

## AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE İÇ HUKUKUMUZ\*

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU  
A.Ü. S.B.F. Öğretim Üyesi

### 01. Türkiye Sözleşme İle Yeni Tanışmaktadır.

Onaylanmasından bu yana 35 yıl geçmiş olmasına karşın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuktaki etki ve değeri ülkemizde yeni bir konu durumundadır. Sözleşme, onaylandığı sıralarda sadece kamu oyunun değil, siyasal ve akademik çevrelerin de ilgisini çekmiş değildir.<sup>1</sup>

Sözleşmenin kamu oyunda ilk ciddi yankıları 1983 yılındadır.<sup>2</sup> Bu tarihte beş Avrupa ülkesi Türkiye aleyhine insan hakları ihlalleri nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuşlardır. Bilindiği gibi bu şikayet 1985'de dostça çözümlenmiştir.<sup>3</sup> Sözleşme'ye karşı ilginç gerçek artışı bireysel başvuru hakkının tanınması ile başlamıştır. 1987'den bu yana yapılan başvurular 200'ün üzerindedir. Avukatlarımız "Strasbourg organları" önüne gitmekten söz etmeye başlamışlardır. Ne var ki pek çok kişi, Sözleşme'nin yargı organı olarak Lahaye Adalet Divanı'nı anımsadığı gibi, nasıl hak aranacağı konusunda duraksamalıdır. Bunlara, iç hukuk organları önünde Sözleşme kurallarının öne sürülebileceğini düşünmeyenler de eklenirse, Sözleşmenin iç hukuka etkisi ve değeri konusunun önemi açıktır.

Sözleşmenin iç hukuka etkisi deyimi ile, Sözleşmenin iç hukuktaki norm değeri anlaşılmalıdır. Kuşkusuz bu deyim daha geniş olarak, Söz-

\* Bu yazı, 2 Mayıs 1989 günü SBF İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'nce düzenlenen "AİHS ve İç Hukukta Değeri" konulu Panel'de yapılan konuşmanın notlanmış, tam metnidir.

<sup>1</sup> Rona Aybay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku", İnsan Hakları Armağanı, Ankara, Birleşmiş Milletler Türk Derneği, 1978, s. 116-119. Ayr. Bkz. Türkiye'de İnsan Hakları, 9-11 Aralık 1968, Ankara 1970, s. 296, Prof. Faruk Erem'in kapanış konuşması.

<sup>2</sup> Türkiye'nin Komisyona şikayet edilmesi 1974 tarihinden başlamaktadır. Kıbrıs Rum Yönetimi ve beş Avrupa ülkesi tarafından çeşitli tarihlerde yapılan şikayetlere ilişkin raporlar Türk kamu oyuna yansımamıştır.

<sup>3</sup> Cumhuriyet, 11 Aralık 1985, "Anlaşma metnini açıklıyoruz".

leşme'nin iç hukukta uygulamasına ilişkin bütün sorunları kapsayıcı bir anlamda da kullanılabilir. Burada her iki anlamda da kullanılacaktır.

## 02. İnsan Haklarına İlişkin Andlaşmaların Özel Konumu.

Bu konum andlaşmaların yorumu nedeniyle ortaya çıkmaktadır.<sup>4</sup> Andlaşmaların yorumu konusundaki kurallar bu konuya ilişkin Viyana Andlaşması'nda ve uluslararası yargı kararlarında yer almaktadır. Buna göre yorum ilkeleri andlaşmadan anlaşmaya değişmez. Aynıdır. Bununla birlikte, bir andlaşmanın, metnine ve çeşitli hükümlerinin yer aldığı bağlama ve andlaşmanın genel amacına göre yorumlanması da ilkedir. Bu, andlaşmanın amacına yorumda önemli görev yüklemektedir. Bir yargı kararına göre, andlaşmanın amacı hukuki niteliğine göre değişik biçimde yorumlanır. "Normatif" ve "kurumsal" anlaşmalar tarafların özel amaçları dışında bağımsız ve nesnel bir nitelik ve amaç taşır. Bu tür andlaşmalar çok yanlı, belli süreyle kayıtlı olmayan, karşılıklı çıkar alışverişini düzenlemekten çok ortak değerleri koruyan ve kurumsallaşmaya dayanan bir nitelik taşır.<sup>5</sup>

İnsan Haklarına ilişkin andlaşmaların "nesnel" nitelikli ve "kurumsal" ilişkiler düzenleyen andlaşmalar türünden olduğunda kuşku yoktur. Bunlarda, Devletlerin çıkar ilişkilerinden çok vatandaşlarına insancıl davranışlarının ilan edilmesi söz konusudur. İnsan Hakları sözleşmelerinin özneleri vatandaş veya yabancı, "herkes"tir. Bunlarla devlet arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, kısaca "iç hukuk ilişkileri"nin düzenlenmesi söz konusudur. Böylece ilginç bir noktaya geliniyor. Genelde uluslararası andlaşmaların konusu uluslararası hukuk özneleri arasındaki ilişkilerin düzenlenmesidir. Başka deyişle "dış" alanın düzenlenmesi amaçlanır. İnsan Haklarına ilişkin olanlarda ise ağırlık "iç alanın" ya da iç hukukun düzenlenmesindedir. Bu durumun, klasik "iç işlerine karışmama" ilkesini değiştirdiği, devletlerin egemenlik ilkesine sınırlar getirdiği açıktır.<sup>6</sup> Kı-

<sup>4</sup> Rudolf Bernhardt, "Thoughts on the interpretation of human-rights treaties", *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda*, Köln, Carl Heymanns 1988, s. 65-71.

<sup>5</sup> 17 Temmuz 1986 tarihli bir uluslararası hakemlik mahkemesi kararına göre: "... Le Tribunal rappellera que la place que l'interprète se doit d'accorder au but d'un traité est éminemment variable et dépend, dans une large mesure, de la nature du traité en cause. Dans les traités normatifs ou institutionnels conclus entre un nombre élevé d'Etats et pour une durée indéterminée, le but du traité se détache aisément des finalités poursuivies par chacun des contractants primitifs et acquiert une autonomie objective que l'interprète ne peut méconnaître". Aynı yerde, s. 65.

<sup>6</sup> Juan Antonio Carillo Salcedo, "Souveraineté des Etats et droits de l'homme en droit international contemporain", *Mélanges Wiards*, s. 91-95. Ayr. Bkz. Marcellino Oreja, "Souveraineté des Etats et respects des droits de l'homme", *op. cit.*, s. 7-15.

saca ifade etmek gerekirse, bir zamanlar tümüyle iç-iş olan iç hukuk sorunları, egemenlik ilkesi dokunulmazlık alanından çıkarılarak, insan haklarına ilişkin konular uluslararası gözetim ve denetim altına alındı. Bu nedenler, insan hakları sözleşmelerine öteki uluslararası metinlere göre farklı bir konum sağlamaktadır. Bu konumun iç hukuka etki sorununu belirleyici rol oynadığı açıktır.

### 03. Genel olarak andlaşma-iç hukuk ilişkisi ve temel haklar

Temel haklar yüzyılımızın ikinci yarısından sonra iki boyutta, uluslararası hukuk ve iç hukukta olmak üzere gelişme gösterdi. Temel haklar bir iç hukuk sorunu olmakla birlikte uluslararası kaynaklarda da düzenlenen ve uluslararası organlarca da denetlenen bir nitelik taşıyor. Bu nedenle temel hakların klasik kaynağı olan anayasalar tek kaynak olma ayrıcalığını yitirdi. Ne var ki temel hakların uluslararası hukuka dayanan rejimi her devleti aynı ölçüde ve biçimde bağlamaz. Bunun başlıca nedeni uluslararası hukuk ile iç hukukun farklı iki düzey olarak kabul edilmesidir. Buna "ikili düzen" anlayışı (conception dualiste) denebilir.

İkili düzen anlayışına göre, bir uluslararası andlaşmaya taraf olan devlet, onunla yalnızca uluslararası düzeyde bağlanır. İç hukukta da bağlanması için andlaşmanın iç hukuka sokulması gerekir. Bu anlayışa göre bir devletin uluslararası hukuk kuralı ile bağlı olması, bu kuralın o devletin iç hukuku bakımından da mevcut olması anlamına gelmez. Söz konusu devlet, iç hukuk ilişkileri alanında andlaşma ile bağlı değildir.

Buna karşılık, "tek düzen" anlayışına göre (conception moniste) uluslararası hukuk iç hukukla bir bütün oluşturur. Uluslararası hukuk alanında yaratılan bir hukuk kuralı, kurallar dizgesinde yer alır ve uygulama sırasına ve yerine göre uygulanır. Bu bakımdan uluslararası hukuk-iç hukuk ayrımı sonucu değiştirmez.

Bizde Anayasa'nın "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlığını taşıyan 90/son maddesi "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" biçimindedir. Bu kural, Anayasa'nın "tek düzen" yaklaşımını benimsediği yolunda yorumlanmaktadır. Bir bakıma bu kurala göre andlaşmanın iç hukukta da bağlayıcı olması sağlanmakta ve ayrıca bir iç hukuk düzenlemesi yapılmadan bu sonuca ulaşıldığından, yorum doğru görünmektedir.

Bizde sorun, hangi yaklaşımın geçerli olduğu noktasında değil, daha çok andlaşmanın iç hukuktaki etkisi bakımındandır. Kimi yazarlar, Anayasanın sözüne uygun olarak, andlaşmaların "kanun hükmünde" olduğunu belirtmektedirler. PAZARCI, bu noktadan hareketle, aynı konu-

daki yeni kanunun andlaşma hükmünü değiştirebileceğini belirtmekle birlikte, insan hakları konusundaki andlaşmaların kısmen farklı konumda olduklarını kabul etmektedir. Yazara göre, Anayasanın 15, 16 ve 42. maddelerinde uluslararası hukuka yollama yapılmış olduğundan, bu maddelerdeki bağlamla sınırlı olarak uluslararası hukuk kaynağı anayasal nitelik taşır.<sup>7</sup>

Kimi yazarlar, andlaşmanın kanun üstü, fakat anayasa altı konumda olduğunu kabul etmektedir. Bu yaklaşıma göre insan hakları konusundaki andlaşmaların da bu nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yaklaşım, Anayasa'da andlaşmalar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı (m. 90/son) hükmünü dayanak almaktadır.

Bir başka görüşe göre de andlaşmalar, usulüne göre yürürlüğe konulduktan sonra "Anayasaya aykırı hüküm taşıya bile uygulanmaktan alıkonulamaz; mahkemeler önünde Anayasaya aykırılığı öne sürülemez".<sup>8</sup> Dolayısıyla, "Hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, Anayasa ve yasaların Sözleşme'ye (AİHS) uygun bir biçimde yorumlanması gerekir"<sup>8a</sup>. Bu yaklaşım, andlaşmalar arasında konu ayrımı yapmaksızın, genel olarak andlaşmaların iç hukukta Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca "değişmez" nitelik taşımalarından hareketle bu sonuca varmaktadır.

Andlaşmaların genel rejimine ilişkin düşüncelerin yanı sıra, insan haklarının anayasal niteliği göz önünde tutulursa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "özellikli" olan bir andlaşma olduğunu kabul etmek gerekir.

#### 64. AİHS'nin öteki andlaşmalara göre farklı yanları<sup>9</sup>

DRZEMCZEWSKI, AİHS'nin 1. maddesi ile "herkes" in (toute personne) haklarını güvenceye aldığına ya da evrensel niteliğine işaret ederek, olağan andlaşmaların "vatandaşlar" bakımından sonuç doğurduğunu, AİHS'nin bu bakımdan farklı olduğunu belirtmektedir.

Bir başka özellik de AİHS'nin uygulanmasında tarafların "karşılıklık" (réciprocité) aramamalarıdır. Genelde andlaşmaların uygulanmasında taraflar bazı şartlar/kayıtlar koyabliirlerse de AİHS bakımından bu, mümkün değildir.

<sup>7</sup> Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap*, Ankara, SBF, 1985, s. 31-32.

<sup>8</sup> A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Yılıhğı*, Cilt 9, Ankara, TODAİE, 1987, s. 7.

<sup>8a</sup> aynı yerde, s. 8.

<sup>9</sup> Andrew Drzemczewski, "Un Etat en violation de la Convention européenne des Droits de l'Homme: l'Execution interne des décisions des institutions de Strasbourg", *Mélanges Wiarda*, s. 149-158.

AİHS, taraf devletin iç hukuka etki bakımından hangi sistemi kabul ettiğine bakılmaksızın tanıdığı hakların iç hukuklarda güvenceye alınmış olması varsayımına dayanmaktadır. Dolayısıyla taraf devletler "herhalde" Sözleşmeye uygun davranmak ödevi altındadır.

Sözleşme haklar listesinin kabulü ile bireysel başvuru hakkının tanınması ve Mahkemenin yetkilerinin kabulünü birbirine bağlı tutmamıştır.

Sözleşme'nin 60. maddesine göre, AİHS hükümleri, iç hukukta tanınan veya öteki uluslararası belgelerde öngörülen hak ve özgürlükler alanını daraltıcı veya bunlar aleyhine sonuçlar doğurur nitelikte sayılamaz veya böyle yorumlanamaz. Dolayısıyla, kişi, hakkında hangi hüküm elverişliyse ona dayanabilir.

Buna karşılık AİHS'nin öteki andlaşmalar rejimine benzeyen yanları da vardır. Taraflar Sözleşmenin "bozulduğunu" bildirebilir (m. 65). Bazı ödevlere ayrık getirilebilir (m. 15). Sözleşme'ye veya Protokollere bazı hükümleri yönünden çekince koyabilir (m. 64). Yorumsal bildirim yapabilirler (m. 64).

#### 05. AİHS'nin üye ülkelerin iç hukuklarına göre yeri<sup>9a</sup>.

Üye ülkeler arasında Fransa, Almanya, Avusturya gibi tek düzen benimseyenler olduğu gibi İngiltere, İsveç, Norveç gibi ikili düzen benimseyenler de bulunmaktadır.

Tek düzen yaklaşımı içinde olan ülkeler arasında Sözleşmeye, yasa değeri verenler, anayasa niteliğinde sayanlar, yasa ile anayasa arasında sayanlar bulunmaktadır. İkili düzen benimseyenler de, Sözleşmeye biçimsel iç hukuk kaynağı gözüyle bakılmasa da, uygun davranış ödevini yerine getirme amacıyla bazı yöntemler geliştirmiş bulunmaktadır.

DRZEMCZEWSKI, Türkiye'yi Sözleşmeye yasa ile anayasa arasında yer veren ülkeler arasında saymaktadır. Yazarın Türk Hukuku bakımından "Sonraki yasa Sözleşmeyi değiştirebilir mi?" sorusuna açık yanıt vermediği, sadece Türk Hukukuna göre Sözleşmeye aykırılık Anayasaya aykırılık sayılmaz, zira bu nedenle Anayasa Mahkemesine gidilememektedir, biçimindeki gözlemi dikkat çekmektedir.

Kimi ülkeler (Avusturya) Sözleşmeyi Anayasanın parçası olarak saymakta, kimileri (İsveç) Sözleşmeye anayasal değer tanımakta, kimileri ise (İtalya) anayasa benzeri (quasi costituzionale) niteliğinde saymaktadır.

<sup>9a</sup> Drzemczewski, "Un Etat en violation"..., s. 149 vd. Ayr. Bkz. A. Drzemczewski, *European Human Rights Convention In Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1985, özellikle çeşitli hukuki görüşler için bkz. s. 35-55.

Bu kuramsal ayrımların uygulamada ne gibi sonuçlar çıkardığı sorulabilir. Sözleşmenin herhalde uygun davranış ödevi yüklediğini kabul eden taraf ülkeler, hangi sistemi benimsemiş olursa olsunlar, Sözleşmeye aykırı hareket etmemek zorundadırlar. Bu yaklaşım son çözümde Sözleşmenin anayasa üstü konumda olduğu sonucuna da götürebilir.

Nitekim kimi yazarlar Sözleşmenin "Avrupa Anayasası" niteliğine işaret ederek, iç hukuklardaki anayasa kurallarının da buna uygun olarak yorumlanması ve uygulanması zorunluluğunu öne sürmektedirler.<sup>10</sup>

İç hukuk sisteminde Sözleşmenin hukuksal niteliğinin belirlenmesinin salt kuramsal bir sorun olduğu sanılmamalıdır. Sözleşmenin yerine göre anayasa üstü, anayasa, anayasal nitelikte, anayasa yasa arasında, yasa veya yasa değerinde sayılmasının farklı sonuçları bulunmaktadır. Tek düzen yaklaşımı içinde ele alınan bu konumlara ayrıca ikili düzen içindeki konumlar da eklenmelidir. Bu sistemlerde yargıç Sözleşmenin tanıdığı bir hakkın iç hukukta kaynağını bulamadığı takdirde Sözleşmeye rağmen mi karar vermelidir? yoksa ortada hukuksal boşluk bulunduğu sonucuna vararak Sözleşmeye uygun çözümü içtihat yaratarak mı aramalıdır? İngiltere'de bu ikinci yol benimsenmektedir.<sup>11</sup>

Sözleşmenin yasa değerinde sayılması, iç hukuk uygulamasında bir yasa olarak uygulanmasını sağlar. Başka bir anlatımla Sözleşmenin iç hukukta uygulanması isteniyorsa onu bir yasa olarak kabul etmek en uygun yöntemdir. Ancak bu defa, yeni yasanın aykırı kural getirmesi halinde Sözleşmenin ihmal edilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Bunu önlemek için pek çok ülkede Sözleşme yasa ile anayasa arasında sayılır. Böylece yasanın Sözleşmeye aykırı kural getirmesi halinde yine Sözleşmenin uygulanması sağlanıyor. Ancak bu da Sözleşme uygulamasında tam bir kolaylık sağlayamamaktadır. Zira Sözleşme'nin önceki/sonraki kanun farkı gözetmeden uygulanabilmesi için "directement applicable/self executing" nitelikte ya da "doğrudan uygulama"ya elverişli olması gerekli. Başka bir anlatımla, Sözleşme hükmü doğrudan uygulamaya elverişli değilse, iç hukukta başka çözüm getiren kural buna aykırı durumdadır. Ancak bu defa yasanın/yasaya aykırılığı kabul edilemeyeceğinden, lex posterior ku-

<sup>10</sup> Michel De Salvia, "L'élaboration d'un 'ius commune' des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'homme", *Mélanges Wiarda*, s. 555-563. Ayr. Bkz. Eduardo Garcia De Enterría, "Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol", *Mélanges Wiarda*, s. 221-230.

<sup>11</sup> Sir Robert Jennings, "Human rights and domestic law and courts", *Mélanges Wiarda*, s. 295-300. Ayr. Bkz. Francis G. Jacobs, "The Convention and the English judge", aynı yerde. s. 273-279.

ralı uyarınca aykırı hüküm getiren sonraki kuralı uygulama zorunluluğu ile karşılaşılır. Sözleşmeye yasa ile anayasa arasında yer vererek bu güçlük aşılacak istense bile bu defa gerçek anlamda anayasaya aykırılık söz konusu olmadığından aykırılığı giderecek organ bulunmaması sorunu ile karşılaşılmaktadır. DRZEMCZEWSKI bu durumdaki ülkelere Türkiye'yi örnek veriyor. Ancak bizde 1961 ya da 1982 Anayasaları Sözleşmeden daha fazla hüküm içerdiğinden, Sözleşmeye aykırılık öncelikle Anayasaya da aykırılık oluşturacağından Anayasa Mahkemesine gidilebileceği düşünülebilir. Bununla birlikte gerek Sözleşmede gerekse Protokollerde ve bu bütünün Sözleşme organları tarafından yapılan dinamik yorumu sonucunda ortaya çıkan içtihatla yaratılan öyle kavramlar bulunmaktadır ki Türkiye'deki mevzuatın bunlara aykırı hüküm içermesi durumu ile karşılaşılması olasılığı her geçen gün daha fazladır.<sup>11a</sup> Bu durumda yeni yasa Sözleşme hukukuna aykırı fakat aynı zamanda Anayasaya da aykırı olmayabilir ya da Anayasaya görünürde uygun da olabilir. Bu varsayımın gerçekleşmesi halinde yüksek mahkemelerimizin (sadece Anayasa Mahkemesi değil) bu sorunu anayasayı Sözleşme hukuku bağlamında yorumlayarak bir karar vermeleri gerekiyor. Bu bakımdan DRZEMCZEWSKI'nin yorumu pek yerinde görünmüyor. Başka deyişle Türk sisteminde de anayasaya uygunluk bloku içine Sözleşmeye uygunluk da alınabilir.

#### 06. İç hukukta ne gibi sorunlarla karşılaşılıyor?<sup>12</sup>

Sözleşme hukukunun dinamik ya da sürekli gelişme içinde olduğu, iç hukuklardan bağımsız biçimde yeni kavramlar ve anlamlar üretildiği, iç hukuklardan Sözleşmeye ve Sözleşmeden iç hukuklara doğru bir etkileşme mekanizması bulunduğu bilinmektedir. Dolayısıyla herhangi bir iç hukuk sistemi bu devinin gerisinde kalabilir. Ya da uygulamasında Sözleşme hukukunu bilerek veya ihmal sonucu göz ardı edebilir. İç hukuk hükmü eskimiş olabilir. İç hukuk uygulamasında yargı yerleri arasında yorum anlaşmazlığı vardır. Ya da Anayasa Mahkemesi aksine karar vermiştir. Yasama organı Sözleşme doğrultusunda düzenleme değişikliği yapma yoluna gitmemiştir. Bütün bu hallerde Sözleşme hukukuna dayanılması, iç hukukta buna göre uygulama yapılması istenebilir.

<sup>11a</sup> Burada bir noktayı vurgulamak yararlıdır. Genellikle Sözleşmenin "minimum düzey" olduğu bir yana bırakılarak, Türkiye'de anayasal düzenlemelerin Sözleşmeden "ileri" düzeyde olduğu belirtilmektedir. Bu ifadede Sözleşme'nin korumasına "muhtaç olmadığımız" düşüncesi saklıdır. Bu düşünce doğru olmadığı gibi yanıltıcıdır da. İngiltere, Almanya, Fransa gibi ülkelerdeki bireylerin Sözleşme organlarına başvurarak hak aramaları bu ülkeler düzeyinin "düşük" olduğunu kanıtlamamaktadır. Aksine Sözleşme Hukukunun "evrimci" ve "devingen" gelişmesinin taraf ülkeler iç hukuklarından daha hızlı olduğunu göstermektedir.

<sup>12</sup> Drzemczewski, "Un Etat en violation", s. 152-153.

Sözleşme sadece devletleri değil kişileri de bağlayan hükümler içermektedir. Böylece iç hukuk hükümleri yetersiz kaldığı ölçüde bireyler arası ilişkilerde de Sözleşme hükümlerinin uygulanması istenebilir. Genellikle Sözleşme organları tarafından yaratılan "Sözleşme Hukuku"nun içeriği iç hukuk organları tarafından ya hiç bilinmemekte ya da iyi izlenmemektedir. Bizde her iki durum da geçerlidir. Mahkeme bilmediği bir kavramı uygulama durumunda olamaz. Önüne getirilirse bu defa anlamlandıramadığı kavramlar söz konusu olacaktır.<sup>13</sup>

Sözleşme/iç hukuk ilişkisinde karşılaşılan sorunlardan biri bu olmakla birlikte, Sözleşme organları kavramları yorumlarken iç hukuklardaki uygulamayı göz önünde tutarak karar vermekle, bir bakıma iç hukukun Sözleşme Hukukuna etkisini sağlamış olmaktadır. Bu nedenle iç hukuktaki uygulamacıların Sözleşme Hukuku kavramlarına tümüyle yabancı oldukları söylenemez.

Bununla birlikte Sözleşme'nin iç hukukta uygulamasına geçilmesi sandığı kadar kolay olmamıştır. Bu, en azından Fransa'da Conseil d'Etat gibi hukuk yaratan bir kuruluşun çekimser ya da tutucu davranış sergilemesi bakımından dikkat çekicidir. Conseil d'Etat aksine hüküm getiren sonraki kanun dururken Sözleşme hükmünün uygulanması fikrine direnç göstermiştir.<sup>14</sup>

Kimi durumlarda iç hukuk yargı organları Sözleşmeye uygun yorum konusunda ileri adımlar atarken kimi durumlarda da ulusal yargı organı davayı askıya alarak Strasbourg'ta bir karar verilmesini beklemeyi yeğlemektedir.<sup>15</sup>

#### 07. Strasbourg kararlarının iç hukukta yerine getirilmesi için önerilen çözümler.<sup>16</sup>

Sözleşme, Strasbourg organlarının ulusal yargı kararlarının iptali veya onların yerine geçerek karar alma yetkisi tanımamaktadır.<sup>17</sup> Başka bir

<sup>13</sup> Aynı yerde s. 152: "Sözleşme organlarınca yaratılan hukuk genellikle taraf ülkelerin iç hukuklarında yeterince tanınmıyor. Dolayısıyla bir iç hukuk yargı yeri bilmediği bir konuyu uygulama durumunda olamayacağı gibi her nasılsa önüne getirilmişse bu defa Sözleşme kavramlarını anlamlandırmada güçlük çekecektir".

<sup>14</sup> Bkz. "Droit international et droit français", Notes et Etudes Documentaires, La Documentation française, no. 4803, 1986/3.

<sup>15</sup> Drzemczewski, s. 153.

<sup>16</sup> Aynı yerde, s. 154.

<sup>17</sup> Gözübüyük, s. 39: "Devletin yükümlülüğü, sözleşme organlarının kararları doğrultusunda, sözleşme ile olan aykırılığı giderecek önlemleri almaktadır. Bakanlar Komitesi alınacak önlemler konusunda da herhangi bir öneride bulunmamakta, genel olarak alınacak önlemlerin takdirini sözleşmeciler devlete bırakmaktadır".



deyişle bir ulusal yargı kararının Sözleşme kurallarına aykırılığı saptandığı takdirde bu sonuca göre işlem yapılması ya da durumun düzeltilmesi güçlük çıkarabilir. İlke olarak kesinleşmiş yargı kararının sonucuna dokunmamak gerekir. Bununla birlikte uygulamada iki yöntem izlendiği görülmektedir: yargılamanın yenilenmesi ve sonuçların silinmesi.

Bazı ulusal mevzuat Sözleşmeye aykırılığın Strasbourg yargı kararı ile belli olması üzerine yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul etmektedir. Başka deyişle bu durum yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmaktadır. Norveç ceza yargılaması yasanın m. 31/2, Lüksemburg ceza yasası m. 441/5. İsviçre Appenzell Rhodes Kantonu ceza yargılaması yasası m. 223/4 örnek gösterilebilir.

Belçika'da ise Avrupa İnsan Hakları Divanı kararı ile Sözleşmeye aykırılığın belirlenmesi üzerine ulusal yargı kararının sonuçlarının silinmesi yolu benimsenmiştir (Ceza usul yasası m. 441).

Bu uygulama daha çok ceza hukukunu ilgilendirmektedir. Öte yandan AİHM'nin işlevleri göz önünde tutulursa sadece bireyler hakkında yapılan öznel işlemler nedeniyle değil aynı zamanda nesnel hukuki durumların da Sözleşme'yi ihlal edebileceğini saptadığı görülür. Başka bir deyişle Mahkeme kimi zaman anayasa yargısı, kimi zaman da temyiz mercii işlevi görmektedir. Kimi durumlarda da yürütmenin bir işleminin "medeni hak ve vecibeler" üzerinde olumsuz etkisi nedeniyle Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Belirtmek gerekir ki AİHS'nin 6. maddesi sadece ceza ve özel hukuk anlaşmazlıkları alanında haklarını elde edemeyenleri korumaktadır. Dolayısıyla yönetsel yöntemler sonucunda haklarını elde edemeyenlerin korunması güçlükler içermektedir. Mahkeme bu sınırlamanın aşılması gerektiğinin bilincinde olarak yönetsel işlemler sonucunda hakları zedelenenlerin de korunması için 6. maddeyi geniş yorumlayarak önüne getirilen işlere bakmaktadır. Yakın gelecekte kuşkusuz Sözleşmenin 6. maddesiyle şimdilik koruma alanı dışında bırakılan yönetsel işlem ve yargı usulleri sonucunda oluşan Sözleşme ihlalleri de koruma altına alınacaktır.<sup>18</sup>

#### 08. Mahkemenin anayasa yargısı işlevi<sup>19</sup>

Mahkeme bir yasanın salt bu nedenle Sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varabilir. Başka bir deyişle kusurlu taraf kendi iç hukukunun bir hükmüne uygun davrandığını öne sürerek kusurundan kurtulamaz. Zira

<sup>18</sup> Pieter Van Dijk, "The interpretation of 'civil rights and obligations' by the European Court of Human Rights-one more step to take", *Mélanges Wiarda*, s. 131-143.

<sup>19</sup> Enterria, anılan yazı, s. 221 vd.

Sözleşmeyi ihlal eden davranışın yasaya uygun olması yeterli değildir (Söz konusu ülkenin anayasasına uygun olması da). Bu nedenle Mahkeme ihlalin yasaya uygun olduğu hallerde yasanın Sözleşmeye aykırı olduğu sonucuna varabilir. Bu durum onu anayasa yargısı konumuna getirmektedir.<sup>19a</sup> Ulusal mevzuat hiçbir zaman Sözleşme'nin koruduğu haklar alanının ihlali bakımından haklı görülemez. Zira Sözleşme "minimum" ya da asgari düzeyi güvence altına almaktadır. Taraf devletler daha fazlasını güvenceye almakta serbesttir. Ancak daha azına karar veremezler. Aksi takdirde Sözleşmenin ihlali kaçınılmazdır.

Kısaca belirtmek gerekirse ulusal yasa Sözleşmenin minimum güvenceler alanının zedelenmesini haklı kılamaz. Dolayısıyla AİHS yasalar üstü konumdadır. Sözleşme bir Avrupa Anayasası sayılmasa da Anayasa değerindedir. Bazı ülkelerde anayasa yargısı eksik (İsveç) veya hiç yoktur (İngiltere). İngiltere'de hukuk 18. yüzyıldan bu yana "parliamentary sovereignty" (Parlamentonun egemenliği) ilkesine dayanmaktadır. DICEY'e göre "No person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament".<sup>20</sup> Türkçeleştirmek gerekirse (İngiltere hukukunca tanınan hiçbir kişi veya kuruluşun Parlamento mevzuatını aşmak veya ona aykırı getirmek hakkı yoktur). Bu durum İngiltere'ye Sözleşme organları kararlarının tanınması yetkisi değil fakat aksine bunlar doğrultusunda kendi mevzuatında değişiklik yapılması ödevi getirmektedir. Zira İngiltere "ikili düzen" ülke-rindedir.

### 09. Sözleşme Hukukunun ikincil ya da yedek (subsidaire) niteliği<sup>21</sup>

Sözleşmenin ikincil ya da yedek oluşu öncelikle bireysel başvurunun "iç hukuk yollarının tüketilmiş olması" şartına bağlanmış olmasını anımsatmaktadır. Bireyler Komisyona başvurabilmek için daha önce kendi ulusal mevzuatlarına göre varolan hukuk yollarını denemiş ve doyurucu bir

<sup>19a</sup> Genellikle bireysel başvurunun hukuki yapısı anayasa yargısı işlevinden çok yönetsel yargı düzeyine ya da "ilk derece" incelemesine daha yakındır. Bunun nedeni bireysel başvurunun ancak belli bir iç hukuk kuralı uygulamasının bireyin haklarını zedeleyici sonuç doğurması koşuluna bağlı tutulmasıdır. Buna karşılık devlet başvurusu, belli bir hukuk kuralının uygulanmış olması koşuluna bağlı tutulmamıştır. Bu tür başvurularda Sözleşme Hukukuna aykırı olduğu varsayılan bir yasanın çıkarılmış olması veya bireysel hakları zedeleyici sonuç doğurmasa bile belli bir hukuk anlayışının yürürlüğe konulması devletlerin Sözleşmenin ihlal edilmiş olduğu savını öne sürmeleri için yeterlidir. Bkz. Enterría s. 240.

<sup>20</sup> Anılan yazıdan naklen, s. 222.

<sup>21</sup> W.J. Ganshof Van Der Meersch, "La reference au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour europeenne des Droits de l'Homme", *Revue Internationale Du Droit Compare*, No 2, Avril-Juin 1980, s. 317 vd.

sonuç elde edememiş olmalıdır. Bu yol altı aylık bir süre ile sınırlandırılmıştır (m. 26).

İkincil oluşun bir başka önemli sonucu da Sözleşme organları kararlarının hiçbir zaman iç hukuk makamları kararlarının yerine geçemeyişi, yargı kararlarını bozucu etki yapamayışıdır. İç hukuk makamları Sözleşme organları kararlarının uygulanması amacıyla gerekli önlemleri kendi iç hukuk kuralları doğrultusunda almak durumundadırlar.

Bir üçüncü sonuç da iç hukuk yollarına başvururken Sözleşme hukukuna dayanılmış olması şartıdır. Başka bir deyişle iç hukuk makamlarını Sözleşme hukukundan haberdar ederek aynı zamanda bu kurallara dayanılarak hak istendiği belirtilmelidir. Aksi takdirde Sözleşme hukukunun koruması istenemeyecektir. Sözleşme yöntem kuralları arasında en fazla tartışma götüreni olan bu kural Sözleşmenin ikincil oluşu ile açıklanmaktadır. Oysa bilindiği gibi anayasal değerde olan kurallar ve özellikle temel haklara ilişkin kurallar kamu düzeni sayıldığından öncelikle göz önünde tutulmak gerekir. Ne var ki Sözleşme Hukuku bakımından bu isteğe veya öne sürme şartına bağlanmıştır.

Son olarak bir başka koşul üzerinde durmak gerekir, bu, Sözleşmenin "asgari düzey" oluşturmasıdır. İkincil nitelik ya da yedek oluşa bağlanan bu sonuç Sözleşmenin en alt fakar zorunlu düzeyi belirlediği, taraf devletlerin bu koşullardan veya düzeyden daha azına karar veremeyecekleri fakat daha fazlasını tanıyabilecekleri biçiminde özetlenebilir.

60'ıncı maddeye göre Sözleşme hükümleri taraf devletlerin iç hukuk ya da uluslararası hukuk bakımından tanıdıkları daha fazla güvence getiren kuralları daraltır veya onlara aykırı nitelikte yorumlanmamalıdır. Başka bir deyişle Sözleşme kuralları taraf devlet hukuku bakımından daraltıcı yoruma esas alınamaz.

Anayasa Mahkememizin verdiği bazı kararlar ele alınacak olursa bu kurala uygun örnek oluşturmadıkları söylenebilir.<sup>22</sup> Yüksek Mahkeme bir kararında sendika hakkının bazı kamu görevlileri kesimleri bakımından yasaklanmasının AİHS'nin 11. maddesinde de buna izin verildiği gerekçesiyle doğrulandığı dikkat çekmektedir.<sup>23</sup> Oysa, AİHS geniş alanların tümüyle kapatılmasına izin vermediği gibi sınırlamanın haklı nedenlere dayanmasını da aramıştır. Kaldı ki bir hak alanının daraltılmasına Söz-

<sup>22</sup> Bkz. Rona Aybay, anılan yazı, s. 131. Yazar Yüksek Mahkemenin kimi kararlarda davacının Sözleşmeye aykırılık savlarını incelemeye girişmediğine dikkat çekmektedir.

<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 26-27.9.1967, E. 1966/336, K. 1967/29, AMKD Sayı 6 (1975), s. 18.

leşme gerekçe olarak gösterilemez. 60'ıncı madde buna engeldir. Bir başka örnek de idam cezasının AIHS tarafından daöngöröldüğü gibi talihsiz bir gerekçeye dayanan karar ile verilmiştir.<sup>24</sup> Bilindiğı gibi 6 sayılı Protokol idam cezasının kaldırılmasını öngörmekte ve Sözleşme Hukukunun genel anlayışı içinde idam cezasının yasaklanması doğal bir sonuç olarak görünmektedir.

#### 10. Sözleşme Hukukunun İç Hukuka, İç Hukukun Sözleşme Hukukuna etkisi.

Bu konu özellikle AIHM'nin işlevi göz önünde tutulursa daha iyi açıklanabilir. Mahkeme AT Adalet Divanının aksine bir hukuk düzeninin değil çok taraflı bir andlaşmanın yargı organıdır. Başka bir anlatımla Sözleşme Hukukunun saptanması, oluşumu ve gelişmesi sürecinde Mahkeme Sözleşme Hukuku kavramlarını iç hukuklardan bağımsız ve özerk olarak belirlemekte ise de Sözleşmenin "norm alanı" içine giren hukuksal uygulamalara dikkat etmek ve Sözleşme amacı doğrultusunda taraf devletlerin uygulamalarında sahip oldukları takdir yetkisinin belirlenmesi için bu hukuklardaki kavramları yorumlamak durumundadır. Dolayısıyla Mahkeme önüne gelen işlerde Sözleşme Hukukunun kapsamını saptamak amacıyla söz konusu iç hukuk uygulamasının ne olduğunu araştırabilir ve bunu yorumlayabilir. Buna iç hukukun Sözleşmeye etkisi denebilir. Örneğın iç hukukta yapılan sınırlamaların Sözleşmenin belli bir kuralını zedeleyip zedelediğini belirlemek için Mahkeme iç hukuk kavramlarını göz önünde tutmak zorundadır. Öte yandan Mahkeme bir Sözleşme Hukuku kavramını belirlerken iç hukuklardaki ortak kabullerin ne olduğuna da bakmak durumundadır. Başka bir anlatımla Mahkeme bir hakkın Sözleşme açısından ne anlama geldiğini saptamak için taraf devletler uygulamalarına bakmaktadır.

Buna karşılık bütün taraf devletler Sözleşme Hukukunun ne olduğunu gösteren Mahkeme içtihadına uygun davranmak ödevi altındadır. Bu ödev sadece Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul eden devletler bakımından değil fakat Sözleşmeye taraf öteki devletler bakımından da söz konusudur. Zira Mahkemenin zorunlu yetkisini tanımamış olan devletler de Sözleşme kavramları ile bağlıdır. Bu kavramların belirlenmesinde Mahkeme içtihadı etkili bulunmaktadır. Burada Türkiye bakımından durumun ne olduğu sorulabilir. Bilindiğı gibi Türkiye Komisyona bireysel başvuru yolunu kabul etmekle birlikte henüz Mahkemenin zorunlu yetkisini kabul etmiş değildir. Bu durumda iç hukukumuzda Ko-

<sup>24</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 1.7.1963, E. 1963/207, K. 1963/175, AMKD Sayı 1 (1971), s. 364.

misyon kararlarına göre uygulama yapmak ödevi söz konusu olmakla birlikte Mahkeme içtihadı doğrultusunda uygulama ödevi bulunmamaktadır, biçiminde düşünülebilir mi? Sözleşme'nin 57'nci maddesine göre Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin taraf devletlere Sözleşme amaçları doğrultusunda yaptıkları işleri sorma, insan hakları uygulamasında kaydettikleri aşamaları bildirmelerini isteme yetkisi bulunmaktadır. Bir bakıma Genel Sekreter uygulamada türdeşliği sağlamak bakımından taraflara Mahkeme içtihatlarını örnek verebilir. Ancak bu yola şimdiye kadar pek az başvurulmuştur.<sup>25</sup> Bir başka gerekçe de Mahkemenin Sözleşme ihlaline ilişkin olarak verdiği kararların tarafları bağlayıcı olmakla birlikte nesnel hukuki durumu gösteren bir yanı da bulunmasıdır. Ancak Mahkemenin "ilke kararı" biçiminde karar verme yetkisi bulunmamaktadır. İç hukukların Mahkeme içtihadı ile uyum içinde olması taraflara düşen bir ödev sayılmaktadır. Mahkemenin bu konumu Sözleşmenin iç hukuka göre ikincil nitelikte olmasının bir başka sonucudur.

Sözleşme Hukuku uygulamasında Mahkemenin yarattığı kavramlar herhangi bir iç hukuk tarafından belirlenmiş kavramlar olmayıp Mahkemenin Sözleşmenin yorumu sonucunda yarattığı özerk kavramlarıdır. Ancak Mahkeme bu kavramları oluştururken taraf devletlerde günümüzde mevcut hukuk/toplum ilişkilerini göz önünde tutar. Mahkeme geçmişteki anlayışlarla veya belli bir ülkenin geleneksel anlayışı ile bağlı değildir.<sup>26</sup> Örneğin "Tyrer Davası"nda Mahkeme Isle of Man'daki geleneğe göre dayak cezasının "aşağılayıcı" sayılmaması ile kendisini bağlı saymayarak bugünün koşullarında bu uygulamanın "aşağılayıcı" olup olmadığını araştırarak kararını vermiştir.<sup>27</sup> Dolayısıyla bu konuda Bernhardt'ın vardığı sonuçları<sup>28</sup> kısaca belirtmek yararlıdır:

— İnsan hakları Sözleşmelerinde yer alan kavramlar iç hukuktan bağımsız olup uluslararası anlam taşır,

— Bununla birlikte bu kavramlar taraf devletlerdeki hukuksal uygulama karşılaştırılarak belirlenir,

— Sözleşme uygulamasında taraf devletler arasındaki farklılıklar, bir ortak asgari düzey bulma amacıyla, bu devletlere bir takdir yetkisi "margin of appreciation" tanınmasına yol açmıştır,

<sup>25</sup> Paul Mahoney, "Does Article 57 of the European Convention on Human Rights serve useful purpose?", *Mélanges Wiarda*, s. 373-393.

<sup>26</sup> W. J. Ganshof Van Der Meersch, "Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme" *Mélanges Wiarda*, s. 201-220.

<sup>27</sup> Bkz. V. Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Sirey, 1985, s. 84-86.

<sup>28</sup> Bernhardt, anılan yazı, s. 71.

— İnsan hakları sözleşmeleri nesnel ve devingen biçimde yorumlanmalıdır,

— Yorum, sözleşme değişikliğine yol açmamalıdır.

### 11. Sözleşme Hukukunun bağımsız kavramlarına örnekler

Mahkeme “Marckx Davası”nda, Sözleşmenin yapıldığı tarihte (1950) geçerli “aile” kavramı ile bugünkünün farklı olduğuna değinerek, Sözleşmenin hükümlerinin ve kavramlarının günün koşullarına göre yeni değerlendirmelere ve yorumlara açık olduğunu belirtmiştir.<sup>29</sup>

“Dudgeon Davası”nda, homoseksüel uygulamaları cezalandıran iç hukuk kurallarının yapıldıkları tarihlerden bu yana bu konudaki anlayışın değiştiğine işaret edilerek Mahkemenin taraf devletler iç hukuklarındaki anlayışları bütün olarak değerlendirdiği belirtilmiştir.<sup>30</sup>

Mahkeme Sözleşme Hukuku kavramlarını günün koşullarını dikkate alarak oluşturduğu gibi bu kavramların anlamlarını da iç hukuklardan bağımsız olarak belirlemektedir. Buna Sözleşme Hukuku kavramlarının özerkliği (Autonomie des concepts) denilmektedir. Özerkliğin yanı sıra bir başka kavram da “takdir yetkisi”dir (Marge d’appréciation). Mahkeme özellikle hakların sınırlandırılmasında iç hukuk makamlarının kendi koşullarına göre sınırlama serbestliğine sahip olduklarını kabul etmektedir.<sup>31</sup>

Sözleşme, taraflardan bağımsız olarak bir anlam taşımaktadır. Kavramların özerkliği bu fikre dayanmaktadır. Buna karşılık her kavramın iç hukukta sahip olduğu bir serbestlik bulunmaktadır. Bu da iç hukuk makamlarının takdir yetkisidir. Dolayısıyla Sözleşme uygulamasında taraf devletler bir yandan Sözleşmeyi tümüyle kendi anlayışlarına göre yorumlamayacakları gibi, Mahkemenin anlayışı ile de sıkıca bağlı değildir.

“Lawless Davası”nda olağanüstü dönemlerde alınan önlemlerin ve özellikle “gözaltı” önleminin Sözleşme Hukukuna uygunluğu irdelenmiştir. Mahkeme bu kararında Sözleşmenin tanıdığı hakların sınırlandırılmasında taraf devletlerin “takdir hakkı” bulunduğunu belirtmiştir.<sup>32</sup>

“Belçika dil davası”nda Mahkeme taraf devletlerin hukuki ve fiili ve- rileri kullanma ve değerlendirmede Mahkemeden daha fazla yetki sahibi olduğunu kabul ederek durumun değerlendirilmesinin ilk aşamada taraf

<sup>29</sup> Berger, s. 103-106.

<sup>30</sup> Aynı yerde, s. 142-145.

<sup>31</sup> Van Der Meersch, “Le caractère autonome” ... s. 202.

<sup>32</sup> Aynı yerde, s. 207, Berger, s. 5-8.

devletlere düşen bir görev olduğunu, Mahkemenin bu alana (takdir yetkisi) karışmadığını, bu durumun Sözleşme'nin "ikincil" ya da "yedek" (subsidaire) niteliğinden kaynaklandığını belirtmiştir.<sup>33</sup>

Mahkemenin önemli kararlarından biri de "Sunday Times" davasına ilişkindir. Bu kararda temel hakların sınırlandırılmasında "demokratik toplum gerekleri ölçüsü" açıklanmıştır. Mahkemeye göre "çoğulculuk (pluralisme), "hoşgörü" (tolerance) ve "her türlü düşünceye açık olma" (esprit d'ouverture) kavramlarının gerçekleşmediği bir toplum "demokratik" olarak nitelendirilemez. Demokratik toplumda, "hukukun üstünlüğü" (preeminence du droit), parlamento denetimi (controle parlementaire) ve "bağımsız yargı erki" (pouvoir judiciaire independant) ile "insan kişiliğine saygı" (respect de la personne humaine) kavramları geçerlidir.<sup>34</sup>

Kısaca belirtmek gerekirse Mahkemenin Sözleşme Hukukunun özerk kavramlarını belirlerken iç hukuktaki uygulamaya dikkat ettiği, belli bir ölçüye kadar iç hukuk makamlarının Sözleşme ile tanınan hakları kendi ulusal koşullarını ve gereklerini düşünerek sınırlandırabileceklerini kabul ettiği söylenebilir. Mahkemenin bu ölçüyü belirlerken oldukça "ihtiyatlı" davrandığı gözden kaçmamaktadır. "Gillow Davası"nda Guernesey adasının "ekonomik kalkınması" ve "zorunlu toplumsal gereksinimleri" kavramına öncelik tanımıştır.<sup>35</sup> "İrlanda/İngiltere Davası"nda terörün önlenmesi amacıyla yargısal makamlar dışında da tutuklama kararı verilmesini olağanüstü dönem önlemi olarak uygun bulmuştur.<sup>36</sup> "Klass ve Arkadaşları Davası"nda ulusal savunma amacıyla ve casusluğa ve terörizme karşı mücadelede karşılaşılan olağanüstü koşullarda telefon dinleme ve yazışma açmanın demokratik toplum gereklerine aykırı sayılamayacak zorunlu ve istisnai önlemler olduğunu kabul etmiştir.<sup>37</sup>

Bu konuda son örneklerden biri de 22 Şubat 1989 tarihli "Barfod Kararı" ile verilmiştir. Bu karar Mahkemenin "ihtiyatlı" tutumunu sürdürdüğünü göstermesi bakımından anlamlıdır. Groenland'da kıymetli taş işi yapan Danimarka uyruklu Barford'un, ada hükümetinin adadaki Amerikan üslerinde çalışan Danimarka uyruklulardan fazla vergi aldığını, oysa bu kişilerin yerel yönetime katılma ve oy hakkı bulunmadığını, adadaki yüksek mahkemenin bir meslekten hakim ile iki memurdan oluştuğunu, bu durumun vergi yargısını gölgelediğini belirten bir yazısı dergide yayınlanmıştır. Barford bu yazı ile halkın yargıya karşı güvenini zedeleme (hakaret) nedeniyle ceza mahkemesince mahkum etmiştir. Komisyonun 14'e karşı 1 oyla olayda Sözleşmenin düşünce açıklama özgürlüğü (m. 10)

<sup>33</sup> Van Der Meersch, s. 207, Berger, s. 15-19.

<sup>34</sup> Van Der Meersch, s. 208.

<sup>35 36 37</sup> Aynı yerde, s. 213-214.

kuralının ihlali sonucuna varmasına karşın Mahkeme (Daire) altıya karşı bir oyla ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Çoğunluğa göre “yargı bağımsızlığı” ve “yargının saygınlığı” alanında bunları zedeleyici düşünce açıklama özgürlüğü geçerli olamaz. Mahkemenin Türk üyesi Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü tarafından yazılan karşı oy yazısında ise kanımızca haklı olarak Barford’un Mahkeme oluşumunu “özel madde isnadı” yaparak değil genel ve nesnel düzeyde eleştirmesi nedeniyle düşünce açıklama özgürlüğünün korunması gerektiği savunulmuştur.<sup>38</sup> Burada kuşkusuz bizim yüksek yargı organlarımızın nasıl karar verdikleri daha önemlidir. Başka bir deyişle Mahkeme içtihadının, bizim içtihatlarımızla karşılaştırılmasında iyi fikir verebilecektir.

## 12. Anayasa Mahkemesi kararlarından bazı örnekler.

Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Hukukunu iki biçimde uyguladığı söylenebilir. Birinci yol genellikle yüksek mahkemelerin yaptıkları “genel ilkeler” veya “insan haklarına saygı” ilkesi yoluyla uygulamadır. Bu yöntemde bir vurgulama veya pekiştirme amacı ile hareket söz konusudur. Başka bir anlatımla Mahkeme bir anayasa kuralını veya dayanmak istediği bir hukuk genel ilkesinin anlamını pekiştirmek için Sözleşme’nin belli bir kuralını veya İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin bir kuralını örnek vermektedir. Burada örnek gösterilen kuralın değil fakat bir iç hukuk/anayasa kuralının uygulaması söz konusudur. Ancak bunu inandırıcı kılmak için bir Bildirge ya da Sözleşme kuralından söz edilmektedir. Asıl önemli olan Sözleşme’nin doğrudan uygulanmasıdır. Bu takdirde Sözleşmenin anayasal değeri de açıkça kanıtlanmış olacaktır. Doğrudan uygulama, başka kural yoksa Sözleşmenin uygulanması anlamına gelmektedir. Ayrıca bu kavram Sözleşme açısından da anlam taşır. Buna göre, doğrudan uygulama Sözleşmenin bir hukuksal anlaşmazlığın çözümünde yararlı olabilecek açık, belirli ve yeterli kurallara sahip olması anlamına gelmektedir. Yinelemek gerekirse doğrudan uygulanan Anayasa ve Sözleşme açısından ayrı ayrı iki anlam ifade etmektedir. Anayasa bakımından, Anayasada uygulanacak kural yoksa Sözleşmenin uygulanması, Sözleşme bakımından ise olaya uygulanabilecek açık kural bulunması anlamına gelmektedir. Uygulamamızda daha çok ilk anlamda doğrudan uygulama söz konusudur. Buna karşılık ikinci anlamda doğrudan uygulama yerel mahkemeler ya da ilk derecede söz konusu olabilir.

Anayasa Mahkemesinin eski kararlarından birinde Sözleşme’nin yasa değerinde olduğuna ilişkin bir kabulü bulunmaktadır. Türkiye İşçi Partisi, AİHS’nin düşünce açıklama ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin kurallarının “lex posterior” niteliğinde olduğunu bu nedenle TCK’nun 141

<sup>38</sup> Affaire Barford, (13/1987/136/190), opinion dissidente de M. Le Juge Gölcüklü.



ve 142'nci maddelerini yürürlükten kaldırmış olduğunu öne sürmüştü. Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde Sözleşme'nin gerçekten bu olayda *lex posterior*, herşeyden önce yasa mı olduğunu tartışmadan "esasa" girerek, Sözleşmenin 10. maddesiyle tanınan hakların sınırlanmasına olanak tanındığı ve aslında 17. maddeye göre de "özgürlükleri yok etme özgürlüğünün" tanınamayacağı gerekçesine dayanmıştır.<sup>39</sup> Yüksek Mahkemenin bu anlayışını değiştirdiğine ilişkin bir kararı bulunmadıkça, Anayasanın sözüne uygun olarak Sözleşmeyi yasa hükmünde saydığını söylemek mümkündür.

Bununla birlikte Yüksek Mahkemenin kimi kararlarında Sözleşmeyi Anayasa kuralı olarak uyguladığı veya Anayasa kuralının yorumuna temel aldığı göz önünde tutulursa Sözleşmenin anayasal değerinin Yüksek Mahkemece tanındığı da söylenebilir. Sözleşmeyi yasa hükmünde sayan karara karşı anayasal değerde sayan 10 kadar karar bulunduğu bakılarak, Sözleşmenin anayasal değerde olduğu savının daha ağır bastığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi mecburi hizmet borcunu yerine getirmeyenlerin giderim ödeseler bile herhalde hapis cezasına çarptırılmasını öngören bir yasa kuralını, borcun yerine getirilmemesinin özgürlük kaybına neden olmayacağı yolundaki bir ilkenin "uygar ülkelerce benimsenmiş ilkelerden" olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>40</sup> Bu kararda Yüksek Mahkemenin Başlangıçtaki insan hakları ilkesinden hareket ettiği ve bunu pekiştirmek için hukukun genel ilkelerinden saydığı "borç ödememe nedeniyle özgürlük kaybı olmayacağı" ilkesine başvurduğu görülmektedir. Bu ilke gerçekten Solon yasalarına değin uzanmaktadır. Batının en eski hukuk kurallarındandır. Ancak Türkiye'nin katılmadığı 4 sayılı Protokol'ün 1. maddesiyle de AİHS'nin bir parçası durumundadır. Böylece Türkiye Protokole katılmış olsaydı Yüksek Mahkeme hukukun genel ilkeleri yoluyla değil doğrudan doğruya Protokolü uygulamakla çözüme varacaktı, denebilir. Bu kararda söz konusu ilke anayasal değerde etki yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi "masumluk karinesi"ni yorumlamak için İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne ve AİHS'ne yollamada bulunmuştur.<sup>41</sup> Bu,

<sup>39</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 26.9.1965, E. 1963/173, K. 1965/40, AMKD Sayı 4 (1967), s. 327-328. Bkz. ayr. Ömer Madra, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara, SBF, 1981, s. 221. Yazar Sözleşmenin Hazırlık Çalışmalarına yollamada bulunarak, Sözleşmenin 17. maddesi hükmünün Türkiye temsilcisinin önerisi ile metne dahil edildiğini belirtmektedir. Bu durum Anayasa Mahkemesinin anılan kararda kullandığı gerekçenin anlaşılmasına ışık tutmaktadır.

<sup>40</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 22.12.1964, E. 1963/166, K. 1964/76, AMKD Sayı 2 (1976), s. 291.

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 29.1.1980, E. 1979/38, K. 1980/11, AMKD Sayı 18 (1981), s. 97-98.

sadece Başlangıç ve 2. madde kuralının anlamını açıklama amacıyla yapılmıştır. Bir başka kararda Yüksek Mahkeme Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin hukuki değerini yorumlamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, "Bildirgenin tanıdığı haklar Anayasamız tarafından da tanınmıştır. Böyle olunca, Anayasaya aykırı olmayan bir yasanın Bildirgeye aykırı olduğu düşünülemez".<sup>42</sup> Bu hayli karışık ifade öncelikle Bildirgenin anayasal değerde olduğunu, bağlayıcı değer taşıyıp taşımadığı tartışılmaksızın "moral bağlayıcılığına" önem verildiğini, anayasaya uygunluk çerçevesi içine uluslararası insan hakları anlayışının da dahil edildiğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatan kuralın Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin kararında da AİHS'nin 6. maddesindeki "adil muhakeme" kavramına Anayasanın insan hakları ilkesini pekiştirmek amacıyla yollama yapılmıştır.<sup>43</sup> Bu da doğrudan uygulama değil sadece yorumda kullanma biçimidir.

Anayasa Mahkemesinin faile suça kalkışmada da tam ceza verilmesine ilişkin kuralın Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin kararında Bildirge ve AİHS'nin doğrudan uygulama sayılabilecek biçimde kullanıldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme bu konuda Anayasada kural olmadığı gibi Bildirge ve AİHS'nde de kural bulunmadığını saptayarak Anayasaya aykırılık sonucuna varılmadığını belirtmektedir.<sup>44</sup> İfadenin aksinden bu belgelerde kural bulunsaydı, buna aykırı hüküm içeren yasanın bu nedenle Anayasaya aykırı olacağı sonucu çıkarılabilir.

Anayasa Mahkemesinin sendika hakkı ve idam cezasına ilişkin ve yukarıda değinilen<sup>45</sup> iki kararında ise Sözleşme Hukukunu anayasal hakların daraltıcı yorumunda kullanıldığı belirtilmişti. Bu kararlarda Sözleşmenin bir anayasa kuralı olarak değerlendirildiği açıktır. Bir başka kararda Yüksek Mahkeme 1 Sayılı Protokol'e gönderme yaparak burada düzenlenen kavramın "mülkiyet" hakkı olduğu, davada ise "mal" kavramının incelendiğini, dolayısıyla Protokol'ün uygunluk denetimi bakımından bu bağlamda işlevi bulunmadığını belirtmiştir.<sup>46</sup> Aksi düşünülür-

<sup>42</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 8.5.1980, E. 1979/1 (Parti Kapatılması), K. 1980/1, AMKD, Sayı 18 (1981), s. 31.

<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 27.1.1977, E. 1976/43, K. 1977/4, AMKD Sayı 15 (1978), s. 117. Bu kararda itirazcı Danıştay Beşinci Dairesinin AİHS m. 6 kuralına da dayanmış olması dikkat çekmektedir. Konunun Anayasa değişikliğinin iptali olması, Sözleşmenin 6'ncı maddesine anayasal değer verildiğini göstermektedir.

<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 24.5.1977, E. 1977/19, K. 1977/82, AMKD Sayı (1978), s. 388.

<sup>45</sup> Bkz. yukarıda dn 23 ve 24. Ayr. bkz. R. Aybay, s. 130-132.

<sup>46</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 28.12.1967, E. 1967/10, K. 1967/49, AMKD, Sayı (1975), s. 87.

se Yüksek Mahkemenin Protokolle korunan haklara da anayasal değer tanıdığı söylenebilir.

Yüksek Mahkemenin bir başka kararında da Bildirgeye anayasal değer verdiği dikkat çekmektedir. Yüksek Mahkemeye göre duruşmaların açıklığı Bildirge'de yer alan önemli bir ilkedir.<sup>47</sup> Ancak bu kabul Anayasanın 135. maddesini pekiştirme amacıyla yapılmıştır.

### SONUÇ:

Ülkemiz bireysel başvuru hakkını tanımakla önemli bir adım atmış olmakla birlikte Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmedikçe<sup>47a</sup> Sözleşme-iç hukuk etkileşmesi ve bu bağlamda bilgi alışverişi şimdiki zayıf düzeyinde kalmış olacaktır. Bizde Yüksek Mahkemelerin çeşitli kararları Anayasada açıklık olmayan durumlarda hukukun genel ilkeleri yoluyla yeni kavramların bulunabildiğini, bazı ilkelerin inşa edilebildiğini göstermektedir. Bu umut verici olmakla birlikte yeterli değildir. Zira Sözleşme Hukuku kavramları hukukun genel ilkeleri yoluyla iç hukuka ithal edilse bile bu kavramların tek belirleyicisi iç hukuku uygulayan yargıçlardır. Oysa Sözleşme/iç hukuk etkileşmesi sağlanabilirse iç hukuk yargıcının uygulaması Mahkeme uygulaması ile karşılaşmış ve gerekiyorsa değişime uğrayabilecektir. Böylece Sözleşmenin "dışarıda olduğu biçimiyle" iç hukuka girmesi gerçekleşecektir. Sözleşmenin iç hukukta uygulanması ancak bu yolla nesnel konuma girebilir.

Sözleşmenin iç hukuktaki norm değeri tartışması önemli olmakla birlikte "eskimiş" görünmektedir. İnsan Hakları Sözleşmelerinin andlaşmaların genel rejiminden farklı olması bir zorunluluktur. Nitekim 1982 Anayasasında bunu doğrulayabilecek kurallar (m. 15, 16 ve 42) bulunmaktadır. Bu kurallar olmasaydı da temel hakları anayasasında düzenlemiş bulunan bir iç hukuk sisteminde başka bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir.

Bu konuda bir başka nokta da Komisyon kararları ile Mahkeme içtihadının dikkatle izlenerek gereken iç hukuk düzenlemelerinin gecikmeden yapılabilmesidir. Bu konuda "Mahkemenin yetkisini tanımamış olduğumuzdan henüz içtihadı ile de bağlı sayılmayız" gibi bir düşüncenin hiçbir yarar sağlayamayacağı açıktır (9.V.1989).

<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 26.6.1963, E. 1963/143, K. 1963/167, AMKD, Sayı 1 (1971), s. 347.

<sup>47a</sup> Bu yazı basılırken, Bakanlar Kurulu'nun "Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin 46'ncı maddesi çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın zorunlu yargı yetkisinin" üç yıl süre ve karşılıklılık şartlarıyla tanınması hakkında 89/14563 sayılı kararı yayımlanmış bulunuyordu. Bkz. Resmi Gazete, 27 Eylül 1989, Sayı: 20295, s. 6.