

SÖZLEŞMENİN VE DİVAN KARARLARININ UYGULANMA NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Kadir YILDIRIM()*

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER DÜZLEMİNDEKİ ETKİLERİ

1. Tarafların Uyma Zorunluluğu (Hukuki Gücü)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 52. maddesi Divan'ın hükmünün kesin olduğunu belirtir. Aslında bu hüküm son derece doğaldır. Zira, yargı organlarının kararları kesinlik özelliği gösterir ve bu nedenle de tarafları bağlar. Sözleşmenin 19. maddesinde tarafların Sözleşme ile yükümlendikleri konulara uygun hareket etmelerini sağlamak amacı ile bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulduğundan söz edilmektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere Divan bir yargı organı olarak düşünüldüğü kurulmuştur. Divan iç tüzüğü'nün 58. maddesinde belirtilen, Divan tarafından daha önce verilen kararların yeniden gözden geçirilmesi durumu ile 2. nolu protokolün 1. maddesinde belirtilen Divan'ın tavsiye niteliğinde karar verme yetkisi hariç, onun verdiği kararlar yargısal kararlardır. Durum böyle olunca da Divan'ın kararlarının kesin ve bağlayıcı olması onun konumunun ve işlevinin doğal sonucudur. Bu durum Sözleşmenin 52. Maddesinde belirtilmemiş olsa idi dahi durumda bir değişiklik olmayacaktı.

Sözleşmenin 53. maddesi, taraf devletlerin Divan kararlarına uymayı taahhüd ettiğinden söz eder. Burada belirtilen uyma zorunluluğu, Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş devletler içindir. Türkiye 26.12.1989 tarihinde Genel Sekreterliğe gönderdiği bir beyanla, Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. Divan'ın başka bir taraf devlet için verdiği karar, başka bir benzer olayda bu olayın tarafı olan devletde göz önünde tutulma zorunluluğu yoktur.

a) Divan Kararlarının Kesinliği

* Muğla Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi.

Yukarıda Divan kararlarının kesinliğinden söz edilerek bunun Sözleşmenin 52. maddesi ile de hüküm altında alındığı belirtildi. Bir mahkeme kararının kesinliğinin bir anlamı da o olayın daha sonra tekrar yargı konusu yapılamaması demektir. Bu durum Divan kararları için de geçerlidir. Bununla birlikte Divan kararları konusunda özel bir durum vardır. Bu da tarafların verilmiş bu karar ile ilgili konuyu tekrar başka bir yargı organı önüne getirememeleri yanısıra, üst bir kontrole de tabi tutulmayacak olmalarıdır. Taraf devletlerin iç mahkemelerinin herhangi birisinin bu durumu denetim konusu yapması da düşünülemez. Zira, iç hukukta yapılan işlemlerin ve verilen kararların, Sözleşme ile yükümlenilen konularla bağdaşıp bağdaşmadığını denetlemek amacı ile kurulan bir yargı organının, vermiş olduğu kararın yerel mahkeme tarafından denetime tabi olması, işin niteliği ve mantığı ile açıklanmayacağı gibi, sözleşmenin 52. ve 53. maddelerine de aykırı olacaktır. Bu durumun bir istisnası düşünülebilecek konu, Sözleşme ile hüküm altına alınmamakla birlikte, Divan İç Tüzüğü'nün 58/1. maddesinde düzenlenen Divan yargısının, Divan tarafından tekrar gözden geçirilmesi konusudur. Burada yapılan şey, daha önce verilen kararın tekrar gözden geçirilmesi işidir. Bu inceleme sonucu Divan'ın vermiş olduğu kararın değişme ihtimali vardır. Bu gözden geçirilme istemi hakkında karar verilen davanın tarafı olan devlet ile Komisyon tarafından istenilebilir. Bunun da maddi gerçeğin bilinmesinden altı ay içinde yapılması gerekir. Gözden geçirilme isteminde bulunabilmenin diğer bir şartı da bu yeni ortaya çıkan maddi vakıanın, Divan Kararı'nı etkileyebilecek güçte olması gerekmektedir. Yani eğer bu maddi gerçek daha önce bilinse idi, Divan kararı farklı olacak idi ise, ancak o zaman gözden geçirilme isteminde bulunabilecektir. 1991 yılı sonuna kadar, bu konuda herhangi bir başvuru olmamıştır. Bunun nedeni ise, hem komisyon aşamasının hem de Divan yargılaması aşamasının oldukça uzun sürmesinden dolayı dava ile ilgili vakıaların fazlaca araştırılması ve bilinmeyen bir vakıa var idi ise, bunun ortaya çıkması için yeterince zaman olduğundan kaynaklanmaktadır.

Divan yargılarının denetlenmesi durumunun bir istisnası olmamakla birlikte, Divan iç tüzüğü'nün 57. maddesinden söz edilmesi yararlı olacaktır. Dava tarafı devlet ve Komisyon, Divan'ın vermiş olduğu kararın, yorum ve uygulaması sorunundan dolayı, Divan'a başvurarak daha önce verilmiş olan yargının berraklığa çıkarılmasını isteyebileceklerdir. Bu konuda "Ringelsen" davası örnek gösterilebilir. Bu olayda Komisyon, Divan'a başvurarak 50. madde ile ilgili verilen kararın yorumunu istemiştir.

b) Divan Yargısının Sınırları (Objektif ve Subjektif)

Ulusal başvuru yolları tüketildikten sonra, Divan önüne getirilmiş mahkeme ve idare makam kararının, Sözleşmeye uygun olup olmadığının denetimi, Divan tarafından yapılırken iki husus göz önünde tutularak karar verilir.

1. Sözleşmenin ihlâl edilip edilmediği, 2- Sözleşmenin 50. maddesi gereğince uygun bir tazminata gerek olup olmadığı.

Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın kararları kurucu nitelikte kararlar değildir. Kurucu nitelikte kararda, daha önce var olmayan bir hukuki durum oluşturmakta ve yeni oluşturulan bu durumla taraflara nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunda belirli bir yol gösterilmektedir. Halbuki Divan kararları herhangi bir hukuk kuralını, bir mahkeme kararını, veyahutta devletin herhangi bir yürütme işlemi iptal etmemekte aynı zamanda yeni bir oluşum içine de girmemektedir. Yalnızca yapılan işlemin veya verilen yargı kararının Sözleşmeye aykırılığını tespit etmekle görevini yerine getirmiş olmaktadır. " Marckx" kararında, Divan kendi kararlarının etki, özellik ve niteliğini belirtmiştir. "Divan yargısı ile, ihtilaf konusu kanun hükmünü kendiliğinden ne iptal ne de ilga eder: Esas itibariyle açıklayıcı olan karar kendisi için 53. Maddeden çıkan yükümlülüğün gereğini yerine getirmiş olmak için iç hukuk düzeninde kullanacağı yolların seçimini devlete bırakmaktadır." Divan'ın Sözleşmenin 50. maddesi ile ilgili verdiği karar bu kuruculuk değerlendirmesinin dışında bırakılmalıdır. Zira, burada Divan, yeni bir hukuki oluşuma neden olmakta ve bunun uygulanması konusunda da herhangi bir serbesti alanı tanınmamaktadır. Divan bir meblağ hükmetmişse bu kararlar ilgili taraf devlet, bunu aynen yerine getirme yükümlülüğündedir. Kişisel görüşümüz, Divana" a verilen bu yetki İnsan Hakları Hukukunun uluslararası düzeyde korunması ve denetlenmesi açısından, amaca daha fazla hizmet etmekle birlikte aynı zamanda son derece de çağdaştır.

Divan, işlevsel olarak bir temyiz mahkemesi değildir ve Divan'a gidilme amacıyla kararın temyiz edilmesi düşüncesi yatmamaktadır. Temyiz mahkemesi, verilen alt mahkemelerin kararlarını denetleme merciisidir. Buna karşılık Divan, ulusal mahkemeler üzerinde düşünülerek kurulmuş bir yargı organı değil, üye devletlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen temel hak ve özgürlüklere uygun hareket edip etmediklerini denetleyen bir organdır.

Divan'ın vermiş olduğu kararla gerçek kişi bağılı mıdır? Divan yargılaması önünde ancak akit devletler ve komisyon taraf olabilir. Taraf olmayan fakat prosedürün orijinini oluşturan ve daha sonra da prosedürün Divan kısmında geriye itilen kişinin durumu biraz karışıktır. Sözleşmenin 44. maddesine göre, Divan önünde kişisel şikayette bulunan kişinin taraf ehliyeti olmamakla birlikte, uygulamada şikayetçi veya avukatı komisyon temsilcilerinin gözetimi ve sorumluluğu altında olmaktadır. Divan karar verirken şikayetçi tarafından ileri sürülen delilleri göz önünde bulundurmaktadır ve davayı kazanan şikayetçiye avukatlık ücretini hatta Strasbourg'a gidiş ve konaklama masraflarını ödeme hükmü de vermektedir (Sözleşmenin 50. maddesi). Özetle şu söylenebilir ki uygulamada Divan önünde şikayetçiye davada taraf olma olanağı tanınmaktadır. Kişinin doğrudan doğruya kendisi ile ilgili bir konuda davaya taraf olamaması Sözleşmenin bu konudaki zaaf ve yetersizliğini gösterir. Gerçek kişi olan şikayetçinin, Divan kararı ile bağılı olup olmadığı sorusunun önemi, kişinin, bu dava konusu ile ilgili milli mahkemeye gitmesinde özellik gösterir.

Yukarıda söylendiği gibi gerçek davada taraf değildir, ama, dava ile ilgili bir şahıstır. Ancak bu kişi, yapılan bir iç hukuk işleminin Sözleşmeye aykırılığının tespitinden ve 50. madde kaynaklı tazminattan yararlanabiliyorsa, Divan'ın vermiş olduğu aleyhte karardan da etkilenmesi kaçınılmazdır. Yani, Divan önünde davanın tarafı olmayan, buna karşılık kararın nimetlerinden yararlanan gerçek kişinin, Divan'ın vermiş olduğu aleyhe karardan etkilenmemesi düşünülemez. Durum böyle olunca da Divan kararı, gerçek kişiyi sanki hukuken davanın tarafı imiş gibi bağlayacaktır. Zaten Divan'a iç hukuka göre kesinleşmiş kararlardan dolayı gidilebilmektedir. Divan, Sözleşmenin ihlâl edilmediğini karşılaştırırsa ortada çifte kesin hüküm söz konusu olur ve gerçek kişi olan şikayetçi, her ikisinden dolayı bunlarla bağılı olur. Eğer sözleşmeye aykırılık tespit edilmişse, bu yargının iç hukukta yerine getirilmesini, davanın tarafı olmamasına rağmen gerçek kişi talep edebilecektir. Bu konuda, Sözleşmenin 53. maddesi böyle bir yorumun yapılmasına engel değildir. Buradaki sorun insan haklarının bu şekilde korunması sisteminin kendine özgü niteliğinden ortaya çıkmaktadır.

2- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. Maddesine Göre Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Divan'a, yalnızca devletin yargı ve idari mercilerinin almış olduğu kararların sözleşmeye uygun

olup olmadığını tespit hakkını vermiştir. Yani, Divan sadece andlaşmaya taraf devletin herhangi bir mahkemesinin veya herhangi bir idari organının almış olduğu karar veya yapılmış olan işlemin, Sözleşmeden doğan yükümlülüklerle çelişkiye düşüp düşmediğini tespit eder. Sözleşmenin 57. maddesi, Sözleşme taraflarını, kendi iç hukuklarını bu Sözleşmenin bütün hükümlerinin fiilen uygulamasını sağlayacak şekilde uygun hale getirmekle yükümlü tutmuştur. Bunun da ne şekilde temin edildiği konusunda, Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin talebi üzerine bilgi verileceğini düzenlemektedir. Buna rağmen taraf devlete, Divan'ın direktif verilmesinden kaçınılmıştır. Divan, örneğin bir kanun veya tüzük normunun veya bir idari işlemin yahutta herhangi bir tedbirin iptali, değiştirilmesi, veyahutta başka bir işlem tarafından ikame edilmesi için süre veremez. Mahkeme devlete hangi tedbirleri alması gerektiği ile mağdurun nasıl tatmin edilmesi gerektiği konusunda bir talimatta bulunamaz. Devletlerin yükümlülüklerini ne şekilde yerine getirecekleri tamamen kendilerine bırakılmıştır. Devletler, kararların uygulanması biçiminde hareket serbestisine sahiptirler.

Ancak bu durum her olayda söz konusu değildir. Öyle kararlar vardır ki, devletin hareket serbestisi adeta ortadan kaldırılmıştır. Buna örnek olarak şunu gösterebiliriz: Avrupa İnsan Hakları Divanı, tazminatı para olarak öngörmüşse artık devletin bunu para olarak tazmin etmesi gerekmektedir ve devletin bunun dışında hareket etmesi mümkün değildir. Divan'a bu yetki, Sözleşmenin 50. maddesi tarafından verilmiştir. Divan, kararında buna gerek varsa hakkaniyete uygun bir surette mağdur tarafı tatmin eder. Burada, Divan'ın vermiş olduğu karar yukarıda da belirtildiği gibi kurucu nitelikte bir karardır. Artık, devletin bu kararın uygulamasını sağlamak dışında bir takdir yetkisi yoktur. Divan tazminatı para olarak öngörmüşse, artık devletin bunu para olarak tanzim etmesi gerekmektedir. Divan, "Ringeisen" davasındaki 22 Haziran 1972 yargısında, Avusturya Hükümetini 22.000 Alman Markı tazminat vermekle yükümlü tutmuş, 23 Haziran 1973 tarihinde, Komisyon tarafından talep edilen yorum davasında ise Divan daha da ileri giderek, tazminatın hangi para birimi ile yapılacağını saptamış ve ayrıca ödemenin şahsi yapılacağı ve rehinden muaf tutulacağını da belirtmiştir.

Dikkat edilirse Divan'ın Sözleşmeye taraf devletin herhangi bir organının yapmış olduğu bir işlemin veya bir kararın Sözleşmeye uygun olup olmadığını tespit edip, alınacak karar veya yapılacak işlem konusunda milli organlara serbesti tanımasını bizim ülkemizde ki Danıştay'ın, Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin görüntüsüne

benzetebiliriz. Divan'ın yetkisinin bu sınırdaki tutulması son derece makul ve isabetlidir. Bunun isabetliliği hem yargı bağımsızlığı hem mahalde bir olayın çözümünün daha rahat ve isabetliği açısındandır. Aynı zamanda Sözleşmenin 63. maddesinin 3. fıkrasında Sözleşme hükümlerinin söz konusu ülkelerin yerel gerekleri göz önüne alınarak tatbik edileceğinden söz etmektedir.

Sözleşmenin 53. maddesi gereğince, devlet ihlâlden önceki durumu tesis etmekle mükelleftir. Önceki durumu yeniden tesis edecek olan makam hangi makamdır? Bu konuda iç hukukta sorun çıkacaktır. Bugüne kadar görüldüğü şekliyle üye devletlerin hiçbirisinde eski durumu yeniden tesis etmek için hükümeti görevlendiren bir kanun çıkarılmamıştır. Böyle bir yasanın çıkarılması da her zaman sorunları çözmeye yetmeyecektir. Zira, bazen eski durumu yerine getirmek için bir yasa değişikliğine hatta anayasa değişikliğine gidilmesi gerekecektir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi yönünde Sözleşmeye aykırı durumun bir idari işleme mi, yoksa bir yasama işlevi ile mi, yahutta bir yargısal kararla mı olacağını saptanmasında, şu çözüm önerilebilir: Her olayın kendi şartları göz önünde tutulup, ona göre hangi tür işleme gerek olduğu tespit edilip, buna göre yükümlülük yerine getirilmelidir.

a) Sözleşmeye Aykırı Hukuk Normları

Önemle belirtmekte yarar var ki eğer Divan bir iç hukuk kuralının Sözleşmeye aykırı olduğunu belirlemişse, artık taraf olan devlet, söz konusu olan hukuk kuralını Sözleşmeye uygun hale getirmek zorundadır. Gerçi, Sözleşmeye uygun olmayan hukuk kuralının uygulanmasından vazgeçilmesi, Sözleşmeye aykırı yeni durumların ortaya çıkmasını önlemekteyse de, devletin buradaki yükümlülüğü, Sözleşmeye aykırı iç hukuk düzeninin tamamen değiştirilmesini amaçlar. Bu zorunluluk hem Sözleşmenin bütününden, hem de "Sözleşme tarafı olan devletler, taraf oldukları Divan'ın kararlarına uymayı taahhüt ederler" hükmünü taşıyan Sözleşmenin 53. maddesinden kaynaklanmaktadır.

Sözleşme hükümleri ve Divan kararları, iç hukuk normları ile iç hukuk organlarının üzerindedir. Böyle bir anlayış, hem çağdaş insan hakları hukuku, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi amacı için gereklidir. İleride daha detaylı üzerinde durulacağı gibi, Sözleşmenin yorumu iyice yapıldığında da sonuç kendiliğinden çıkartılabilir. Tartışmalı olmakla birlikte, burada Uluslararası Hukukun, iç hukuka üstünlüğü olgusundan kaynaklanan ayrı bir üstünlükte söz

konusu olmaktadır. Avrupa Ekonomik Topluluğu hukukunda da taraf devletlerin, AET sözleşmelerine aykırı iç hukuk hükümlerini ortadan kaldırması yükümlülüğü vardır. Aynı zamanda Avrupa Toplulukları Divanı kararları da direkt üye ülkelerde uygulanma şansına sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın kararları içinde böyle bir anlayışa sahip olmaya gereksinim vardır. Zira, Hollanda hariç, hiçbir üye ülkede Divan kararlarının direkt uygulanması sağlanmamıştır. Sözleşme hükmünü ve yapılması gerekenin ne olduğunu belirttikten sonra Divan kararlarında, Sözleşmeye aykırı hukuk normlarının saptanması devamında devlet uygulamalarının nasıl olduğu ayrıca değerlendirilecektir.

Bazı devletler, bugüne kadar Komisyon kararının verilmesinden hemen sonra, gerekli düzenlemeyi yapmışlar bazen de Divan daha kendileri ile ilgili karar vermeden gerekli düzenlemeye gitmişlerdir. Buna örnek olarak ta "De Becker" davası gösterilebilir. Bu davada, Sözleşmeye aykırı olduğu saptanan yasa, Belçika Parlamentosu tarafından ortadan kaldırılmış ve taraflar dostça çözümde anlaşmışlardır. Bunun üzerine Divan davayı gündeminden çıkarma kararı vermiştir. 1962 yılında "Pataki ve Dunshirn" davalarında, Komisyon kararından hemen Avusturya Hükümeti, Ceza Usul Kanununu değiştirmiş, bununla yetinmeyip şikayetçiye davasını tekrar yargı organı önüne getirme olanağını tanımıştır. "Neumeister ve Stögmüller" davasında Divan, Avusturya'da tutuklama süresinin Sözleşmeye uygun olmadığı düşüncesi ile, andlaşmanın çiğnendiğine karar vermiştir. Bunun üzerine Avusturya Cumhuriyeti, 1971 yılında tutuklama süresini azaltıcı düzenlemeye gitmiştir. "Stramek" davasından sonra, Tyrol bölgesindeki idari yapı tekrar yeni baştan organize edilmiştir. "Can" davası da, tutuklama süresinin uzunluğundan dolayı, Sözleşmenin ihlâl edildiği kararından sonra Ceza Usul Kanunu değiştirilerek Divan yargısına uygun bir düzenlemeye gidilmiştir. 28.10.1987 tarihinde karar verilen "Inze" davasında, evlilik dışı çocuğa evlilik içi çocuğa oranla daha az miras verilmesinin sözleşmeye aykırı olduğu belirtilmiş ve bu karardan sonra, Avusturya'da yeni bir yasal düzenlemeye gidilerek gayrimenkullerin miras yoluyla mirasçılara geçirilmesi ile ilgili meşru, gayrimeşru çocuk ayırımı ölçütü yerine objektif ölçüler getirilmiştir. İsviçre'de bir çok kanun değiştirildi. Bu da Divan'ın sözleşmeyi yorumlamasından sonra, bunun ışığında olmuştur. Bunların bazılarında daha Divan İsviçre hakkında herhangi bir karar vermeden yapılmıştır. "F" davasında evliliğin bitmiş olmasına rağmen geçici olarak evlilik yapmalarının yasaklanması sözleşmeye aykırı olduğu Divan'ca hükme bağlanmış daha sonra da İsviçre Hükümeti, İsviçre

Medeni Kanununda gerekli değişikliğin yapılması teklifinde bulunulmuş ve bu teklifi kabul edilmiştir. Bu değişiklik 1995 yılında yürürlüğe girecektir. 21.10.1986 yılında “Sanchez-Reisse” davasından sonra, tutuklama konusunda mevzuatta değişiklik yapılmıştır.

Hollanda’da “Engel ve diğerlerinin” davasından sonra, hükümet gerekli düzenlemeye gitmiş ve askeri disiplin konusunda bazı değişiklikler yapmıştır. “Wirterwerp” davasında psikiyatrik alıkonulmanın usulü ve fiil ehliyetinin kullanılması yeteneğinin azaltılması kararının, sözleşmeye aykırı olduğu kabul edilmiş ve bu karardan sonra, Hollanda Krallığı’nda psikiyatrik alıkonulmalarla ilgili kanun değiştirilmiş ve psikiyatrik rahatsızlığı olanların kendi mülklerini idare edebilmeleri sağlanmıştır. 26.3.1986 tarihinde karara bağlanan “X ve Y” davasından sonra, Ceza Kanununda Divan kararına uygun bir şekilde değişikliğe gidilmiştir.

“Belgian Linguistics” davasındaki Divan yargısından sonra Belçika Anayasası’nda değişikliğe gidilmiştir. “Marckx” davasında ise, “Inze” davasında olduğu gibi, evlilik içi ve dışı çocuğun miras konularında bir ayırımı tutması sözleşmeye aykırı olarak belirlenmiş, bu karar üzerine Divan yargısına uygun şekilde yasal düzenlemeye gidilmiştir.

Alman Ceza Usul Yasasında yapılan revizyonda, Komisyonca sadece şekil eksikliğinden dolayı reddedilen şikayetlerde sözleşmeye aykırılık tespit edilmiş ve bu revizyonda da bu durumlar göz önünde tutulmuştur. “Öztürk” davasında yargılama süreci içerisinde bedava tercüman yardımından yararlandırılmamanın sözleşmeye aykırı olduğu kararı üzerine, konu Almanya’da tartışılmış ve bu konudaki hukuki düzenleme 1991’de değiştirilmiştir.

İsveç’te “Soporrong ve Lönnroth” davasında, kamulaştırma izinlerinin uzun sürmesi ve inşaat yasakları konusundaki işlemlerin sözleşmeye aykırılığı kararından sonra, kanunda değişiklik yapılarak, kamulaştırma izinleri için öngörülen limitleri indirilmiş ve genel bina yasakları kaldırılmıştır. “Skoogström” davasında, yakalanan kişinin çabucak hakim önüne çıkarılmaması olayının sözleşmeye aykırılığı tespiti üzerine, İsveç Ceza Usul Yasası’nda değişikliğe gidilmiştir.

“Boden” davasından sonra da bu ülkede yeni bir yasal düzenlemeye gidilerek bu davanın konusuna benzer her olayda, idari

organların aldığı kararların yargı denetiminden geçirilmesi sağlanmıştır.

Danimarka'da "Hauschildt" olayında mahkemelerin tarafsızlığı, dava konusu olmuş ve Divan da bu olayda sözleşmenin çiğnendiğine karar vermiştir. Bunun üzerine bu ülkede yasal düzenlemeye gidilerek, İdari Hakimler Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır.

Birleşik Krallık'ta "Young, James ve Webster" davasından sonra, sendikaya üye olmanın zorunluluğunu ortadan kaldıran yasal düzenlemeye gidilmiştir. Divan'ın "Dudgeon" yargısından sonra da yetişkinler arasında eşcinsel ilişki suç olmaktan çıkarılmıştır.

"Cambell ve Cosans" davasında ise, okullarda uygulanan bedeni ceza uygulaması ile Sözleşmenin çiğnendiği kararı üzerine, devlet okullarında, bedeni ceza uygulaması yasak edilmiştir. "Cambell ve Fell" davasında, cezaevlerindeki haberleşmenin kontrol edilmesi konusunda Divan kararından sonra bu yargıya uygun bir şekilde yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. "Abdulaziz Cabales ve Balkandali" kararından sonra konuyla ilgili iç hukuk hükümleri değiştirilmiştir.

Divan kararlarına uyma zorunluluğu konusu ile ilgili olmamakla birlikte, burada sözleşmenin 32. maddesinden söz edilmesinin gerekliliği düşünebilir. Gerekli şartların yerine gerilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Divanı önüne gelmiş bir davada eğer uygun bir çözümde başarılı olunmamışsa, sözleşmenin 31/1. maddesine göre Komisyon bir rapor tanzim eder ve burada olayları saptayıp bunların ilgili devlet tarafından sözleşme hükümleri gereğince yüklenilmiş yükümlülüklerin ihlâlüne delalet edip etmediği hususundaki düşüncesini belirtir ve rapor Bakanlar Komitesi'ne ve ilgili devletlere gönderilir. Sözleşmenin 32. maddesine göre, Komisyon raporunun Bakanlar Komitesi'ne verildiği tarihten itibaren üç aylık müddet zarfında mesele iş bu sözleşmenin 48. maddesi gereğince Divan önüne getirilemez ise Bakanlar Komitesi Sözleşmesinin ihlâl edilmiş olup olmadığı konusunda Komite'ye dahil temsilcilerin 2/3 çoğunluğu ile karar verir. Bu kararın olumlu olması halinde Bakanlar Komitesi bir süre saptar; bu süre içerisinde ilgili taraf devlet, Bakanlar Komitesi kararının gerektirdiği tedbirleri almalıdır. Aynı maddenin 4. fıkrası Sözleşme taraflarının bu karara uymak zorunda olduklarını belirtmektedir. Burada, Divan yargısından olduğu gibi tarafları bağlayacak şekilde karar alabilen bir başka Sözleşme organı olan Bakanlar Komitesi'nin bu tür bir işlevi söz konusudur. Hiç kuşku yok ki, Bakanlar Komitesi'nin buradaki işlevi yargısal bir işlev değildir. O,

Komisyon raporunun ışığında, sözleşmeyi yorumlayıp bir tespitte bulunmaktadır. Eğer burada andlaşmaya aykırı normları tespit etmişse, Divan'ın yargısal işlevinden sonra yapılması gereken durum gibi, sözleşme tarafı devletin andlaşmaya aykırı hukuk normlarını ortadan kaldırma yükümlülüğü vardır.

b) Mahkeme Kararlarının ve İdari İşlemlerin Ortadan Kaldırılması Yükümlülüğü

Sözleşmelere taraf olup, Divan'n yargı yetkisini kabul etmiş devletler, Divan tarafından Sözleşmeye aykırı olarak verilmiş mahkeme kararlarını ve idari işlemleri ortadan kaldırma yükümlülüğüne sahiptir. Divan bir idari işlemin sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermişse, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni iç hukuka dahil etmiş devlet ile etmemiş devlet ayırımı yapmadan her iki tür sözleşme tarafı devlette, ilgili kişi, bu Divan kararına dayanarak, iç hukuk birimlerine başvurup, bu yargı kararının yerine getirilmesini talep edebilecektir. Bu olanağı sözleşmenin 53. maddesi sağlamaktadır.

İdari işlemlerde, işlemin kaldırılması veya değiştirilmesi çok önemli sorun oluşturmaz. Zira üye devletlerin hukuk sistemleri bu hukuki tasarrufları yapmaya uygundur. Ancak, bazı konular da sorun çıkabilir. Bunlardan birisi, üçüncü kişi lehine bir işlem yapılmasıdır. Bu durumda varılacak çözüm olayın özelliğine göre değişiklik gösterir. Üçüncü kişi lehine yapılan işlemin hukuka aykırı olduğunun, lehine işlem yapılan şahıs tarafından bilinmesi kolay değildir. Zira iç hukukta başvuru yolları tüketildikten sonra kesinleşmiş bir hükme dayanarak yapılan işlemde, üçüncü kişi korunur. Çünkü, burada bu şahıs kesinleşmiş bir hukuki durum ışığında bir hukuki tasarrufa maruz kalmaktadır. Onun iyi veya kötü niyetli olduğu da ayrıca aranması gerekir. Bu durumdan dolayı şikayetçinin uğradığı zararı tazmin etmeyi isteme hakkı vardır. Üçüncü kişi lehine yapılan işlem, dava Divan önünde iken yapılmış ise, Divan bu durumu ayrıca göz önünde tutup, ona göre 50. maddede öngürülen tazminat miktarını belirler.

Sözleşmeye aykırılığın Divan'ca tespitinden sonra, mahkeme kararının idari işlemin ortada kaldırılmasının temin yollarından birisi de, şikayetçiye yeniden dava açma olanağı sağlamaktadır. Yalnız burada bir engelin varlığı düşünebilir. O da Komisyon incelemesinden önceki dönemde varolan bir kesin hükmün varlığıdır. Zira, iç hukuk yolları tüketilmeden Sözleşmenin 26. maddesi gereğince Komisyon'a başvurulamamaktadır. Burada bir soru sorulabilir. Acaba, daha önce

verilmiş bir kesin hükme rağmen şikayetçi, Divan yargısından sonra, aynı konuda, iç mahkemelere dava açabilecek midir? Bu soruya verilecek yanıt olumlu olacaktır. Çünkü, Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş sözleşme tarafı devlet aynı zamanda kendisi için vermiş Divan kararlarını Sözleşmenin 53. maddesine göre yerine getirmeyi yükümlenmiştir. Eğer, Divan kararlarının yerine getirilmesinin yolu şikayetçiye yeniden dava açma hakkı ile mümkünse bu durumda böyle bir olanağın ona verilmesi gerekmektedir. Ve bu durumda normalde dava şartlarından sayılan, kesin hüküm olmaması şartı, burada engel olmaktan çıkacaktır. Zira Sözleşmenin 53. maddesi ile getirilen bu düzenleme, kesin hükmün dava şartı sayılmasının bir istisnasını oluşturmaktadır. Bu çözüm, Avrupa İnsan Hakları Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul etmenin doğal sonucudur.

Andlaşmaya taraf olan devletler, iç hukuk sistemlerini sözleşmeye uygun hale getirecekleri konusunda, Sözleşme ile yükümlülük altına girmişlerdir. Durum böyle olunca da Divan kararlarına uyulmayı sağlamanın bir yolu olarak, şikayetçiye, daha önce vermiş kesin hükme rağmen yeniden dava açma hakkı verecek şekilde usul hukuklarında gerekli düzenlemeye gitmenin doğru olacağına inanmaktayız.

Divan yargısından sonra bu yargıya dayanarak sözleşmeye aykırı mahkeme kararlarının ortadan kaldırılması konusunda, kişiye, yeniden dava açma olanağı sağlanabileceği gibi, iade-i muhakeme veya tashih-i karar mekanizmalarının harekete geçirilmesi de temin edilebilir.

Bir mahkeme kararının, Devletler Hukukuna, yani bununla birlikte Sözleşmeye aykırı olması onun sözleşme devletleri için kararın iç hukukta ipso jura iptal edilmesi anlamına gelmez. Mahkeme kararı hukuken olduğu gibi kalır ve söz konusu devletin hukuki sorumluluğu ortaya çıkar. Milli mahkemenin kararının, sözleşmeye aykırı olduğunu, Divan saptadıktan sonra, bu milli mahkemenin kararı kendiliğinden geçersiz olmaz. Bunun için bir iç hukuk işlemine gereksinim vardır. G.Ress Sözleşmeye aykırı olan bu durumun eski hale getirilmesi yükümlülüğüne Sözleşmeden ne de devletler hukukunun bir kuralından kaynaklanıyor. Bu da hukuk mefhumunun bizatihi kendisinden kaynaklanmıştır" demektedir. Bizce bu yükümlülük aynı zamanda Sözleşmenin 53. maddesinden kaynaklanmaktadır. Peki bu yükümlülüğü nasıl harekete geçirebilir. Bu iki yolla olabilir. Ya devlet, Divan yargısından sonra kendiliğinden

resen harekete geçerek ajanları aracılığı ile ilgili idari makama veya yargı organına başvurarak Sözleşmeye aykırı durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak, ya da kişi, bizzat bu başvuruyu yapabilecektir. Bütün bunları yapabilmek için ceza usul yasası ve medeni usul yasası kıyaslanarak uygulanıp, bu konu tekrar yargı organı önüne getirilebilir. Veya idari işlem Divan yargısına uygun olacak şekilde düzeltilir. Sözleşmeye aykırı olduğu Divan'ca tespit edilen bir yargı kararının, ortadan kaldırılmasını sağlamayı kolaylaştırmak için, usul yasalarında gerekli düzenlemenin yapılmasının en iyi çözüm olduğu yukarıda belirtilmiştir. Gerçi, böyle bir düzenleme olmadan da yerel organlar harekete geçirilebilir, ancak, tatbikatın kolaylığı açısından bu değişikliklerin daha iyi olacağı düşünülebilir. İdari bir işlemin veya yargısal bir kararın, Divan yargısı doğrultusunda değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasının nasıl ne şekilde yapılacağı konusunda, usul hukuklarında bir düzenlemeye gidilmesi hem uygulamacıların işlerini kolaylaştıracak hem de tatbikatı birleştirecektir. Divan kararından sonra milli yargılamanın tekrar harekete geçirilmesinde iç hukukun, uygun olup olmadığı konusunda ortaya çıkacak değişik inisiyatifler de oluşmayacaktır.

Divan tarafından, Sözleşmeye aykırı bulunan, bir mahkeme kararının, söz konusu sözleşme tarafı devlette tekrar ele alınması konusunda değişik görüşler vardır. P. Schlosser "Devletler Hukukuna aykırı bir mahkeme kararını eski hale getirme olanağının Devletler Umumi Hukuku tarafından sağlandığını ve bu genel kural, milletlerarası hukukun genel ilkelerinin, Alman Federal Anayasasının 25. maddesi ile, Alman Federal hukukunun bir parçası olmuş, böyle olunca da bu durumda medeni usul kanunu ve diğer usul kanunu hükümleri kıyas olarak uygulanıp dava tekrar yargı önüne getirilebilir" demektedir. Yazarın görüşüne karşı G. Ress Divan'ca kaldırılması için bir yasal düzenlemeye gidilmesi gerektiğini söylemektedir.

İsviçre'de kesin hüküm niteliği kazanmış davalar, Divan tarafından aksi kararlaştırılmış ise tekrar bu konunun mahkemelerde görülmesi için, Federal Yüksek Mahkemesi'nin gönderme işlevi vardır. 30 Nisan 1981 tarihli Lüksemburg kanununa göre bir Bakanlar Kurulu Komitesi kararı yahut bir Divan hükmü, ulusal mahkemece verilen mahkumiyet kararının bu sözleşme hükmüne aykırı bir yargılama sonunda verildiğini ortaya koymuş ise bu konu bir yargılamanın yenilenmesi nedenidir.

c) İhlâlin Giderilmesi Olgusu

aa) Kural

İlk önce kuralımızı belirtmemiz gerekirse, kanaatimize göre kural, ihlâlin giderilmesinin geçmişe dönük yapılmasıdır. Çünkü ihlâl sözleşme ile buna aykırı olan işlemin veya kuralın birbirleri ile çelişkiye düştükleri andan itibaren vardır. Böyle olduğuna göre hukuka aykırı durumun mümkün oldukça geçmişe yönelik ortadan kaldırılması gerekmektedir. İhlâlin geçmişe dönük kaldırılması yükümlülüğünün bazı sınırları vardır. Şimdi bunlara tek tek göz atalım.

1. Hukuk güvenliği
2. Eski durumun tekrar iadesi mümkün değilse,
3. Komisyon yerleşmiş uygulaması ışığında yapılan işlemlerde.

bb) Sınırları

aaa- Hukuk Güvenliği

Bir olayda hukuk güvenliği ilkesi var ise, geçmişe ilişkin eski durumun iadesi ilkesinin uygulanmasından vazgeçilebilir. Eğer geçmişe dönük şekilde eski durumun iadesi bir devletin hukuk güvenliğini sarsıyor ise, bu uygulanmaya bilinir ve hukukun güvenliği ilkesi tercih edilir. Hukuk güvenliği ilkesi ile iç hukuk normlarının sözleşmeye uygun hale getirilmesi yükümlülüğü iyice analiz edilip ondan harekete geçmek gerekir. Burada bir ortalama yolun bulunması gerekmektedir. Sadece hukuk güvenliği sağlanacak diye sözleşmenin geçmişe yönelik şekilde yerine getirilmesinden vazgeçilmesi doğru değildir. İç hukuk normlarını sözleşmeye uygun hale getirirken ve Divan kararlarını iç hukukta geriye dönük uygularken sürekli hukuk güvenliği ilkesinin göz önünde tutulmasında yarar vardır. Divan kararının geçmişe yönelik uygulanması ile hukuk güvenliği ilkesi aynı derecede yarışır ise, sözleşmenin geriye yönelik uygulanması ağır basmalıdır. Zira, sözleşmeye taraf olmakla (Sözleşme ister bir işlemle iç hukukun bir parçası haline getirilsin veya getirilmesin) taraf devletleri bağlayan hukukun bir parçası olmuştur. Sözleşmeye uygun hareket etme zorunluluğu da bunun sonucudur. Sözleşmeye taraf olduktan sonra, Sözleşmenin bizatihi kendisi de hukuk güvenliği içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Divan kararlarının iç hukukta geçmişe dönük uygulamasındaki istisnayı oluşturan hukuku güvenliği ilkesi, yalnız Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümemezlik esprisine göre değil, idari ve adli üst yargı mercii kararlarının geriye dönük uygulamasındaki anlayışa göre de değerlendirilmelidir.

Divan, “Marchx” davasında, hukuk güvenliği ilkesinden bahsetmiştir ve Belçika Hükümeti’ni kararın verilmesinden önceki bir takım işlemleri gündeme getirmekten kurtarmıştır.

bbb- Eski Durumun Tekrar İadesi Mümkün Değilse:

Bu durumda artık maddi olarak eski hale getirmek olanaksızdır. Durum böyle olunca da Divan kararlarının geriye dönük uygulanması söz konusu olamamaktadır. Sözleşmenin 50. maddesine göre eski durumun tamamen veya kısmen iadesi mümkün değil ise giderilmeyen diğer kısım için belirli bir oranda tazminata hükmedileceğinden bahsetmektedir. Burada bir soru akla gelebilir. Divan kararında, iç hukuk tasarrufun kısmen ortadan kaldırılmamasından ötürü bir tazminata hükmedilmiş ise daha sonra sözleşmeye aykırı hukuki tasarrufun tamamen ortadan kaldırılmasına iç hukukun uygun olmadığı anlaşılırsa, söz konusu bu kısım için tekrar tazminat istemi söz konusu olabilecek midir?

Buradaki kişisel görüşümüz istenebilir yolundadır. Zira, eğer Sözleşmeye aykırılığın tamamen ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı Divan tarafından bilinse idi ona göre bir tazminat miktarı öngörülebilecekti. Bu yapılmadığına göre ilgili kişinin tekrar geri kalan kısım için belirli bir tazminat hakkı doğacaktır. Bunun da şu yolla telafi edilebileceğini düşünmekteyiz. Divan İç Tüzüğü’nün 58. maddesine dayanarak ortaya çıkan bu yeni vakadan dolayı, kararın tekrar gözden geçirilmesinin Divan’dan istenebileceğidir.

ccc- Komisyon’un Yerleşmiş Uygulaması Işığında Yapılan İşlemlerde:

Acaba Komisyon’un yerleşmiş yorumuna dayanarak üye devletler bir işlem yapmışlar ve daha sonra bu konuda Divan farklı bir karar vermiş ise, eski durumu tekrar iade yükümlülüğünden taraf devlet muaf tutulabilir mi? Burada Sözleşmenin belirli bir hükmü veya Sözleşmenin tamamı konusunda Komisyon’un yerleşmiş bir yorumu söz konusudur ve buna Sözleşmeye taraf devletler güvendiği içinde işlemlerini ona göre yapmışlardır. Bu konuda değişik şeyler

söylenbilir. Bütün bunlara rağmen, Divan'ın vermiş olduğu kararın geriye dönük uygulanması taraftarıdır. Komisyon'un ve Divan'ın hiyerarşik ilişkisi yoktur ancak Divan'ın kararlarının kesinliği konusundaki Komisyon'a üstün durumu ve bunun esprisini de hatırlatmak isteriz. Ayrıca Komisyon'un yerleşmiş yorumu sınırlarına giren konularda Divan kararlarının geçmişe yönelik uygulanmasını bertaraf etmenin sözleşmeye uygun olmadığını da düşünmekteyiz. Sözleşmenin 45. maddesi Divan'ın Sözleşmenin yorum ve uygulaması yetkisine sahip olduğunu, 53. maddesi de Divan kararlarına uyulması zorunluluğundan bahseder. Bu iki maddenin ışığında artık Divan yargılarının başka bir sözleşme organının yerleşik yorumlarının etkisi ile geçmişe yönelik uygulamasından vazgeçilmesi doğru olmayacaktır.

3- Eski hale getirme ve uygun tazminat (50. madde)

Sözleşmenin 50. maddesi, Sözleşme tarafı olan devletin adli makamlarının aldığı yargı kararlarının veya idari makamlarca yapılmış bir işlemin veya alınmış olan bir tedbirin, sözleşmeden doğan yükümlülüğe kısmen veya tamamen aykırı olduğu Divan tarafından saptanmış ise ve devletin iç mevzuatı bu kararın veya tedbirlerin sonuçlarının kısmen veya tamamen giderilmesine uygun görülmemiş ise ve de buna gerek var ise hakkaniyete uygun bir surette mağdur taraf tatmin edilir, demektir.

Görülebileceği gibi 50. madde devleti sözleşmeye aykırı olan durumu gidermekle yükümlü tutmuştur. Bu işin çerçevesi içinde eski durumun iade edilmesi gerekmektedir. Aynı zamanda aynen iade mümkün değil ise veya tamamen mümkün değil ise makul bir tazminata hükmedileceğinden bahsetmiştir.

Burada normal olan yol, eski hale iadedir ve bu da devletler hukuku kurallarına göre değil, iç hukuk kurallarına göre talep edilecektir. Fakat bunlar Devletler Hukuku'nun devletlerin milletlerarası sorumluluğu konusu çerçevesinde yapılacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir işlemle iç hukuka alındığı devletlerde şikayetçi kendi lehine verilmiş hükmü, iç hukuk kurallarına ek olarak Milletlerarası Hukuk kurallarına da dayanarak ileri sürülebilecektir.

Fail devlet, mahkemenin hükmettiği orandan daha fazlasını verebilir. Dikkat edilirse, 50. madde iç hukuktaki tazminat durumlarını düzenlemiyor. Avrupa İnsan Hakları Divanı, 50. Maddeye göre herhangi bir zararın ortaya çıkmadığına karar verirse bu iç hukuktaki

yargıcı bağlamaz. Milli mahkemeye bakan yargıç, bir tazminata hükmetmek isteğinde, 50. maddeye göre değil, iç hukuk hükümlerine göre tazminatın sınırlarını, miktarını ve niteliğini belirler.

Divan'ın bazı uygulamalarında, iç hukuk kurallarının eski hale getirmeye uygun olup olmadığına bakılmaksızın karar verilmiştir. Buna örnek olarak "De Wilde" davası gösterilebilir. Divan bu davada aynen eski hale getirmeye karar verirken de iç hukuk kurallarının buna uygun olup olmadığını dikkate almamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Divan'ı karar verirken, aynı konuda ulusal mahkemede açılmış davanın sonuçlanmasını beklemez. Divan'da dava devam ederken, iç yargı organları önünde tazminat davası açılabilir. Aynı zamanda Divan'da dava olması, yerel yargı organı önündeki davayı da etkilemez. Usul hukukunun bir konusu olan derdest-i rüetlik burada söz konusu olamaz. Bütün bunlar olurken iki ayrı karar çıkabilir. Böyle bir durumda ne yapılacaktır? İki ayrı mahkemenin verdiği kararlar nasıl değerlendirilecektir? Hangisi öncelikle olacak ve tazminat miktarları arasındaki fark var ise hangi mahkeme kararına öncelik tanınacak.

Bir kere tazminat miktarı konusunda değişik karar verilmiş ise en yüksek olanı uygulanır. Bunun nedeni mağdur kişinin daha fazla korunmaya çalışılmış olmasıdır.

İki mahkemenin verdiği kararlar değişik ise, nasıl değerlendirileceği ve hangisi öncelikle olacağı sorusunun yanıtına gelince görüşümüze göre şöyle bir ayırım yapılması doğru olur.

1. İç hukuk yargı organı zarar vardır demiş ve tazminata hükmetmiş ve/veya eski durumun iadesine karar vermiş, buna karşılık Divan ihlâl yoktur ve/veya tazminata hükmetmiş ise, bu durumda iç hukuk yargı organının kararı uygulanacaktır. Zira bu kişinin lehinedir. Ayrıca Divan'ın değişik karar vermesi, iç hukuk yargı organını bağlamaz. Çünkü konu iç hukukla ilgili bir konudur ve ulusal hukuk kurallarına göre değerlendirilecektir. Yerel mahkemeler kararlarını verirken 50. maddeye gönderme yapamazlar yani, 50. maddeyi kararlarında esas teşkil ettiremezler. Çünkü 50. madde Divan'ın uygulayacağı bir hükümdür. Divan yukarıda da söylediğimiz gibi temyiz mahkemesi işlevine sahip değildir. Böyle bir olasılıkta Divan kararlarının fonksiyonu yoktur görüşünderiz.

2- İkinci bir olasılık ise Divan ihlâl vardır demiş ve eski hale iadeye ve/veya tazminata hükmetmiş, buna karşılık iç hukuk yargı organı ihlâl yoktur demiş ve dolayısıyla tazminata hükmetmemiş ise bu durumda hiç kuşku yok ki, Divan kararı uygulanacaktır. Çünkü burada Sözleşmenin üstünlüğü devreye girerek 53. maddesi gereğince üye devletlerin Divan'ın kararlarına uygun hareket etme mükellefiyeti ortaya çıkmaktadır ve devletin eski hale iadesi zorunluluğu ve/veya tazminat ödemesi söz konusu olacaktır.

2. İÇ HUKUK AÇISINDAN, SÖZLEŞMENİN VE DİVAN KARARLARININ ETKİLERİ

Bu konu, milletlerarası hukuk normları ile iç hukuk normları arasındaki hiyerarşik durumla ilgili üst başlığı ilgilendirmektedir. Bu da öğreti alanında çok tartışmalı bir konudur. Doktrinde duruma bir göz atıldığında iki ayrı teori olduğu görülür. Yazarların bir kısmı bu iki hukuk düzeninin birbirinden ayrı ve bağımsız oldukları, birinin diğeri üzerinde üstünlüğünün söz konusu edilemeyeceği görüşünü savunurlar ve bunlara ikici (dualist) denilir; diğerkleri hukukun birliği, bütünlüğü ilkesinden hareket ederek bu iki hukuk düzeni arasında hiyerarşik bir bağın bulunduğu sonucuna varırlar ve bu nedenle de bunlara birci (monist) adı verilir.

İç hukuk normları ile, milletlerarası hukuk normları arasındaki hiyerarşik konuda pozitif hukukta rastlanan çözüm şekilleri de değişiklik gösterir. Bazı ülkelerin anayasaları birci (monist) teoriye uygun şekilde kaleme alınmış, bazılarında ise ikici (dualist) görüşün etkisi görülür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine üye devletlerin bu konudaki hukuk sistemleri daha sonraki bölümde detaylı olarak ele alınacağından burada konu üzerinde durulmayacaktır.

Sözleşmenin, sözleşmeci devletler tarafından, kendi milli hukuk düzenlerine alınması (incorporation) sorunu birci (monist) sistemin benimsediği, sözleşme tarafı devletin, ülke hukuku uyarınca onayladığı zaman, otomatik olarak iç hukukun bir parçası haline gelmektedir. Yani sözleşmeye taraf olmakla, yasama organının ekstra bir işlemine gerek kalmadan, bir ulusal hukuk hükmü durumuna sokulmaktadır. Buna karşılık ikici (dualist) sistemde ise Sözleşmenin iç hukuk düzeninde hukuki değer kazanabilmesi için yukarıda belirtildiği gibi yasama organının bir işlemine gereksinim vardır; eğer bu yapılmaz ise Sözleşme iç hukuk mevzuatında herhangi bir yer işgal etmez.

İç hukuk açısından, Sözleşmenin uygulanması ve Divan kararlarının etkisi, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusu ile ilgili olmakla birlikte aynı zamanda bizzat Sözleşmede bu konunun düzenlenmesi hükümleriyle de ilgilidir. Acaba bu konu sözleşmede nasıl ele alınmıştır.

2. Sözleşmenin 13. Maddesi

Başlangıçta şu sorunun sorulması gereği düşünülebilir. Sözleşmenin 13. maddesi, Sözleşmeye doğrudan doğruya başvurabilmeyi ve Avrupa İnsan Hakları Divan kararlarının iç hukukta kendiliğinden uygulanmasını sağlıyor mu?

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesi, sözleşmede tanınmış hak ve özgürlükleri ihlâl edilen kimsenin, bu Sözleşmeye dayanarak iç hukuk organlarına fiilen başvuru hakkının olduğunu belirtmektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Sözleşme kendisinin iç hukukta doğrudan doğruya uygulanmasını öngörmüştür. Bundan hareketle, Sözleşme milli hukuka dahil edilsin veya edilmesin kendisine başvurularak uygulanması istenebilecek, yargı organları ve idari birimler kararlarını ve işlemlerini ona dayandırabileceklerdir. Buna karşılık Sözleşmenin ülkede direkt uygulanabileceği konusunun, ne Sözleşmenin bütününden ne 13. maddesinden ne de 57. maddesinden çıkarılamayacağını ileri sürenler vardır. Bunlardan birisi olan G.Ress “Sözleşme, devletleri bağlar, fakat otomatikman ulusal hukukta geçerli değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukukta geçerli olup olmadığı sorusuna, devletlerin iç hukukları yardımı ile yanıt verilir. Milli hukukta geçerliliği ya uygulama emri ile yada transformasyon kanunu ile olacaktır. Aynı zamanda, Divan kararları da Sözleşmede olduğu gibi devletleri bağlar, fakat ülkede direkt uygulanma niteliğine sahip değildir” demektedir. Böyle bir görüş ikici (dualist) bir anlayışı sergiler ve bu görüşe karşı ileri sürülen bütün eleştiriler burada da tekrarlanır. Bunun yanısıra, yazarın Sözleşmesinin direkt üye ülkelerde uygulanabileceği konusunun, Sözleşmenin 13. maddesinden çıkarılamayacağı fikrine katılmak mümkün gözükmemektedir. Çünkü 13. madde, Sözleşmede tanınmış hak ve özgürlükleri ihlâl edilen kişinin, bu Sözleşmeye dayanarak iç hukuk organlarına fiilen başvuru hakkından söz etmektedir. Eğer Sözleşme varoluş şekliyle üye ülkede doğrudan doğruya uygulanamıyorsa, kişi nasıl iç hukuk birimlerine müracaat edebilir. Sözleşmede bu durum açıkça belirtildiğine göre, artık Sözleşmenin iç hukukun herhangi bir tasarrufuna ihtiyacı olmadan direkt uygulanma olanağı vardır.

Bazılarının, Sözleşmeyi iç hukukta geçerli hale getirme yolu olarak gösterdikleri uygulama emri ve transformasyon işlemi yapılmasına gerek olmadan da sadece Sözleşmenin 13. maddesi yorumundan Sözleşmenin doğrudan doğruya uygulanabilmesi (self executing) sonucu çıkartılabilir.

Bir sözleşme devletlere zaman zaman belli bir biçimde hareketten kaçınmaları, zaman zaman da belli bir tarzda hareket etmelerini emrediyor ise bu devletlerin yetki alanı içerisinde bulunan kişilerce doğrudan doğruya belli bir hakkın kaynağı olarak ileri sürülebiliyorsa yahut bu kişileri yükümlülük altına sokabiliyorsa bu sözleşme doğrudan etkiye sahip demektir; tabi bütün sonuçlar ulusal kanun koyucunun müdahalesi olmadan ortaya çıkmış olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaratıcıları, Sözleşmenin doğrudan iç hukukta uygulanmasını ciddi bir şekilde arzulamaktaydılar. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları da bunu göstermektedir. Zaten, Sözleşmenin doğrudan doğruya uygulanabilme niteliği tanınmasa idi, kurulmuş bulunan koruma mekanizmalarının bir anlamı da olmayacaktı. Bu nitelik aynı zamanda Sözleşmenin özel karakterinin bir sonucudur.

Sözleşmenin yanı sıra Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesini hatırlatmakta yarar vardır. Bu hükme göre "yürürlükteki her andlaşma olan taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir" demektir.

Bu konudaki Divan'ın tutumuna bakıldığında Sözleşmenin doğrudan etkiye sahip bulunduğunu kabul edildiği görülür. Divan'ın "Van Oosterwijnck" kararının konumuzla ilgili paragrafını değiştirmeden olduğu gibi buraya aktaralım. "Komisyona yapılan başvuruya gelince bunun yegane hukuki dayanağı Sözleşmede yer almaktadır. D. Van Oosterwijnck bu hususu ne ilk derece mahkemesi ne de istinaf derecesinde ileri sürmüştür; kendisi kararı da temyiz etmemiştir. Halbuki Sözleşme Belçika hukuk sisteminin bir parçasıdır ve kendisinden önceki veya sonraki mevzuatın üzerindedir. (27 Mayıs 1971 Yargıtay kararı, Fromagerie Franco-Susise le Ski" davası, Pasicrisie belge, 1971, 1.s.46, Paragraf 95) 8. madde doğrudan doğruya uygulanabilir niteliktedir ki bu husus gerek Belçika (21 Eylül 1959 ve 26 Eylül 1978 Yargıtay kararı, Annuaire de la Convention, cilt 3, s.625629, ve pasicrisie belge, 1979, 1.s. 126-128) gerekse diğer devletlerin içtihadı ile kabul edilmiş bulunmaktadır (bkz, Hollanda için, Hoge Raad, 18 Ocak 1980 tarihli karar, Nederlands

Jurisprudentie, 1980, no.462; Belçika için Cour Superieure de Justice, Journal des Tribunaux, 1980,s. 491). Bu duruma göre ilgili kendi ülkesinde bu hükümden yararlanabilir ve sözü edilen hükmün kendisi konusunda, ihlâl edilmiş olduğunu savunabilirdi”.

Görüldüğü üzere özetle, burada Divan Sözleşme hükümlerini iç hukukta direkt uygulanacağını ve kişilerin kendileri ile ilgili konularda Sözleşmeye doğrudan doğruya başvurabileceklerini belirtmektedir. Yalnız Divan bu fikrini dikkatli belirtmekte, bunu yaparken de ulusal üst yargı organlarının uygulamalarını kararına gerekçe gösterme ihtiyacı duymaktadır. Divan'ın kendini hala tam manasıyla, Devletler Hukuku'nu ilkel algılayan anlayıştan arındığını maalesef söyleyemiyoruz.

Sözleşmenin 13. maddesi Divan kararlarını Sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuk birimlerinde doğrudan doğruya uygulanması ile ilgili değildir. Çünkü 13. madde yukarıda belirtildiği üzere burada kişilerin Sözleşmede kendileri için öngörülen hak ve özgürlüklerin çiğnendiği iddiası ile milli makamlara başvurulacağından söz etmektedir. Yoksa Divan kararlarına dayanarak hakkını talep etmekten bahsetmemektedir.

Sözleşmenin, üye ülkelerde direkt uygulanmasını anlatmaya çalıştıktan sonra, şu soruda sorulabilir. Sözleşmenin bir maddesi ile yüklenilen taahhüt sonucu imzacı devletler, bu Sözleşme normlarını kendi iç hukuk düzenlerine dahil etmek zorunda mıdır?

Birci (monist) bir anlayıştan kaynaklanan düşünce ile uluslar arası Sözleşmeler bir kanun koyucu tasarrufu ile iç hukuka alınmasa (incorporation) dahi, devlet, sözleşmeye taraf olmakla buna direkt başvurulmasını sağlamış olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için de bu durum aynen geçerlidir. Taraf devletler Sözleşmeye katılmakla bunun yararlarından kişileri istifade ettirmek durumundadırlar. Ne Sözleşmenin, “sözleşme tarafı devletler kendi yargı haklarına tabi her ferde işbu sözleşmenin birinci faslında tarif edilen hak ve özgürlükler ihlâl edilen her şahıs, ihlâl fiili resmi görevlerini getiren kimseler tarafından bu görevlerin ifası sırasında yapılmış olsa da milli bir makama fiilen başvurma hakkına sahiptir” konusunu belirten Sözleşmenin 13. maddesi, taraf devletlerin bu sözleşme normlarını kendi iç hukuk düzenlerine dahil etmek zorunda olduklarından söz etmediği gibi sözleşmenin iç hukuklarda fiilen uygulanmasının nasıl olacağından da bahsetmemektedir. Ayrıca

yukarıda da sözü edildiği gibi, kişilerin Sözleşmeye başvurabilmeleri için Sözleşmenin iç hukuka alınması ihtiyacı yoktur.

Divan, bu konuda gayet açık bir şekilde düşüncesini değişik seferlerde dile getirmiştir. Divan “ ne 13. madde, ne de genel olarak Sözleşme, bu belge hükümlerinin kendi iç hukuklarında fiilen uygulanmasını nasıl sağlayacakları konusundaki Sözleşmeci devletlerle belirli bir yöntem empoze etmemiştir” diyerek daha sonra, Sözleşmenin devletlerin iç hukukları düzeninde doğrudan uygulanırılığını saptayan Divan “eğer devletler bu Sözleşmeyi iç hukuklarına bir kanun şekliyle dahil etmişler ise bu güttükleri amacın sadık bir tezahürüdür” demiştir. Özetle, 13. madde Sözleşmesinin iç hukuka alınmasını düzenleyen bir hüküm değildir. Divan’ın bu konudaki düşünce ve beklentisi son derece isabetlidir. Dikkat edildiğinde görülecektir ki, Divan, Sözleşmenin taraf devletlerce iç hukuka alınması zorunluluğu ile onun iç hukukta nasıl uygulanacağı konularında herhangi bir düzenleme getirmediğine dair düşüncesini belirtmiştir. Ayrıca Sözleşmenin iç hukuka bir kanunla alınmamış olması ona doğrudan doğruya başvurulamaması anlamında olmadığını da saptamıştır. Daha sonra 21.2.1986 tarihinde “James ve değerleri” davasında vermiş olduğu kararda “Swedih Engineer Drivers’Union” yargısında vermiş olduğu kararını tekrarlayarak “her ne kadar devletler Sözleşmeyi kendi ulusal hukuk sistemlerine bir kanun şeklinde dahil etmek zorunda değil iseler de: Sözleşmece tanınmış bulunan hak ve özgürlüklerin öz ve cevherini kendi yetki alanlarındaki herkese, 1. madde uyarınca ve şu veya bu yoldan sağlamakla yükümlüdür” demiştir. Sözleşmenin 13. maddesi, Sözleşmede öngörülen denetim organlarının ise müdahalesinden önceki aşamada, hak ve özgürlüklerin uygulanmasının taraf devletler tarafından sağlanması konusunu düzenlemektedir. Buna benzer bir yargıya Divan “Klass” davasında varmıştır. Bu davada Divan, şikayetçinin şikayetini, Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklere Sözleşme organlarına gitmeden önce dayandırılabilir, zira 13. madde bunu öngörmektedir, demiştir.

Anayasalarında ikici öğretiyi kabul etmiş devletler, Sözleşmenin yararlarını 13. madde uyarınca vatandaşlarına sağlayacakları konusunda Sözleşmenin 57. maddesi uyarınca yükümlülük altına girdiklerinden, Sözleşmeyi iç hukuklarına almadıkları gerekçesiyle, Sözleşmenin istifadelerinden kişileri yararlandırmaktan alıkoymazlar. Eğer Sözleşmenin yararlarının uygulanmasında anayasaları uygun değilse, gerekirse Sözleşmenin 57. maddesi gereğince bunu Sözleşmeye uyumlu hale getirmek zorundadır.

2- Divan Kararlarının Direkt Etkileri

Acaba, Sözleşmenin 53. maddesinin yorumundan, Divan kararlarının o ülkede doğrudan uygulanması sonucu çıkartılabilir mi? Bu konuda değişik görüşler vardır. Bir çok yazar tarafından savunulan bir görüşe göre, Sözleşmeye gerek tek tek bakıldığında, gerekse de bütün olarak bakıldığında Komisyon'un Bakanlar Komitesi'nin ve Divan kararlarının iç hukukta direkt uygulanması konusunda üye devletler belirli bir mükellefiyet verilmemiştir. Böylece Sözleşme organlarının kararlarının direkt uygulanması söz konusu değildir. Bu görüşü savunanlardan birisi de H.Golsong'tur. Bunun sonucu olarak Divan kararlarının iç hukukta uygulanabilmesi için, bir iç hukuk hükmüne ihtiyaç vardır. Böyle bir durumda Divan kararları, iç hukuktan dolayı, iç hukukta uygulanıyor sonucu ortaya çıkıyor ki, bu da bir ikilemin oluşmasına neden olmaktadır. Oda, iç hukuk ve milletlerarası hukuk ikilemidir. Buradaki ikilemi ortadan kaldırmak için "monist-dualistik karışık teori" ortaya atılmıştır. Bu teori ile Divan kararlarının herhangi bir iç hukuk işlemine ihtiyaç olmadan direkt ülkede uygulanması sağlanmaktadır. Divan kararlarının, iç hukuktaki direkt etkisi konusunda diğer bir görüşte, Sözleşmenin bütününün ve 53. maddesinin yorumundan Divan kararının direkt olduğu ve dolayısıyla ülkede direkt uygulanabileceğinin çıkartılacağı görüşüdür.

Bu konudaki temel görüşümüz, Divan kararlarının ülkede direkt uygulanmasıdır. Fakat buradaki doğrudan doğruya uygulanmada biraz kendine özgülük durumu vardır. Çünkü Divan'ın işlevi yukarıda da bahsettiğimiz gibi bir temyiz mahkemesi işlevi değildir. Divan verdiği kararlarda, taraf devletlerin bir yargı organının kararını veya bir idari biriminin yaptığı işlemin, Sözleşmeye aykırı olduğu tespiti vardır. Divan yalnızca Sözleşmeye aykırılığı saptar, artık bu aykırılığın nasıl, ne biçiminde giderileceği tamamen iç hukuk organlarının takdirine bırakılmıştır. Ve iç hukuk organları bunu nasıl yerine getirecekleri konusunda tamamen özgürdürler. Divan yargısının direkt etkisi bu aşamaya kadardır. Bu aşamadan sonra verilecek karar, iç hukuk organının yetkisi içerisindedir. Divan'ın kalkıp tespitten başka ihlâlin nasıl giderileceği konusunda karar vermesi ve bu kararın direkt ülkede uygulanması, devletlere tanınması gereken takdir ve hareket serbestisi ile çelişkiye düşerdi.

Divan "Marckx" davasında, evlilik içi ve evlilik dışı çocuğun statüsünün eşit olduğuna dair kararında, bu kararın iç hukuk hakimisi tarafından göz önüne alınırken, değişik durumlarda nasıl

uygulanacağını her olayın kendine özgü esprisi içerisinde ele alınacaktır demıştır.

Ancak Sözleşmenin 50. maddesi gereğince verilmiş tazminata ilişkin Divan kararlarının ülkede direkt etkisi konusu, yukarıdaki anlayıştan farklı bir durum arz etmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz kendine özgürlük durumu burada söz konusu değildir. Zira artık bir meblağa hükmedilmiştir ve ilgili devlet bu meblağın ödenmesi konusunda herhangi bir serbestiye sahip değildir.

Gerek Sözleşmenin özü, gerekse 52., 53. ve 54. maddelerinden Divan kararlarının yerine getirilmesi maddelerinden Divan kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğundan söz edilmektedir. İhlâli saptayan karar Sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırı tasarrufu re'sen ortadan kaldırmamaktadır. Bunun için iç hukuk organlarının harekete geçirilmesi gerekir. Bunun da nasıl yapılacağı ileride işlenecektir.

Divan kararlarının, Sözleşme uyarınca nasıl yerine getirilebileceği değişik biçimlerde olabilir: Kanun hükmünün değiştirilmesi yerleşmiş bir uygulamanın terkedilmesi, bir mahkeme kararının iptali ile yeni bir yargılamanın yapılması ve yeni bir hakkın tesisi gibi bir çok biçimde olabilir.

F. Gölcüklü'nün belirttiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetim mekanizması adalet tarihinde bir aşama teşkil eden sui generis bir sistemdir; Sözleşmenin koyduğu yeni sistemle yeni bir dönem başlamıştır ve bunun geçmişe ait telakkilerle ortak özelliği pek azdır. Bugün ki sistemi ile Divan'ın bazı eksiklikleri vardır, bu eksikliğin, klasik modası geçmiş devletlerin egemenliği ilkesinden vazgeçilmemesinden dolayı, Sözleşmenin yapıldığı zamandan kaynaklanmaktadır. Bugünkü sistemi doğru değerlendirebilmek için kökleri geçmişte yer alan önyargılardan kurtulmak gereklidir. Sözleşme, geleneksel hukuk kalıbı içine konulmaya yeltenildiği zaman aşama olarak kastettiğimiz bu sözleşmenin başarılı olmasından şüphe edilir.

Divan, Birleşik Krallığa karşı açılan "İrlanda" davasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği anlayışın klasik Devletler Hukuku anlayışı dışında olduğu üstü kapalı da olsa belirtmiştir.

3- Aynı Anda Devam Eden İç Hukuk Yargılamasında, Divan Yargısının Konumu

Sözleşmenin 53. maddesi gereğince akit devletlerde, taraf oldukları davalarda Divan yargısı doğrultusunda göre kendilerini yönlendirmek zorundadırlar. Dolayısıyla şuna dikkat etmeleri gerekir ki, ulusal mahkemede açılan davada, Avrupa İnsan Hakları Divanı kararına aykırı bir durumu yargılarına temel alamazlar. İç hukuk birimlerinin Sözleşmeye uygun hareket etme zorunluluğu, Türkiye, Almanya İtalya, Avusturya, Belçika, Fransa, İspanya, Portekiz, Danimarka, Lüksemburg, Yunanistan, Hollanda ve İsviçre gibi Sözleşmenin, iç hukukun bir parçası halinde olan ülkelerde, bunun doğal sonucu olarak mahkemelerin kararlarını Sözleşmeye uygun bir şekilde vermeleri, aynı zamanda ulusal hukukun uygulanması zorunluluğundan da kaynaklanmaktadır.

Divan tarafından verilen kararlar iç yargılamalara tatbik edilirken bir takım farklılıklar ortaya çıkacaktır. Çünkü formel bakılırsa 1-taraflar ayrılır: iç mahkemede gerçek kişi bizzat taraf olurken, Divan yargılamasından onun yerine ya Komisyon yada akit tarafı olan devlet bulunabilir. 2-Divan önüne getirilen davada şikayetçi pek söz sahibi değildir. Ve Divan İç Tüzüğü'nün 38. maddesine göre tek başlarına delil de gösteremezler.

Bakanlar Komitesi'nin Sözleşmenin 32. maddesine göre verdiği kararlar iç organlar tarafından göz önüne alınmazlar. Çünkü, verdiği kararlar yargı kararı değil, bu konuda verdiği kararlar bir nevi siyasi tahkimdir. Komisyon kararları Bakanlar Komitesi kararları gibi, iç organlar tarafından göz önüne alınmazlar.

Komisyon ve Bakanlar Komitesi bir karar vermiş ise o anda devam eden iç mahkemenin kararını da etkilemeyecektir. Belçika Danıştay (Conseil d'Etat) 20.1.1978 yılında verdiği bir yargıda aynı konuda daha önce Komisyon tarafından verilmiş olan kararın etkisini kabul etmemiştir.

a) Divan Tazminat Konusundaki Yargılamasının İç Etkisi

Milli mahkemelerde 50. maddeye dayanarak açılan bir dava olmasına rağmen, Divan bunu göz önünde tutmadan karar verebilir. Aynı zamanda Divan'da dava devam ediyor diye, bu konuda iç mahkemelerde tazminat davası açılmaması ve açılan davanın devam etmemesi diye bir durum söz konusu olamaz. Divan karar verene kadar, iç mahkemenin kararı uygulanacaktır.

Belçika mahkemesi Divan'ın "De Wilde" davasında verdiği karara bu gücü tanımıştır. Bu davada, Sözleşmenin 50. maddesine istinaden tazminat talebinde bulunulmuş, fakat bu talep, Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrası ihlâl edilmediğinden ve dolayısıyla zarar da ortaya çıkmadığından ret edilmiştir. Bunun üzerine De Wilde tekrar Belçika mahkemesine müracaat ederek Sözleşmenin 50. maddesine, dayanarak manevi zararlarının tazminini istemiş, buna karşılık bu konuda hukuk gücü olan Divan kararı olduğu itirazında bulunulmuş, bunun üzerine de Brüksel Mahkemesi, dava konusu olan olayın, daha önce Divan önünde görülenlerle aynı olduğu gerekçesiyle davayı kabul etmemiştir. Bu konuda, bir Divan kararı olması, yargılamanın tekrarına bir engel teşkil etmiştir.

b) Ön Mesele Kararının Bağlama Gücü

Avrupa İnsan Hakları Divanı eğer bir ön meseleyi çözmüş ise, bunun, milli mahkemeleri bağlama gücü tartışmalıdır. Kişisel görüşümüze göre, burada şu çözüme varmak isabetlidir.

İç mahkemelerde eğer bir konu ön mesele ise ve bu ön meselede de Divan daha önce karar vermiş ise, ulusal mahkeme, Divan'ın daha önce vermiş olduğu bu karara uygun hareket etme zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk iki konuda sınırlandırılmalıdır. 1- Divan İç Tüzüğü'nün 54. maddesi gereğince yeni delillerin ortaya çıkması hesabıyla, davanın Divan'da yeniden görülmesi istenmiş ise, Divan'ın daha ön mesele hakkında verdiği kararın iç mahkemeler tarafından göz önünde tutulması zorunluluğu ortadan kalkabilecektir. Çünkü yerel mahkemeler bu konuda yargılama yaparken yeni delilleri değerlendirmeme olanağına sahip olmuştur. Aynı zamanda yeni ortaya çıkan deliller eğer önce bilinseydi, belki Divan'ın ön meseleyi değerlendirilmesi farklı olacaktı. 2-Divan Sözleşmesinin 50. maddesine göre bir tazminata ön meseleden dolayı hükmetmemiş ise, iç mahkemeler buradaki ön mesele kararı ile bağlı değildirler. Ve ekstra bir tazminata hükmedebilirler. Zira olabildiği ölçüde önemli olan şey, kişinin yararına en uygun olanağının sağlanmasıdır.

c) Avrupa İnsan Hakları Divanı Kararlarına Temel Oluşturan Olayların Tespitine ve Delillere Uyuma Zorunluluğu

Yerel yargı organları, Divan'ın vermiş olduğu sonuç karara uymak zorundadırlar. Ancak, onlar vakıaların tespiti ve değerlendirilmesi konusundaki Divan yorumuna uymak zorunda olmamaları makul bir yoldur. Çünkü olayların saptanması ve

değerlendirilmesi konusundaki karara uymak, yerel mahkemelerin hareket serbestilerini ortadan kaldıracaktır. Türk usul hukuklarında vakıaların tespiti ve delillerin değerlendirilmesi tamamen mahkemelerin ihtiyarına bırakılmıştır. Alman Ceza Usul Kanunu'na göre hakim, delillerin değerlendirilmesini bizzat kendisi yapacaktır. Divan "Marckx" davasında yerel mahkemelerin bunları değerlendirme serbestileri olduğunu dile getirmiştir. Böyle bir çözümün kabulüne bizi götüren çeşitli nedenler vardır. Birincisi; yargılama sürecinde olmadığından dolayı kendisini yeterince savunamayan şikayetçinin, bu olanağı daha iyi kullanabilmesi, ikincisi; yerel mahkeme, olayın cereyan ettiği yerde olmasından dolayı olaylara ve delillere temasının daha kolay olmasıdır. Durum böyle olunca da, yerel mahkemelerin olayların değerlendirilmesini daha iyi yapabilme olanağı vardır. Ancak bu değerlendirme hiçbir zaman Divan'ın vermiş olduğu kararın özünü zedelememelidir.

Yerel mahkemenin, nasıl olsa Divan vakıaları tespit etmiş delilleri toplamış gerekçesiyle yeni delil araştırmasına gitmemesi söz konusu olmayacak ve kendisi de Divan'ın kararına rağmen yeni deliller bulup değerlendirilecektir.

4- Yerel Mahkemelerdeki Davaların Bekletilmesi

Hem Divan'da hem de yerel mahkemelerde aynı konuda dava varken, yerel mahkemenin kararı Divan'ın karar vermesini sağlamak amacıyla bekletilemez. Çünkü, yerel mahkeme bu aşamada Sözleşmenin 53. maddesindeki yükümlülükle muhatap değildir. Ancak Divan'ın sonuçlanmış işlevinden sonra bu yükümlülük ortaya çıkar.

Aynı şekilde yerel mahkeme önünde Sözleşmeye aykırılıktan dolayı bir tazminat davası açılmış ise, yerel mahkeme, Divan'ın kendisine 50. madde gereğince verilen yetkiye dayanarak tazminata hükmetmesini beklemeden de davasını devam ettirerek karar verebilir. Divan, "Luedicke, Belkacem ve Koç" yargısında bu duruma uygun bir yoruma gitmiştir.

Divan önünde aynı konuda devam eden davanın yerel mahkemeyi etkilememesi yanı sıra bu konunun çözümüne bağlı başka bir yerel mahkeme yargılamasına da etkisi olmayacaktır.

Yani, Divan'ın vereceği karar başka bir dava için ön mesele teşkil edecekse, Divan'ın önünde bu konuda dava var diye iç

mahkeme yargılamasını bu davanın sonucunu beklemek düşüncesi ile durduramaz.

1963 yılında Avusturya'da bu konu ile ilgili ilginç bir örnek vardır. Bir davada, boşanma davasının sebebi olarak davalının kayınvalidesini öldürmesi gösterilmiştir. Davalının ceza davası boşanma davası devam ederken Divan önüne getirilmiş ve yerel mahkeme kararının Sözleşmeye aykırılığı ileri sürülmüş ve yerel mahkemede devam eden boşanma davasının, Divan karar verene kadar bekletilmesi talebinde bulunulmuştur. Ancak Avusturya Yüksek Mahkemesi şu gerekçe ile bu talebi reddetmiştir. Divan'a başvurulmuş olması, başlı başına ceza davasını hukuken kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla ortada hukuken var olan iç hukuk ceza yargı kararına dayanarak açılıp yürümekte olan hukuk davasına da etki etmeyeceğine karar vermiştir. Fakat Yüksek Mahkeme davanın ileride tekrar görülebileceğini de açık bırakmıştır.

Yukarıdaki Avusturya Yüksek Mahkemesi kararını, son derece isabetli bulmaktayız. Çünkü Divan'a dava açılmış olması yerel mahkemedeki davaların bekletilmesi sonucunu doğurmaz. Bu durum Sözleşmenin bütününden çıkarılamaz.

5- Avrupa İnsan Hakları Kararlarının İç Hukukta İnfazı ve İcrası

Başlangıçta şunu belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, Divan kararlarının nasıl infaz edileceği konusunda bir açıklık yoktur. Bu konuda yalnızca Sözleşmenin 54. maddesi vardır ve bu madde, Divan kararları Bakanlar Komitesi'ne gönderilir ve Bakanlar Komitesi'de bu kararların uygulanıp uygulanmadığını kontrol eder. Fail devlet, Divan kararının uygulanması konusunda, Bakanlar Komitesi'ni bilgilendirmekle de ayrıca yükümlüdür. Sözleşmenin hareket ettiği nokta şudur. Akit devletler yükümlülüklerini kendi rızaları ile yerine getirecekler ve Divan'ın kararlarını kendi ülkelerinde rahatça ve özgürce uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaklardır.

Divan kararlarının iç hukukta infaz edilmesi devletin tüzel kişiliğine karşı değildir. Buradaki icra etmenin özelliği, yerel mahkeme kararlarının infazında var olan esprinin niteliği gibidir. Avrupa Toplulukları iç tüzüğü'nün 192/1 maddesi, Mahkeme'nin Divan

kararlarının devletin tüzel kişiliğine karşı infaz edilemeyeceğinden bahsetmektedir.

AET mahkemesi kararları, mahkeme iç tüzüğünün 187-192. maddeleri gereğince infaz edilebilecek durumdadırlar. Bu kararların yerine getirilmesi iç hukuk mevzuatına göre olacaktır. Yukarıda da bahsedildiği gibi böyle bir durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Divan İç Tüzüğü'nde yoktur.

Tespit davalarının iç hukukta doğrudan doğruya icra edilmesi olanak dahilinde değildir. Buna karşılık bu durumda devlet eski durumu iade yükümlülüğünü yerine getirmek için harekete geçmek zorundadır. 50. maddeye dayanarak verilen Divan kararları doğrudan doğruya icra edilme kabiliyetine sahiptir, zira bunlar Eda davalarıdır. Bazı yazarlarca, 50. maddeye dayanarak verilmiş olan Divan kararlarının üye ülkelerde direkt infaz edilmesinin mümkün olmadığını belirterek bunun için bir sözleşmesel düzenlemeye gereksinim olduğu söylenmiştir.

Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki kanunun esprisine göre, Avrupa İnsan Hakları Divanı bir yabancı mahkeme değildir. Yani Divan, kanunda belirtilen yabancı mahkeme sınırları içinde görülemez. Zira, M.Ö.H.U.K.'nun 34. maddesinin yabancı mahkemeden kastedtiği başka bir devletin mahkemesidir. Yoksa aynı zamanda uluslararası mahkemeleri kasetmemiştir. İlgili madde "... yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamlar..." demekle bir yabancı devletin mahkemelerinin ilamından söz etmiştir. Acaba bir yorumla buraya uluslararası mahkemelerin kararlarını etkileyebilir miyiz?

Bunun böyle bir düzenleme içerisinden çıkarılması mümkün değildir. Türk iç hukukunun bu bölümü bu görüşün uygulanmasına uygun değildir. Eğer Divan kararları yabancı mahkeme kararları olarak görülmezler ise (görülmemesinin sebebi, devletin taraf olduğu ve iç hukukun bir parçası haline getirdiği Sözleşmenin, bir organın karar olması sıfatıyladır) o zaman iç hukukta direkt icrasına geçilebilmesini engelleyecek, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'ndan kaynaklanan bir iç hukuk düzenlemesi söz konusu değildir.

Divan kararlarının iç hukukta uygulanabilmesi konusunda, bu kararlarının yabancı mahkeme kararı olarak değerlendirilip, tanınması ve tenfiz edilmesi yukarıdaki sebepten dolayı mümkün olmayan

durumlarda hangi tür bir çözüme gidilecektir? Bu çıkmaz, bu görüşü savunacak kişilerin düşebileceği bir durumdur.

Şimdi bütün bunlardan sonra Divan kararlarının tenfiz edileceği konusundaki kişisel görüşümüzü belirtmek istiyoruz: Bu da Divan kararlarının direkt ülkede uygulanabileceği şeklindedir. Sözleşmenin 50. maddesine dayanarak verilmiş tazminat kararları gerektiğinde kendiliğinden iç hukuk icra iflas kanunu hükümlerini harekete geçirebilecektir. Tespit davasında ise kişi, usul hukuku hükümlerini kullanıp durumun eski hale getirilmesini talep edebilme imkanına sahiptir. Sahiptir akla bir soru gelebilir. İç hukuk usul hükümleri nasıl harekete geçirilecektir? Bu konuda, her akit devletin iç usul hukuku hükümlerine göre hareket edilmesi gerekmektedir. Türkiye’de kişi yeniden dava açabilecek ve bu durumda kesin hüküm vardır gerekçesi ile davası reddedilemeyecektir. Zira, Türk hukukunun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin bir yargı organı kararına göre hareket edilmektedir. Bu yargı organının zorunlu yargı yetkisi de Aralık 1989 tarihinde kabul edilmiştir.

Ayrıca, idari işlemlerin Sözleşmeye aykırı olduğuna dair Divan kararlarının icrası için, doğrudan doğruya ilgili birime, var olan Divan kararının yerine getirilmesi için başvurulabilir. Ve ilgili idari organ, bunu iç mahkemelerin kararlarına nasıl uymak zorunda ise, o şekilde uymak ve yerine getirmek zorundadır.

Divan kararlarının ülkede direkt uygulanmasını sağlayacak böyle bir yorum hem Sözleşmeye uygundur hem de çağdaş insan hakları hukuku anlayışına uygundur. Sözleşme uygundur diyoruz, zira 53. madde, akit devletler taraf oldukları Divan kararlarına uymayı taahhüt ettiğinden bahsetmektedir. Bu uymanın Divan kararının ülkede direkt uygulanması ile daha iyi yerine getirileceği muhakkaktır. 53. madde yanı sıra, Sözleşmeyi iç hukuklarının bir parçası haline getirmiş devletlerde, bu yorum aynı zamanda bir iç hukuk zorunluluğundan da kaynaklanmaktadır.

Acaba bu tenfizi kim isteyebilecektir? Divan kararında taraf olmayan, fakat şikayetin orijinini teşkil eden kişi bunu talep edebilecek midir? Komisyon talep edebilir mi? Başka üye devletler isteyebilir mi? Fail devletin organları tenfiz talebinde bulunabilir mi? Veya Bakanlar Komitesi bunu talep edebilir mi? Kişisel görüşümüze göre, bunu Komisyon ve başka üye devletler isteyemez. Çünkü Sözleşmede bunlara bu yetki verilmemiştir. Bunlara verilen yetki yalnızca Divan mekanizmasını harekete geçirme yetkisidir. Bakanlar Komitesi’nin

durumuna gelince; o da bunun iç hukukta tenfizini isteyemez. Zira Sözleşmenin Bakanlar Komitesi ile ilgili hükümlerden bu sonuç çıkmamaktadır. Bakanlar Komitesi yukarıda da belirttiğimiz gibi 54. madde gereğince Divan yargılarının ülkede uygulanmasına nezaret eder, bu gözetleme aktif bir işlev değil pasif bir işlevdir. Yani Bakanlar Komitesi gerekli yargı ve idari birimleri harekete geçirecek bir işleve sahip değildir. Durum böyle olunca geriye gerçek kişi ve fail devletin organları kalmaktadır, onların bu mekanizmayı harekete geçirmeleri doğal bir çözüm olarak kabul edilmelidir.

6- Dostça Çözümün İç Hukuktaki Etkisi

Eğer dostça çözüm Komisyon veya Bakanlar Komitesi önünde yapılırsa süreç bitirilir. Sözleşmenin 32/2-3 ve 54. maddeleri gereğince yükümlülükler yerine getirilmemişse Bakanlar Komitesi gerekli tedbirleri alma yetkisine sahiptir. Bu tedbirler yargı kararlarının yerine getirilmesi ile birlikte tarafların üzerinde anlaşmaları dostça çözümler için de geçerlidir.

Dostça bir çözümün konusu, şikayetçinin iç hukuktaki davasından vazgeçmesi şeklinde olabileceği gibi, akit devletin Sözleşmeye aykırı iç hukuk hükmünü Sözleşmeye uygun hale getirme yükümlülüğüne girebileceği veya mağdurun durumunu eski hale getirmeyi taahhüt etmesi şeklinde veyahut da belirli bir tazminatın ödenmesi biçiminde olabilir. Divan yargılaması sırasında taraflar hangi şekilde dostça bir çözümde anlaşılırsa anlaşsınlar, bütün bu haller Uluslararası Hukuka göre bağlayıcıdır. Bu tür dostça çözüme çift fonksiyon olarak aynı zamanda iç hukuk nezdinde bir yükümlülük karakteri verilebilir. Bu durumda artık iç hukuk nezdinde de bağlayıcıdır. Ve iç hukuk yükümlülüğü söz konusu olur. Dostça çözümde anlaşmış olmanın mahiyeti bir kamu hukuku Sözleşmesi niteliğindedir. Alman hukukunda böyle bir Sözleşmenin bir kamu hukuku Sözleşmesi olduğu ve bunun da yerine getirilip getirilmemesine idari mahkemelerin karar vermesi gerektiği, Alman hukukçular tarafından ifade edilmiştir.

Şikayetçinin durumu ve dostça çözümünden sonra vazgeçilen davanın akıbeti, iç hukukta, şikayetçi davasından vazgeçtiği takdirde, nasıl bir sonuç doğurursa bu durumda da aynı sonuç doğar (Hukuk davaları ve ceza davalarındaki şahsi davaların vazgeçme sonuçları doğar). Ve mahkeme tarafından bizzat göz önüne alınır. Eğer şikayetçi, dostça çözümden dolayı artık dava açmama yükümlülüğüne rağmen dava açmışsa, bu durum itiraz olarak ileri

sürülür ve dava ortadan kaldırılır. Dostça çözümlerin uygulanması iç hukuk çerçevesinde olur. İcranın durdurulması veya davanın geri alınması söz konusu olabilir.

Türk hukukundaki duruma gelince de, kanaatimize göre yukarıda sözünü ettiğimiz çözüm aynen geçerlidir.

Divan önünde bir dava devam ederken, dostça çözümle anlaşma sağlanan ilk örnek "De Becker" davasında 27.3.1962 yılında olmuştur. Bu davada taraflar, Sözleşmeye aykırı olduğu ileri sürülen kanunun, değiştirilmesi ile De Becker'in sınırlandırılan haklarının tekrar iadesini sağlayacak başvurunun yapılmasına izin verilmesi konusunda anlaşmışlardır ve anlaşmadan sonra da dostça çözüme uygun şekilde iç hukuk düzenlemesine gidilmiştir. "Skoogström" davasında taraflar, 5.000 İsveç Kronu tazminat verilmesi ile Ceza Yargılama Usulü Kanunu'nun gözden geçirilmesi konusunda anlaşmışlar, daha sonra da dostça çözümdeki konusunda anlaşmanın gerekleri yerine getirilmiştir. "Can" davasında yapılan dostça çözümde ise taraflar belirli bir tazminat ve Ceza Usul Yasası'nda değişikliğe gitme konusunda anlaşmışlardır. Bilahare bu anlaşma Avusturya Hükümeti tarafından yerine getirilmiştir. "Valon", "Ben Yaacub", "Woukam Moudefo", "Oliveire Neves", "Chiclian and Ekindjan" "Jön Kristinsson", "Clerc", "Nyberg" ve "Djeroud" davalarında, Divan önünde belirli bir oranda tazminat konusunda taraflar dostça çözümde anlaşmışlardır. Daha sonra da ilgili taraf devletler bu meblağları ödemişlerdir.