

AİHM'de İctihat Değişikliği Yaşanan Üç Konu İle İlgili Bazı Gözlemler*

Observation of Jurisprudence Amendments In ECHR Regarding Three Issues



Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**

1. Temel hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde etkin bir korumasını öngören uluslararası sözleşmeler içinde 1950'li yıllardan itibaren büyük bir öneme sahip olan Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Sözleşmesi (kısaca **AİHS veya Sözleşme**) Avrupa Konseyine üye olan ülkelerde insan hakları uygulamasına yön veren ve üye ülke uygulamalarını bu alanda birbirlerine yaklaştırarak hukuk güvenliğini güçleştiren bir temel mevzuat olurken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (kısaca **AİHM**) de, içtihatlarıyla bu Sözleşmenin anlamını belirleyen ve gereksinimlere göre uygulama alanını genişleten bir işlev görmektedir. Bir başka deyişle, AİHM kararları, üye ülkelere yol gösteren bir özellik taşıdığı gibi, insan haklarının gelişimine de katkıda bulunmaktadır.

2. AİHM'in insan haklarını içtihatlarıyla sürekli genişletilmesi çok eskiden beri örneklerle dile getirilmektedir¹. Bu çerçevede Sözleşme'nin 13.maddesinde yer alan etkili başvuru hakkının AİHM tarafından sözgelimi yaşama hakkı ile ilgili 2.maddede özel bir düzenleme yer almamasına karşın, yaşama hakkının ihlaliyle ilgili davalı ülkede yapılan soruşturmanın sonuçsuz kalan etkili olmayan bir soruşturma olması halinde, devletin pozitif yükümlülüğünün bir uzantısı olarak usuli yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmektedir. Böylece bu durum nedeniyle de 2.maddeden mahkûmiyet kararı verilmektedir. Buna

* Bu makale hakem incelemesinden geçmemiştir.

** İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi (d.tezcan@iku.edu.tr)

¹ Bkz. GÖLCÜKLÜ Feyyaz-GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3.b., Ankara, 1998, no (paragraf) 492; ayrıca bkz. SOYER Jean-Claude – de SALVIA Michel, Article 6, in La Convention des Droits de l'Homme, Paris, Ed. Economica, 1995, s. 241.

tipik bir örnek 1911 tarihli Memurini Muvakkat Kanunu çerçevesinde yapılan memur suçlarıyla ilgili soruşturmalar olmuştur. Nitekim bu durum 20.5.1999 tarihli 21594/93 sayılı Oğur-Türkiye kararında çok açık bir şekilde görülmektedir².

3. AİHM, görevini yaparken az da olsa bazı içtihat değişikliğine de gidildiği görülmektedir. Bu tür içtihat değişikliği özellikle iki konuda çok belirgin olmuştur:

- Bunlardan ilki idari uyuşmazlıklarda adil yargılama hakkının (m.6) ihlali iddialarının AİHM tarafından incelenip incelenemeyeceği konusunda olmuştur.

- İkincisi ise, angarya yasağına istisna teşkil eden zorunlu askerlikle ilgili görevini yapmayı ve silah kullanmayı ret eden kişilere hapis cezası verildikten sonra tekrar askerliğini yapmaya zorlanmasının AİHS'de korunan haklardan hangisini ihlal edeceği konusunda ortaya çıkmıştır.

KKTC'de Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ve ayrıca İstanbul Kültür Üniversitesinde uzun yıllardır birlikte çalıştığımız, ailece tanıştığımız, değerli bilim adamı Prof Dr Bülent Tahiroğlu'na çıkarılan Armağan'da bu iki konuyla ilgili kısa bir değerlendirme yapmak istedim. Böylece bu alanda çalışan genç meslektaşların bu konularda daha ayrıntılı bir çalışma yapmalarına vesile olursak kendimizi mutlu sayarız.

4. AİHM'e yapılan başvuruların büyük çoğunluğunda yer alan adil yargılanma hakkı ile ilgili ihlal iddiaları konusunda AİHM tarafından verilen kararlarda, *bu kuralın, hukukun (ve AİHS'nin) en temel kuralı olduğu* vurgulanarak³ bu maddenin dar yorumunun, bu hükmün (olayda 6/1.md) kapsam ve amacına uygun düşmediği ifade edilmiştir⁴. Bununla birlikte, AİHM Büyük Dairesinin 1999 yılında verdiği

² Bkz. TEZCAN D/ERDEM MR/SANCAKDAR O, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında TÜRKİYE'NİN İNSAN HAKLARI SORUNU, 2.b, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s.226 vd. AİHM bu davada, yaşama hakkının ihlaliyle ilgili olarak 2.maddeden verdiği mahkûmiyet kararı yanında, bu olayla ilgili yeterli soruşturma yapılmaması nedeniyle de ikinci kez 2.maddenin ihlalinden hüküm kurmuştur.

³ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 26.4.1979 tarihli Sunday Times kararı, série A, n° 30, § 55

⁴ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 23.10.1985 tarihli Benthem kararı, série A, n° 11, § 25 ; ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 17.1.1970 tarihli Delcourt

8.12.1999 tarih ve 28541/95 sayılı Pellegrin-Fransa kararıyla, cezai bir yaptırım ya da özel hukuktaki hak uyuşmazlığı özelliği taşımayan disiplin cezaları gibi idari uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkı ile ilgili 6.madde kapsamında incelenemeyeceğini belirttiği görülürken⁵, zaman içinde bazı davalarda AIHM Dairelerinin bu içtihadın dışına çıktığı ve nihayet 19 Nisan 2007 tarihli Vilho Eskelinen ve diğerleri-Finlandiya Büyük Daire kararı ile de Pellegrin-Fransa davasıyla oluşturulan içtihat topyekûn değiştirilmeksizin idari uyuşmazlıklarda 6.maddenin uygulanmaması ek koşullara bağlanarak bu içtihadın sertliği giderilmiştir⁶. Bu içtihat değişikliği yapılırken, Pellegrin kararının, AIHM içtihadının gelişiminin son halkası olduğu ve bunun, her somut olayın özelliklerine göre başvuranın görevi ya da işi gereği kamu gücünün kullanımına doğrudan bir katılımı olup olmadığını belirleyip karar vermek gerektiği vurgulanmıştır (par. 50). Bununla birlikte, Vilho Eskelinen ve diğerleri kararında, Pellegrin kararının aksine, AIHM, konuya tersinden yaklaşmış, kamu görevlileriyle ilgili bir davada adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasının AIHS m.6 çerçevesinde incelenmeyip reddedilmesi, bazı önemli şartlara bağlanmıştır. Buna göre, davalı devletin, başvuranın davasında 6.madde ile ilgili iddiaya bu maddenin uygulanmaması için, ilgili Devlet tarafından, bu memurlar veya hizmetliler için iç hukukta yasal bir düzenleme ile yargı yolunun kapalı olduğunu kanıtlanması ve ayrıca bu yasaklamanın davalı devletin hangi yüksek menfaatlerine bağlı objektif gerekçelere dayandığının kanıtlanması gerekmektedir (par. 62). Böylece örneğin askerlerle veya yargıçlarla ilgili disiplin cezalarına ilişkin yargı yolunun kapatılmasının AIHM'de incelenmesinin önu açılmıştır. Nitekim 2010 Anayasa değişikliğinden önce, Anayasa'nın 129.maddesiyle uyarma ve kınama kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasına rağmen, 27 Mart 2007 tarihli Karaçay-Türkiye kararında, Vilho Eskelinen ve diğerleri kararıyla Büyük Dairenin içtihadı haline gelen ilkelerin, AIHM Daire kararlarında da benimsendiği ve Türkiye'nin mahkûm edildiği görülmektedir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi ise, 27.11.2007 tarih ve 2002/169 Es - 2007/88 K

kararı, série A, n° 97, § 32

⁵ Bkz. TEZCAN Durmuş, Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu, Yıldızhan YAYLA'ya Armağan, Galatasaray Üniv. yay, İstanbul, 2003, s. 469-484

⁶ Bkz. TEZCAN D/ERDEM MR/SANCAKDAR O/ÖNOK RM, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara, 2016, 6.b, s.274,

sayılı kararında, gerek Türkiye ile ilgili anılan Daire kararına ve gerekse Büyük Daire kararına rağmen Anayasa'nın 129.maddesindeki hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vererek, Türkiye'nin benzer durumlarda AİHM'de mahkûm olmasına zemin oluşturmuştu⁷.

5. AİHM içtihatlarında ikinci büyük değişiklik ise, yukarıda da değindiğimiz gibi, angarya yasağına istisna teşkil eden zorunlu askerlikle ilgili görevini yapmayı ve silah kullanmayı ret eden kişilere hapis cezası verildikten sonra tekrar askerliğini yapmaya zorlanmasının AİHM'de korunan haklardan hangisini ihlal edeceği konusunda ortaya çıkmıştır.

Başlangıçta bu konuda AİHM, inancı gereği silaha karşı olan bir kimseyi silah altına almanın karşı gelince de cezalandırmanın ve ardından tekrar silah altına alma şeklindeki uygulamanın Sözleşme'nin 3.maddesinde korunan işkence yasağı kapsamında, kötü muamele sayılarak açılan davada 3.maddenin ihlaline karar veriyordu. Örneğin 24.01.2006 tarihli Ülke-Türkiye kararı gibi kararlar buna örnekti⁸. Ayrıca AİHM ve 11 nolu protokolden önce mevcut olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararlarında konuya değişik şekillerde yaklaşıyordu. Hatta AİHM 3. Dairesinin 27 Ekim 2009 tarihli Bayatyan-Ermenistan kararında, açılan davada din özgürlüğüyle ilgili 9.maddenin ihlal edilmediğine altıya karşı bir karşı oy ile karar vermişti⁹.

6. Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusu üzerine Büyük Daire'nin 7 Temmuz 2011 tarihli kararıyla konuya farklı yaklaşmış ve açıkça bu konuda içtihat değişikliğine gidilmesinin bu alandaki ge-

⁷ Bkz. 9.02.2008 tarih ve 26792 sayılı Resmi Gazete. Bu davada Konya İdare Mahkemesi (Esas: 2002/169) ve Malatya İdare Mahkemesi (Esas: 2004/82), Anayasa'da uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açıkça kapatılmamış iken yasa koyucu tarafından bu yönde bir sınırlama getirilmesinin Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmadığını ileri sürerek, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135. maddesinin ikinci fıkrası ile 136. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 11., 36., 125. ve 129. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini istemişlerdi. Ancak bir üyenin 27 Mart 2007 tarihli Karayay-Türkiye kararına da yer vererek hazırladığı muhalefet şerhine rağmen, Anayasa Mahkemesi, bu görüşü dikkate almadan oy çokluğuyla yukarıda değindiğimiz 27.11.2007 tarih ve 2002/169 Es - 2007/88 K sayılı kararı almıştı. Ancak bu yasak, 2010 tarihli Anayasa reformuyla Anayasa'dan ve ilgili yasalardan çıkarılabilmıştır.

⁸ Bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, İnsan Hakları El Kitabı, s. 186 vd.

⁹ Bkz. <https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDESROITSDELHOMME-20091027-2345903Témoins de Jéhovah : consensus européen en faveur du droit à l ... combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/.../temoins-de-jehova>

lişmeler ışığında bir zaruret haline geldiği, AİHM'in bu kararın 98 vd paragraflarında gerekçeli olarak açıklanmıştır.

7. AİHM'e göre, hukuk güvenliği, hukukun öngörülebilirliği ve kanun önünde eşitlik ilkeleri açısından geçerli bir neden olmadıkça içtihat değişikliğine gitmemek gerekir. Bunun sebebi ise, dinamik ve geliştirici bir yaklaşımla eski uygulamanın terki, yapılacak reformu veya iyileştirmeyi riske atar. Bu nedenle Vilho Eskelinen ve diğerleri-Finlandiya kararı ve benzeri kararlarda eski içtihadı tamamen terk etme yerine amaca uygun şekilde iyileştirme yoluna gitmiştir (par.98). Ancak bu konuyla ilgili açıklamalarımızda gösterdik ki AİHM bu yaklaşımıyla önceki içtihatındaki ilkeyi ancak kanıtlanabilirse uygulanabileceği, aksi takdirde açılan davalarda 6.madde açısından AİHM'de inceleme yapılabileceği sonucu ortaya çıkmıştır.

8. Bu davada ise, gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararlarının ve gerekse, üçüncü Daire kararının aksine içtihat değişikliğine gidilerek, inancı gereği askerliğe karşı olanların askere alınmayıp, sivil hizmetlerde çalıştırılması yoluna gidilmemesi halinde din ve düşünce özgürlüğü ile ilgili 9.maddenin ihlaline karar verilmiştir. Bir başka deyişle, AİHM Büyük Dairesine göre, Davacı Bayatyan'ın dini inancı gereği askerlik yapmayı reddetmesinin bir suç sayılarak mahkûm edilmesinin 9.madde anlamında, demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale sayılması gerektiğinden, bu maddenin ihlaline karar verilmiştir (paragraf 113)¹⁰.

9. Sonuç olarak, 28 üyesi Avrupa Birliği üyesi olan 47 devletten oluşan Avrupa Konseyinde, AİHM bir içtihat oluştururken çok dikkatli bir tercih yapmak zorundadır. Bu içtihat tüm üye ülkelerde uygulanacak bir özelliğe sahiptir. Bizzat AİHM tarafından da vurgulandığı üzere, hukuk güvenliği, hukukun öngörülebilirliği ve kanun önünde eşitlik ilkeleri gereği çok büyük bir zorunluluk olmadıkça bu içtihatlarla sadık kalınması gerekir. Yukarıda vurguladığımız iki örnek AİHM'in içtihat değişikliğine hangi koşullarda gittiğini göstermektedir. Ulusal içtihat mahkemelerinin de bu uygulamayı örnek alıp, sık sık içtihat değişikliğine gitmemeleri, mutlak bir zaruret bulunması halinde, en son çare olarak bu yola başvurmaları gerekir.

¹⁰ Sözleşme'nin 4.maddesiyle ilgili olarak ayrıca bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, İnsan Hakları El Kitabı, s. 183 vd.

10. 1924 Anayasası ile Batı ülkelerinin mevzuatından Türk Hukukuna önemli aktarmaların yapıldığı (resepsion) bir dönemde o sistemlerin ruhunu oluşturan Roma Hukuku öğretisine değerli eserleriyle büyük katkısı olan ve bu geleneği akademisyen hukukçu torunuyla sürdüreceğine inandığım Değerli Meslektaşımız Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'nun kökenini eserlerinde bize açıkladığı temel ilkelerin, AİHM tarafından içtihat değişikliklerine giderken ne derece dikkate alındığını göstermektedir. Danıştay kararıyla da önemi bir kere daha vurgulanan Roma Hukukunun Türk Hukukuna sağladığı kazanımları bu vesileyle hatırlatmak gerekir¹¹. Kısaca, AİHM içtihatları, Türk Hukukuna yön veren ve temeli Roma Hukukuna dayanan bir hukuk anlayışını simgeler. Böylesine önemli bir hukuk dalına Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'nun yaptığı ve yapmaya devam ettiği katkılar büyüktür.

¹¹ Yükseköğretim Kurulu Genel Kurulunun "**Roma Hukuku Anabilim Dalına**" yer vermeme şeklinde aldığı 27 Ağustos 2009 günlü kararı nedeniyle açılan davada Roma Hukukunun Türk Hukuku açısından önemini dikkate alarak Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 11.06.2010 tarih ve 2009/9418 Esas sayılı **yürütmenin durdurulması kararı için bkz.** <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/117730-roma-hukuku>