

**AVRUPA SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE OLUŞAN
“AVRUPA KAMU DÜZENİ” KAVRAMININ KAPSAMI
VE
FONKSİYONEL DEĞERİ**

Reyhan SUNAY*

I-GİRİŞ

II. Dünya savaşı sonrası dönem, klasik uluslararası hukuka özgü bazı ilke ve kurumların yeniden yorumlandığı bir dönemdir. Yeniden yorumlanan ilkeler arasında devlet, egemenlik ve insan hakları kavramları ağırlıklı bir yer teşkil etmektedir. Bu döneme kadar esas itibarıyla devletlerin kesin egemenliği doktrini hakim olmuş, insan hakları yalnızca iç hukuku ilgilendiren bir sorun olarak kabul edilmiş ve buna bağlı olarak birey de uluslararası hukukun dışında sayılmıştır. Fakat totaliter rejimler tarafından insanlığa karşı işlenen suçlar ve savaşların meydana getirdiği güvensizlik ortamı, devletlerin kesin egemenliği görüşünün tartışılmasına ve uluslararası hukukun bireye yönelmesine neden olmuştur¹.

İnsan haklarını korumanın devletlerin iç hukuk sorunu olmaktan çıkıp uluslararası bir sorun haline gelmiş olduğu bu süreçte, Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen ve Türkiye'nin de onaylamış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel bir önemi bulunmaktadır. Hak ve hürriyetleri korumanın devletlerin temel görevi olduğu anlayışından hareketle hazırlanan Sözleşmenin Avrupa kamu düzeninin temel ilkelerini oluşturduğu ve bu ilkelerin üye devletler üzerinde bağlayıcı etkileri bulunduğu belirtilmektedir². Bu çalışmanın konusu da Sözleşme hukuku çerçevesinde ortaya çıkan kamu düzeni anlayışının çeşitli yönleriyle incelenmesine ilişkin bulunmaktadır.

* Dr., SÜHF Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Bkz. HARRIS, D.J., *Cases and Materials on International Law*, Fourth Edition, Sweet and Maxwell, London 1991, s. 600; WALLACE, Rebecca M. M. vd., *International Law*, Second Edition, Sweet and Maxwell, London 1992, s. 5.

² Bkz. Van DIJK, P./Van HOOFF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Kluwer Law International, Dordrecht 1988, s. 18; BURROWS, Noreen, "The European Union and the European Convention", DICKSON, Brice (ed.), *Human Rights and the European Convention*, Sweet and Maxwell, London 1997, s.31, ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi", *Anayasa Yargısı*'6, Ankara 1989, s.124.

II- GENEL OLARAK AVRUPA KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE SÖZLEŞMENİN TEMEL NİTELİĞİ

Toplumun maddi ve fiziki düzeninin sağlanması, iç barışın korunması³ gibi çeşitli anlamlara gelen kamu düzeni kavramının uygulamada aldığı şeklin tayini bakımından çeşitli alanları ilgilendiren farklılaşmalara gidilmesi kaçınılmaz bir gerekliliktir. Kavramın içeriğindeki genişlemeye paralel olarak ekonomik kamu düzeni, çevre kamu düzeni gibi kavramların hukuk metinlerine girmiş oldukları gözlenmektedir⁴. Aynı farklılaşmanın uluslararası alanda kabul edilen metinler dikkate alındığında insan hakları açısından da geçerli olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Nitekim Loizidou davasında Mahkeme Sözleşmenin taraf ülkelerce getirilen genel nitelikteki çekincelerin geçerli kabul edilemeyeceği bazı özelliklere sahip bir belge olduğunu ve bu özelliklerin Avrupa kamu düzenini oluşturduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre Sözleşme, insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi konumunda bulunmaktadır⁵.

Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken Sözleşmenin devletlere bazı yükümlülükler getiren, dolayısıyla buyurucu nitelikleri olan bir ortak hukuk belgesi olduğu esastan hareket etmektedir. Söz konusu yükümlülüklerin niteliği konusunda ise Mahkeme İrlanda/İngiltere davasında, Sözleşmenin sadece taraf devletler arasında kabul edilen karşılıklı taahhütleri içermediği, bunun ötesinde "birlikte yerine getirilmesinde" yarar görülen objektif nitelikte yükümlülükler öngördüğünü belirtmektedir⁶.

Bu değerlendirmeler dikkate alındığında Avrupa kamu düzeni kavramı taraf devletlere objektif nitelikte yükümlülüklerin getirildiği,

³ KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, Afa Yayınları, İstanbul 1994, s. 61; TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s.138-140.

⁴ Bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö., "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", Anayasa Yargısı 11, Ankara 1995, s. 250.

⁵ Loizidou/Türkiye (İlk İtirazlar), Series A.No. 310, 23.3.1995, nakl. Van DIJK/Van HOOFF, s. 781-782; Ayrıca bkz. Belilos/İsviçre, Series A. No. 132, 24.4.1988, nakl. Van DIJK/Van HOOFF, s.782; Chrysostomos vd./ TÜRKİYE, Başvuru no. 15299/89, 15300/89 ve 15318/89, 4.3.1991, HRLJ, Vol. 12, No. 3, 1991, s.121.

⁶ İrlanda/İngiltere, Series A.No. 25, 18.1.1978, nakl. JACOBS, Francis G./WHITE, Robin C.A., The European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Second Edition, Oxford 1996, s.20.

insan hakları alanında uyulması gereken standardı ve ortak bir anlayışı ifade eden bir kavram olmaktadır. Nitekim Mahkeme çeşitli kararlarında Sözleşmenin temel amacını, taraf devletlerin kendi egemenliklerine tabi kişilerle ilişkilerinde, uymaları gereken uluslararası standartların belirlenmesi şeklinde açıklamaktadır⁷. Sözleşmenin Başlangıcında da; siyasi gelenekler, idealler, hürriyetler ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak bir mirasa ve benzer düşüncelere sahip olan Avrupa devletlerinin, hak ve hürriyetleri “birlikte yerine getirmek” amacıyla Sözleşmeyi hazırlamış oldukları ifade edilmektedir.

Hak ve hürriyetleri birlikte yerine getirmenin ve onlara etkili bir koruma sağlamanın pratik araçlarını ise devlet başvurusu ve 11 nolu protokol ile daha etkin hale getirilen kişisel başvuru⁸ teşkil etmektedir. Kişisel başvuru, hakların korunmasında kişilere daha aktif ve etkili bir konum sağlarken⁹, ortaklaşa güvence de denilen devlet başvurusu taraf devletlere, sadece kendi vatandaşlarına yönelik ihlaller bakımından değil, Sözleşmeye taraf diğer ülkelerin vatandaşlarına yönelik ihlaller bakımından da ilgili devletlerin hukuk sistemlerini ortak denetime tabi tutmak imkanını vermektedir¹⁰.

İnsan hakları ihlallerine yönelik olarak etkili ve ortak bir denetim sistemi öngören ve objektif karakterde bir metin olan Sözleşme bu özelliği ile ulusal menfaatler arasında karşılıklı bir uzlaşma sağlayan klasik uluslararası andlaşmalardan da ayrılmaktadır. Sözleşmenin objektif karakterde bir metin oluşu her şeyden önce ona ulusal hukukta “doğrudan uygulanırılık” niteliği kazandırmaktadır. Diğer bir ifadeyle

⁷ Sunday Times/İngiltere, Series A. No. 30, 26.4.1979, nakl. SHORTS, Edwin/de THAN, Claire, Civil Liberties Legal Principles of Individual Freedom, Sweet and Maxwell, London 1998, s.445; Sosyalist Parti vd. / Türkiye, 20/1987/804/1007, 25.5.1988, s. 27 vd.

⁸ Kişisel başvuru hakkı yeni sistemde doğrudan Mahkemeye başvuru hakkına dönüştürülmüştür. Ayrıca yeni uygulamada başvuru hakkının sürekliliği kabul edilmektedir. Buna göre sözkonusu hakkın bir devlet tarafından geri alınması ancak Sözleşmeden çıkılması ve bunun da altı ay önceden ihbarı ile mümkün olacaktır.

⁹ Bkz. SHORTS/de THAN, s.420-421; HIGGINS, Rosaly, “The European Convention on Human Rights”, MERON, Theodor (ed.), Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues, Clarendon Press, Oxford 1989, s. 505-506.

¹⁰ Bkz. JACOBS/WHITE, s.7-8; HIGGINS, s.505; Van DIJK/Van HOOFF, s.43 vd.

Sözleşme, ulusal makamlar tarafından ayrı bir işleme gerek bulunmaksızın doğrudan uygulanacaktır¹¹.

Sözleşmenin “doğrudan uygulanırılık” niteliğinin normatif dayanağını 1.maddede yer alan hüküm oluşturmaktadır¹². 1. maddede Sözleşmeciler tarafından kendi yetki alanları içindeki herkes için Sözleşmenin 1. bölümünde yer alan hak ve hürriyetleri güvence altına alacakları belirtilmektedir. Maddede, sadece devletleri bağlayıcı bir ifade olan “güvence altına almayı üstlenirler” ibaresi yerine daha kesin bir zorunluluğu ifade eden “güvence altına alırlar” ibaresinin kullanılması Mahkemeye göre taraf devletlerin, kişilere hakların tanınması ve Sözleşmenin iç hukuk düzenine doğrudan girmesi yönündeki amaçlarını ortaya koymaktadır¹³.

1. madde gereğince taraf devletler, kendi yetki alanları içindeki herkes için Sözleşmede yer alan hakları güvence altına almayı kabul etmekle gerçekte iç hukuk sistemlerini Sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmektedirler. Bu yükümlülüğün kapsamına; haklara ilişkin güvencelerin tanınması, bunların etkili kullanılmalarının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması ve haklara müdahaleden kaçınılması hususları girmektedir¹⁴.

Sözleşmede yükümlülüğün genel düzeydeki gerekçesini ise hiç şüphesiz Sözleşme ile güvence altına alınan hakların minimum standardı yani asgari ve zorunlu düzeyi belirlemesi oluşturmaktadır. Minimum standart anlayışı gereğince, taraf devletler, bu standarttan daha azıyla yetinemeyecekler fakat Sözleşmenin öngördüğünden fazlasını getirebilmede serbest olacaklardır¹⁵.

¹¹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “11 nolu Protokolden Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Yeni Türkiye, sy. 22, y.4, 1998, s.1273-1274.

¹² FAWCETT, J.E.S. , The Application of the European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Second Edition, Oxford 1987, s.5; BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s.43.

¹³ İrlanda/İngiltere, Series A.No.25, 18.1.1978, nakl. POLAKIEWICZ, Jörg, “The Application of the European Convention on Human Rights in Domestic Law”, HRLJ, Vol. 17, No. 11-12, 1996, s.405.

¹⁴ FAWCETT, s.3; Ayrıca bkz. Airey/İrlanda, Series A.No.32, 9.10.1972, nakl.HARRIS, D.J./ O’BOYLE, M./WARBRICK, C., Law of the European Convention on Human Rights, Butter Worths, London 1995, s.19.

¹⁵ AKILLIOĞLU, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, AÜSBFD, c.44, No.3-4, 1989, s.165.

Buraya kadar açıklanan özellikler Sözleşmenin insan haklarına dayalı ortak bir anlayışı oluşturmak için kabul edilen ve bağlayıcı hükümler içeren bir belge olduğunu ortaya koymaktadır¹⁶. Bu çerçevede hak ve hürriyetlerin korunmasında uyulması gereken standardı ifade eden kamu düzeni kavramı da, Sözleşme bünyesinde demokratik toplumların korunması gereken ortak bir malvarlığı niteliğini kazanmaktadır.

III-AVRUPA KAMU DÜZENİNİN ŞEKİLLENMESİNDE ETKİLİ OLAN ÇEŞİTLİ UNSURLAR

İnsan haklarına dayalı ortak hukuk anlayışını ifade eden Avrupa kamu düzeninin kapsamının belirlenmesinde Sözleşme metni ve Başlangıcı yanında asıl önemli husus Sözleşme hükümlerinin uygulamada aldığı şekil olmaktadır. Strasbourg organlarının¹⁷ karar ve uygulamalarından meydana gelen içtihadi hukuk Sözleşme metni ve amacı ile birlikte hak ve hürriyetlerin korunması alanındaki standardın temel çerçevesini oluşturmaktadır.

Denetim mekanizması aracılığıyla gerçekleşen bu oluşumda Mahkemenin konumundan yargılamanın niteliğine, kullanılan yorum tekniklerinden verilen kararların niteliğine kadar çeşitli unsurların belirleyici özellikte oldukları görülmektedir.

1- Mahkemenin Konumu ve Yargılamanın Niteliği

Sözüedilen unsurlar arasında Mahkemenin konumu ve gerçekleştirdiği denetimin niteliği, diğerlerinin de buna bağlı olarak şekillenmesi bakımından özel bir öneme sahip bulunmaktadır.

¹⁶ Taraf devletlerin İnsan Hakları Anayasası, İnsan Hakları Beyannamesi olarak nitelendirilen Sözleşme, kişi haklarının korunması yönünder bağımsız bir hukuk düzeninin oluşmasını sağlamakta ulusüstü hukuk kavramının gelişmesinde de etkin bir rol oynamaktadır. Bkz. HARRIS/O'BOYLE/ WARBRICK, s.28-29; ÇAVUŞOĞLU, Naz, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini Yaşayan Belge Yapan Yorum Teknikleri", İHY, c.14, 1992, s.131; Anayasa ve Beyanname nitelendirmeleri için bkz. BERNHARDT, Rudolf, "Human Rights and Judicial Review: The European Court of Human Rights", BEATTY, David. M. (ed.), Human Rights and Judicial Review a Comparative Perspective, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht 1994, s.301-302, 304; JANIS, Mark W./KAY, Richard S./BRADLEY, Anthony W., European Human Rights Law Text and Materials. Clarendon Press, Oxford 1995, s. 25.

¹⁷ 11 Nolu Protokolle iki dereceli Mahkeme sistemi yerine sürekli olarak çalışan tek dereceli Mahkeme uygulaması getirilmektedir. Buna göre Komisyon ve Mahkeme ayırımına son verilmekte, şikayet başvurularının sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından sonuçlandırılması öngörülmektedir. Bu konuda bkz. JACOBS/WHITE, s.14.

Sözleşme sisteminde Mahkeme, Avrupa demokratik ülkelerinin “ortak tarihsel, kültürel mirası” çerçevesinde ortaya çıkan insan hakları listesine, uygulamada değer kazandıran, yorumlayan ve güvence altına alan bir kurumdur¹⁸. Konumu ve denetim sürecindeki fonksiyonu ile Anayasa yargılaması yapan bir organ ve bu çerçevede Avrupa Sözleşmesi hukukunun Anayasa Mahkemesi olarak tanımlanmaktadır¹⁹. 11 nolu protokolle değişen durumla Mahkemenin bu konumunun daha da belirgin hale geldiği kabul edilmektedir²⁰.

Mahkemenin Anayasa yargısı fonksiyonunu güçlendiren önemli etkenlerden biri esas itibariyle iç hukuk normlarının ve bunlara ilişkin uygulamaların Sözleşmeye uygunluklarının denetlenmesi ve denetim sonucunda Sözleşmeye aykırılıklarının tespit edilmesidir. Bu süreçte herhangi bir işlemin ya da uygulamanın Sözleşme ile güvence altına alınan minimum ya da asgari düzey karşısında iç hukuk mevzuatı ile meşrulaştırılması ya da haklı gösterilmesi sözkonusu değildir²¹.

Öte yandan devlet başvuruları yanında kişisel başvurularda da, somut herhangi bir işlemin ya da uygulamanın yokluğu durumlarında dahi soyut norm denetimi yapılması²², ayrıca yerleşik içtihat gereğince iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartının, sadece bu yolların “etkili” olması durumunda aranacağı, aksi halde boşuna zaman kaybına neden olunacağına belirtilmesi de²³, Mahkemenin Anayasa yargısı fonksiyonunu belirginleştiren etkenler olmaktadır.

Sözkonusu etkenler dolayısıyla Mahkemenin ilk dönemlerdeki hakların yargııcı genel fonksiyonundan sıyrılıp, Avrupa ortak hukukunun yargııcı konumuna geldiği belirtilmektedir²⁴. Ortak hukukun yargııcı konumunun kazanılmasında objektif hukuki görev anlayışının da

¹⁸ Bkz. BERNHARDT, s. 305.

¹⁹ Bkz. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.2.

²⁰ Kişisel başvuru hakkının doğrudan Mahkemeye başvuru hakkına dönüştürülmüş olmasının, kişisel başvuruyu Anayasal doğrudan başvuru tekniğine ve sonuçlarına yakınlaştırdığı konusunda bkz. ÇAĞLAR, Bakır/ÇAVUŞOĞLU, Naz, “Parti Kapatma Davalarında Mermer ve Mozaik İkilemi”, Anayasa Yargısı 16, Ankara 1999, s.151; ÇAĞLAR, Bakır, “Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı”, Anayasa Yargısı 12, Ankara 1995, s. 315.

²¹ Bkz. BERNHARDT, s.305; AKILLIOĞLU, s. 163-164.

²² Klass vd. /FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A.No.28, 6.9.1978, nakl. Van DIJK/Van HOOFF, s. 52; Norris/İRLANDA, Series A.No. 142, 26.10.1988, nakl. Van DIJK/ Van HOOFF, s.54.

²³ Aksoy/TÜRKİYE, 18.12.1996, ABD, y.54, sy.1997/2, s.156-157; Akdıvar/TÜRKİYE, 16.9.1996, ABD, y.54, sy.1997/1, s.111-114.

²⁴ ÇAĞLAR/ÇAVUŞOĞLU, s.153.

önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Çünkü şikayetin geri alınması ya da şikayetçinin ölümü durumlarında dahi, genel hukuki menfaatin bulunduğu gerekçesiyle Sözleşmeye uygunluk denetimine devam edilmesi sözkonusu olmaktadır²⁵. Bu suretle Mahkeme, bir taraftan Avrupa mekanında hukuk birliğinin gerçekleşmesine ve bu ülkelerin iç hukuk uygulamalarındaki farklılıkların giderilmesine katkı sağlarken, diğer taraftan bu yöndeki içtihatları aracılığıyla ortak kamu düzeninin kapsamının çizilmesinde de belirleyici bir fonksiyon ifa etmektedir.

2- Kullanılan Yorum Tekniklerinin Etkisi

Avrupa kamu düzeninin içtihatlar yoluyla belirlenmesi sürecinde etkili olan bir diğer unsur yorum teknikleri oluşturmaktadır. Bunlar arasında amaçsal ve gelişmeci yorum tekniklerinin Sözleşmenin "Avrupa İnsan Hakları Anayasası" niteliğini kazanmasında önemli rolleri bulunmaktadır²⁶.

Amaçsal yorum, herhangi bir kuralın Sözleşmenin konu ve amacı ile Konsey Statüsünde yer alan ilkeler ışığında yorumlanması anlamına gelmektedir²⁷. Gelişmeci (evrimci, dinamik) yoruma ise genel olarak hakların teorik haklar olmanın ötesinde gerçek ve kullanılabilir duruma getirilmeleri amacıyla başvurulmaktadır²⁸. Mahkeme bu yorum tekniğini kullanarak devletlere ve devletler aracılığı ile üçüncü kişilere Sözleşmeyle tanınan hakların etkili korunmasını sağlama yü-

²⁵ Bkz. Luedicke, Belkacem ve Koç/FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A.No.29, 28.11.1978, nakl. MERRILLS, J.G., The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Second Edition, Manchester University Press 1993, s.62-63.

²⁶ ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s.74.

²⁷ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31., 32. ve 33. maddeleri bu konuda yol gösterici kurallar olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Golder/İNGİLTERE, Series A. No.18, 21.2.1975, nakl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.6; Ayrıca Luedicke, Belkacem ve Koç/FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A. No.29, 28.11.1978, nakl. HARRIS/O'BOYLE/ WARBRICK, s.6; Bununla birlikte amaçsal yorumun somut olayları çözmeye her zaman yeterli olmadığı konusunda bkz. BERNHARDT, s. 306-307.

²⁸ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 8; BERNHARDT, s.307-308; Van DIJK/Van HOOF, s. 77-78; ÇAVUŞOĞLU, Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, s. 81.

kümlülüğü getirmekte²⁹, daha somut düzeyde Sözleşmeyi yaşayan bir belge olarak değerlendirmektedir³⁰.

Mahkeme Sözleşmeyi yaşayan bir belge olarak günün şartlarına uygun şekilde yorumlarken ve bu yolla Avrupa ortak kamu düzeninin kapsamını belirlerken, taraf devletlerin ortak hukuk ilkelerinden de etkilenmektedir³¹. Fakat ulusal kurallardan nispi düzeyde bir etkilenme gerçekleşmekte, dayanan ulusal hukuk kuralları da esas itibarıyla Avrupa ölçülerine ve denetimine tabi tutulmaktadır³². Denetim sürecinde ise Sözleşme organları tarafından özerk olarak yorumlanan ve bütün üye devletler için geçerli bir Avrupa anlamı çerçevesinde değerlendirilmiş olan kavramlar esas alınmaktadır³³.

Sözleşme kavramlarına özerk anlam yüklenmesi gerçekte Sözleşme hukukunun iç hukuklardan bağımsız hak ve hürriyetler anlayışının kurulmasına imkan sağlamaktadır³⁴. İç hukuklardan bağımsız hak ve hürriyetler anlayışı ile ulusal farklılıkların üzerinde belirli derecede uluslararası bütünlüğün temini gerçekleşirken aynı zamanda hürriyetler alanındaki ortak standardın kapsamı da belirlenmiş olmaktadır³⁵.

3- Kararların Niteliği ve Etkisi

Mahkeme, yaptığı denetimlerde esas itibarıyla somut olayla ilgili kararlar vermekle birlikte, bazı durumlarda somut olay yanında genelleştirmeyi de içine alacak yönde bir içtihat oluşturmaktadır. Di-

²⁹ Platform Arzte Für das Leben/AVUSTURYA, Series A. No.139, 21.6.1988, nakl. MERRILLS. s. 138-139; X and Y vd./HOLLANDA, Series A. No.91, 26.3.1985, nakl. JACOBS/WHITE, s.284.

³⁰ Tyrer/İNGİLTERE, Series A.No.26., 25.4.1978. nakl. MERRILLS, s. 79; Ayrıca bkz. Chrysostomos vd. /TÜRKİYE, Bavuru no. 15299/89, 15300/89, 15318/89, 4.3.1991, HRLJ, Vol. 12, No. 3, 1991, s.120-121.

³¹ Soering /İNGİLTERE, Series A. No. 161, 7.7.1989. nakl. MERRILLS, s. 81-82; Sutter/ İSVİÇRE, Series, A. No. 74, 22.2.1984, nakl. Van DIJK/ Van HOOFF, s. 422-424.

³² Bkz.YILDIZ, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Basım, İstanbul 1998, s. 31-32.

³³ Kanun kavramı için bkz. Sunday Times/İNGİLTERE, Series A. No. 30, 26. 4.1979. nakl. JANIS /KAY/BRADLEY, s. 219-220; Tolstoy Miloslavsky/İNGİLTERE, Series A. No. 323, 13.7, 1995, EHRR., Vol. 20, 1995, s. 468-469; 6. madde çerçevesinde "medeni hak ve yükümlülükler" hususunda bkz. Benthem/HOLLANDA, Series A. No. 97, 23.10.1985, nakl. Van DIJK/Van HOOFF, s. 404.

³⁴ Van DIJK/Van HOOFF, s. 77.

³⁵ YILDIZ, s. 31, 36.

ger bir ifadeyle somut olaya yönelik hüküm oluşturulurken, genel mahiyette birtakım açıklamalarda ve değerlendirmelerde de bulunulmaktadır³⁶. Nitekim Mahkeme İrlanda / İngiltere davasında, Sözleşme sistemindeki fonksiyonunun, sadece önüne getirilen davaları karara bağlamak olmadığını daha geniş kapsamda Sözleşme ile getirilen kuralları açıklamak, korumak, geliştirmek ve bu suretle taraf devletlerce üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesine katkıda bulunmak olduğunu ifade etmektedir³⁷.

Mahkemenin açıklaması dikkate alındığında, genelleştirmeyi de içine alan böyle bir yaklaşımdaki temel amacın, somut olayda adil bir çözüme ulaşmak yanında genelleştirme ölçütleriyle Avrupa ortak standardının gelişiminin temin edilmesi olduğu anlaşılmaktadır³⁸. Böyle bir amacın izlenmesi denetim sonucunda verilen kararların sadece ilgili devlet ile Mahkemeyi içine alan dar kapsamlı, subjektif bir anlam taşımadığını, bunun dışında taraf devletleri de kapsayan objektif düzeyde etkileri bulunduğunu ortaya koymaktadır³⁹.

Sözleşme organlarının kararları gerçekte yalnızca tarafları bağlayıcı olup, herkesi bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadırlar. Ancak Sözleşmenin genel amacı ve Mahkemenin gündemine gelen sorunların niteliğindeki değişimler Mahkemece verilen kararların somut olay üzerinde bir anlam ifade etmesine yol açmaktadır. Dolayısıyla buradaki "bağlayıcı" ibaresinin yalnızca karar tarafı olmak bakımından değil, fakat Sözleşmenin tarafı olmak bakımından da hüküm ifade eder şekilde algılanması durumu ortaya çıkmaktadır⁴⁰.

Kararın sonuçları doğrultusunda davranmayı gerektiren bu durumun, gerçekte Sözleşmeye taraf tüm devletlere hukuki bir yükümlülük getirmediği ileri sürülebilirse de, Sözleşmenin temel niteliği ve objektif yükümlülükler anlayışı, tarafları esas itibariyle kararların gereğini yerine getirmeye zorlamaktadır. Nitekim aynı sorunla karşılaşma ihtimalini değerlendiren devletler mevzuatlarını Mahkemenin karar ve yorumlarını dikkate alarak düzenleyebilmektedirler. Bu süreçte objektif düzeyde etkiye sahip olan Mahkeme ka-

³⁶ Konig/Federal ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A. No. 27, 28.6.1978, nakl. Van DIJK/ Van HOOFF, s. 403-404.

³⁷ İrlanda /İNGİLTERE, Series A. No. 25, 1831.1978, nakl. POLAKIEWICZ, s. 407.

³⁸ Bkz. YILDIZ, s. 166-167.

³⁹ YILDIZ, s. 11.

⁴⁰ "Yorumun bağlayıcılığı" adı verilen bu husus başkaları hakkında verilen kararların da bağlayıcı olması anlamına gelmektedir. Bkz. AKILLIOĞLU, Tekin, "Yönetim Hukukunda İnsan Hakları", Yeni Türkiye, sy. 22, y. 4, 1998, s. 1280.

rarları da insan haklarına ilişkin Avrupa ortak hukukunun kurulmasında etkili bir rol ifa etmiş olmaktadır.

IV- AVRUPA KAMU DÜZENİ ANLAYIŞINI ŞEKİLLENDİREN TEMEL KAVRAM: DEMOKRATİK TOPLUM

1- Genel Olarak

Sözleşmenin amacı ve buyurucu nitelikteki kuralları yanında Strasbourg organlarının içtihatları ile oluşan Avrupa kamu düzeni anlayışının odağında yer alan kavram “demokratik toplum” kavramıdır. Demokratik toplum kavramının normatif dayanağını İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 29. maddesi oluşturmaktadır⁴¹. Burada “devlet” ibaresi yerine “toplum” ibaresinin kullanılması yönündeki tercih, öncelikle kompleks bir toplumun gereklerinin dikkate alındığı şeklinde yorumlanmaktadır. Bu yorum çerçevesinde Sözleşme hukukunda demokrasinin sivil toplum temeli üzerine kurulduğu belirtilmektedir⁴².

Demokrasinin korunması düşüncesi esas itibariyle Sözleşmenin hazırlanması sürecinde önem kazanan temel amaçlardan biridir. Nitekim Sözleşmenin Başlangıcında, temel hak ve hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesinin bir yandan etkili bir siyasi demokrasinin varlığı, diğer yandan insan haklarına saygıyla sağlanabileceği belirtilmekte ve Sözleşme ile demokrasi düşüncesi arasında sıkı bir bağlantı olduğu vurgulanmaktadır. Aynı şekilde Mahkeme de bazı kararlarında, Sözleşme tarafından düşünülen ve Sözleşme ile uyumlu olan tek siyasi modelin demokrasi olduğuna ve bu kavramın Avrupa kamu düzeninin ayırıcı bir özelliğini teşkil ettiğine işaret etmektedir⁴³.

Sözleşme hukukunu ve kamu düzeni anlayışını şekillendiren bir kavram olarak ortaya çıkan demokratik toplum kavramına, sözüedilen özelliklerinden dolayı iki önemli fonksiyon yüklendiği görülmektedir. Bunlardan ilki, temel hak ve hürriyetlerin tanımlanmasında ve yorumlanmasında yönlendiricilik fonksiyonudur. Bu anlamda demokratik toplum kavramı, devletlerin yetkilerinin maddi içeriğinin belirlenme-

⁴¹ 29/2. madde; “Herkes hak ve hürriyetlerini kullanırken, ancak başkalarının hak ve hürriyetlerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle, genel refah gereklerinin karşılanması amacıyla, kanunla belirlenmiş sınırlamalara tabi olabilir”.

⁴² Bkz. ÇAĞLAR, Bakır, “Kıt’a Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: Hukuk ve Demokrasi”, Anayasa Yargısı 9, Ankara 1993, s. 156-257.

⁴³ Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd./TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s.19-20.

sinde etkili olmakta⁴⁴, diğer bir ifadeyle Sözleşmeye taraf devletlerin, minimum standardı öngören Sözleşme haklarını tanıırken ve bunları yorumlarken uymak zorunda oldukları temel ölçüyü teşkil etmektedir⁴⁵.

Demokratik toplum kavramına yüklenen diğer fonksiyon ise, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında son ölçü fonksiyonudur. Demokratik toplum kavramı bu anlamıyla da, hürriyetlerin gereksiz ve ölçüsüz şekilde sınırlandırılmamasını temin etmekte⁴⁶, sınırlamanın en son nereye kadar varabileceğini göstermektedir. Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında belirtildiğine göre hak ve hürriyetler, demokratik bir toplumda amaca ulaşmak için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirlerdir.

2-Demokratik Toplumun Unsurları

İçtihatlar yoluyla kapsamı belirlenen demokratik topluluk kavramının unsurları başta Handyside olmak üzere daha sonra verilen çeşitli kararlarda çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik olarak ifade edilmiştir⁴⁷.

Çoğulculuk kişisel düzeyde farklı olmak hakkı, kurumsal düzeyde ise siyasal toplumsal çoğulculuğun korunması anlamına gelmektedir. Bu tanım gereğince çoğulculuk, toplumsal yaşamın her alanında uygulanması gereken, gerek kurumların çokluğu ve birbirinden ayrılığı, gerekse düşüncelerin farklılığı ve çeşitliliği yönünde anlaşılması gereken bir kavram niteliğindedir⁴⁸.

Sözleşmeye uygunluk denetimi sonucunda verilen kararlar incelendiğinde de, çoğulculuğun kapsamı konusunda kişisel hürriyetler için olduğu kadar kolektif hürriyetler açısından da oldukça geniş bir

⁴⁴ YILDIZ, s. 168-186.

⁴⁵ Nitekim Mahkeme de Sözleşmenin demokratik bir toplumun ideal ve değerlerinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi için tasarlanmış bir belge olduğunu ve bunun gereklerine uyulması gerektiğini belirtmektedir. Soering/İNGİLTERE, Series A. No. 161, 7.7.1989, nakl. Van DIJK/Van HOOF, s. 73.

⁴⁶ YILDIZ, s. 168-186.

⁴⁷ Handyside/İNGİLTERE, Series, A. No. 24, 7.12.1976, nakl. MERRILLS, s. 134; Vogt /ALMANYA, Series A.No. 323, 26.9.1995, EHRR, Vol. 21, 1996, s. 234, Otto-Preminger-Institut/AVUSTURYA, Series A. No. 295-A, 20.9.1994, EHRR, Vol.19, 1995, s. 57.

⁴⁸ Bkz, SIEGHART, Paul, The International Law of Human Rights, Clarendon Press, Oxford 1984, s. 93; ÇAVUŞOĞLU, Temel hak Ve Hürriyetler Üzerine, s. 42 vd.; BATUM, s. 239.

yorumun kabul edildiği görülmektedir. Örneğin demokratik toplumun temel dayanaklarından biri olarak değerlendirilen ifade hürriyeti bakımından, bu hürriyetin sadece, olağan karşılanan zararsız ya da önemsiz görülen bilgiler ve düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve endişe verici düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğu belirtilmektedir⁴⁹. Basın hürriyeti ile ilgili olan ve ifade hürriyetinin muhalefet hürriyeti olarak benimsendiği bu yorum Mahkemenin daha sonra verdiği, ifade hürriyetinin çeşitli kullanım şekillerini konu alan kararlarında da benzer şekilde tekrarlanmıştır. Örneğin Piermont kararında toplantı ve gösteri hürriyeti çerçevesinde, resmi görüşe ve statükoya karşı olan görüşlerin de kendilerine siyasi arenada yer bulabilecekleri ifade edilmiştir⁵⁰. Örneğin siyasi partilerle ilgili olarak Türkiye hakkında verilen iki ayrı kararda, partilerin demokratik çoğulculuk ilkesinin bir gereği olarak çoğunluğa ters gelen görüşleri de savunabilecekleri ve bunu parti programlarında belirtmek suretiyle halkın onayına sunabilecekleri ileri sürülmektedir⁵¹. Bununla birlikte Sözleşme hukukunun dayandığı demokrasi ve çoğulculuk anlayışının her düşünce ve örgütlenmesine de açık olmadığı anlaşılmaktadır. "Militer demokrasi" olarak adlandırılan bu anlayışın normatif temelini oluşturan 17. maddeye göre hak ve hürriyetlerin yok edilmesi amacına yönelik eylemler Sözleşmenin çoğulcu demokrasi anlayışı içinde değerlendirilmemektedirler⁵².

Farklı tercihlerde bulunma hakkı, Sözleşme uygulamasında sendika kurma ve sendikalara katılma hakkı çerçevesinde de korunmaktadır. Örneğin İngiltere ile ilgili bir davada, sendikaya üye olma zorunluluğuna uyulmaması nedeniyle alınan işten çıkarma kararı Sözleşmeye aykırı bulunurken, sözkonusu uygulama demokratik toplum açısından değerlendirilmiş ve kararın gerekçesi azınlığın çoğunluk karşısında korunması gerekliliğine dayandırılmıştır. Kararda, demokrasinin çoğunluk görüşünün her zaman üstün olması anlamına gelmediği, ço-

⁴⁹ Castells/İSPANYA, Series, A. No. 236, 23.4.1992, EHRR, Vol, 14, 1992, s. 476; Handyside /İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. JACOBS/WHITE, s. 291; Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi/AVUSTURYA, Series A. No. 302, 19.12.1994, EHRR, Vol. 20, 1995, s.83.

⁵⁰ Piermont/FRANSA, Series, A. No.314, 27.4.1995, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 341.

⁵¹ Sosyalist Parti vd. /TÜRKİYE, 20/1997/804/1007, 25.5.1998, s. 29-30; Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd./TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s. 25.

⁵² İlgili karar için bkz. Komünist Parti/FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Başvuru No. 250/57, 20.7.1957, nakl. JACOBS/WHITE, s. 310-311.

ğunlukta olanların bu durumu kötüye kullanmalarını önleyici bir dengenin sağlanması hususuna işaret edilmiştir. Somut olayda Mahkeme, uygulanmakta olan sistemin çalışanların büyük çoğunluğunca benimsenmiş olmasının belirleyici olmadığını ileri sürmüştür⁵³.

Demokratik toplumun diğer unsurlarından hoşgörü kavramı konusunda ise Mahkeme genellikle hürriyetlerin (özel yaşamın gizliliği, basın) sınırlanmasında genel ahlakın korunması sebebinin kullanılıp kullanılmayacağı ve bu konudaki ölçü sorunu üzerinde durmuştur. Mahkemenin bu konudaki yerleşik içtihadı, ahlaki değerlerin korunması amacıyla hürriyetlerin sınırlandırılabilceği, ancak genel ahlak kavramının niteliği dolayısıyla, bu hususta üye devletler iç hukuklarından Avrupa ortak ahlak kavramının çıkarılamayacağı, dolayısıyla bu tür değerlerin korunmasında devletlerin geniş bir takdir yetkilerinin bulunduğu yönündedir⁵⁴.

Demokratik toplumun unsurları bakımından şimdiye kadar belirtilenlerin dışında bazı ilke ve kurumların da esas itibarıyla bu kavram içerisinde değerlendirildikleri görülmektedir. Örneğin, Sözleşmenin Başlangıcında belirtilen ve Avrupa ülkelerinin ortak mirası olarak kabul edilen hukukun üstünlüğü ilkesi bunlardan biridir⁵⁵. Ayrıca sınırlamada ulaşılmak istenen amaç ile bu doğrultuda kullanılan araçlar arasında belli bir dengenin bulunması zorunluluğunu ifade eden ve kamu yararıyla bireysel hakkın korunması arasında adil bir dengenin bulunması hususunu kapsamına alan ölçülülük ilkesi de demokratik toplumda gerekli olmanın bir alt kavramı olarak değerlendirilmektedir⁵⁶. Öte yandan 6. maddede öngörülen ve ferdin temel haklarından

⁵³ Young, James, Webster/İNGİLTERE, Series A. No. 41, 13.8.1981, nakl. FAWCETT, s. 282; MERRILLS, s. 144.

⁵⁴ Handyside/İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. FEINGOLD, C., "The Little Red Schoolbook and the European Convention on Human Rights", Human Rights Review, Vol. 3, No.1, 1978, s. 21-27; Ayrıca Dudgeon / İNGİLTERE, Series A. No. 45, 22.10.1981, nakl. MERRILLS, s. 163-164.

⁵⁵ İlgili karar için bkz. Golder/İNGİLTERE, Series A. No. 18, 21.2.1975, nakl. HARRIS/ O'BOYLE/WARBRICK, s. 6.

⁵⁶ İlgili karar için bkz. Goodwin/ İNGİLTERE, 27.3.1996, EHRR, Vol. 22, 1996, s. 143-144; Ezelin/FRANSA, Series A. No. 202, 26.4.1991, EHRR, Vol. 14, 1992, s. 389; Belçika Dil Davası, Series A. No. 5, 23.7.1968, nakl. FAWCETT, s. 256-258; Ölçülülük ilkesi konusunda bkz. EISSEN, Marc Andié, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", MACDONALD, R. St. J./MATSCHER, F./ PETZOLD, H. (eds.), The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, s. 126-127.

biri olan adil yargılanma hakkı ile⁵⁷, 1 nolu protokolün 3. maddesindeki serbest seçim hakkı da siyasi demokrasinin karakteristik ilke ve kurumları olarak tanımlanmaktadır⁵⁸.

Sözüedilen bu ilke kurumlar başta belirtilen diğer unsurlarla birlikte taraf devletlerin, hakların tanınması, yorumlanması, sınırlandırılması ve korunması sürecindeki fonksiyonlarının kapsamını belirlemektedirler. Aşağıda belirtileceği gibi, taraf devletler sözkonusu alanlardaki yetkilerini kullanırken bağlayıcı nitelik arz eden bu hukuki çerçeveyi esas almak durumunda bulunmaktadır.

V- AVRUPA KAMU DÜZENİ KAVRAMININ FONKSİYONEL DEĞERİ

Sözleşme metni, amacı ve yargılama mekanizması ile şekillenen Avrupa kamu düzeni kavramı her şeyden önce insan hakları alanında devletlerin iç işlerine karışılmasının yasaklanması ilkesinin uygulama alanını daraltan bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁹. Bu yönüyle Avrupa ortak kamu düzeni, devletlerin Anayasal özgürlüklerinin ve egemenlik yetkilerinin sınırlanması sonucunu doğuran bir kavram özelliğine sahip bulunmaktadır⁶⁰.

Anayasal özgürlüğün kısıtlanması genel olarak insan hakları alanında kültürel değerlerin, ulusal normların ve özellikle siyasal haklar bakımından Anayasaların genel felsefesinin ve tercihlerinin etkisinin sınırlanması anlamına gelmektedir⁶¹.

⁵⁷ Axen/FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ, Series A. No. 72, 8.12.1983, nakl. MERRILLS, s. 33-34; Mitap ve Müftüoğlu/ TÜRKİYE, 25.3.1996, nakl. DOĞRU, Osman (ed.), İnsan Hakları Kararları Derlemesi, c.2, İstanbul 1998, s. 232-233.

⁵⁸ Mathieu- Mohin and Clerfayt /BELÇİKA, Series A. No. 113, 2.3.1987, nakl. MERRILLS, s. 126.

⁵⁹ Bu daralmanın devletler arasındaki anlaşmaya dayandığı ve kolektif bir nitelik arzettiği konusunda bkz. RUMPF, Helmut, "İnsan Haklarının Uluslararası Korunması ve Müdahale Yasağı İlkesi", Çev. Z. Davran, Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979, s. 674.

⁶⁰ BERNHARDT, s. 319; ÇAĞLAR/ÇAVUŞOĞLU, s. 148-149; GÜNDÜZ, Aslan, "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", İBD, c. 64, sy. 1-2-3, 1990, s. 38, 44.

⁶¹ Örneğin Türkiye ile ilgili Sosyalist Parti davasında Mahkeme, şiddete ve isyana başvurma veya demokrasinin kurallarını çiğneme amacı bulunmadığı takdirde partilerin mevcut devlet yapısını tartışmaya açmalarının, devletin örgütlenme biçimine, Anayasanın ideolojisine aykırı bulunsa bile çeşitli görüşleri ifade etmelerinin siyasi örgütlenme hürriyeti kapsamında kaldığını belirtmektedir. Sosyalist Parti vd. / TÜRKİYE, 20/1997/804/1007, 25.5.1998, s. 29-30.

Somut düzeyde ise Anayasal özgürlüğün kısıtlanması ulusal makamların yetki alanlarındaki daralmayı ifade etmektedir. Bu çerçevede örneğin yasama organının Sözleşmeyi ihlal edici bir düzenleme getirmesi söz konusu değildir⁶². Bununla birlikte Sözleşmeye Anayasal değer verilmediği ülkeler açısından hukuken böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı, dolayısıyla sonradan yapılan bir kanunla Sözleşmeye aykırı bir hükmün getirilebilmesi imkanının varolduğu ileri sürülebilir. Ancak hukuki açıdan varolan böyle bir imkan, esas denetim yeri olan Mahkemenin konumu ve yetkileri göz önüne alındığında gerçek fonksiyonunu yitirmektedir. Çünkü herhangi bir başvuru yapıldığında, bu nitelikteki hükümlerin Sözleşmeye aykırılıklarının tespiti söz konusu olmakta ve bu da, iç hukuk işlemlerinin değiştirilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla denetim mekanizması ile oluşan ortak hukuk anlayışı, Sözleşme ile iç hukukun uyumlu olmasını gerektirmektedir⁶³. Mahkeme bu süreçte ulusal makamların kural olarak hukuk devletine saygıyı sağlamak ve anayasal haklara etkililik kazandırmak için gerekli gördükleri tedbirleri almakta serbest olduklarını dolayısıyla kendilerine bir takdir alanı bırakıldığını, ancak bu alan çerçevesinde alınacak tedbirlerin Sözleşme ile üstlenilen yükümlülüklerle uyum içinde olması gerektiğini belirtmektedir⁶⁴.

Devletlerin takdir alanlarının kapsamını⁶⁵ şekillendiren kamu düzeni anlayışı, esas itibarıyla yasama yanında yürütme ve yargı or-

⁶² POLAKIEWICZ, s.407-408; GÜNDÜZ, s. 38.

⁶³ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.29-30; BATUM, s. 47-58; Ayrıca buradaki uyumun tek biçimliliğin sağlanması anlamına gelmediği konusunda bkz. BERNHARDT, s. 310.

⁶⁴ Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd. /TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s.20; Handyside/ İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. Van DIJK/Van HOOF, s.83.

⁶⁵ Takdir alanı (değerlendirme serbestliği) ve hukuki temeli konusunda bkz. MERRILLS, s. 159-160; FEINGOLD, s. 26; BERNHARDT, s. 308-309; Takdir alanının kapsamı, hakkın türüne, sınırlama sebebine, kullanıldığı mekana, şartlara ve ortama göre değişmektedir. Bkz. Rasmussen/DANİMARKA, Series A. No. 87, 28.11.1984, nakl. HARRIS/O'BOYLE/ WARBRICK, s. 14. Örneğin genel ahlak sebebi bakımından devletlerin takdir alanlarının geniş olacağı kabul edilirken (Müller vd. /İSVEÇ, Series A. No. 133, 24.5.1988), yargılamanın tarafsızlığının korunması gibi bütün devletler için geçerli olabilecek objektif ölçütlerin sözkonusu olduğu sebepler bakımından daha sınırlı bir serbestinin sözkonusu olacağı belirtilmektedir. (Sunday Times/İNGİLTERE, Series A. No. 30, 26.4.1979). Aynı şekilde siyasi partiler sözkonusu olduğunda, müdahaleler bakımından taraf devletlerin sınırlı bir takdir alanına sahip oldukları açıklanmaktadır. (Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd./TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998)

ganlarının yetki alanları bakımından da benzer sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Örneğin idare, Sözleşmeye aykırı olabilecek işlem ve uygulamalardan kaçınmak durumunda bulunurken⁶⁶, yargı organları da hukuki gerçeğin Avrupa Mahkemesi tarafından belirleneceği hususundan hareketle kararlarında Sözleşmeye ve Sözleşme organlarının kararlarına geçerlilik kazandırmak durumunda bulunmaktadır⁶⁷.

Avrupa kamu düzeni anlayışının devletlerin anayasal özgürlüklerinin ve egemenlik yetkilerinin kısıtlanması yönünde meydana getirdiği bu sonuçlar, gerçekte kanun, Anayasa ve Anayasa yargısı kavramlarının da anlam değişikliğine uğradıklarını göstermektedir⁶⁸. Söz konusu değişiklik sürecinde demokratik temsile dayalı milli otoritelerin yetki alanları ile Strasbourg organlarının yetki alanlarının karşı karşıya geldikleri ve iki sistem arasında gerilimli alanların doğduğu yadsınamayacak bir gerçektir. Fakat Mahkemenin Anayasa yargısı yeri konumu ve ulusüstü düzeyde kural koyucu iktidarı kullanması çeşitli ilke ve kurumların da yeni bir anlayışla ele alınmasını ve mevcut yapının bu yönde şekillenmesini gerekli kılmaktadır⁶⁹.

Hakların ortaklaşa korunması çerçevesinde ulusal hukuk düzenlerinde belli bir uyumun gerçekleştirilmesi fonksiyonu gören kamu düzeni kavramı bu özelliği ile gerçekte devletlerin yapacağı hak ihlallerini de önleyici bir mahiyete sahip bulunmaktadır.

Kamu düzeninin hak ihlallerini önleyici bir fonksiyon görebilmesi esas itibarıyla uluslararası hukuk ve ulusal hukuk düzenlerinin karşılıklı ilişkileri, doğrudan uygulanırlık, Sözleşmenin iç hukuktaki yeri gibi hususları içinde barındıran etkileşim sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Etkileşim sorununun kapsamı genel düzeyde, devletlerin uygulamaları ile oluşmuş genel bir hukuk ilkesine dayanılarak açıklanabilir. Bu ilke, imzalanmış olan bir uluslararası Sözleşmenin hükümlerine

⁶⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.29; GÜNDÜZ, s. 38.

⁶⁷ POLAKIEWICZ, s.408; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.29; BERNHARDT, s.316; GÜNDÜZ, s. 44.

⁶⁸ ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991, s. 15.

⁶⁹ ÇAVUŞOĞLU, Yorum Teknikleri, s. 145-146.

uyulmasını ve tek taraflı olarak bunların değiştirilmemesini öngören pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesidir⁷⁰.

Etkileşim sorunu somut olarak Sözleşme çerçevesinde ele alındığında da aynı sonuca varılması kaçınılmazdır. Çünkü Sözleşme daha önce belirtildiği gibi insan hakları alanında asgari standardı oluşturmak için kabul edilen ve bağlayıcı hükümler içeren bir belgedir. Devletler Sözleşmeyi imzalamakla vatandaşları için bu asgari standardı temin etme yükümlülüğü altına girmişlerdir⁷¹.

Etkileşim sorunu Türkiye açısından değerlendirildiğinde ise Sözleşmenin iç hukuktaki yeri ve doğrudan uygulanırlığı bakımından öncelikle bu konudaki Anayasal hükme bakmak gerekmektedir. Anayasanın 90. maddesine göre Sözleşme kanun değerinde bulunmaktadır. Fakat aynı maddede uluslararası anlaşmaların olağan kanunlar gibi Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir.

Bazı yazarlar bu hüküm gereğince Sözleşmenin olağan kanun gücünde olduğunu ileri sürmektedirler⁷². Bununla birlikte kanun değerinde sayılan Sözleşmeye Anayasallık denetiminin kapatılmış olmasından hareket eden bazı yazarlar da Sözleşmeye kanun üstünde bir değer, Anayasal bir değer hatta Anayasa üstü değer verilmesi gerektiği sonucuna varmaktadırlar. Örneğin Soysal'a göre, Anayasaya uygunluk denetimi yolunun kapalılığı anlaşmalara, kanunlardan daha ayrıcalıklı, dolayısıyla daha üstün bir nitelik kazandırmaktadır. Bu durumda anlaşmalara kanunlardan farklı en azından Anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir değer tanımak gerekmektedir⁷³. Öte yandan Çağlar'a göre de, Anayasa yargısı yolunun kapalılığı anlaşmalar bakımından Anayasanın üstünlüğünün bir kurgu haline gelmiş olduğunu göstermektedir. Yazara göre, bu nitelikteki bir anlaşma ile Anayasaya aykırı bir kuralın hukuk düzenine dahil olması mümkün olduğu gibi, Anayasanın değiştirilmesi de mümkün olmaktadır⁷⁴. Yine bu çerçevede Sözleşmenin kendine özgü niteliğinin, anlaşmaların genel

⁷⁰ Bkz. HARRIS, s. 46; Söz konusu ilke Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 26. maddesinde de vurgulanmaktadır. İlgili maddeye göre, "Yürürlükteki her anlaşma tarafları bağlar ve onlarca iyi niyetle uygulanmak zorundadır".

⁷¹ Sözleşmenin genel olarak iç hukuktaki yeri ve etkisi konusunda bkz. POLAKIEWICZ, s. 406 vd; FAWCETT, s. 7 vd.

⁷² Bkz. PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Ankara 1985, s. 29-32.

⁷³ SOYSAL, Mümtaz, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı 3, Ankara 1987, s. 16-17.

⁷⁴ ÇAĞLAR, Bakır, "Tartışma", Anayasa Yargısı 10, Ankara 1993, s. 278-279.

düzeni kapsamında anlaşılmasına engel olduğu, Sözleşmenin klasik uluslararası andlaşmalardan ayırddedilerek yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşü savunanlar, Sözleşmeden sonra çıkarılan Anayasa ya da kanunlarla Sözleşmede değişiklik yapma imkanının bulunmadığını, bu gibi durumlarda Sözleşmenin yürürlükte olduğunu, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde hukuki sonuçlarını doğurmaya devam ettiğini ileri sürmektedirler⁷⁵.

Hiç şüphesiz kanun değerinde kabul edilmesine karşılık, kanun değerinde olmanın bu tür sonuçlarının Sözleşme bakımından geçerli sayılamayacağı açıktır. Nitekim Batum, devletin bilerek imzaladığı "ortak kültürel miras" çerçevesinde düzenlenen kurallardan, daha sonra yapacağı kanun ile kurtulabileceğini ileri sürmenin hem Sözleşme kavramına ters düşeceğini hem de tekçi düzeni benimseyen ülkeler için bunun mümkün olmadığını belirtmektedir⁷⁶. Gerçekten devletler Sözleşmeyi onaylamakla karşılıklılık ilkesine dayanmayan, Avrupa ortak kamu düzenini kurma amaçlı yeni bir hukukla bağlanmışlardır⁷⁷. Ayrıca Sözleşmenin 1.maddesinde yer alan hakların herkes için güvence altına alınacağı yönündeki hüküm, Sözleşme organlarının kararlarında, hak ve hürriyetlerin pozitif olarak tanınmasının ötesinde, bunları ihlal etmeme ve etkili kullanımlarını sağlama yükümlülüğüne dönüştürülmüştür⁷⁸.

Hakların etkili kullanılmasının sağlanması yükümlülüğüne şüphesiz yargısal güvencelerin tanınması hususu da girmektedir. Bu çerçevede başta Danıştay ve Anayasa Mahkemesi olmak üzere ulusal yargı organlarının Sözleşme ile olan karşılıklı etkileşimleri önem kazanmaktadır.

Gerek Danıştayın gerekse Anayasa Mahkemesinin, bugüne kadar verdikleri çeşitli kararlarda Sözleşmeyi genel olarak normlar blokuna dahil etmiş oldukları görülmektedir. Nitekim 1991/933 sayılı kararında Danıştay, ifade hürriyeti çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlığın, insan hakları ile ilgili uluslararası hukuk kuralları ve Anayasa açısın-

⁷⁵ Bkz. AKILLIOĞLU, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.164-173; ÇELİK, Edip, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", İHİD, 1988, s. 47-56; ÇAVUŞOĞLU, Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, s. 83; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, 1993, s. 58.

⁷⁶ BATUM, s. 56.

⁷⁷ ÇAVUŞOĞLU, Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, s. 83.

⁷⁸ Bkz. Airey/İRLANDA, Series A. No.32, 9.10.1972, nakl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 19-20.

dan incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Danıştaya göre Sözleşmeler iç hukukta kanunların üstünde olup yürütme ve yargı organları için bağlayıcı bir nitelik taşımaktadırlar. Ayrıca Danıştay, Anayasaya uygunluk denetiminin kapatılması suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesinin benimsenmiş olduğunu ileri sürmektedir⁷⁹. Yine 1989/4 sayılı kararında Danıştay ağır toplumsal koşulların varlığı ve baskısı altında yürürlüğe giren kanunların anlamının, amaçsal bir yorumla ve Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ilkeleri gözönünde bulundularak tespit edilmesi gerektiğini açıklamaktadır⁸⁰.

Sözleşmeyi Anayasallık bloku içinde değerlendiren Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda şu ortak değerlendirmeyi yapmaktadır: "İnsanın içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda insan hak ve hürriyetlerini, yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi ile İnsan Hakları Sözleşmesini de, itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur"⁸¹. Nitekim aynı yorumun etkili olduğu 1994/42-1 sayılı kararında Mahkeme, Sözleşmenin vurguladığı hukukun genel ilkelerine ve adaletli yargılanmayı da içeren hak arama hürriyetine atıf yaparak Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verebileceğini açıklamıştır⁸².

Sözüedilen örnekler esas itibariyle uluslararası hukuka açıklık ilkesinin benimsendiğini ve Anayasal hakların yorumlanması ve değerlendirilmesi bakımından Avrupa hukuk anlayışından yararlanılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Sözleşmenin bağlayıcı niteliğinin vurgulandığı kararlarda genel olarak hak ve hürriyetlerin ulusal hukuk sorunu olmaktan çok, evrensel bir anlam ve içerik taşıdığı belirtilmesi, tercihin ortak hukuka ulaşma yönünde olduğunun açık bir delili olarak kabul edilmelidir.

Sözleşmenin iç hukuktaki konumu hususunda ise, özellikle son dönemde verilen kararlarda Sözleşmenin kanunların üstünde hatta

⁷⁹ D. 5. Da., E. 1986/1723, K. 1991/933, KT. 22.5.1991, Anayasa Mahkemesi Bülteni, y. 1, sy. 2, 1994, s. 14-16.

⁸⁰ DİBK, E. 1986/6, K. 1989/4, KT. 7.12.1989, RG. 9.2.1990, sy. 20428, s. 74-76.

⁸¹ E. 1979/38, K. 1980/11, KT. 29.1.1980, AMKD, sy. 18, s. 97-98; E.1992/8, K. 1992/39, KT. 16.6.1992, AMKD, sy. 28, c.1, s.445-447; E. 1990/15, K. 1991/5, KT.28.2.1991, AMKD, sy. 27, c.1, s.172 vd.; Ayrıca bkz. E. 1990/25, K. 1991/1, KT.10.1.1991, AMKD, sy.27, c.1, s.96.

⁸² E.1994/43, K. 1994/42-1, KT.11.4.1994, AMKD, sy. 30, c.1, s.194.

Anayasal değerde yorumlandığı görülmektedir. Bununla birlikte Sözleşmenin tek başına bağımsız ölçü norm (pozitif bir kural) olarak kullanılması yerine genellikle Anayasa hükümlerine destek ölçü norm olarak kullanılması sözkonusu olmaktadır. Bu durumun ilk etapta Anayasanın 90. maddesinin açık hükmünden kaynaklandığı, kanun değerinde sayılan Sözleşmenin bu sebeple doğrudan hukuki bir gerekçe olarak kullanılmasının mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Ancak hukuki ve normatif açıdan kabul edilebilecek bu değerlendirmenin, insan hakları alanında asgari standardı öngören Sözleşmenin kendine özgü niteliği ve genel karakteri karşısında etkinliğini yeterince koruyamayacağı da bir gerçektir. Sözüedilen hususlar Sözleşmenin Anayasallık blokunda daha etkili bir konumda yer almasını zorunlu kılmaktadır.

Anayasallık blokunda etkili konumun sağlanması bakımından karşılaşılabilecek ilk sorun Sözleşme ile öngörülen bir hakkın, Anayasada yer almaması durumunda, ulusal yargı organlarının Sözleşmeye dayanarak karar verip veremeyecekleridir. Sözleşmenin 1. maddesinin devletlere getirdiği yükümlülük ve etkili bir kişisel başvuru mekanizmasının varlığı düşünüldüğünde bu soruya olumlu yanıt verilmesi gerektiği açıktır. Nitekim Danıştay da kamu görevlilerine sendika hakkının tanınmamış olduğu dönemlerde, kamu görevlilerinin dernek ya da sendika şeklindeki örgütlenme faaliyetlerini onaylarken bu uygulamanın önemli bir örneğini vermiştir. Danıştaya göre, temel hak ve hürriyet kapsamı içinde yer alan bir hakkın sadece Anayasada yer almadığı gerekçesiyle kullanılmasının engellenmesi sözkonusu olamaz. Danıştay Sözleşmenin 11. maddesinde güvence altına alınan kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının Anayasanın 90. maddesi gereği iç hukuka intikal ettiğini belirtmektedir⁸³.

Anayasallık blokunda etkili konumun sağlanması konusunda karşılaşılabilecek ikinci sorun ise, Anayasa ya da kanun hükmüyle Sözleşme hükmünün çatışması durumunda ne yapılacağıdır. Herşeyden önce Sözleşmeyi ihlal edici bir işlemin ya da uygulamanın, Avrupa denetim mekanizması sürecinde iç hukuk mevzuatıyla meşrulaştırılmayacağı gerçeği gözönüne alındığında, herhangi bir çatışma durumunda Sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınması tabii bir zorunluluk olmaktadır. Öte yandan yine 90. madde gereğince Sözleşmelere Anayasaya uygunluk denetiminin kapatılmış olması da, herhangi

⁸³ Bkz. D. 10. Da., E. 1991/1262, K. 1992/3911, KT. 10.11.1992, DD, sy. 87, y. 23, 1993, s. 532-533; D. 1. Da., E. 1992/136, K. 1992/147, KT. 22.4.1992, DD, sy. 86, y. 23, 1993, s. 52 vd.

bir çatışma durumunda Sözleşmeye uygun yorum tekniğinin kullanılarak Sözleşmeye üstünlük tanınması gerektiğini ortaya koymaktadır⁸⁴.

Sözleşmeye uygun yorum tekniğinin Türk hukuk sisteminde yaygın ve istikrarlı bir şekilde benimsendiğini söyleme imkanı bulunmamaktadır. İç hukuk hükmüyle Sözleşme hükmünün çatıştığı durumlarda yargı organlarının, farklı yönde değerlendirmeler yapmak suretiyle değişik sonuçlara ulaşmaları sözkonusu olabilmektedir. Bunların bir örneğini Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 1997/274 sayılı kararı oluşturmaktadır. İlgili davada Mahkeme, Anayasanın Yüksek Askeri Şura kararlarını yargı denetimi dışında bırakan 125/2. maddesinin, Sözleşmenin hak arama hürriyetini içeren 6/1. maddesine aykırı olduğu ve bu sebeple Anayasa kuralının ihmal edilip, Sözleşme hükmünün uygulanması yönündeki talebi reddetmiştir. Mahkeme, esas itibariyle Sözleşmenin taraf devletlerin vatandaşlarına doğrudan haklar tanıyan ve bu nedenle ulusal makamlarca ve yargı yerlerince uygulanmak zorunda olan kuralları içeren bir andlaşma olduğunu ve somut olayda Sözleşme ile öngörülen bir hakkın Anayasa maddesi ile sınırlandırıldığını belirtmektedir. Bununla birlikte normatif yönde bir değerlendirme ile, Anayasanın 90. maddesi uyarınca Sözleşmeye Anayasal bir değer verilmediği ve bu sebeple Anayasa kuralının ihmal edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmaktadır⁸⁵. Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 1995 tarihli kararı ise bu konuda daha farklı bir yaklaşımın benimsenmiş olduğunu göstermektedir. Mahkeme, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan Anayasanın 129/3. maddesinin, Sözleşmenin yargıya ulaşma ve adil yargılanma hakkını tanıyan 6. maddesi ile çatıştığını, dolayısıyla bu durumda Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme Sözleşmenin 6. madde hükmü karşısında Anayasanın ilgili hükmünün zımnen iptal edildiği değerlendirmesini yapmaktadır⁸⁶.

Böyle bir değerlendirmenin Sözleşmenin Anayasallık blokundaki etkinliği ve doğrudan uygulanırlığı açısından şüphesiz önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. Nitekim Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki savunmasında, şikayetçilerin Türk ma-

84 Bkz. SOYSAL, s. 17.

85 AYİM, 1. Da., E. 1997/255, K. 1997/274, KT. 1.4.1997, nakl. DOĞRU, Osman, (ed.), İnsan Hakları Kararları Derlemesi, c. 1, İstanbul 1998, s. 404 vd; Ayrıca bkz. AYİM, 1. Da., E. 1997/147, K. 1998/200, KT. 22.1.1998, AYİM Dergisi, sy.12, Ankara 1998, s.1143-1144.

86 KT. 24.10.1995, nakl. ÇAĞLAR, Bakır, "Yargıçlar Zamanı'nda Sendikalaşmak", Anayasa Yargısı 15, Ankara 1998, s. 63.

kamları önünde, Türk hukukunun bütünleyici bir parçası olan Sözleşmenin ilgili hükümlerine dayanmamış oldukları hususunu ileri sürmektedir⁸⁷. Böyle bir hususun ileri sürülmesi Sözleşmenin doğrudan uygulanmaya elverişli olduğunun kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Doğrudan uygulanırlık niteliğine sahip olan Sözleşme hükümlerinin diğer organlar gibi yargı organlarınınca da dikkate alınması gerekmektedir.

Öte yandan Sözleşmenin insan hakları alanında minimum standardı öngörmesi ve devletlerin bu standarttan daha azıyla yetinemeyecekleri esası da, Sözleşme ile tanınan bir hakkı kısıtlayan Anayasa ya da kanun hükmü karşısında Sözleşmeye üstünlük tanınmasını gerekli kılmaktadır. Bunun dışında Sözleşmenin hem Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi hem de devletlere objektif nitelikte yükümlülükler getiren bir belge olarak yorumlanması, iç hukukun Sözleşmeye uygunluğunu gerektirmesinin yanında, ulusal yargı yerlerini de Sözleşmeyi uygulamaya ve Sözleşmeye uygun yorum yapmaya zorlamaktadır⁸⁸.

VI- SONUÇ

İnsan hakları alanında uyulması gereken standardı ve ortak anlayışı ifade eden Avrupa kamu düzeni kavramı, Sözleşme ile öngörülen hakların ve bunlara ilişkin sınırlama sebeplerinin nasıl yorumlanacağını tespit edildiği bir hukuk düzeni olarak belirmektedir. Sözleşme metni ve amacı ile birlikte yargı içtihatlarıyla gelişen ve demokratik toplum kavramı etrafında şekillenen bu ortak hukuk düzeni, üye devletlerin iç hukuk sistemlerini etkilemekte ve taraf devletleri, iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmeye zorlamaktadır.

Aynı zorunluluk Sözleşmeye taraf her devlet gibi Türkiye açısından da geçerli bulunmaktadır. Yasama, yürütme ve yargı organları Sözleşme ile öngörülen objektif yükümlülükler düzeninin bir gereği olarak karar ve işlemlerinin Sözleşmeye uygun olmasını gözetmek durumundadırlar. Sözkonusu metne taraf olarak kalındığı müddetçe, gerek kanunların yapımında ve uygulanmasında gerekse bunların Anayasaya uygunluklarının denetlenmesinde Sözleşme metni ve içtihatlarından oluşan ortak hukuk anlayışından faydalanılması bir zorunluluk olarak görülmektedir.

⁸⁷ Kalaç/TÜRKİYE, 1.7.1997, nakl. DOĞRU, c.2, s. 277; Akkuş / TÜRKİYE, 9.7.1997, nakl. DOĞRU, c.2, s. 282.

⁸⁸ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s.29-30; POLAKIEWICZ, s.407-408.