

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ BAĞLAMINDA AİHS VE ANAYASA HÜKÜMLERİ ÇATIŞMASINDA ÖNCELİKLİ UYGULAMA SORUNU

M. Emin AKGÜL*

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlükler alanındaki uluslararası sözleşmeler, devletlerin hem siyasal yaşamları hem de hukuki alandaki düzenlemeleri için büyük önem taşımaktadır. Devletlerin temel hak ve özgürlüklerle ilgili konulara yaklaşımı ve uygulamaları kendi sınırları içinde kalmamakta; uluslararası ortamda hemen sonuç doğurmaktadır. Bu kapsamda, Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS, üye ülkelerde ortak bir insan hakları anlayışının tesisi ve devamı için hazırlanmıştır. AİHM'nin de sürekli yorumlarla genişletip geliştirdiği temel hak ve özgürlüklerle ilgili bu yapıya, üye ülkelerin uymaları, Sözleşme hükümlerini ve anlayışını iç hukuklarına ithal ederek uygulamaları beklenmektedir.

Anayasa, iç hukuktaki temel ve normlar hiyerarşisinde en üstün kaynaktır. Bu çerçevede Anayasa'daki düzenlemelerin ve bunlara dayalı olarak dayalı olarak yapılan kanunların, AİHS hükümleri ile çatışması durumunda uygulama önceliğinin hangisinde olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kişi hürriyeti ve güvenliği çerçevesinde disiplin hukukundan kaynaklanan somut bir olaydan hareketle ortaya çıkan mevcut sorun çalışmamızın esasını oluşturacaktır. İncelememizde; AİHS, Anayasa ve kanunlardaki mevcut düzenlemeler ortaya konacak ve AİHM'nin konuya yaklaşımı tespit edilecektir. AİHS ile iç hukuk hükümleri arasındaki uyumsuzluk durumunda ülkemizdeki yüksek mahkemelerin kararları açıklanacak, doktrindeki görüşler ve mukayeseli hukuktaki durum ifade edilerek çözümle ilgili öneriyle çalışmamız sona erecektir.

* Dr., KHO Anayasa Hukuku öğretim görevlisi.

1. AİHS ve 1982 Anayasasında Kişi Hürriyeti ve Güvenliği

AİHS'nin 5. maddesi ¹ kişi hürriyeti ve özgürlüğü konusunu düzenlemektedir. Bu madde ile kişi özgürlüğü ve güvenliğinin tanınması ve korunması için gerekli güvenceler tanımlanmıştır. Kişi özgürlüğü kavramı insan haklarını konu alan bildirilerde taşıdığı önem nedeniyle her zaman yer almıştır. Kişi özgürlüğü kavramı, bireyin fiziksel olarak özgür olmasını başka bir ifade ile "bir yere kapatılmaması tutulu, tutuklu bulunmaması hakkıdır".² AİHS'nin 5. maddesinin kişi özgürlüğü ve güvenliğini garanti altına alan bir hüküm olduğu ifade edil-

¹ "Madde 5 -Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmesinde olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Saltörülme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır. "

² A. Şeref Gözübüyük / A. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 221.

mekle birlikte bu teminatın ancak yakalama ve tutuklama açısından anlam ifade ettiği ve hareket serbestisinin korunmasını esas aldığı m. 5 metninin bütününe bakıldığında ortaya çıkmaktadır.³ AİHS’de kişi özgürlüğü düzenlemesi ile özgürlük kavramının ifade ettiği geniş anlam bir kenara bırakılarak sadece bireyin fiziksel özgürlüğü güvence altına alınmaya çalışılmıştır.⁴ Devletin kişi özgürlüğünü kısıtlayabileceği durumlar ise AİHS’nin 5. maddesinde sayılarak belirlenmiş böylece devletlerin takdir haklarını kullanma sınırı oldukça daraltılmıştır.⁵ AİHS m. 5 kapsamındaki güvenlik kavramı ise özgürlük kavramından ayrı olmaktan ziyade diğerinin tamamlayıcısı olma halini ve kişi özgürlüğüne yapılacak “*keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması*” durumunu tanımlamaktadır.⁶

İncelenen konu açısından AİHS’nin 5. m. 1. fıkrası metni⁷ önem kazanmaktadır. Burada özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili genel kural ortaya konmaktadır. AİHS m. 5/1’deki düzenlemeye göre sözleşmeye üye ülke, herkes için bu güvenliği sağlama yükümlülüğü altına girmektedir. Sözleşme’ye üye ülke için, “*yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*” hükmünden hareketle iç hukuk düzenlemelerinin de bu zorunluluğa uygun olması gereği açıktır. İç hukuk hükümlerinde özgürlükten yoksun kılınma hallerinin net olarak tanımlanması ve uygulamanın da öngörülebilir olması AİHM tarafından davalarda inceleme konusu yapılmaktadır.⁸ Üye devlet hukuk sistemi içinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili yapılan düzenlemelerin ve sınırlamaların bu hakkın üye ülke uygulamalarında ölçüt olarak kabul edileceği AİHS’de belirtilmektedir. Ancak üye ülke hukukunda bu alanda yapılan düzenleme ve sınırlamaların ne olduğu, konunun dava olarak AİHM önüne götürülmesi halinde mahkemenin

³ Durmuş Tezcan / M. Ruhan Erdem / Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin, Ankara 2004, s. 278.

⁴ Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayın No: 321, Ankara 2004, s. 179.

⁵ İ. Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 306.

⁶ Tezcan / Erdem / Sancakdar, *a. g. e.*, s. 278, Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta, İstanbul, 2001, s. 96, Gözübüyük / Gölcüklü, *a. g. e.*, s. 222.

⁷ **Madde 5 -Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

⁸ Tezcan / Erdem / Sancakdar, *a. g. e.*, s. 281.

AİHS'deki hükümleri esas alarak davaya yaklaşacağı konusunda şüphe yoktur. Gemalmaz'ın "amaca bağlılık ya da uygunluk ölçütü" olarak ifade ettiği ve sınırlamada amaca uygunluk yükümlülüğünün içeriğini oluşturan geleneksel kabul AİHS m. 18'de⁹ vücut bulmuş ve yapılacak düzenlemelerle amacın saptırılmasının önüne geçilmiş ve iyi niyet güvence altına alınmıştır. Oran ve ölçü kavramı ile de sınırlama ile amaç arasındaki denge korunmuş, sınırlamanın hakkın özünü zedeleyerek onu yok etme tehlikesi önlenmiştir.¹⁰

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde düzenlenmiştir. Disiplin amirleri tarafından verilen hürriyeti bağlayıcı nitelikteki disiplin cezaları m. 19 metninde istisnalar arasında sayılmamıştır. Hürriyeti bağlayıcı disiplin cezaları ile ilgili düzenleme 1982 Anayasası'nın "suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinde "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir." haliyle mevcuttur. 129. maddede ise kamu hizmeti görevlileri ile ilgili olarak "görev ve sorumluluklar, disiplin kovuşturulmasında güvence" başlığı altında "Uyarı ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır." olarak hüküm altına alınmıştır.

Kanun bazında, disiplin cezası verilmesi ile ilgili esaslar 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununda 168-172. maddeler arasında düzenlenmiştir. 171. maddede disiplin amirlerinin astlarına hangi cezaları ne kadar vereceği tespit edilmiştir.¹¹ Amirler tarafından verilen cezaların infaz şekli ise As. Ceza Kanunu'nun 23-28. maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

⁹ Madde 18- Hakların Kısıtlanmasının Sınırları

Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.

¹⁰ M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2003, s. 757, 758.

¹¹ As. Ceza K. 171. maddesinde de rütbelerine göre amirlerin hangi asker şahıslara hangi disiplin cezalarını (uyarı, aylıktan kesme, izinsizlik, sıra harici hizmet, göz hapsi, oda hapsi ve rütbenin geri alınması) ne miktarda verebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

2. AİHM'nin İdare Tarafından Verilen Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Yaklaşımı

Disiplin cezaları konusunda AİHM'nin uyguladığı ölçütlerden önce AİHS'nin bu konudaki yaklaşımının incelenmesi gerekmektedir. AİHS "kişisel ve siyasal haklar" olarak tanımlanan hakların belirli bir kısmını sözleşme metninde güvence altına almıştır.¹² AİHS'de tanımlanan ve koruma altına alınan haklar, "İnsan Hakları Evrensel Bildirisi"nde sıralanan ve kişisel ve siyasal haklar olarak tanımlanan haklara karşılık gelmektedir. AİHS'de tanımlanan hakların kısıtlı olması, sonradan imzalanan protokollerle eksikliklerin tamamlanmasına bunun yanında AİHM'nin önüne gelen davalarda sosyal ve ekonomik boyutu da dikkate alan içtihatları ile bir gelişme sürecinin başlamasına yol açmıştır.¹³ AİHS ile güvence altına alınan haklar 1, 4, 6, 7, 12 ve 13 no.'lu Protokoller ile genişletilmiş bununla birlikte yeni haklarda tanımlanmıştır.¹⁴ 14. Protokol ile AİHS'deki kontrol sistemi ile ilgili bazı değişiklikler yapılmış, Türkiye bu protokolü 06.10.2004'te imzalamış, 02.10.2006 tarihinde onaylamıştır.¹⁵

AİHS'nin kimleri kapsadığı konusu Sözleşme'nin 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre taraf devletlerin yargı sahasındaki herkesin daha açık bir ifade ile vatandaş, yabancı uyruklu kişi ve vatansızların Sözleşme ile Sözleşme'ye taraf devletlere karşı temel hak ve özgürlükleri koruma altına alınmıştır. AİHS'nin uygulanabilmesi için Sözleşme'ye taraf devletle kişi arasında hukuksal bir ilişkinin varlığı aranmamaktadır. Sözleşme'ye taraf devletin etkin olduğu alan içinde bulunmak, kişiye temel hakları ileri sürebilmesi gerekli yetkiyi sağlamaktadır.¹⁶ Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlüklerden bazıları sınırlamalara tabi tutulmuştur. Sözleşme bu anlamda bir kısmı sınırlanabilen ve sınırlanamayan haklar olarak ikinci bir tutuma sahiptir. Sınırlama rejimi de farklı şekillerde ortaya çıkmıştır. Bazı sınırlamalar ilgili maddede açıkça ifade edilmiştir. Bir diğer sınırlama şekli ise kişilerin statüsüne göre ortaya çıkan sınırlamalardır. Olağanüstü hal rejimi, kamu yararı ve özel yarar kavramlarına dayalı olarak yapılan sı-

¹² Gözübüyük / Gölcüklü, *a. g. e.*, s. 11.

¹³ Reisoğlu, *a. g. e.*, s. 34, Gemalmaz, *a. g. e.*, s. 424.

¹⁴ Özdek, *a. g. e.*, s. 31, 32.

¹⁵ www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts ,25.08.2009.

¹⁶ Tezcan / Erdem / Sancakdar, *a. g. e.*, s. 80, Özdek, *a. g. e.*, s. 33.

nırlamalar da yine AİHS metninde yer almaktadır.¹⁷

İdarenin hürriyeti bağlayıcı ceza vermesi AİHS'ne göre tanımlanmayan bir durum olup medeni hak ve yükümlülükler ile ceza hukuku alanında bu nevi bir yaptırımın ancak yasa ile kurulu "bağımsız ve tarafsız" mahkemeler tarafından verileceği yine AİHS'de belirtilmiştir.¹⁸ Ancak AİHM medeni ve ceza hukuku alanı dışında, kamu düzeni ve askeri faaliyetler dolayısıyla ortaya çıkan bu tür yaptırımlarla ilgili olarak da bu alanda içtihat oluşturmuştur.

AİHS sistemi içinde AİHM'nin askeri hizmetle ilgili bir konuda, idare tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşılanan asker kişilerin eylemleri ile ilgili davalar için yaklaşımını ortaya koyduğu karar 08.06.1976 tarihli Engel ve diğerleri davasıdır.¹⁹ Bahse konu davada, Hollanda ordusunda askerlik görevlerini yerine getiren farklı rütbe-lerdeki asker kişilere, disipline aykırı eylemlerinden dolayı amirlerince verilen hafif göz hapsi, sıkı göz hapsi ve oda hapsi cezaları, bu cezaya mahkûm olanlar tarafından AİHS'nin 5/1. maddesine aykırı olduğu iddiası ile AİHM önüne götürülmüştür. Davanın ismi ile anıldığı Engel ve arkadaşları Hollanda ordusunda çavuş olarak görev yapmaktadır. Engel, disipline aykırı eylemleri nedeniyle aldığı önce üç gün göz hapsi cezası almış, verilen cezaya uymaması nedeniyle üç gün sıkı göz hapsi cezasına mahkûm edilmiş, disiplinsiz davranışlarının devamı üzerine amiri tarafından bu sefer üç gün ağır göz hapsi cezası verilmiştir. Bu kararlar, Hollanda Ordusu Yüksek Askeri mahkemesinde AİHS'nin 5. maddesi ihlal edildiği gerekçesi ile Engel tarafından temyiz edilmiş ancak askeri mahkeme verilen cezalarla ilgili bir hukuksuzluğun olmadığı kararını vermiştir. Hafif göz hapsinin infazı mesai içinde görevin yapılması, mesai dışında kışlanın terk edilmemesi ancak kışla içinde serbestçe dolaşabilmesi şeklinde infaz edilmektedir. Sıkı göz hapsi cezasının infaz usulü ise mesaiye devam, mesai sonrasında da kışlada kilitli olmayan bir odada kalmak şeklinde, ağır göz hapsinin infaz şekli ise mesai saatleri içinde ve dışında subay-

¹⁷ Gemalmaz, *a. g. e.*, s. 424,426, Tezcan / Erdem / Sancakdar, *a. g. e.*, s. 89-91.

¹⁸ AİHS 5. madde, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağını belirttiikten sonra bu genel kurala aykırı istisnalarda yetkili mahkeme tarafından mahkum edilme halini ifade etmiştir. 6. madde ise medeni ve cezai davalarda yöneltilecek suçlamalarla ilgili olarak karar verecek mahkemenin niteliklerini tespit etmiştir.

¹⁹ Engel and others v. Netherland, www.echr.coe.int./Ne/, 31.08.2009.

lar için evlerinde oturma diğerleri için ise bir koğuşa kapatılarak yerine getirilmektedir.²⁰ Bahsi geçen olaydaki asker kişiler AİHM'ne, verilen disiplin cezalarının AİHS'nin 5. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla dava açmışlardır. Göz hapsinin AİHS'nin 5. maddesine aykırı olmadığını düşünen Komisyon, oda hapsi ve ağır oda hapsi cezası için ise AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiş ve başvuruyu AİHM'ye götürmüştür. AİHS'nin sivil asker herkesi kapsamakla birlikte askerliğin kendisine has durumunun AİHM önündeki davalarda dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.²¹

Askeri disiplinin doğası, sivil şahıslar için öngörülemez olan hak ve özgürlüklere ait kısıtlamaların askerler için öngörülebilir olmasına olanak verir. Bu durum üye devlet için sözleşmeye aykırı bir durum yaratmaz. Bununla birlikte üye ülkenin askeri disiplin rejimi AİHS m. 5/1 kapsamı dışında tutulamaz. AİHS 1 ve 14. maddeleri bu bağlamda 5/1. madde ile birlikte değerlendirilmelidir.²² Sözleşmeye taraf ülkeler askeri disiplin rejimlerini düzenlerken belli bir takdir hakkına sahip olup, askerler için sivillere uygulanamayacak olan yaptırımlar öngörebilirler. Bu tür bir yaptırımın AİHS'nin 5. maddesine aykırı olup olmadığına ise disiplin cezasının niteliği, süresi, etkileri ve uygulama tarzı dikkate alınarak karar verilecektir. Sözleşme'nin 5. maddesinde gösterilen özgürlükten yoksun kalma halleri sınırlı sayma yolu ile belirtilmiştir. Buradan hareketle disiplin cezasının yaptırımının m. 5/1'e aykırı olması durumunda 5. Madde, asker kişiler için de uygulanabilir duruma gelmektedir. Söz konusu davada AİHM kışla içinde kilit altında tutulmamakla birlikte belirli yerlere (kışla içindeki kantin, sinema gibi) gitmekten alıkonulma hali olan sıkı göz hapsini AİHS m. 5'e uygun bir yaptırım olarak değerlendirmiştir. Buna karşılık bir odada kilit altında bulundurma şeklinde infazı yapılan ağır göz

²⁰ Hikmet Tülen, "Disiplin Amirlerince Verilebilen Oda Hapsi Cezalarına Anayasa Mahkemesi ve AİHM'si Kararları Işığında Bir Bakış", *Prof: Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 664-664.

²¹ Tezcan / Erdem / Sancakdar, *a. g. e.*, s. 279.

²² Madde 1: İnsan haklarına saygı yükümlülüğü: Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.

Madde 14: Ayrımcılık Yasağı: Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

hapsi cezasının sözleşmeye aykırı olduğu karar vermiştir. Bu karara varırken diğer önemli bir tespiti ise bu tür bir cezanın yetkili mahkeme tarafından verilmesinin gerekli olduğu, iç hukukta, idarenin hürriyeti bağlayıcı ceza verme yetkisi ile ilgili olarak yapılan tasnifin AİHS açısından öneminin olmadığıdır.²³ AİHM kişi hürriyetinden mahrum bırakma hallerini AİHS m. 5'te sayıldığı şekli ile sınırlı olarak kabul etmekte, asker kişiler için iç hukuktaki düzenleme şekline askerliğin özel durumunu dikkate alarak ancak kısıtlı bir esneklik tanımakla birlikte bununla hakkın özünü ortadan kaldıracak biçimde olmamasına önem vermektedir.

Engel davası ile ilgili olarak yukarıda ifade edilen AİHM'nin yaklaşımı, Türkiye'ye karşı açılan A. D. v. Türkiye davasında da devam etmiştir. Davanın kısa özetini vermek icap ederse; AD, TSK'da ast-subaydır. Amiri tarafından, disiplinsizliği öne sürülmüş, As. Ceza Kanunu'nun 171. maddesine dayanılarak kendisine 21 gün oda hapsi cezası verilmiştir. Başvuru sahibi cezaya itiraz etmiş; itiraz, cezayı veren amirin bir üstü olan amir tarafından reddedilmiş ve devamında AYİM'de açtığı davada 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Kanunu m. 21²⁴ kapsamında disiplin cezalarının yargısal denetime tabi olmayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuru sahibi konuyu AİHM önüne getirmiştir. AİHM önünde, verilen hürriyeti bağlayıcı disiplin cezasının mahkeme tarafından değil askeri amir tarafından verildiği ve bu nedenle de AİHS'nin 5/1. maddesine aykırı olduğu iddia edilmektedir. AİHM Engel davasındaki gerekçelerini de eklediği değerlendirmesinde özgürlüğün kısıtlanmasının ancak yargı kararı ile mümkün olabileceğini, bununla birlikte AİHM'nin askeri hayatın özel koşullarını da göz önünde tuttuğunu, bir sivil verildiğinde özgürlüğün kısıtlanması olarak değerlendirilebilecek bir disiplin cezası ya da yaptırımın, silahlı kuvvetler mensubu bir kişiye verilmesi halinde aynı niteliğe sahip olmayabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte AİHM, davacının, tevkif evinde 21 gün hapis yattığını ve AİHS m. 5 gereğince özgürlüğünün kısıtlandığını, bu cezayı veren askeri amirin kendi üstlerinden bağımsız hareket edemeyeceğini ve belirli bir hiye-

²³ Tülen, *a. g. e.*, s. 665, 666.

²⁴ 1602 sayılı Kanun, m. 21 f. 3: "Cumhurbaşkanının, Yüksek Askeri Şuranın tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır."

rarşi içinde bulunduğunu dolayısıyla AİHS m. 5/1’de aranan yargılama güvencesinin oluşmadığını vurgulamıştır. Neticede başvuru tutuklanmasının, yetkili bir mahkemece verilen mahkûmiyet kararına uygun bir tutuklama olmaması sebebiyle AİHS’nin 5/1 maddesinin ihlal edildiğini tespit ederek Türkiye’yi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.²⁵

Disiplin hukuku kapsamında mevcut uyuşmazlığın AİHM önüne götürülebilmesine AİHS’nin 6. maddesinin imkân vermediği, 6’ncı md. ile koruma altına alınan adil yargılanma hakkından yararlanabilme olanağının, özel hukuk uyuşmazlıkları ile ceza davalarına ilişkin uyuşmazlıklarda söz konusu olduğu ifade edilmiştir. AİHS’ye üye devletlerin, ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında bir ayırım yapma haklarının varlığı esas olmakla beraber, disiplin hukuku ya da idari alandaki uyuşmazlıklar tamamıyla bu güvencenin dışında da bırakılmamıştır. AİHM bu alanda kesin tanımlamalardan kaçınarak mevcut uyuşmazlığa göre bir tavırda takınmaktadır.²⁶ İrfan Bayrak-Türkiye davasında (Başvuru No.: 39429/98), başvuran uzman çavuş olarak TSK’ya görev yapmaktadır. Disiplin mahkemesi tarafından, nöbetle ilgili talimatlara aykırı davranmak suçundan dolayı 30 gün oda hapsi cezası ile cezalandırılmıştır. Başvurucu AİHM önünde açtığı davada, disiplin mahkemelerinin AİHS m. 6/1 uyarınca tarafsız ve bağımsız olmadığını iddia etmektedir. AİHM, davanın kabul edilebilirliği ile ilgili muhakemesinde, askeri personelin silahlı kuvvetlerin çalışma prensibini ihlalle suçlanmaları durumunda, devletin bu kişiye karşı ceza hukuku yerine disiplin hukukunu uygulayabileceğini ancak kişiye uygulanacak olan yaptırımın türünün AİHM tarafından dikkate alınacağını, hukukun üstünlüğünün kabul edildiği bir toplumda, türü, infaz şekli ve süresi itibarıyla önemli bir zarara yol açmayacağı düşünülenlerin dışında özgürlükten mahrum bırakan cezaların “ceza alanı” kapsamında kabul edileceği sonucuna varmıştır. AİHM devamında, “Askeri Disiplin Mahkemesi’nin tarafsızlıktan ve bağımsızlıktan yoksun olması

²⁵ www.yrg.gov.tr/aihm/upload/29986-96.pdf 10.08.2009

²⁶ Durmuş Tezcan, “Adil (dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu”, *Yıldızhan Yayla Armağanı*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 1’inci Baskı, İstanbul, 2003, s. 469, Oğuz Sancakdar, “Memurun Hizmet Dışı İlişkilerinin Disiplin Hukukuna Etkisi”, *Yıldızhan Yayla Armağanı*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 1’inci Baskı, İstanbul, 2003, s. 444.

sebebiyle AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine" kararını vermiştir.²⁷ Buradan da anlaşılacağı üzere davaya konu olan eylemin devlet tarafından yapılan nitelendirmesi AİHM'i bağlamamakta, önüne getirilen dava ile ilgili nitelendirmeleri, AİHS, önceki içtihatları ve kendi bakış açısı doğrultusunda AİHM yapmaktadır. Bu davranış şekli de elbette ki AİHS hükümlerinin her bir üye devletin kendi ihtiyaçları doğrultusundaki yorumunun dışında, AİHS ve onun ortaya koyduğu değerler çerçevesinde işlev gösteren AİHM'nin yorumu ile sözleşmeye verdiği anlamın üye devletler üzerinde etkili olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Talep edilende, AİHS çerçevesinde oluşan insan hakları anlayışının, Sözleşme'ye üye devletler tarafından da kabul edilmesi ve iç hukuka uygulanması yolu ile insan hakları anlayışının geçerlilik alanını genişletmek ve sağlamlaştırmaktır.

3. Anayasal Çerçevdeki Kabuller ve Uygulamalar

Yukarıda sunulan kısa karar özetleri insan hakları ile ilgili konularda Anayasa ve kanunlar arasındaki çatışma ya da insan hakları temel metinleri ile anayasa arasındaki çatışmalarda ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin örnekler olarak sunulabilir. Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği konusu düzenlenirken AİHS m. 5 kaynak olarak kullanılmış ve kişi hürriyetinin kısıtlanacağı haller sayılarak ifade edilmiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın m. 38'de ise ayrı bir sınırlama sebebi de ifade edilmiştir. Anayasal çerçevede AİHS m. 5'te düzenlemelerinin kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda esas kabul edilmesi durumunda m. 38 düzenlemesi ayrık ve bütünlüğe ters bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Madde 5 hükümlerinin sınırlı sayıda kabul edilmemesi ve istisnaların getirilebileceğinin kabulü halindeyse anayasal düzenleme mantığının AİHS ile çelişmesi durumu baş gös-

²⁷ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/irfanbayrak.doc>, 20.08.2009, Bayrak-Türkiye kararında bahsedilen ve 477 sayılı kanunla kurulu disiplin mahkemelerinin, mahkeme bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından AİHS'nin aradığı ölçütleri karşılamadığı teoride de vurgulanmaktadır.(K. Gözler, "Askeri Yargı Organlarının İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Uygunluğu", www.anayasa.gen.tr). Disiplin suçlarına karşı disiplin mahkemeleri tarafından verilecek olan disiplin cezalarının da (oda hapsi) AİHM tarafından AİHS m. 5/1 kapsamında sözleşmeye aykırı olarak kabul edilmesi de kuvvetle muhtemeldir. (İlter Aksoylu, "Hukuk Devleti İlkesi ve AİHS Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi", *AYİM Dergisi*, Sayı: 22, Kitap 1, Ankara 2007, s. 55.)

termektedir. AİHS'nin temel haklar konusunda uluslararası bir anlaşma olduğu ve 1982 Anayasası'nın 90. maddesi gereğince TBMM'de kabulünü müteakip Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği göz önüne alındığında anayasal ve iç hukuk kurallarının birbiri ile uyumlu olması ancak hem iç hukuk normunun hem de anayasanın sözleşme ile çatışması durumu ortaya çıkmaktadır.

Anayasal bir sistemin gerekliliği iki temel kural ile açıklanır. Bunlardan biri devletin yapılanmasını ortaya koymak diğeri de bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktır.²⁸ Anayasa'nın 2. maddesi de anayasaların varlık sebebine uygun olarak cumhuriyetin niteliklerini *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."* şeklinde hüküm altına almıştır. Anayasa Mahkemesi ise bir kararında hukuk devletini *"insan haklarına saygılı ve bu hakların koruyucusu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet olarak tanımlamıştır."*²⁹ İnsan hakları, Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da geçen ve çerçeveyi belirleyen kavramlardan birisidir. İnsan hakları kavramının çıkışı ile ilgili olarak doğal hukuk ya da karşıtı olarak yer bulan pozitif hukuk konusuna girmeden AİHS sistemi içinde tanımlanan hak ve özgürlüklerin Anayasamızda da yer aldığı açıktır.

1982 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler konusunun düzenlenmesinde AİHS ile uyumun sağlanmasına önem verildiğini, bunun özellikle Anayasa'nın 13, 14 ve 15. maddelerinde net olarak ortaya çıktığı vurgulanmaktadır.³⁰ İnsan hakları ya da *"özgürlükler demetinin"* normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan anayasa tarafından tanınıp güvenceye bağlanması hukuk devletinin bir gereği olup bireyi topluma ve devlete karşı özgürleştirmekte devleti bu işlevin aracı konumuna getirmektedir.³¹ Devletin varlık sebebi ise insan haklarının tanınma-

²⁸ H. Tahsin Fendoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm "veya" Destek Ölçü Norm" Sorunu, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 17, Ankara 2000, s. 363.

²⁹ Ergun Özbudun, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2008, s. 124.

³⁰ Özbudun, *a. g. e.*, s. 110, Kaboğlu, *a. g. e.*, s. 121.

³¹ E.Ethem Atay, "İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti"

sı ve korunması olarak tanımlanmaktadır Devletin işlevlerindeki hukuka bağlılık insan hakları için bir güvence oluşturmakla birlikte hukuk devleti ile yasa devletini birbirinden ayırt etmek ve hukuk devletinin yasa ve kuralların ötesinde adaleti sağlamayı amaç edinen bir devlet olduğunu ve bu duruma ulaşmak için toplumsal alanda da belirli seviyeye gelmenin gerekliliği vurgulanmaktadır. Hukukun üstünlüğü hukuk devletinin esasını oluşturmakta, insan hak ve özgürlüklerinin korunması temel amaç olmaktadır.³²

Anayasa, hukuk devleti ve insan hakları kavramlarının birbiri içinde tanımlanması bunların birinin diğerinden ayrılması durumunda anlam kaybına uğrayacağı da açıktır. Bu çerçevede Anayasamızın bütünlüğü esas alınarak m. 19'da kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda sayılan sınırlamaların dışında m. 38'de kanunla istisnai sınırlamaların da getirilebileceği belirtilmiştir. AYM, E: 2000/34, K: 2005/91 sayılı kararında m. 19 ve 38 ile ilgili bir değerlendirme yapmıştır. Karara konu dava TSK'da görevli sivil memurlara disiplin amirleri tarafından oda ve göz hapsi verilebilmesine imkân tanıyan kanun maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla açılan iptal davasıdır. Kararda AYM öncelikle Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin hukuksal durumları aynı olanlar için geçerli olduğunu dolayısıyla TSK'de çalışan sivil memurların bazı hallerde diğer devlet memurlarından farklı olarak TSK'nın iç düzeni gereği As. Ceza Kanunu'nda kimi kurallara tabi olmalarının Anayasa'nı 10. maddesine aykırı olmadığına karar vermiş, devamında ise Anayasa'nın 19 ve 38. maddeleri yönünden incelemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi, TSK'da görevli devlet memurlarına verilebileceği belirtilen göz ve oda hapsi cezalarını niteliği, infaz ve sonuçları dikkate alındığında bunların "*ceza hukuku anlamında özgürlüğü bağlayıcı ceza niteliği taşımayan sadece disiplini koruma ve bozulan disiplini sağlama niteliğinde olan cezalardır*" saptamasını yapmıştır. Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyetini sınırlayan hallerin sayılarak belirtilmesine rağmen disiplin cezalarının bu istisnalar içinde sayılmaması ise m. 38 bakımından Silahlı Kuvvetler'in iç düzenine kanunla istisnaların getirilebileceğini belirtilerek iç düzen kavramına vurgu yapılmıştır. İç düzen kavramı ile askerlik mesleğinde disiplinin sağlanması için uygulanan mevcut yapı Anayasa Mahkemesi ta-

<http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayı/36/web>, 15.08.2009.

³² Anıl Çeçen, *İnsan Hakları, Savaş Yayınları*, Ankara 2000, s. 119-122.

rafından da kabul edilmiştir.³³ Anayasa Mahkemesi'nin iç düzen ya da TSK'daki disiplin kavramına yaklaşımı ile ilgili önceki kararlarında da tutarlılık söz konusudur.³⁴

Konuyla ilgili olması açısından Anayasa Mahkemesi devlet memurlarına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 125. maddesine göre verilen uyarı ve kınama cezalarının yargısal denetim dışında tutulması hükmünün anayasaya aykırılığı itirazını da AY m. 129'un uyarı ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bıraktığı, bu maddeye rağmen uyarı ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun açılmasının imkânının olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin TSK'da memur statüsünde çalışan sivil kişilere uygulanacak disiplin hükümleri ile ilgili olarak, TSK'da çalışan kişiler için farklı düzenlemelerin getirilebileceği yönündeki Anayasa hükmüne vurgu yapmıştır. Aynı bakış açısının, 657 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak istihdam edilen devlet memuru statüsündeki kişilere uygulanan uyarı ve kınama cezalarının Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğü davada verilen kararda da ortaya çıktığı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu çerçevede bir tutarlılığa sahip olduğu görülmektedir.

İnsan hakları belgelerinin iç hukuk düzenlemeleri ya da Anayasa ile çatışma durumunda olması uygulamada hangisinin dikkate alınacağı sorununu da beraberinde getirmektedir. A. D. v. Türkiye davası sonucunda ortaya çıkan durum, Türkiye'nin AİHS m. 5/1'i ihlal etmesi gerekçesiyle tazminata mahkûm edilmiş olmasıdır. Bahse konu davada A. D.'ye disiplin amiri tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi, As. Ceza Kanunu'nun 171. maddesine uygundur ve amirin bu konuda yetkisi vardır. Anayasa açısından bakıldığında da 38. Maddenin de TSK için istisna kabul edilmiş ayrıca 129. maddede bu hüküm farklı bir şekilde tekrar edilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi

³³ *Resmi Gazete*, 8 Kasım 2006, Sayı: 26340.

³⁴ AYM'nin 28.06.1966 gün ve E:1965/42, K:1966/30 sayılı kararında As. Ceza Kanunu'nun 169. maddesinin 1961 Anayasası'nın 30. maddesine aykırılığı ileri sürülmüş AYM disiplinin askerlik için öneminden bahsederek, yapılan itirazı reddetmiştir. AYM'nin 28 06 1966 gün ve E:1963/132 ve K:1966/29 sayılı kararında AYM disiplinin önemine ve disiplini koruyabilmek için askerliğe özgü cezaların ve cezalandırma yollarının gereğine değinilmiştir.

³⁵ AYM'nin 27.11.2007 gün ve E: 2002/169, K: 2007/188 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 19 Şubat 2008, Sayı: 26792.

hürriyeti ve güvenliği ile ilgili istisnalarda, 38. maddedeki durum ayırık bir hal olarak sayılmamış, hepsinden önce Anayasa'nın 2. maddesinde ise insan hakları kavramına vurgu yapılmıştır. Anayasa'nın 90. maddesi son fıkrası³⁶ dikkate alındığında uygulayıcılar için -ki bu kapsama yürütme ve yargı esas olarak girmektedir- çözümün ne olması gerektiği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

4. Anayasa'nın 90. Maddesi Son Fıkrası Kapsamında Soruna Bakış

İnsan hakları ile ilgili uluslararası belgelerin iç hukuktaki durumu ile ilgili doktrinde devam eden tartışmaya, 2004 yılında Anayasa'nın 90. madde son fıkrasına yapılan ekleme ile çözüm bulunmaya çalışılmış ancak son eklemenin net ve kabul edilebilir olduğu ile ilgili şüpheler devam ede gelmiştir.

Özbudun, mevcut sorunla ilgili olarak çözümün, Anayasa Mahkemesi kararları ile değil doğrudan anayasa koyucu tarafından getirilmesi gerektiğini, uluslararası hukukun milli hukuka üstünlüğünü belirten açık bir anayasal düzenleme olmadıkça Anayasa Mahkemesi kararıyla böyle bir düzenleme yapılamayacağını belirtmektedir. İnsan hakları sözleşmeleri açısından ise Anayasa'nın 2. maddesinde vücut bulan "*insan haklarına saygı*" ifadesinin sadece iç hukuktaki insan hakları ile ilgili hükümleri değil Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmelerini de kapsadığı söylenebilir. Bunun gerekçesinin ise günümüzde insan hakları konusunun önemi ve uluslararası hukuk tarafından korunması olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "*insan haklarına saygılı devlet ifadesi*" geniş yorumlanmalı ve 2004 yılında AY m. 90 son fıkraya yapılan ekle, temel haklar ile ilgili uluslararası anlaşmaların milli kanunlardan önce geldiği kabul edilmelidir.³⁷ Anayasa'nın 90. maddesi dikkate alınarak yapılan bir diğer değerlendirmede ise şu tespitler vardır:

³⁶ AY m. 90 son fıkraya, Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

³⁷ Özbudun, *a. g. e.*, s. 398, 399.

Milli yasa ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların aynı konudaki farklı düzenlemeleri nedeniyle ortaya çıkan çatışmada yargı ve idare, uluslararası anlaşma hükümlerini “kendiliklerinden” uygulamalıdır. Eğer milli yasa ile çatışan uluslararası anlaşma anayasa ile uyum halindeyse anayasa hükmü dikkate alınarak anayasa yargısı yolu işletilmelidir. Milli yasa ile uluslararası anlaşmanın çatıştığı alanda anayasada açık düzenleme yoksa mevcut boşluğun uluslararası anlaşma dikkate alınarak doldurulması gerekmektedir. Ancak anayasa ile uluslararası anlaşma arasında çatışma varsa anayasanın üstünlüğü ilkesi nedeniyle anayasa uygulanmalıdır.³⁸

Uluslararası hukuk kurallarının Türk Anayasa sistemi içinde yer bulmasını sağlayan Anayasa'nın 2 ve 15. maddeleri,³⁹ incelenen konuya ışık tutması açısından önem kazanmaktadır. AY 15. maddedeki “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla” ibaresi ile AY 2. maddedeki insan hakları göndermesi, AİHS'nin Anayasa'nın üzerinde yer aldığı ve bunun teorik açıdan “kuşku olmayan” bir husus olduğu ileri sürülen bir diğer görüş olup sunulan çözüm önerileri şu şekilde özetlenebilir:

AİHS ile düzenlenen konuda milli hukuk ve anayasada bir düzenleme yoksa sözleşme hükümleri “doğrudan uygulanabilirlik” özelliğine sahip olmaktadır. AİHS, yasa ile uyumsuzluk halinde ancak anayasa ile uyum içinde olması durumunda yasanın anayasaya aykırılığı gündeme gelmektedir. Bunun çözüm yeri ise Anayasa Mahkemesi'dir. Ana-

³⁸ Yılmaz Aliefendioğlu, “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısındaki Durumu”, Danıştayın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 139. Yıl, 11.05.2007, www.danistay.gov.tr, 10.09.2009

³⁹ **MADDE 2.** – Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

MADDE 15. – Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

(Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.)Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

yasa ile AİHS arasında bir uyuşmazlık söz konusu ise anayasa maddesinin AİHS'ye uyumlu yorumu tercih edilmelidir. Bu tercih de sorunu ortadan kaldırmıyorsa, 1982 Anayasası'na göre anayasa kuralı uygulanmalıdır. Ancak bu kabulün devamında elbette ki AİHM'si önünde Türkiye'nin mahkûmiyeti durumu ortaya çıkacaktır.⁴⁰ 2004 yılında AY m. 90'ın son fıkrasına yapılan ekleme ile uyuşmazlık durumunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların "esas alınması" gerekliliği, konu ile ilgili olarak ortaya konan bir diğer görüştür.⁴¹ AY m. 90 son fıkraya yapılan ek, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalara iç hukukta kanunlar karşısında bir üstünlük taşımakta, milli yargıçları, uluslararası insan haklarına ilişkin hükümleri iç hukukta doğrudan uygulamaya yöneltmektedir. Bununla birlikte hangi anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşma olduğu ve bu uyuşmazlığın kim tarafından nasıl tespit edileceği de belirsizliğini korumaktadır.⁴²

Anayasa'nın 129. maddesinde uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulabileceği kuralına rağmen Ankara Bölge idare Mahkemesi'nin (İtiraz No: 1995/2171) açılan davayı esaslan kabul ederek incelemesi, AİHS hükümleri ile Anayasanın çatışması halinin mahkeme önünde somutlaştığı bir örnek olarak sunulabilir. Bu dava üzerinden konuya bakıldığında, Anayasa'da düzenlenmemiş bir konunun AİHS ile anayasal kapsam içine alınması ile anayasada açıkça sınırlanan bir hakkın AİHS dikkate alınarak tanınması ya da iç hukuk da uygulanması farklı durumlardır. 1982 Anayasası AİHS ile Anayasa'nın çatıştığı alanlarda anayasal hükmün üstün olduğunu kabul eder. Anayasa'nın diğer maddelerindeki AİHS çıkışlı düzenlemelerle Anayasa'daki bir diğer maddenin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Çünkü Anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşi mevcut değildir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında en uygun çö-

⁴⁰ B. Tanör, N. Yüzbaşıoğlu, *a. g. e.*, s. 491-495, Oğuz Sancakdar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi", Danıştayın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 139. Yıl, 11,05,2007, www.danistay.gov.tr, 10.09.2009

⁴¹ Hüseyin Pazarıcı, *Ulusla arası Hukuk*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 27

⁴² Levent Gönenç, "1982 Anayasasında Sessiz Devrim 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", www.yasayanayasa.ankara.edu.tr.12.08.2009

züm Anayasa'nın ilgili maddesinin değiştirilmesidir. Bunun usulü de Anayasa'da açıktır.⁴³

Konu ile ilgili bir diğer görüş, AİHS'nin, üye ülkeleri yasal ve anayasal değişiklikler yapma yükümlülüğü altına koyan bir anlaşma olduğunu ifade etmiştir. Sözleşmeye üye ülkeler kendi yasalarını AİHS ve AİHM kararlarını dikkate alarak devamlı olarak gözden geçirmelidir. Üye ülke hukuk sisteminin AİHS'ye uygun olması zorunluluğu, Sözleşme hükümlerinin anayasal değerde olduğu bazen de anayasanın üstünde olduğu fikrini kabul edilmesini gerektirir.⁴⁴ Yine aynı açıdan bir diğer değerlendirmede, AİHS'nin üye ülkelerde doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu belirtilerek, üye ülkenin yasama, yürütme ve yargı organlarının Sözleşme hükümlerine göre hareket etmesinin gerektiği, AİHS hükümlerinden birisinin ihlalinin AİHM tarafından saptanması halinde davalı devletin ilgili yasayı hatta anayasa hükmünü bile değiştirmesinin gerekliliği vurgulanmaktadır.⁴⁵

AİHS'nin doğrudan uygulanabilirliği, iç hukukta yasalar karşısında bir üstünlüğü belirtmekle birlikte, AİHM'nin AİHS'ne üye ülke tarafından yapılan aykırı uygulamayı tespiti, iç hukuk hükmünün iptali sonucunu doğurmamaktadır. Buradan hareketle AİHS hükümlerinin anayasanın üstünde olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak AİHS ile ulaşılmak istenen amaç göz önüne alındığında, üye devletin AİHS lehine anayasada değişiklik yapma gerekliliği de devam etmektedir.⁴⁶ İnsan hakları konusunun egemenlik anlayışında farklılaşmaya neden olduğu savları dikkate alındığında, anayasal metin egemenlik kavramının göstergesi, egemenin iradesinin yazılı beyanıdır. Anayasaların meşruiyetinin arkasındaki egemenlik ölçütüne ait bu teklik özelliğinin günümüzde zayıfladığı, insan haklarının da meşruiyet sağlamadaki diğer unsur olduğu bu nedenle AİHS hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından bağımsız ölçü norm olarak kullanılması gerekliliği

⁴³ Kerem Altıparmak, Onur Karahanoğulları, "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın "zımnen İptali", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 19-20, 1997-1998, <http://80,251,40,59/politics.ankara.edu.tr/altipar/> 07.08.2009.

⁴⁴ Tekin Akıllıoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", <http://ihm.politics.ankara.edu.tr>, 05.08.2009.

⁴⁵ Gözübüyük / Gölcüklü, *a. g. e.*, s. 22.

⁴⁶ H. Tahsin Fendoğlu, *a.g.m.*, s. 381.

ifade edilmektedir.⁴⁷ Böyle bir durumda da AİHS hükümlerinin anayasanın üzerindeki yerinin sorgulanmasına da gerek olmayacaktır.

İnsan hakları kavramının üstünlüğüne izafe edilen değerler, normlar hiyerarşisi içindeki yeri, ancak o hiyerarşide mevcut normlar ve anayasa tarafından tanındığı ölçüde olacaktır. İç hukuk hükümlerinin geçerliliği ile ilgili olarak iki zemin mevcuttur. Bunlardan birincisi, "iç geçerlilik" diğeri ise "dış geçerlilik"tir". Bir iç hukuk hükmünün uluslararası hukukta ileri sürüldüğünde geçerli olmadığı yönünde verilecek bir karar, iç hukuk hükmünün uluslararası anlamda geçersizliğini ortaya koymaktadır. Aynı hükmün iç hukuktaki geçerliliği devam etmektedir. İç hukuk hükmü geçerliliğini anayasadan almaktadır. Oysa anayasa ile AİHS arasında Kelsen'in öngördüğü bir hiyerarşiden kaynaklanan geçerlilik ilişkisi mevcut değildir. Geçerlilik ilişkisinin bulunmadığı sabitken AİHS'nin anayasanın üzerinde olduğunu ifade etmek doğru bir tespit olmayacaktır.⁴⁸

5. Anayasa Mahkemesi ve Diğer Yüksek Mahkemelerin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen davalarda AİHS'ye getirdiği yorum ile Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerin olması gereken anlamda yorumu konusunda tutarlı bir uygulamasının olmadığı, AİHS hükümlerini ise "destekleyici ölçü norm" olarak kullandığı görülmektedir. Bu çerçevede temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda kullanılan "demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk" ölçütünün de gerçek anlamıyla kabul edilip uygulanmasında da sorunların olduğu açıktır.⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa metni içinde geçen temel hak ve özgürlüklerin yorumu ile ilgili olarak kullanacağı yorum tekniğinde, AİHS hükümleri ile AİHM kararlarını bağımsız ölçü norm olarak alması durumunda normlar hiyerarşisi içinde mevcut olan geçerlilik kavramı da sorgulanacaktır. Kanunların anayasadan aldıkları geçerlilik, Sözleşme hükümlerinin bağımsız ölçü norm

⁴⁷ Zühtü Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 17, Ankara 2000, s. 291,292.

⁴⁸ Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstünlüğü Sorunu", <http://anayasa.gen.tr> 05.08.2009.

⁴⁹ Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2009, s. 353.

olması halinde Anayasanın bu bağlamdaki geçerliliğini de AİHS'den aldığını, devamında ise meşruiyet ve egemenlik kavramlarının sorgulanmasına neden olacaktır. Anayasa maddeleri haline gelen temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerin yorumunda Anayasa Mahkemesi, AİHS ve AİHM içtihatlarını bir üst seviye olarak görmeyip mevcut uyumsuzluğun türüne göre temel hak ve özgürlüklere yaklaştığı ve Anayasa üstünde bağlayıcı bir geçerlilik kaynağını genellikle kabul etmediği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin E:2000/82, K:2002/193 sayı ve 26.11.2002 tarihli kararında, Anayasa'nın 19. maddesinin, kişi hürriyeti ve güvenliğiyle ilgili hükümleri içerdiği, kişiyi sadece keyfi yakalamaya veya tutuklamaya karşı koruyan bir güvenceden ziyade kişiye başkasına zarar vermeden dilediği gibi dolaşabilmesi ve yasayla belirlenen durumlar dışında hareket özgürlüğünden yoksun bırakılmaması anlamına geldiği vurgulanmaktadır. AİHS m. 5'te sayma yolu ile belirtilen istisnai hallerde kişi özgürlüğü ve güvenliğine getirilen sınırlamaların yanında yasayla da ek sınırlamaların getirilmiş olması Anayasa Mahkemesine göre bir tezat teşkil etmemektedir.⁵⁰

İncelememize esas teşkil eden Anayasa'nın 19. maddesinde ki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı temelinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) önünde açılan idari işlemlerin iptali davalarında AYİM'in tespitleri de Anayasa ve kanun arasındaki normlar hiyerarşisi ve iç geçerlilik esası üzerine oturtulmuştur. AYİM'in E: 2007/576, K: 2007/308 sayı ve 04.10.2007 tarihli kararının konusu asker şahsa amiri tarafından verilen 3 gün oda hapsi cezasının AİHM'nin oda hapsinin Sözleşme'ye aykırı olduğu yönündeki kararına da vurgu yapılarak iptali talep edilmiştir. AYİM yaptığı inceleme sonucunda 1982 Anayasasının suç ve cezalara ilişkin m. 38'in 10. fıkrasına⁵¹ ve m. 129'un 3. fıkrasına⁵² dikkat çekmiş ve TSK'nun iç düzeni bakımından hürriyeti bağlayıcı cezaların verilebilmesi için Anayasa'nın yasama organını yetkilendirdiğini ve bu kapsamda yasama organı tarafından 1632 sayı-

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı E:2000/82,K:2002/193, T:26.11.2002, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR>, 19.06.2009.

⁵¹ AY 38/10 "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir".

⁵² AY129/4 "Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır".

lı Askeri Ceza Kanunu'nun 171. maddesi ile disiplin amirlerine yetkinin verildiği, 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun 21. maddesi ile de bu cezaların yargı denetimi dışında tutulmasının düzenlendiğini belirtmiştir. Kararda, AİHS'nin Türk hukukundaki yeri konusunda yapılan teorik incelemeyi müteakip, AİHS'nin Anayasa'ya nazaran önceliğinin olduğu konusunda bir tespitin olmadığı ifade edilmiştir. Anayasa'nın 15, 16, 42 ve 92. maddeleri açısından AİHS'nin iç hukukta anayasanın üstünde olduğu ve ulusal mahkemelerde, iç hukuk hükmü ile çatışma halinde AİHS hükümlerinin uygulanacağı yönündeki görüşlere rağmen milli mahkemelerin, çatışma halinde AİHS hükümlerini "asli hukuk normu" olarak kullanamayacakları vurgulanmıştır. Ayrıca Anayasa'nın 2, 15 ve 90. maddeleri hükümleri karşısında uluslararası antlaşmaların anayasal değerde olduğu kabul edilse ve anayasal kuralların üstünlüğü başlangıçtaki hükümler, Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin esaslar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilkeler, maddi anlamdaki kurallar ve şekli anlamdaki kurallar olarak sıralansa da, bağlayıcılık söz konusu olduğunda Anayasa'daki kurallar arasında bir hiyerarşi yoktur. Bir anayasa kuralının bağlayıcılığının bir diğer anayasa kuralı düşünülerek göz ardı edilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın Başlangıç kısmında belirtilen ve Anayasadan kaynaklanan yetkiyi millet adına kullanan "hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkmayacağı" hükmü ve Anayasa'nın, yasama, yürütme, yargı ve idare organlarını bağlayan temel hukuk kuralları oldukları (AY m. 11) kabulü ile hâkimlerin Anayasa'ya uygun olarak karar vermeleri zorunluluğunu belirten (AY m. 138/1) hükmü karşısında uluslararası kuralların, Anayasa'nın üstünde değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağını belirterek, uluslararası anlaşma ile Anayasa hükmü arasındaki çatışmada Anayasa hükmünün uygulanmasının zorunlu olduğu kararını vermiştir.

AİHM'nin 22 Aralık 2005 gün ve 29986/96 sayılı A. D. v. Türkiye kararı ile Türkiye'nin AİHS m. 5/1'i ihlal ettiğini hükme bağlamasının, iç hukukta doğrudan uygulanarak bundan sonra verilecek disiplin cezaları için yargısal denetim yolunu açması AYİM tarafında müm-

kün görülmemektedir.⁵³ AİHS ile Anayasa hükmü arasında bir çatışma olduğunda Anayasa hükmünün üstün ve bağlayıcı olduğu görüşü AYİM tarafından kabul edilmektedir.

Danıştay kararlarında AİHS'nin iç hukukun parçası olduğu, Anayasaya aykırı sözleşme hükümlerinin yasaların üstünde olduğu için uygulanması gereği (Danıştay 5. Daire, 22.05.1991 tarih ve 1723/933 sayılı karar) ifade edilmiştir. Danıştay 8. Daire, Sözleşme hükümlerinin yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olduğunu belirtmiştir. 10. Daire ise uluslararası belgeleri iç hukukun parçası olarak saymıştır.⁵⁴ Danıştay 12. Daire'nin 22.02.2006 tarih ve K: 2006/540 sayılı kararı, polis memuru hakkında disiplin suçları işlediği gerekçesiyle Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu tarafından verilen meslekten çıkarma cezasının iptali istemiyle açılan ve Bursa İdare Mahkemesi'nce karara bağlanan davanın temyiz incelemesi ile ilgili olup burada AİHS hükümlerinin Anayasa karşısındaki durumuna değinmiştir. Ancak söz konusu davada AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı temelinde bir inceleme yapılmış olsa da 12. Daire, AİHS ile ilgili bir muhakeme yaparak, AY m. 90 son fıkrasının uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yerini doğrudan doğruya düzenlediğini, AY m. 15, 16, 42 ve 92'de uluslararası hukuka ve sözleşmelere atıfta bulunulduğunu, dolayısıyla Anayasanın bu maddelerinde belirtilen durumlara ilişkin düzenlemeler yapan Sözleşme hükümlerinin anayasal değer taşıdıklarını belirtmiştir. 12. Daire kararın devamında, AY m. 90 son fıkrasındaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklar durumunda ise yargı yetkisini kullanan "*adli, idari ve askeri yargı*" yerleri ile yasama ve yürütme organının da yeni düzenlemeye göre hareket etmek zorunda oldukları, AY m. 138'de vücut bulan "*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*" hükmünün içerisine iç hukukun yanında uluslararası hukukun da dâhil olduğu kararına varmıştır.⁵⁵

⁵³ Yayınlanmamış AYİM Kararı, E: 2007/576, K: 2007/308, T: 04.10.2007. Bu kararlar aynı yönde olan yayınlanmamış bir diğer karar ise, AYİM Kararı, E: 2008/106, K: 2008/182, T: 24.01.2008.

⁵⁴ H. Tahsin Fendoğlu, *a.g.m.*, s. 378.

⁵⁵ Danıştay 12. Daire, E: 2005/6353, K: 2006/540 VE 22.02.2006 tarihli karar, www.danistay.gov.tr, 14.10.2009.

6. AİHS ve İç Hukuk Arasındaki Çatışmanın İrdelenmesi

Anayasa'nın 90. maddesi son fıkrasına yapılan ekleme sonucunda insan hakları alanındaki uluslararası anlaşmaların yasaların üstünde olduğu ve bir yasa ile çatıştığında milli mahkemeler tarafından uygulanma önceliğine sahip olduğu söylenebilir. Ancak burada insan hakları alanındaki uluslararası anlaşma hükmünün doğrudan uygulanabilir olup olmadığı tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Anayasamızda hangi anlaşmaların bu kapsamda değerlendirileceği ile ilgili bir tespit yapılmamıştır. Bu durum milli mahkeme hâkimine bırakılmış gözükmektedir. Ayrıca böyle bir hükümle yasama organı tarafından yapılan bir kanunun yargı organı tarafından AY m. 90 son fıkrasının verdiği yetki ile yürürlükten kaldırılması ya da uygulanmaması söz konusudur. AY m. 7'de yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM tarafından kullanılacağı hükmü mevcuttur. AY m. 90 ile AY m. 7 arasında bu anlamda bir çelişki olduğu düşünülebilirse de uluslararası andlaşmanın meclisçe de onaylanması ile bir yasa statüsüne geçerek yasama organının iradesini yansıtmaması söz konusudur. Dolayısıyla bu çelişki göz ardı edilebilir. Yasama organının kanun çıkarma yeteri sayısı ile anayasaya aykırı olan/olabilecek bir andlaşmayı anayasaya aykırılığı ileri sürülemez bir statüye getirebilmesi de en azından teknik olarak mümkün olmaktadır. Anayasanın maddeleri arasında bir hiyerarşinin olmadığı ve birbirlerine eşit olduğu göz önüne alınırsa eşit iki madde arasında tutarlılık olması gerekirken farklılık olduğu ortadadır.

AİHS'nin doğrudan uygulanabilir olup olmaması ise ayrı bir problem sahasıdır. Doğrudan uygulanabilirlik ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin verdiği parti kapatma kararı üzerine AİHM önünde açılan davada AİHM, AİHS m. 11'in ihlal edildiği kararına varmıştır. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi'ne yapılan yargılamanın yenilenmesi talebi ise reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi AİHS m. 11'in "doğrudan uygulanabilir nitelikte" olmadığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu tespitinin AİHS'nin diğer maddeleri içinde geçerli olduğu kuvvetle muhtemeldir.⁵⁶ Yeri gelmişken Avrupa Birliği Hukuku'nun temel terimlerinden olan ve bunu, ATAD'ın verdiği kararlara borçlu olan doğrudan uygulanabilirlik kavramının Topluluk

⁵⁶ Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Kararları Dergisi*, Cilt:17, Ankara 2000, s. 33.

hukukunda ifade ettiği anlamı kısaca açıklamak mukayese açısından yararlı olacaktır.

Doğrudan uygulanabilirlik Topluluk hukuku normlarının üye ülke iç hukukunda yer alması ve uygulama için herhangi bir iç hukuk düzenlemesine gerek olmamasıdır. Doğrudan uygulama ölçütü zaman içinde geliştirilen bir doktrin olarak karşımıza çıkmaktadır. Topluluk hukuku düzenlemelerinin doğrudan uygulama ya da etkiye sahip olabilmesi için de Topluluk anlaşmalarının, tüzüklerinin ve kararlarının doğrudan uygulama ya da etkiye sahip olduğu konusunda kuşku olmaması, herhangi bir şart öngörmeyen Topluluk normunun iç hukukta uygulanması için Topluluk veya üye devletin başka bir düzenleme yapmasına gerek olmaması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir. 5 Şubat 1963 tarihli Van Gend /Loos davasında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından verilen kararda Topluluk Hukuku'nun "*bireyler lehine verilen doğrudan kullanılacak haklar doğrudan*" ifade edilmiştir.⁵⁷ AİHS dikkate alındığında Sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğrudan etki doğurması söz konusu değildir. AİHS, devletleri Sözleşme hükümlerine uygun hareket etme konusunda taahhüt altına sokmakla birlikte bir Sözleşme hükmünün kendiliğinden iç hukukta uygulanması zorunluluğu devlete yüklenmemektedir. Üye devletler Sözleşme hükümlerinin iç hukuka ithalini kendileri yapmaktadırlar. Bu çerçevede AB hukukunda olduğu gibi bir egemenlik devrinden ziyade AİHM kararlarına uymak, üye devlet tarafından taahhüt edilmektedir.

AİHM kararları üye devlet için "*beyan edici*" bir özellik taşımaktadır. Üye ülkenin Sözleşme'ye aykırı bir iç hukuk düzenlemesi AİHS ile ortadan kaldırılamaz. Böyle bir durumda üye devlet, AİHM'nin dava sonucunda verdiği kararlarla saptadığı ihlali ortadan kaldırmak ve sonradan ortaya çıkacak benzer durumlara engel olacak düzenlemeler yapma yükümlülüğündedir.⁵⁸ AB hukukunda Topluluk düzenlemesinin doğrudan iç hukukta uygulanması mümkünken aynı durumun AİHS hükümleri için olamayacağı ya da uygulamada sorun çı-

⁵⁷ Haluk Günüçür, *Avrupa Birliğinin Hukuk Düzeni*, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara 2007, s. 42-45, Karen Davies, *European Union Law*, Third Edition, Great Britain, 2007, s. 65, 66.

⁵⁸ Emin Memiş, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Kararları Dergisi*, Cilt: 17, Ankara 2000, s. 166.

karacağı görüşü ağır basmaktadır. AY m. 90 son fıkraya yapılan ekleme ile iç hukuk düzenindeki mahkemelerin insan hakları konusunda yasa ile Sözleşme hükümleri arasında çatışma olması durumunda Sözleşme normun uygulanmasına hükmedilmiş olsa da mahkemelerin böyle bir uyumsuzluğun hangi hallerde var olduğuna karar verirken kullanacakları ölçütlerin ne olacağı belli değildir. AB hukukunda Topluluğa üye ülke mahkemelerinin Topluluk Hukukunun uygulanması ile ilgili olarak karşılaştıkları sorunları bir ön karar başvurusu yolu ile Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne götürmeleri ve alacakları cevaba göre hareket ederek birçok problemin çözümü mümkün olmaktadır. Oysa AİHS sistemi içinde AİHM ile üye ülke mahkemeleri arasında bir hiyerarşi ya da bağlılık söz konusu değildir. İç hukukta ilk derece mahkeme'nin AY m. 90 son fıkrasını dikkate alarak vereceği karar temyiz yolu ile üst derece mahkemesine gönderilebilir, böylece hukuksal anlamda bir denetim mümkün olmaktadır. Bu durumda da kanunlarla çelişen anlaşma hükümleri için sorun aşılabilir gözükmemekte ancak çatışmanın anayasa hükmü ile Sözleşme arasında olması durumunda sorunun çözülebilirliği, anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşi olmadığı düşünülduğünde oldukça sıkıntılı bir hal almaktadır. AB hukukunda yapılan kısmi anlamda egemenliğin devri, devredilen alan içinde hiyerarşik bir yapıyı dolayısıyla tutarlılığın sağlanmasını kolaylaştırmıştır. Oysa AİHS ile düzenlenen insan hakları, üye ülkelerin anayasalarında yine üye ülkenin iradesi ve kendi düzenlediği şekil ile yer almaktadır. AİHM'nin verdiği kararlar Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında bir anlayış birliğini ortaya çıkarsa da bunu iç hukuka dâhil ederek uygulayacak olan üye devlettir. Her ne kadar günümüzde insan hakları kavramının, egemenlik ilkesini sınırladığı ifade edilse de hukuksal yapının kendi içinde bütünlük teşkil etmesi zorunludur. Anayasada açık bir şekilde egemenliğin devredilmediği bir sahada, AY m. 90 son fıkraya yapılan ekleme ile yargının, yasama organı yerine geçerek bir iç hukuk hükmünü uygulamadan kaldırıp yerine bir anlaşma hükmünü uygulamak zorunda bırakılması, ulaşılmak istenen amacı her zaman tartışmaya açık hale getirecektir.

İYUK'nun 53/1. maddesinde, HUMK'nun 445/11. maddesinde ve CMK'nun 311/f maddesinde 2003 yılında yapılan değişiklikler ile AİHM tarafından verilen ihlal hükümleri yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak tanımlanmıştır. Danıştay 8. Dairesi'nin 19.01.2007 tarih ve E: 2006/4857, K :2007/69 no.'lu kararında "*davacının 1997 yılında*

girdiği ÖYS sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen dairemizin kararına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesinin kesinleşen kararı nedeniyle 2577 sayılı yasa'nın 53/1-ı maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi isteminin kabulü" ve sonuçta idari işlemin iptaline karar verilmiştir.⁵⁹

AİHS'nin iç hukukta doğrudan uygulanması söz konusu olmasa da AİHM'nin ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilerek bu durumun İYUK, CMK, HUMK'ya ithali sözleşme hükümleri ve AİHM içtihatlarının iç hukukta aşağıdan yukarıya olacak şekilde dolaylı da olsa uygulama alanı bulmasına imkân tanıyabilecektir. Bu kabul, AİHS hükümlerinin kanunların üstünde olduğu görüşünün kabul edildiğinin bir teyidi olsa da anayasal seviyede aynı şeyi söylemek söz konusu değildir. Yeniden yargılama sebebi olarak kabul edilen AİHM ihlal kararının, milli mahkeme tarafından yargılamanın yenilenmesi davasının görülmesi aşamasında AİHS hükümleri yönünde karar vereceği şeklinde bir kayıt bulunması da söz konusu değildir. İlk derece mahkemesinin böyle bir dava ile ilgili verdiği ve ilk kararı ile aynı olan kararın temyiz edilerek değişmemesi durumunda iç hukuk yollarını tüketen davacının aynı dava konusu hakkında tekrar AİHM'ye başvurusu da problemlere neden olacaktır. Diğer bir durum ise yargılamayı yenileyen mahkemenin ihlal kararı yönünde davayı sonuçlandırması durumunda göz ardı edilen iç hukuk hükmü yürürlükten kalkmamaktadır.

AİHS'ye üye ülke anayasalarında, Sözleşme'nin statüsüne verilen anlamlar farklıdır. Hollanda ve Avusturya uluslararası anlaşmaları anayasal düzeyde görmektedir. Almanya'da ise Sözleşme hükümleri federal kanun düzeyindedir. İtalya da, Sözleşme'yi kanunla eş değer görmektedir. Fransa, Yunanistan ve Portekiz'de ise Sözleşme hükümleri anayasa ile kanun arasındadır. Belçika da Sözleşme kanun ile aynı seviyededir. İngiltere, İrlanda, İzlanda ve İsveç'te ise AİHS iç hukukun bir parçası olarak görülmektedir.⁶⁰ AİHS'ye üye ülkelerin anayasal düzenlemelerinde de tek tip uygulama söz konusu değildir. Anayasal seviye de AİHS'nin yapacağı etki anayasa da bir açıklık yoksa

⁵⁹ <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 15.09.2009.

⁶⁰ Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstünlüğü Sorunu", a. g. m.; Sancakdar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi", a. g. m.

mevcut anayasal hükmün, Sözleşme hükümleri ve amaçları doğrultusunda Anayasa Mahkemesini yapacağı yorum ile ortaya çıkacaktır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin ve ülkemizdeki bütün kurumların mevcut meşruiyetlerini Anayasa'dan aldıkları düşünüldüğünde; Anayasa da ifade edilmemiş, belirli yerlerde değinilmiş ya da aynı terimin Sözleşme ve Anayasa'da ki anlamlandırmalarının tam olarak örtüşmediği durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin uyuşmazlığın çözümünde kullanacağı asıl anahtarın yine Anayasa'da belirtilen hükümler olması gerektiği görüşü ağır basmaktadır. Teoride ifade edildiği şekli ile "*bağımsız ölçü normların*" yanında elbette ki "*destek ölçü normlarda*" takviye amacıyla kullanılacaktır. Egemen iradenin Anayasa metni şeklinde ortaya koyduğu toplumsal sözleşmenin Anayasa Mahkemesi yorumlarıyla esnetilebileceği sınırlar yine Anayasa'nın metnine bakılarak belirlenmesi egemenlik kavramı ve anayasanın bir bütünlük içermesi bakımından önemlidir. Dolayısıyla iç hukukta yapılacak bir düzenlemenin yukarıdan soyut kavramlarla, aşağıya doğru somutlaşarak kodlanması daha uygun görünmektedir.

SONUÇ

AİHS hükümlerinin anayasadaki hükümlerle çatışması durumunda hangi düzenlemenin dikkate alınacağı egemenlik ilkesi ve anayasanın üstünlüğü prensibi ya da evrensel insan hakları düşüncesinin Anayasa'nın da üzerinde olduğu fikri karşısında iki farklı cevapla karşı karşıya kalmaktadır. İnsan hakları konusunun, uluslararası alanda ulaştığı yer ve etkileme gücü kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıktır. Her uygar ülkenin bu alana katkıda bulunması ve insan hakları ile ilgili gelişmeleri kendi iç hukukuna yansıtması kaçınılmaz bir görev olarak ortaya çıkmaktadır. Uluslararası insan hakları belgeleri devletlerin kayıtsız kalmalarına engel olacak bir güce uzun bir süredir ulaşmış bulunmaktadır. Dolayısıyla demokratik yönetim şeklini uygulayan ülkelerin demokrasilerinin niteliğini de yine insan hakları anlayışının seviyesi belirlemektedir. Bununla birlikte belli bir ülkede yaşayan insan topluluğunun siyasallaşarak ortaya koyduğu egemen iradenin görünümü olan ve o devletin üstün hukukunu oluşturan anayasanın mevcudiyetini inandırıcılığını ve bütünlüğünü devam ettirebilmesi altında yer alan normların sağlıklı olarak uygulanabilmesi için gereklidir. İnsan hakları ile ilgili uluslararası anlaşmaların ve özelde

AIHS ile AIHM kararlarının iç hukukta mevcut hükümlerle çatışmadan bir etki doğurması ve bu alandaki gelişmenin takip edilebilmesi için anayasada düzenlemeler yapılmalıdır. Anayasadaki maddeler, AIHS'ye ve AIHM kararlarına uygun olarak yorumlanacak bir kalıpta ifade edilmeli ya da değiştirilmelidir. Böylelikle AIHS'nin iç hukukla çatışması büyük oranda önlenebilecek Anayasa'da mevcut egemenlik yetkilerinin kullanımı ve meşruiyet konusunda ortaya çıkan tartışmalarda her halde azalacaktır. Bu kapsamda yasama organı sadece kanun bazında değil Anayasadaki maddelerde de gereken düzenleme ve değişiklikleri yapma konusunda istekli olmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", <http://ihm.politics.ankara.edu.tr>.
- Aksoylu, İlter, "Hukuk Devleti İlkesi ve AIHS Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi", *AYİM Dergisi*, Sayı: 22, Kitap 1, Ankara, 2007.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, "Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısındaki Durumu", *Danıştayın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 139. Yıl, www.danistay.gov.tr.
- Altıparmak, Kerem, / Karahanoğulları, Onur, "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın "Zımnen İptali" *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 19-20, 1997-1998, <http://80,251,40,59/politics.ankara.edu.tr/altipar/>
- Arslan, Zühtü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No: 17, Ankara, 2000.
- Atay, E.Ethem, "İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti" <http://www.Egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisiy1/36/web>
- Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları*, Savaş Yayınları, Ankara, 2000.
- Davies, Karen, *European Union Law*, Third Edition, Great Britain, 2007.
- Fendoğlu, H.Tahsin, "İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu", *Anayasa Yargısı*, No:17, Ankara 2000, s. 38.
- Gemalmaz, M.Semih, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 4. Bası, Beta, İstanbul 2003.

- Gönenç, Levent, "1982 Anayasasında Sessiz Devrim 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", www.yasayanayasa.ankara.edu.tr.
- Gözler, Kemal, "Askeri Yargı Organlarının İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu", www.anayasa.gen.tr
- Gözler, Kemal, "İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstünlüğü Sorunu", <http://anayasa.gen.tr>
- Gözübüyük, A. Şeref / Gölcüklü, A. Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Günoğur, Haluk, *Avrupa Birliğinin Hukuk Düzeni*, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara 2007.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2009.
- Kaboğlu, İ. Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- Memiş, Emin, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Kararları Dergisi*, Cilt No:17, Ankara 2000.
- Özbudun, Ergun, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2008.
- Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayın No: 321, Ankara 2004.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Reisoğlu, Safa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta, İstanbul 2001.
- Sancakdar, Oğuz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hâkiminin Vereceği Kararlara Etkisi", *Danıştayın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, Danıştay ve İdari Yargı Günü, www.danistay.gov.tr
- Sancakdar, Oğuz, "Memurun Hizmet Dışı İlişkilerinin Disiplin Hukukuna Etkisi", *Yıldızhan Yayla Armağanı*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No: 4, İstanbul 2003.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, M. Ruhan / Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin, Ankara 2004.
- Tezcan, Durmuş, "Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu", *Yıldızhan Yayla Ar-*

mağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 1'inci Baskı, İstanbul 2003.

Tülen, Hikmet, "Disiplin Amirlerince Verilebilen Oda Hapsi Cezalarına Anayasa Mahkemesi ve AİHM'si Kararları Işığında Bir Bakış", *Prof: Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008

Türmen, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini İç Hukukumuzda Etkileri", *Anayasa Kararları Dergisi*, Cilt No:17, Ankara 2000.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts

www.echr.coe.int/Ne/

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/irfanbayrak.doc>

www.yrg.gov.tr/aihm/upload/29986-96pdf

Resmi Gazete 8 Kasım 2006, Sayı: 26340