeşitli taleplerin değerlendirilmesi yönünde bireylerin idare yargıcından “*haklı*” beklentilerinin gerçekleştirilebilmesi ancak idare yargıcının tam yargı taleplerinin içeriğine vereceği bu ikinci anlam ve kapsam sayesinde mümkün olabilecektir.

Kanımızca bugün tam yargı davalarının konusunu oluşturacak taleplerin yegane sınırı idare yargıcının veremeyeceği kararlara yönelik taleplerden ibarettir. Bunun dışındaki her türlü sınır, yargıcın kendi yetkisini kendisinin sınırlaması olacaktır.

7- İdarenin tesis etmiş olduğu işlemlerde kullanmış olduğu takdir hakkının öğeleri üzerinde tam bir yargısal denetim imkanı sağlanmalıdır

Anayasa ve 2577 sayılı Yasa'nın öngörmüş olduğu hukuk düzeni içinde, idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminde, idare yargıcının yetkisinin “*hukuka uygunluk*” denetimi ile sınırlı olduğu belirtilmiş; ancak “*hukuka uygunluk*” denetiminin kapsamı da “*idari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar; yürütme görevinin yerine getirilmesini kısıtlayamazlar; idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremezler; İdarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde karar veremezler*” şeklinde son derece dar bir biçimde belirlenmiştir. Diğer taraftan, idari mahkemelerde verilecek kararların yerine getirilmesinde, kararın gereğinin takdiri de yine idareye bırakılmış olduğundan; yargıcın “*hüküm*” vermesinin de önüne geçilmiştir. Bu durum da “*idare yargıcının tam bir yargılama yetkisi ile donatılmamış olduğu*”nu somut olarak ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, bu konuda da yeni bir düzenleme yoluna gitmek gerektiği değerlendirilmektedir.

8- Her türlü idari tasarrufun tesisinde ve yargısal denetim kapsamında hukuk güvenliğinin sağlanmasına yönelik yeni düzenlemeler getirilmelidir

Hukuk düzeninde istikrar ve hukuk güvenliğinin sürekliliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur.

Devlet'in sahip olduğu "*hükümranlık*" yetkileri, devletin bireylerle girmiş olduğu hukuki ilişkilerde kendisine çeşitli üstünlüklerin tanıdığı bir hukuki rejim yaratmaktadır. Bu hukuki rejim içinde devlet "*kamu kudreti*" ayrıcalıklarından yararlanmakta ve bireylerin iradesine ihtiyaç duymaksızın ve hatta bazen de bireylerin karşıt iradesine rağmen tek taraflı tasarruflarla bireylerin statülerini değiştirebilmekte; hak ve menfaatlerini etkilemektedir.

Devletin sahip olduğu bu "*ayrıcalıklı hareket*" üstünlüğü bireylerin temel haklarının güvence altına alındığı "*hukuk güvenliği*" ilkesi ile sınırlıdır. Bu kapsamda da, devlet, hükümranlık yetkilerini kullandığı organları vasıtasıyla "*hukuk güvenliği*"ni koruyucu her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Hukuk güvenliği ilkesi Fransız ve Türk kamu hukuku sistemlerinde, hukukun genel prensipleri teorisi çerçevesinde ele alınmakla birlikte; daha çok idari yargı içtihatları ile geliştirilmiştir. İchtihatlarda, "*hukuksal ilişkilerde istikrarın sağlanması*"na yönelik olarak, "*idarenin hukukla bağlılığı*", "*idari işlemlerin geriye yürümezliği*", "*idari işlemler sonucu bireyler üzerinde doğan hakların dokunulmazlığı*", "*kesin hüküm*" prensipleri hep "*hukuk güvenliği*" düşüncesine dayalı prensipler olarak ifade edilmiştir.

Ancak, içtihatlarda ortaya konulan bu prensipler, Türk Hukukunda yasakoyucu tarafından pozitif hukuk kuralı haline dönüştürülmemiş ve böylelikle İdareyi bağlayıcı nitelikte bir yasal düzenlemenin olmaması nedeniyle de idari tasarrufların "*hukuk güvenliği*" prensibine uygun olarak tesis edilip, edilmediği hususu, her tasarruf bakımından idare yargıcının takdir ve değerlendirmesine bırakılmıştır. Bir başka deyişle,

hukuk güvenliği düşüncesine dayalı hukukun genel prensiplerinin yasakoyucu tarafından objektif ve genel pozitif norma dönüştürülmemesi, İdarenin ve yargının sübjektif uygulama ve değerlendirmelerine yol açmıştır ki, bunun sonucunda da hukuk düzeninde objektif ve sürekli bir istikrar anlayışının hakim kılınabilmesi mümkün olmamaktadır.

Temel hak ve özgürlükler alanında ve *“hukuk güvenliği”* prensibi çerçevesinde önemli olan, bu hak ve özgürlüklerin ve bunlara egemen olan ilkelerin kuramsal düzeyde kalmasının önüne geçilmesi, bunların etkili bir biçimde korunup, güvence altına alınmasıdır. Günümüzde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (AİHS)'nin 5. ve 6. maddelerinde öngörülen *“hukuk güvenliği”* prensibinin Devlet ve Ulusal Mahkemelerce gereği gibi güvence altına alınmaması ve hatta ihmal edilmesi AİHM tarafından bir ihlal nedeni addedilebilmektedir.

Ayrıca, Devlet tarafından yapılan müdahale sırasında bireyin ekonomik haklarının ve sahip olduğu ekonomik değerlerin hukuk güvenliği ilkesi ihlal edilerek zedelenmesi ve bunun sonucunda ortaya çıkan hak kayıpları AİHM tarafından *“Mülkiyet Hakkının Korunmasına Dair 1 numaralı Ek Protokol”*e de aykırı görülebilmektedir.

Hukuk güvenliği düşüncesine dayalı temel prensiplerin, devlete yüklediği en önemli ödev hukuksal ilişkilerde istikrarın sağlanması yönünde gerekli düzenlemelerin yapılması ve hak doğuran statülerin belirli kurallar içinde korunmasının teminat alınmasıdır. Özellikle, devletin tasarrufları sonucunda, belirli hukuki statülere giren ve haklar kazanan bireylerin bu haklarının takdire dayalı keyfi uygulamalar neticesinde kaldırılması ya da geri alınması yönündeki devlet tasarruflarının önüne geçilebilmesi için içtihatlarla ortaya konulan ilkelerin temel haklar rejimi ve ekonomik hayatın gerekleri uyarınca yasal düzenleme konusu yapılması büyük önem taşımaktadır.

İdare Hukukunun en temel ilkelerinden birisi *“idari iş-*

lemelerin yapıldığı tarihteki mevcut hukuksal statü içinde hukuka uygun olup olmadıklarının değerlendirilmesi” dir.

Bu ilke çerçevesinde;

a- Bir idari işlem, yapıldığı tarihte tabi olduğu hukuksal düzen içinde mevzuata ve giderek hukuka uygun bir biçimde tesis edilmişse, gerek işlemi tesis eden İdare ve gerekse işlemin muhatapları (ya da yararlananları) açısından getirdiği yükümlülükler ve yarattığı haklar çerçevesinde tüm hukuksal sonuçları doğurur.

b- Eğer bir idari işlem yapıldığı tarihte tabi olduğu hukuksal düzen içinde mevzuata ve giderek hukuka aykırı olarak tesis edilmişse, bu takdirde İdare bu işlemi -kamu düzeni ve hukuksal güvenlik ilkeleri çerçevesinde- ancak işlemin tesis edildiği tarihten itibaren 60 günlük bir süre içinde geri alabilir; fakat, İdare, bu işlem neticesinde üçüncü kişiler üzerinde yaratılmış bulunan hakları korumak koşuluyla, bu tür hukuka aykırı işlemlerini her zaman için ileriye yönelik olarak kaldırabilir.

c- Son olarak, eğer bir idari işlem yapıldığı tarihte tabi olduğu hukuksal düzen bakımından mevzuata ve giderek hukuka uygun olarak tesis edilmekle birlikte, daha somadan hukuk düzeninde oluşan değişiklikler nedeniyle hukuka aykırı duruma gelirse, İdare bu tür işlemlerini hiçbir şekilde geri alamaz ve ancak yine üçüncü kişiler üzerinde bu işlemler sonucunda doğmuş bulunan hakları korumak koşuluyla, bu tür işlemlerini her zaman için ileriye yönelik olarak kaldırabilir.

Yine İdare Hukukunda İdari işlemlerin geri alınıp alınamayacağı konusunda, gerek öğreti, gerek öğreti gerek mahkeme kararları çok farklı teori ve prensiplerden yola çıkarak çeşitli hukuk prensipleri geliştirmiştir. Bunlardan en önemlisi “*hukuka uygun idari işlemlerin, geri alınamaması*” konusundaki prensiptir ki, bu prensip aynı zamanda “*idari işlemlerin geriye yürümemesi*” ve “*hukuki güvenlik*”, “*hukuki istikrar*”, “*hakkaniyet*” gibi çeşitli prensiplerin de doğal bir uzantısıdır ve her

şeyden önemlisi “hukuka uygun biçimde hak doğuran işlemler sonucunda oluşan hukuk düzeninin korunması”nın sağlanması amacını taşımaktadır.

Bu bakımdan “*hak doğuran hukuka uygun işlemlerin geri alınmaları yani yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırılmaları imkansızdır*”.⁸ Bir idari işlemin geri alınabilmesi için o işlemin hem yapıldığı tarih itibarıyla hukuka aykırı olması hem de ilgili bakımından hak doğurmamış olması gerekir. Bu açıdan da, bir idari işlemin geri alınması yasağı bakımından o idari işlemin hak doğurmuş olup olmaması, en az o idari işlemin hukuka uygunluğu kadar önemlidir.⁹

Bir başka deyişle, eğer bir idari işlem yapıldığı tarihte ilgililer üzerinde hak doğurmuş ise, artık o işlemin geriye yürür bir biçimde ve doğmuş bulunan hakları da ortadan kaldırıcı şekilde geri alınabilmesi mümkün değildir ve bu bakımdan da işlemin yapıldığı tarih itibarıyla hukuka uygun ya da aykırı olmasının çok fazla önemi de bulunmamaktadır.

İdare hukukunda, “*kazanılmış haklara saygı*” ve “*idari işlemlerin geriye yürümemesi*” prensipleri de hak doğurmuş, kişisel sonuçlar yaratmış idari işlemlerin etkilerinin bertaraf edilmesinin önlenmesi ve hukuktan beklenen güvenliğin sağlanması amaçlarına yönelik olarak bizzat İdare yargıcı ve öğretisi tarafından yaratılmış prensiplerdir.

İdari işlemin geriye yürümemesi prensibi, uygulamada İdare edilenlerin kazanılmış haklarını güvenceye almaktadır. Bu konuda, Duran, “*idari tasarrufların makalede şamil olmaması şeklinde ifade edilen hukuk prensibi, müesses vaziyetlerle mütesep hakları korumak ve hukuki münasebetlerde istikrar sağlamak ihtiyaç ve zaruretinden doğmuş bir sosyal hukuk kaidesidir*”;¹⁰ güneş ise, “*sübjektif hak doğuran işlemlerin (bir başka işlemle) kaldırılması*

⁸ Tan, a.g.e., s.57.

⁹ Bkz., Duran Lutfi, “İdare Hukuku Ders Notları”, İstanbul 1964, s. 403.

¹⁰ Bkz., Güneş Turan, “Türk Pozitif Hukukunda Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri”. Ankara 1965, s.171).

*diye bir şey zaten idare hukukunun bir başka prensibine göre de mümkün değildir. O da idare işlemlerinin geriye yürümemesidir*¹¹ demek suretiyle, kazanılmış haklara saygı ve idari işlemin geriye yürümemesi prensipleri arasında birbirinden ayrılmaz bir bağ kurmuşlardır.

Danıştay'ın da -çeşitli farklı yaklaşımlar içinde olmakla birlikte- esas olarak bu görüşte olduğu söylenebilir ki, Yüksek Mahkemenin "*kazanılmış bir hak doğuran idari işlemlerin ortadan kaldırılması yolundaki yeni idari işlemin, idari işlemlerin geriye yürütülememesi kuralına aykırı olduğu*"nu belirlediği farklı tarihlerde vermiş olduğu çok sayıda kararı bulunmaktadır.

Öte yandan, "*hukuki işlemlerin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı*" prensibi ise, ayrıca kazanılmış haklara sadece geçmiş açısından değil aynı zamanda gelecek bakımından da dokunma yasağını ifade etmektedir. Bir başka deyişle, idari işlemin geriye yürümemesi prensibi yalnız geçmişte kazanılan statülere yönelmiş olduğu halde, idari işlemin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı prensibi ise geçmişle beraber geleceğe yönelik olarak da kazanılmış statülerin korunmasını sağlayan hukukun genel prensibidir.

Yapıldıkları tarihte hukuka uygun olan ve hak doğuran idari işlemlerin hiçbir zaman geri alınamayacağını yukarıda belirtmiştik. Buna karşılık, bu nitelikleri taşıyan yani hem hukuka uygun olan hem de hak doğuran işlemlerin ileriye yönelik kişisel sonuçlar doğurmak üzere kaldırılabilmeleri de bu kez "*idari işlemlerin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı*" prensibi uyarınca mümkün değildir.

Bu prensibin amacı, hukuka uygun olarak belirli hukuki statüler içine giren, bu statülere bağlı haklardan yararlanma imkanını elde eden kişilerin sürekli bir korumadan istifade etmesidir. hukuk güvenliği prensibi, meşru biçimde edinilen bu haklara bağlanan kişisel sonuçların mutlak bir korumadan yararlanması gereğini ifade etmekte ve "*idari işlemlerin kişisel*

¹¹ Tan, a.g.e., s. 60.

sonuçlarının dokunulmazlığı" prensibi de, bu tür bir koruma gereğinin yerine getirilmesini sağlamaktadır.

Kural olarak, sadece hukuka uygun biçimde hak doğuran idari işlemlerin doğurduğu kişisel sonuçların dokunulmazlığı suretiyle korumasını amaçlayan bu prensiplere göre, hukuka aykırı işlemler hak doğurmuş olsalar bile geleceğe yönelik olarak bu tür hakların "*kazanılmış*" hak olarak değer ifade etmeyeceği ve bu halde bu tür hakların belli süreler içinde geleceğe yönelik olarak kaldırılabilmesi "*kural*" olarak kabul edilmektedir.

Bu kural çerçevesinde, hukuka aykırı bir işlemin kazanılmış hak doğurabileceğini söylemek kolay olmamakla beraber, hukuka aykırı işlemlerin ilgili lehine yarattığı hukuki durumların ilelebet tartışma konusu yapılması da mümkün değildir. Dolayısıyla belirli bir sürenin geçmesi sonucu bu hukuki durumların korunmasında meşru yararları bulunan ilgililerin korunması, yani bu hukuki durumların dokunulmazlığını kabul etmek gerekir. İşte bu durumda kişisel işlemlerin sonuçlarının dokunulmazlığı belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu son halde, hak doğurmuş olsalar dahi İdarenin hukuka aykırı işlemini genel kamu düzeni süresi olan dava açma süresi içinde geri almak suretiyle kaldırabileceği kabul edilmektedir ki, aynı kural Fransız hukukunda ve Danıştay'ın kararlarında da genel kabul görmektedir. Ayrıca, Danıştay, bazı kararlarında da, bir idari işlem sonucu doğan haktan belirli bir süre yararlanmanın, o hakkı artık bir kazanılmış hak haline dönüştürdüğünü kabul etmektedir. Bu durumda, "*hak*" ve "*kazanılmış hak (müesses durum)*" kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

Hak kavramı, çok genel bir ifade ile, "*kişilere hukuk tarafından tanınan bir menfaat ve ondan yararlarına konusunda verilen bir yetki*" olarak tanımlanmaktadır.¹² İdare Hukukunda ise, "*hak*" kavramı "*hukuk kurallarının korunmasını güvence altına aldığı bir menfaat*" şeklinde tanımlanabilir.

¹² Bkz., Velidedeoğlu-Kaynar, "Türk Medeni Hukuku", İstanbul1961, s. 42.

CELAL
ERKUT'UN
TEBLİĞİ

“Kazanılmış hak” kavramı ise, İdare Hukuku öğretisinde ve içtihatlarda tam ve açık bir biçimde tanımlanmamıştır. Ancak, söz konusu kavram, Danıştay içtihatlarında “kazanılmış hak, objektif bir hukuk kuralının kişilere uygulanmasıyla objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemde özel hukuki duruma dönüşmesidir” şeklinde tanımlanmaktadır.

Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere, Danıştay, bir hakkın “kazanılmış hak” olup, olmadığını belirlerken; hukuki bir düzenlemenin kişilere sağladığı objektif ve genel durumun, sübjektif ve kişiselleşmiş bir duruma dönüşmesi, tamamen kişiye özgü bir hak halini alması; yani hakkın doğumundan kazanılması sürecine geçiş olgusunu aramaktadır.

Bu kapsamda da Danıştay içtihatları çerçevesinde, kazanılmış bir hakkın varlığı her olaya ve konunun özelliğine göre ayrı veriler kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak yine Danıştay içtihatlarında çok açık bir biçimde, kazanılmış hakların korunmasının Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği olduğu; idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin de kazanılmış hakların korunması amacını güttüğü ve İdarenin faaliyetlerini genel anlamda sınırlayan bir ilke olduğu kabul edilmektedir.

Danıştay yine çeşitli kararlarında, kazanılmış hakkın ancak yasal mevzuata uygun olarak kazanılmış bir hakkın varlığı halinde söz konusu olabileceğini belirlerken; kazanılmış haklar kavramını, idare hukukunun genel prensiplerini uygulayarak değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme, özellikle, “bir hakkın belirli bir süre kullanılması ya da İdare’ce kullandırılması sonucu ilgililer lehine yaratılan durumların kazanılmış hak haline dönüştüğü ve belirli bir süre geçtikten sonra artık tartışılmaz hale gelip korunması gerektiği” hususlarını da bu bağlamda kabul etmiştir.

Buna rağmen, Danıştay içtihatlarında İdare’yi ve giderek yasa koyucuyu söz konusu hukuk prensiplerinin pozitif hukuk kuralına dönüştürülmesi yönünde ve bağlayıcı nitelikte istikrarlı ve kararlı bir tavırdan söz edebilmek de mümkün

değildir. Yüksek Mahkeme, gerek hak doğuran ve hak doğumuna elverişli olmayan idari işlemler, gerek bunların İdare tarafından düzeltilmesi, değiştirilmesi, geri alınması veya kaldırılması usulleri bakımından çok büyük önem taşıyan “kazanılmış haklar” kavramını hiçbir zaman içtihatlarında ön plana çıkarmamış ve hatta kavramı pozitif hukuk düzeninde bağlayıcı bir norma dönüştürmek yönünde tutarlı bir tanım oluşturmaktan da kaçınmıştır denilebilir. Yargıcın pozitif hukuk düzenine katkı sağlamaktan uzak bu tutumu konuyla ilgili olarak İdare’ye her olayın özelliklerine göre çok geniş bir takdir alanı içinde hareket edebilme serbestisi yaratmış ve bunun sonucunda da İdare ve dolayısıyla da Yürütme Organı, sahip olduğu böylesine bir ayrıcalığı kendi iradesi ile terk etme yönünde hiçbir zaman istekli olmamıştır.

Hiç şüphesiz, idare yargıcının ve kamu kudretinin bu tutumu hukuk düzeninde hem yargı kararlarında hem de idari tasarruflarda istikrarsızlıkların oluşmasına yol açmış; bireylerin devletin kararlılığına güven duymalarının ve geleceğe yönelik atacakları adımlardan emin olmalarının önünde büyük bir olumsuzluk yaratmıştır.

Bireylerin kendi aralarında kurup, yürüttükleri özel hukuk ilişkilerinde elde etmiş oldukları hakların sona erdirilmesi de - tıpkı ilişkinin kuruluşunda olduğu gibi- karşılıklı ve eşit iradelerin aynı yönde birleşmesi sonucunda mümkün olabilmekte; taraflardan birinin aksine hareketi halinde sözleşme yargıcı hukuki ilişkiye doğrudan müdahalede bulunarak hakkın geçerli kılınması, korunması ya da aynen iadesi yönünde çeşitli zor kullanma yetkilerini de kullanarak hakkın teessüsüne hükmedebilmektedir. Bir başka deyişle, özel hukuk alanında, eşit iradeler neticesinde doğmuş bulunan hakların, hak sahibinin iradesi dışında hukuk düzeninden kaldırılmasını önleyici ve hak sahibi açısından doğan hukuki sonuçların sürekliliğini sağlayıcı çeşitli koruyucu, müdahaleci ve hatta zor kullanıcı enstrüman ve müesseselerin de işlevinin bulunduğu bir hukuk anlayışı egemen kılınmış iken; kamu hukuku alanında, İdareyi bağlayıcı nitelikteki emredici

pozitif hukuk kurallarının düzenlenmemiş olması nedeniyle, İdarenin zaten sahip olduğu ayrıcalıkların önü tamamen açılarak, devletin işlemleri neticesinde bireylerin sahip oldukları hak ve statülerin değiştirilmesi ya da kaldırılması konusunda tam bir belirsizlik rejimi hakim kılınmıştır.

Bu nedenle de gerek öğretide gerek içtihatlarda en tartışmalı sorunlardan birisi haline gelen kazanılmış haklar ve idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkelerinin kapsam ve içeriğindeki belirsizlikler, uygulamada idari işlemlerle bir hak ya da statüden yararlananlar bakımından doğan hukuki sonuçların kaldırılması, değiştirilmesi ya da geri alınması esasları bakımından kendini göstermekte ve bu konudaki belirsizlikler kamu kudreti ayrıcalıkları lehine sonuçlar doğmasına dayanak yapılırken, bireylerin hukuk güvenliği sürekli bir tehdit ile karşı karşıya kalmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Genel Kurulu, 28.1 0.1999 tarihli *"Brumarescu c. Roumanie"* kararında;

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin *"başlangıç"* bölümünde yer alan ilkelerin Sözleşme'nin ayrılmaz bir parçası olarak tüm imzacı devletleri bağladığını;

- Sözleşme'nin *"başlangıç"* bölümünde yer alan ilkelerin esas itibarıyla, *"hukuki ilişkilerde istikrar"* ve *"hukuk güvenliği"* ilkelerini teminat altına aldığını;

- Hukuk güvenliğini sağlayamayan ve gerekli teminatlarla donatmayan hükümetlerin Sözleşme'nin başlangıcında yer alan bu ilkeler uyarınca sorumlu tutulması gerektiğini;

- Yargı organlarına başvuru hakkının hükümetin bir kararı ile ortadan kaldırılmasının ya da kişisel sonuçlar doğurmuş hukuki ilişkilere bağlı hakların daha sonradan geri alınmasının *"hukuki ilişkilerde güvenlik ilkesi"* ni ihlal ettiğini ve hakları bu şekilde ihlal edilmiş kişilerin Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci paragrafı anlamında teminat altına alınmış haklarından yoksun bırakıldığını;

Ortaya koymuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yaklaşımı sonucunda, Türk İdare Hukuku bakımından, idari işlemler sonucunda doğan hakların geri alınabilmesi ya da geleceğe yönelik kaldırılabilmesi yönünde İdare'ye bırakılan takdir yetkisini kısıtlayacak düzenlemelerin hayatiyete geçirilmesi büyük önem taşımaktadır. Konuyla ilgili olarak, yasa koyucunun hareketsiz kalması ve yargı yerlerinin içtihatlarının da belirsiz bir nitelik arz etmesi ileride bu konuda yapılacak başvurularda, Mahkemece, T.C. Devleti'nin bu kapsamda AİHS'nin Başlangıç bölümündeki ilkeleri ve dolayısıyla da Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. paragrafını ihlal ettiği yönünde kararlar alınabilecektir.

Bu durumda konuyla ilgili olarak, en kolay ve çabuk biçimde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi ya da halen tasarı halindeki "*İdari Usul Yasası*"nın 18. maddesi aşağıdaki şekilde formüle edilerek sorun çözülebilir görüşünü taşımaktayız.

İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi ve idari işlemlere karşı idari başvuru usulleri:

Madde 11:

1- Hukuka uygun olarak hak doğuran işlemler, hak sahiplerince bu hakkın kullanılmaya başlanması ile hiçbir şekilde geri alınamaz ve kaldırılmaz. Hak sahiplerinin sahip olduğu haklara bağlı hukuki durumlarda değişiklik yapılması ya da düzeltilmesi ancak hak sahiplerinin bu yöndeki taleplerine bağlıdır.

2- Yapıldığı tarihte hukuka aykırı olan ya da hukuka aykırılığı sonradan anlaşılan genel düzenlemelere dayalı olarak hak sahibi olan kişilerin bu hakları kullanmaya başlamaları halinde de birinci fıkradaki esaslar geçerlidir.

3- Yapıldığı tarihte hukuka aykırı olan ve hak doğuran bireysel işlemler İdare tarafından ancak dava açma süresi içinde ya da bu hakkın kullanılmaya başlanmasından önce geri alınabilir.

4- Yetkisiz makamlarca ya da çok açık biçimde uygulanan yasa hükümlerinin ihlali sonucunda tesis edilen veya ilgilinin hilesi, gerçek dışı beyanı ile elde edilen işlemler hiçbir biçimde hak doğurmazlar. Bu işlemler İdare tarafından tesis edildikleri tarihten itibaren beş yıl içinde geri alınabilir. Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümler saklıdır.

5- Haklarında tesis edilmiş bir idari işlem nedeniyle haklarının ihlal edildiğini ileri süren herkes idari dava açmadan önce ve idari dava açma süresi içinde, bu işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını işlemi yapan makamın üstünden; şayet üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan isteyebilir. Bu başvuru, idari işlemin icrasını ve işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Başvuru, altıncı ve yedinci fıkralarda öngörülen usullerle sonuçlandırılmadan, idari yargı mercilerine başvurulamaz.

6- Beşinci fıkraya göre yapılan başvuruya idare altmış gün içinde ve gerekçeli bir cevap vermek zorundadır. Bu süre içinde başvurunun yazılı ve gerekçeli bir biçimde reddedilmesi halinde dava açma süresi kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar.

7- Beşinci fıkraya göre yapılan başvuruya idare altmış gün içinde herhangi bir yanıt vermezse ya da vermiş olduğu yanıt gerekçesiz ya da kesin olmayan bir yanıt ise, dava açma süresi kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar ve bu halde ilgililerin yargı yerlerine başvurması ve yargı yerlerine başvurmuş olduğunu işlemi tesis eden İdare'ye bildirmesi üzerine işlemin icrası durur. İdare yetkili yargı yerine işleminin gerekçesini bildirmeden hiçbir şekilde işlemi icra edemez.

8- Çevrenin, genel sağlığın, ormanların, doğal kaynakların, tarihi ve kültürel değerlerin korunması ve imar uygulamaları gibi genel kamu yararını doğrudan ilgilendiren konularda tesis edilen idari işlemlere karşı menfaati ihlal edilen herkes, menfaatinin ihlal edildiğini öğrendiği tarihten itibaren idari dava açma süresi içinde ve idari dava açma hakkını

kullanmadan önce işlemi yapan makamın üstünden; şayet üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdaki işlemi kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını talep edebilir. Bu takdirde işlemeye başlamış olan dava açma süresi durur. Bu tür başvuruların reddedilmesi ya da almış gün içinde yanıtı bırakılması halinde dava açma süresi kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar.

Sonuç olarak, ana başlıklar altında ele aldığımız bu sorunların, yasal düzenlemeler konusu yapılmasının yanı sıra, zamanla Türk idare yargıcının gerçekleştirdiği yargısal denetimin kapsamını oluşturan “*hukuka uygunluk bloku*”nun en üstünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcının koymuş olduğu ilkelerin yer alacağı ve idare yargıcının da bu ilkeleri hukuk düzenimizde uygularken yeni ve -Yasa koyucunun hareketsiz kalması halinde durumunda- belki de yazılı olmayan bir “*prensipler bloku*” yaratacağında şüphe bulunmamak gerekir.

Oturum Başkanı: Bu tebliğlerden sonra soru soracak konuklarımızın isimlerini beyan etmek suretiyle sorularını bekliyoruz.

Turgut CANDAN: Benim her iki sayın konuşmacıya, değerli konuşmacıya yönelik kimi sorularım olacak.

Biliyoruz, Sayın Polia bilmeyebilir, Yargıtay savcılarının yazılı mütalaaları, tebliğ namelerinin taraflara tebliğ konusunda yakın geçmişte bir değişiklik yapıldı. Bu değişikliğin sebebi de, davada taraflara ileilmeyen herhangi bir belgeye ya da bilgiye dayanarak karar verilemeyeceği yolundaki Avrupa Mahkemesi'nin içtihadı. Benzer bir düzenleme, Danıştay savcılar için de, Danıştay savcılar düşünceleri için de gerekli mi? Birinci sorum bu.

İkincisi; “*İdari İşler Kurulu*” adlı bir kurulumuz var. Bu kurula idari dava dairelerine mensup başkan ve üyeler katıldığı gibi, dava dairelerine mensup üyeler de katılıyorlar. Bu kurulun vermiş olduğu, almış olduğu kararlar idarenin işlem

TARTIŞMA

ya da eylem tesisine dayanak oluşturabiliyor. Bu işlemle, eylemler dolayısıyla açılan davalarda Danıştay Dava Dairesi'ne geldiğinde, İdari İşler Kurulu'na katılan üyenin dava dairesinde bu işlem dolayısıyla yapılan temyiz başvurusu veya ilk derecede olabilir; tabii ilk derece davasında karara katılması adil yargılanma ilkesi yönünden sorun yaratabilir mi? İkinci sorum buydu.

Üçüncü sorum; geçen Nisan ayında bir yasa yürürlüğe girdi. Bu yasayla evvelce sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren idari para cezasını gerektiren kimi suçlar, idarenin yaptırım uygulama, ceza kesme yetkisine verildi ve idari para cezasına dönüştürüldü. Bu işlemlere karşı da, bana göre idari yargıyla pek uyduğu söylenemeyecek bir itiraz müessesesi getirildi. Bunun yöntemleri hakkında kanunda yargılama yöntemi hakkında çok açık düzenlemeler yok. Gerçi Danıştay dava dairelerinin bu konudaki uygulamaları çeşitli, çok açık bir düzenleme yok. Yanlış yorumlara sebep olabilecek, hatalı yorumlara sebep olacak bir düzenleme. Bu düzenlemede yine bir hüküm daha var: Diyor ki, *"İdare mahkemelerinin itiraz başvuruları sebebiyle vermiş oldukları kararlar kesindir, yani bir üst yargı yerine başvurma olanağı yok"* Sistemimize göre, bu üst yargı yeri itiraz veya temyiz olabilir. Anayasa Mahkemesi de 2001 yılında vermiş olduğu bir kararda bunu Anayasaya aykırı görmedi. Gerçi o tarihte 4709 sayılı Yasayla Anayasa'nın 36. maddesinde bir değişiklik yapılmamıştı, yani adil yargılanma ilkesi Anayasamıza anayasal bir düzenleme olarak girmemişti. Ama belki Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesinden etkin koruma hakkından hareketle bir çözüm bulabilirdi. Fakat Anayasa Mahkemesi bunu Anayasa'ya aykırı görmedi. 4709 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği tarihten sonra nasıl bir karar verecek; bilemiyorum. O Anayasa Mahkemesi'nin işi. Benim öğrenmek istediğim: Adil yargılanma ilkesi yönünden bu hüküm, üst yargı yerine başvuru hakkını engelleyen bu hüküm nasıl değerlendirilir?

Bir başka sorum Sayın Erkut'a olacak. Açıklamalarında replik ve düplik müessesesinin kaldırılmasından yana olduğu-

nu söylediler. Gerçi daha sonraki açıklamalarında da dosyaya ibraz edilen herhangi bir belgenin karşı tarafa gönderilerek, görüşünü alması gerektiğini de belirttiler. Bu biraz çelişki yaratıyor. Ona çok fazla değinmek istemiyorum, ama bu öneriyi savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi yönünden nasıl değerlendirebiliriz?

Sayın Erkut'un karar düzeltme müessesesiyle ilgili bir önerisi var. Gerçekten karar düzeltme müessesesi Danıştay'ın iş yükünü artıran, başvuru yollarından biri, müesseselerden biri. Gerçekten bir çözüm aramak gerekir. Benim bu konuda bir önerim var: Biraz müesseseyi ceza yargısındaki, Yargıtay ceza dairelerinin kararlarına karşı yapılan karar düzeltme müessesesiyle benzeştirmek ve bu yoldaki başvuruların Danıştay savcılarına yapılması ve Danıştay savcılarının, isteğin haklılığı ya da hukuka uygunluğu yönünden yapacakları inceleme sonucunda varsa sebep, Danıştay Başsavcılığı'nın bu konuda ilgili daire karar düzeltme başvurusunda bulunması yolunda, buna ne dersiniz?

İlk iki sorum her iki konuşmacıya idi.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Herhalde sorular daha ağırlıklı olarak Celal beye soruldu. Buyurun Celal bey.

Celal ERKUT: Prof. Pauliat'ın bizim sistemimizle ilgili özellikle tabii ne söyleyeceğini bilemem, ama sormuş olduğunuz sorularda Anayasa Mahkemesi'nin itiraz müessesesi, özellikle bölge idare mahkemelerine itiraz ve o itiraz üzerine verilen kararın kesinliği tartışılabilir. Bunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne geldiğinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iki dereceli bir yargılama olup olmadığı bakımından bunu ele alacaktır. Ama "bir üst mahkeme" dediğiniz, kanun içinde, kanunumuz sistematigi içinde buna her türlü şeyi verebilir, yani temyiz hakkından yoksun bırakılma da sayabilir bunu. Dolayısıyla, bunu bir ihlal nedeni görebilir. Benim kanaatimce o bakış açısı, Avrupa yargıcının bakış açısı ihlale daha yakın olacaktır görüşümdedir.

TARTIŞMA

Diğer taraftan; benim bildirimdeki önerilerim zaten tartışma açmak içindi, teşekkür ederim. Yani replik ve düplik aşaması uygulama açısından yargıcın daha iyi bilebileceği bir konu. Bu bir hak olarak, replik ve düplik zorunlu olarak kalsın mı; yoksa bunu kaldırıp, tarafların inisiyatifine de birazcık bırakmak, yani istediği bilgi ve belgeyi karşı tarafa ayrı bir savunma hakkı tanıma ihtimali olduğunda zaten yargıç onu değerlendirip verecektir. Ama bu takriben tebligatlar da dahil olmak üzere 150 gün gibi önemli bir süredir. Tabii, benim görüşüm, birçok farklı görüş de çıkabilir. Karar düzeltme açısından da sizin söylemiş olduğunuz düşünülebilir. Farklı uyuşmazlıklar bakımından karar düzeltme usulü muhafaza edilebilir ya da tamamen kaldırılabilir. Bugün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar düzeltme yolunu tüketmeyi şart koşmuyor, temyiz yolunu tüketmek yeterli.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Verdiğiniz bilgiler için teşekkür ediyoruz.

Buyurun.

Salondan: Sayın Başkan; benim sorum Celal Erkut hocama olacak.

Özellikle Türkiye’de idari yargı konusunda yapabilecek reformları tabii daha önce bildiri olmadığı için, ben de not alma koşuluyla onları hatırlamak açısından yazdım. Bir kısmı yıllardır dile getirilen öneriler, ama daha ziyade bu usule ilişkin olarak getirilen önerilerden biri de, notumu eğer yanlış almadıysam, hocam da yanlışım varsa beni düzeltsin, 2577 sayılı Yasa’nın 14. ve 15. maddelerin kaldırılması gerekliliğinden söz etti. İdari yargıda yazılılık esas ve yazılılık da usul hükümlerini zorunlu kılıyor. Hocamızın kaldırılmasını önerdiği maddeler arasında yer alan bu 14. ve 15. maddeler de ilk incelemeyle ilgili hükümleri içeriyor. Bu konuda yine yanıyorsam, hocam lütfen beni uyarsın, bu iki maddedeki konular açısından “tamamen yargıcın takdirine bırakılmalı” dedi. Türkiye’de idare

mahkemelerinin yaygınlığını dikkate alırsak ve idare yargılama usulünün uygulanmasında, idare mahkemelerinde -yani sadece Danıştay'a özgü bir olay değil bu- onların da bu yasa hükümlerini dikkate aldığını düşünürsek, ortaya çıkabilecek birtakım sakıncalardan, kargaşalardan kurtulmanın yöntemi ne olabilecek. 14. ve 15. maddeler makul sürenin belki uzamasında bir etken, ama şu aşamada temyiz denetimine sahip olmasına rağmen farklı mahkemelerin farklı kararlarıyla karşılaşırken, tamamen bu hükümlerin kaldırılması ve tek başına bu konunun idari yargıcın takdir yetkisine bırakılmasında nasıl bir çözüm yolu buluyorsunuz ve bunun doğuracağı sakıncaların nasıl giderilebileceğini düşünüyorsunuz? Teşekkür ederim.

Celal ERKUT: Sorunuzu çok iyi anlayamadım. 14. ve 15. madde kalktığında, örneğin ilgili davayı açtı, yargıç süresinde açılmadığını gördü, davayı reddetmeyecek mi? Dilekçede görev veya yetki yönünden bir aykırılık gördü, yani kendisini görevli görmedi, reddetmeyecek mi? Yine reddedecek. Ama bunu bir ilk inceleme konusu olmaktan çıkarmak gerekir. Davayı açtı, yargıç ilk etapta bir hukuka aykırılık görüyorsa, kararı verebilmeli. İlk inceleme aşamasında yapılan dilekçede imzaların eksik olup olmadığı hususu, ilk etapta görülen eksiklikler. Bunun için de dosyada önemli zaman kayıpları olabiliyor. Yargıç bunu ne zaman fark ederse, o zaman zaten gereken kararı verecektir. Onun için de, yargıç örnek görev ve yetki sorumluluğu bazen ilk etapta çözmeyebiliyor ve kararını da esas karardan belki de aynı anda verebiliyor. Dolayısıyla, yargıcın inisiyatifine bırakmalı ve bu usulü kuralları mümkün olduğu kadar idari yargının kendine özgü statüsüne göre düzenlemek gerekir düşüncesindeyim. Bunları böyle sayarak yargılamayı yürütürsünüz. Bazen de yargıç tarafından âdeta ilk yargılama aşaması gibi görülüyor. Mesela, başka enstrümanlar tanınabilir, başka yetkiler verilebilir. Dosya heyetin önüne gelmeden önce, Danıştay'daki yargılama ve idare mahkemelerindeki yargılama ayrı. İdare mahkemelerinde bir raportör üye dosyayı götürüyor ve heyete de o raportör üye bilgi veriyor. Danıştay ise, bütün bu işleri tetkik hâkimi yapıyor, ama tetkik hâkimlerinin görevleri çok artmış vaziyette. İlk incelemeden gönderiliyor, akabinde

TARTIŞMA

esastan gönderiliyor, birkaç işi bir arada yapıyorsunuz. Bunu azaltmak içindi benim önerim. Zaten heyet bunu ne zaman görürse, her zaman o kararı verebilir.

Oturum Başkanı: Buyurun.

Salondan: -Efendim, ben idari yargı reformuyla ilgili çalışmalar için kısaca bilgi vermek ve sayın Erku'ta yürütmenin durulmasıyla ilgili bir konuda soru sormak için söz rica ettim.

Sayın Erku'tun ileri sürmüş olduğu önlemlerin, bizim de senelerden beri takip ettiğimiz ve uğraştığımız önlemlerle örtüşmesi beni ziyadesiyle memnun etti, çünkü Sayın Erku hem de uygulamacı, hem de öğretim üyesi. Bu bağlamda Danıştay'ın işleyişiyle ilgili bir yasa tasarımız Adalet Komisyonuna inmiştir ve yetkililerin vermiş oldukları bilgiye göre de, kısa süre içerisinde yasalaşacaktır. Bu işleyişe ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesiyle, davalarda belli bir hızlanmanın olacağını umut ediyorum.

Usulle ilgili olarak bir ön çalışma yapılmış. Ancak Adalet Bakanlığı'yla birlikte yürütüleceği için, Adalet Bakanlığı'na gönderilmiştir, orada incelenmektedir, sonra yine Danıştay ve Adalet bakanlığı işbirliğiyle bu usule ilişkin yasa da Hükümete sunulacaktır.

Bence, Türkiye'de idari yargıda davaların uzama nedenlerinden biri de, yürütmenin durdurulması müessesesinin amacı dışında kullanılmasıdır. Ben bunu 40 seneyi aşan fiili yargıçlık görevimin bana verdiği deneyime dayanarak söylüyorum. Bilindiği üzere, yürütmenin durdurulması müessesesi kişilerin idari işlemlerden korunması amacıyla yönelik olarak hukuk âlemine girmiştir. Bir idari işlem kişilerin hak veya menfaatini ihlal ediyorsa ve burada yasaya aykırılık açıkça görülebiliyorsa, idari mahkemesi yargıcı yürütmenin durdurulmasına karar verir. Fakat bizim işleyişimizde, özellikle 1982 tarihinden sonra yapılan idari yargı reformundan sonra, bu müessese bence amacı dışında çok genişletilmiştir. Şöyle ki: Yasa'da mahkemelerce verilen yürütmenin durdurulması kararları

karşı itiraz yolu düzenlenmiştir. Fakat bununla yetinilmemiş ve Danıştay'ın da teşvikiyle ve içtihatlarıyla ve yasadaki bir hüküm nedeniyle idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara karşı da, yürütmenin durdurulmasını isteme hakkı tanınmıştır. Bununla yetinilmemiş, gene içtihadın teşvikiyle temyiz kararı veren mahkemenin kararına karşı düzeltme taleplerinde de yine yürütmenin durdurulması talebi ileri sürüldüğünde, mahkemeler bunu kabul eder duruma düşmüştü. Bu belki hak arama özgürlüğünün genişletilmesi bakımından uygun görülebilir; fakat Türkiye'deki iş yükünü dikkate aldığımız zaman, bu talepte bulunmayan, yani ilk derece mahkemesi kararının durdurulmasını talep etmeyen davacılar ve onların aleyhine bir sonuç doğurmakta ve 5. Daire bunu karşılayabilmek için, diğer yüzde 20 dosyaya hiç el atamamaktadır.

Efendim, şimdi somut sorum şu: Yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itiraz yolu dışında temyiz aşamasında mahkeme kararının durdurulması veya işlemin durdurulması. Tekrar karar düzeltme aşamasında temyiz mahkeme kararının durdurulması ya da işlemin durdurulması yollarını öneriyor musunuz? Bu konuda ne düşünüyorsunuz?

Celal ERKUT: Efendim, bu tabii çok tartışılacak bir konu. Bana göre yürütmenin durdurulması müessesesinin baştan aşağıya yeniden düzenlemek lazım. Bu haliyle zaten, sözümün başlangıcında söyledim. Tamamen idare yargıcının inisiyatif sonucunu bugün yürütmenin durdurulması kararı veriliyor. Bugün açık hukuka aykırılığı tespit edilen bir yargıç niçin yürütmenin durdurulması kararı versin ki? Esastan karar verir, yani işlemi iptal eder. Bu yürütmenin durdurulması mekanizması bu haliyle zaten işlevsiz.

Bir de, değerli başkanının söylediği gibi, yürütmenin durdurulmasına itiraz mekanizması, daha sonra mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması mekanizması, onlara itirazlar. Baktığımız zaman, yargılama sürecinde büyük bir zaman kaybı da getiren mekanizmalar bunlar. Bunları genel hak kavramı çerçevesinde düşündüğümüzde, bana göre iki enstrüman düzenlenmeli. Biri; bizim sistemimize koruyucu

TARTIŞMA

yargıçlık getirilmeli, Fransa'daki sistem getirilmeli. Mahkeme başkanları yetkili kılınmalı. Yürütmenin durdurulması da muhafaza edilmeli. Bir defaya mahsus olmak üzere istenmeli ve asıl mahkemesinden istenmeli. Onun dışında da ne temyiz aşamasında, ne de itiraz mekanizması olarak bu yürütmenin durdurulması prosedürü tamamen kaldırılmalı, yani yürütmenin durdurulması aşaması, bence korucuyu yargıçlık müessesesi kabul edildikten sonra, koruyucu yargıcın vereceği karar üzerine heyet bir kez daha yargılama prosedürü, dilekçe teatileri tamamlandıktan sonra esas kararı vermeden önce, ama dosyada zaten aykırılık varsa, yargıcın inisiyatifiyle konu toparlanmalı. Benim düşünceme göre, birçok mekanizma yine yargıcın takdirinde yürümeli. Ama "*Kişilere verilmiş hakları elden alıyor muyuz?*" gibi bir soru ile karşılaşp, bunun yanıtını arama yönünde girişimde bulunacağımıza, sistemi hem makul yargılama süresi bakımından, hem de hakların daha çabuk sağlanması bakımından düşünmeli, iki açıdan düşünmeli ve ona göre revize etmeliyiz. Ben açıkçası koruyucu yargıçlık sisteminin muhakkak gelmesi gerektiğini düşünüyorum. Yürütmenin durdurulması mekanizmasının da sadece ilk derece mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Oturum Başkanı: Ben kısa bir konuşmayla oturumu burada kapatmak istiyorum ve diğer oturumcu arkadaşımıza bir süre tanımak istiyorum.

Birinci Başkanımızın da ifade ettiği gibi, bizim bu biriken dosya adedini eritebilmek ve gerekli tedbirleri alabilmek için hazırlanmış ve mercilerden geçip, Adalet Komisyonu'na kadar gelmiş olan İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Danıştay Kanunuyla ilgili çalışmalar komisyonda bulunmaktadır. Bence, yargılama yığıntısını önleyecek tedbirlerden biri de, idari usul yasasının bir an önce çıkmasıdır. Evvela kaynağını halletmek lazım. Ondan sonra gelen dosyaları da eritmek lazım. Ne tesadüf, herhalde biraz da Sayın Başkan beni bu oturumun başkanlığına getirmesinin sebebi, en çok dosya açılan daire ve en çok yoğun olan daire 5. Daire olduğu için, derdi daha ortaya atabilmek için böyle bir şansla Oturum Başkanlığı'nı

almış bulunuyorum. Bizim geçmiş senelere nazaran, yılda açılan dava sayısı aşağı yukarı 3.500'den, 4.000, 6.000 seviyesine çıkmıştır. Yılda çıkardığımız dosya adedi 5.500 civarındadır. Tabii, bir dairenin bu kadar çok karar çıkarması, kararların da kalitesine büyük etkisi olacağı her türlü şüpheden maalesef... Biz mümkün olduğu kadar kaliteyi düşürmeden miktarı artırıyoruz, ancak artırılabilir miktar budur. Diğer tedbirlerle birlikte almak durumundayız.

Ben bu açıklamayı yaptıktan sonra, değerli konuşmacılara yaptıkları çok net açıklamalar ve bilgiler için teşekkür ediyorum ve oturum kapatıyorum.

İKİNCİ GÜN
SEKİZİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı
Salih ER
(Danıştay Genel Sekreteri)

TEBLİĞ: I

Doç Dr. Cüneyt OZANSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Bant kayıtlarında ve dosyada metne ulaşılamadığı için yayımlanamamaktadır.)



18.00- YTL

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KÜTÜPHANESİ



Tel: (+90.312) 286 31 00

Karar

- 286 31 00

Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

e-mail: admin@barobirlik.org.tr ● yayin@barobirlik.org.tr