

DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERDE DAVA AÇMA SÜRESİNİN BAŞLANGICI KONUSUNDA ÜÇÜNCÜ BİR İHTİMAL

(Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1'inci Dairesinin
7 Ekim 1997 gün ve E.1997/775, K.1997/662 Sayılı Kararı)

Yrd. Doç. Dr. Kemal GÖZLER(*)

GİRİŞ

Bilindiği gibi düzenleyici işlemlere karşı iptal davası açma süresinin başlangıcı sorunu İdari Yargılama U-sûlü Kanununda açıkça düzenlenmiştir. Kanunun 7'inci maddesinin son fıkrasına göre,

“İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilir”.

Benzer bir hüküm Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda da vardır. Bu Kanunun 40'inci maddesinin son fıkrasına göre,

“kanuna göre ilanı gereken düzenleyici ve genel tasarruflara karşı, ilan tarihini izleyen günden itibaren altmış gün içinde dava açılabilir. Ancak bu tasarrufların kendilerine uygulanması

üzerine, ilgililer düzenleyici tasarruf veya uygulanan işlem yahut, her ikisi aleyhine birden dava açmakta muhtardırlar.”

Kanun hükümleri açık. Düzenleyici işleme karşı iptal davası, ya ilan edildiğinden itibaren 60 gün içinde, ya da söz konusu düzenleyici işlem ilgiliye uygulandıktan sonra bu uygulama tarihinden itibaren 60 gün içinde dava açılmalıdır.

İlk bakışta burada bir sorun olmadığı ve akla gelebilecek her ihtimalin bu kanun hükümleri tarafından düzenlendiği düşünülebilir.

Oysa, kanımızca bu düzenlemelerde bir boşluk vardır ve ortaya çözümü gereken bir sorun çıkabilir. Şöyle ki:

Varsayalım ki, İ idaresi, D hakkında, Y yönetmeliğine dayanarak K kararını alıyor. D, K kararının hukuka aykırı olduğunu, zira bu kararın Y yönetmeliğinde öngörülen şartları taşımadığını düşünüyor. Y yönetmeliğinin hukuka aykırı olarak görmeyen D, sade-

(*)Uludağ Üniversitesi Kamu Yönetimi Bölümü

ce K kararının iptali için süresi içinde dava açıyor. Davası reddediliyor. Mahkeme, Y yönetmeliğini öyle bir yorumluyor ki, K kararı Y yönetmeliğine uygun hale geliyor. Ama bu takdirde de Y yönetmeliğinin kendisinin hukuka aykırılığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davacı D, mahkemenin yorumladığı gibi Y yönetmeliği yorumlanırsa bu yönetmeliğin hukuka aykırı hale geldiğini düşünüyor ve açtığı bireysel işlemin iptali davasının reddi kararının tebliği tarihinden itibaren 60 gün içinde Y yönetmeliğinin iptali için dava açıyor. Davacı D'nin davası dinlenir mi?

Bu soru benim görebildiğim kadarıyla şimdiye kadar sorulmamıştır.

Böyle bir dava Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılmış ve dava bu Mahkeme tarafından süre yönünden reddedilmiştir. İşte biz burada Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bu kararını (AYİM, 1.D.'nin 7 Ekim 1997 tarih ve E.1997/755, K.1997/662 sayılı kararı) incelemeye çalışacağız. İlk önce olayı görelim.

Olay: Davacı yedek subay olarak askere alınmıştır. Asteğmen kursunda girdiği yabancı dil sınavını başararak Milli Savunma Bakanlığına yabancı dil tercümanı olarak atanmıştır. Daha sonra bu atama işlemi iptal edilerek, bir piyade tugayına takım komutanı olarak tayin edilmiştir.

Yeni görev yerine atanmasına dayanak olarak, Türk Silahlı Kuvvetlerine Mensup Subay ve Astsubayların Atanma ve Yer Değiştirmeleri Hakkındaki Yönetmeliğin 11. maddesinin C bendi gösterilmiştir. Söz konusu bent şöyle demektedir:

“Yasa dışı olaylara katıldıkları tespit edilenler, genel kur'aya iştirak ettirilmeyerek Kuvvet Komutanlıklarınca ve Jandarma Genel Komutanlığınca uygun görülecek görev yerlerine kur'a ile atandırılırlar”.

Söz konusu asteğmen, bu atama işleminin adı geçen Yönetmeliğe aykırı olduğunu, zira kendisinin yasa dışı olaylara katılmadığını düşünerek, sadece atama işleminin iptali için süresi içinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır.

Dava dilekçesinde atama kararının ilgili Yönetmeliğe aykırı olduğunu, zira bu Yönetmeliğin 11. maddesinin C bendinin, bent metninde de açıkça görüldüğü gibi, “yasa dışı olaylara katıldıkları tespit edilenler” için geçerli olduğunu, kendisinin ise, yasa dışı bir olaya katılmadığını ileri sürmüştür.

Davacı asteğmen söz konusu Yönetmelik hakkında iptal davası açmamıştır. Davacı, Yönetmeliğin hukuka uygun olduğunu, ama bu Yönetmeliğin somut olaya yanlış uygulandığını düşünmektedir. Zira kendisi yasa dışı olaylara karışmamıştır.

Ne var ki, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi davayı reddetmiştir. Mahkemeye göre, haklarında Türk Silahlı Kuvvetlerine Mensup Subay ve Astsubayların Atanma ve Yer Değiştirmeleri Hakkındaki Yönetmeliğin 11. maddesinin C bendinin uygulanacağı yedek subaylar saptanırken,

“yasa dışı olaylara katıldıklarının kesin ispatının aranmasına gerek bulunmamaktadır. Yasa dışı olaylara karışmış olabileceği saptanan yedek subaylar hakkında da C bendindeki kur'a ile ilgili hükümlerin uygulanması gerekmektedir” (AYİM, 1.D. E.1996/746, K.1997/366 ve 13.05 1997 tarihli kararı).

Dolayısıyla adı geçen Yönetmeliğin 11. maddesinin C bendinde kullanılan “yasa dışı olaylara katıldıkları tespit edilenler” ibaresini Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir “ihtimal” olarak yorumlamış, davacının “yasa dışı olaylara katıldığının kesin ispatına gerek olmadığına” karar vermiştir.

Mahkemenin bu yorumuna göre, davacı söz konusu Yönetmeliğin kendisinin hukuka aykırı hale dönüştüğünü düşünmüştür. Bunun üzerine davacı, davasının red kararının kendisine tebliğinden itibaren 60 gün içinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde Türk Silahlı Kuvvetlerine Mensup Subay ve Astsubayların Atanma ve Yer Değiştirmeleri Hakkındaki Yönetmeliğin 11. maddesinin C bendinin iptali için dava açmıştır.

KARAR

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise “1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 40. maddesinin... kanuna göre ilanı gereken düzenleyici ve genel tasarruflara karşı, ilan tarihini izleyen günden, ayrıca bu tasarrufların kendilerine uygulanması üzerine ilgilinin düzenleyici tasarruf... aleyhine dava açılabilceğini” hükme bağladığını tespit ettikten sonra şu kararı vermiştir:

“Davacının bu tasarrufa dayanılarak tesis edilen işlemin kendisine tebliğ edildiği 31.07.1996 tarihinden itibaren altmış gün içinde atama işleminin iptali için açtığı dava ile birlikte veya bu süre içerisinde müstakilen düzenleyici tasarrufun iptali için dava açması gerekirken belirtilen altmış gün içerisinde davasını açmadığı, bu tarihten çok sonraki bir tarih olan 17.07.1997 tarihinde iptal davası açtığı... anlaşılmıştır.

İdari davalarda dava açma süresi hak düşürücü bir süre olarak kabul edildiğinden, açıklanan nedenlerle, 1602 SK. nun 40. maddesinde belirtilen 60 günlük süre içerisinde açılan davanın SÜRE YÖNÜNDEN REDDİNE... OYBİRLİĞİ ile karar verildi” (AYİM, 1.D.’nin 7 10 1997 tarih ve E.1997/755, K.1997/662 sayılı kararı).

DEĞERLENDİRME

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin yukarıdaki kararı şüphesiz 1602 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanu-

nunun 40. maddesinin son fıkrasının bir uygulamasıdır ve bu haliyle kanuna uygun olduğu söylenebilir. Gerçekten de maddede sadece yeni ilan edilen düzenleyici işlemlere karşı iptal davası açılması ihtimali ile daha önceden ilan edilmiş bir düzenleyici işlemin her yeni uygulamasından sonra dava açılma ihtimali düzenlenmiş ve her iki hal de 60 günlük süreye bağlanmıştır. İYUK'un 7. maddesi de tamamen aynı doğrultudadır.

Kanımızca bu konuda gerek Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda, gerekse İYUK'ta bir düzenleme boşluğu vardır.

Kanunun düzenlemesinin olayımızda da uygulanmasını savunmak, kanımızca pek mantıki değildir. Zira normal olarak ilgililerin ancak hukuka aykırı olduğunu düşündükleri düzenleyici işlemlere karşı iptal davası açmaları beklenir. Hukuka aykırı olduğunu düşünmediği bir düzenleyici işleme karşı dahi dava açmasını, normal, iyiniyetli, orta zekalı bir hak arayandan beklemek abartılı olur. Davacıdan hukuka uygun olduğunu düşündüğü işlemlere karşı dahi dava açmasını istemek hukuk mantığına aykırıdır.

Olayımızda da görüldüğü gibi davacı sadece hakkında yapılan bireysel idari işlemin hukuka aykırı olduğunu, bu işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin ise hukuka uygun olduğunu, ama bu düzenleyici işlemin somut ola-

ya yanlış uygulandığını düşünebilir. Bundan daha normal bir şey de yoktur. Davacı mahkemeden bireysel işlemin düzenleyici işleme aykırı olduğunun saptanmasını istemektedir. Davacının kanısına göre, mahkemenin bu saptama kararıyla sorun bitecektir. Daha ileriye gitmeye gerek yoktur.

Eğer mahkeme bireysel işlemin düzenleyici işleme uygun olduğuna karar verirse davacı bu kanısında trajik bir şekilde yanılmış olacaktır. Artık düzenleyici işleme karşı dava açamayacaktır.

Kanımızca burada davacıya dava açma imkanı tanınmalıdır. Öngörülen 60 günlük süre, eğer düzenleyici işlemin hukuka aykırı olduğu iddiası bir mahkeme kararından sonra ortaya çıkıyorsa bu kararın davacıya tebliğinden itibaren başlatılmalıdır. Diğer bir ifadeyle düzenleyici işlemin hukuka aykırılık iddiası, bu düzenleyici işleme dayanılarak yapılan bireysel işleme karşı açılan iptal davasında düzenleyici işlem hakkında mahkemenin yaptığı bir yorum sonucunda ciddi hale dönüşüyorsa dava açma süresi mahkemenin bu yorumu yaptığı karardan itibaren başlatılmalıdır. Böylece düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin başlangıcı olarak üçüncü bir ihtimal daha öngörülmelidir. 1. İlandan itibaren; 2. Uygulamadan itibaren; 3. Düzenleyici işlemin hukuka aykırı olabileceğinin öğrenilmesinden itibaren.

Üçüncü ihtimalin uygulanma şartları şunlardır: a. Bu düzenleyici işleme dayanılarak yapılan bireysel idari işlemin iptali için süresinde iptal davası açılması; b. Bu davada mahkemenin bireysel idari işlemin düzenleyici işleme uygun olduğuna karar vermesi; c. Mahkemenin bu kararının davacıya tebliğinden 60 gün içinde düzenleyici işlemin iptali için dava açılması.

İdare mahkemeleri bunu yapabilir mi? Yani düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin başlangıcı olarak kanunun öngörmediği bir imkanı tanıyabilirler mi?

Kanımızca bu soruya olumlu yanıt verilebilir. Bu ise iki şekilde olabilir.

1. Bir kere İYUK'un 7. veya Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Kanununun 40. maddesi buna imkan veren şekilde, genişletici bir yoruma tabi tutulabilir. Zira kanunları yorumlama yetkisi mahkemelere aittir ve her yargı kolunun yüksek mahkemesinin yaptığı yorum otantiktir; yani bu yoruma itiraz edilemez ve sonucu ne olursa olsun tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlar.

2. Ancak kanımızca yorum yoluna gitmeye gerek yoktur. İdari yargı organları bunu içtihat yoluyla kabul edebilirler. Bilindiği gibi idare hukuku içtihadî nitelikte bir hukuk dalıdır. İdari yargı alanında bir takım kanunların olması o alanın kodifiye edildiği anlamına gelmez. İYUK'un bulunma-

sı idari yargı alanında içtihat ile yeni kurallar kabul edilemeyeceği anlamına gelmez. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin başlangıcı konusunda üçüncü bir imkanı davacılara içtihat ile tanıyabilirler.

Çünkü, bu konuda kanunda boşluk vardır. Zira, kanun koyucunun yukarıda bahsettiğimiz üçüncü ihtimali de düşünmüş olduğu ve buna olumsuz bir yanıt verdiği düşünülemez. Zira orta zekalı, iyi niyetli bir davacıdan hukuka aykırı olduğunu düşünmediği işlemlere karşı dahi dava açmasını istemek mümkün değildir. Dava açma süresine ilişkin koşullar dahi yargı faaliyetinin doğası gereği bir hukuka aykırılık iddiası varsa söz konusudur. Dahası davacıların bu ihtimalde dava açma imkanını yasaklayan kanunda açık bir hüküm yoktur.

Son olarak şunu da belirtelim ki, eski Danıştay Kanunundan ve İYUK'dan önce, düzenleyici işlemlerin uygulanmasından sonra dava açma imkanını tanıyan bir kanun hükmü yoktu. Buna rağmen, o dönemde, Danıştay içtihatları ile düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin bu işlemin sadece ilan edildiği tarihten değil, uygulanmasını izleyen tarihten itibaren de başlayacağı içtihat ile kabul edilmiştir. Yukarıda bahsettiğimiz üçüncü ihtimalin de içtihatla tanınması uygun olacaktır.

İNSAN HAKLARI VE TEMEL HÜRRİYETLERİN KORUNMASI SÖZLEŞMESİ, AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE GÖÇMEN İŞÇİLER

Dr. Birsen OLGAÇ(*)

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da ortaya çıkan bloklar ve soğuk savaş döneminde, insan hakları ve demokrasiye saygılı Avrupa birliği oluşturmak amacıyla kurulan, Avrupa Konseyine üye devletlerin 04.11.1950 tarihinde Roma'da imzaladıkları ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından da 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı kanun ile onaylanan Sözleşme, 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yürürlüğe girdiği tarihte 66 maddeden meydana gelen sözleşmenin 2-18. maddeleri garanti altına alınan, yani korunan insan hak ve hürriyetleri ile bunlara getirilmesi kabul edilen kısıtlamaları belirlerken 1. madde taraf devletlerin bu konudaki sorumluluğunu tarif etmektedir.

Sözleşmenin normatif hükümlerini belirleyen ilk 19 maddesinden sonraki 20-26 maddeleri, garanti altına alınan; insan hak ve temel hürriyetlerinin korunması için öngörülen kurumları belirlemektedir.

Sözleşmeye daha sonraki tarihlerde yapılan eklemelerle, insan hak ve temel hürriyetleri genişletilirken, kurumsal hükümlerde de değişiklikler yapılmıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girişinin 40. yılında kabul edilen 11 sayılı Protokol ile kurumsal hükümler tamamıyla değiştirilmiş ve taraf olan 40 Avrupa ülkesinde ortaya çıkabilecek ihlallerle uğraşabilecek bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme 01.11.1998 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Sözleşmeye 01.05.1998 tarihi itibarıyla Almanya, Andora, Arnavutluk, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, İngiltere (Birleşik Krallık), İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Kıbrıs, Latviya, Litvanya, Lüksembourg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, San Marino, Slovakya, Slovenya, Türkiye ve Ukrayna taraftır.

Sözleşmenin 1. maddesi âkit tarafların 2-18. maddeler ile düzenlenmiş bulu-

(*) Ekonomi Doktoru

nan insan hakları ve temel hürriyetlerini, yetki alanlarındaki herkese tanımlarını öngörmektedir. Âkit olan her devlet, bu hakları; vatandaş-yabancı, özel-tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın herkese tanıyacaktır. Karşılıklılık şartı yoktur.

Prof. Dr. F. Gölcüklü'ye göre yetki alanı; devletlerin hukuki egemenlik alanları yanında, fiili yetki alanlarını da kapsamaktadır. Bir devletin uyrukları, tescil edilmiş deniz ve hava araçları dahil, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, kısmen o devletin yetkisine tabiidirler. Devletin diplomatik ajanları ve konsolosluk memurlarının üzerinde otoritelerini kullandıkları uyruk ve üçüncü şahıslar ile onların mallarının tamamı o devletin yetkisine tabii kılınmaktadır.

Taraf devletler; birinci madde ile iç hukuk sistemlerinin sözleşme ile uyumlu olmasını sağlamak için, kendi mevzuatlarında gerekli yasal değişiklikleri yapmayı üstlenmişlerdir.

Sözleşme ile teminat altına alınmış bulunan insan hakları ve temel hürriyetleri şunlardır:

Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır (madde 2). Hiç kimse işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı ceza ve muameleye tabii tutulamaz (madde 3). Hiç kimse köle, kul halinde tutulamaz, zorla çalıştırılmaz (madde 4). Her bireyin hürriyete ve gü-

venliğe hakkı vardır. Hiç kimse hürriyetinden mahrum edilemez (madde 5). Her şahıs, kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından, davasının; makul bir süre, hakkaniyete uygun olarak ve aleni dinlenmesini isteme hakkına sahiptir. Bir suçla itham olunan her şahıs, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır (madde 6). Suç ve cezanın kanuniliği (madde 7). Özel hayata ve aile yaşamına saygı (madde 8). Düşünce, vicdan ve din hürriyeti (madde 9). İfade hürriyeti (madde 10), Toplantı ve örgütlenme hakkı (madde 11). Evlenme hakkı (madde 12). Etkili başvuru hakkı (madde 13). Ayrımın yasaklanması (madde 14), Olağanüstü halde konulabilecek kısıtlamalar (madde 15). Yabancıların siyasi faaliyetlerinin kısıtlanması (madde 16). Hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması (madde 17). Hak ve hürriyetlere getirilebilecek kısıtlamaların, öngörülmuş amaçlar dışında kullanılmaması (madde 18).

Protokol No: 1

Mülkiyet hakkının korunması (madde 1). Eğitim hakkı (madde 2). Serbest seçim hakkı (madde 3).

Protokol No: 4

Akdî yükümlülüklerin hapse çevrilmemesi (madde 1). Yerleşme özgürlüğü (madde 2). Vatandaşların sınır dışı edilmemesi ve ülkeye geri gelmesinin engellenmemesi (madde 3). Yabancıların

toplularak sınır dışı edilmemesi (madde 4).

Protokol No : 6

Ölüm cezasının kaldırılması (madde 1). Savaş halinde ölüm cezası (madde 2). Ölüm cezası yasağından sapma yapılmaması (madde 3) Çekince koyma yasağı (madde 4).

Protokol No : 7

Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin usul (madde 1). Ceza davalarında temyiz hakkı (madde 2). Yanlış mahkumiyette tazminat (madde 3). Aynı suçtan dolayı ikinci bir kez yargılanmama (madde 4). Evlilikte eşlerin eşitliği (madde 5).

İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılanması Hakkında 11 nolu Protokol, 14.05.1994 günü imzalanmış olup; Türkiye tarafından 14.05.1997 tarih ve 4255 sayılı kanun ile verilen yetkiye istinaden onaylanmıştır. Bu Protokol; 01.11.1998 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olup, insan hakları ve temel hürriyetlerinin korunmasına dair hüküm ve kurumlarda önemli değişiklikler meydana getirmiş ve 66 olan madde sayısını 59 a indirmiştir.

BİREYSEL BAŞVURULAR VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Taraf devletlerin taahhütlerine uymalarını sağlamak üzere, taraf devlet sayısı

na eşit hakimden meydana gelen bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile birlikte mahkeme kalemi kurulmuş ve burada hukukçuların görev alması öngörülmüştür. Mahkemenin yetkisi, Sözleşme ve Protokollerin yorumu ve uygulanmasına ilişkin başvuruları kapsamaktadır.

Mahkemenin, başvuruları incelemek üzere 3 hakimli Komite, 7 hakimli Daire ve 17 hakimli Büyük Daire şeklinde çalışması öngörülmüştür.

Sözleşme ve Protokolleri ile garanti altına alınmış bulunan insan hakları ve temel hürriyetlerin, herhangi bir âkit tarafça ihlali halinde; bir diğer âkit taraf veya bu ihlalden zarar gören kişi, kişiler gurubu veya sivil toplum örgütü mahkemeye başvurabilir. Âkit taraflar bu başvuruları engellememeyi taahhüt etmektedirler. Başvurular, Devletler Hukukunun genel kabul gören prensiplerine göre ve iç başvuru yollarının tüketilmesinden sonra, kesin kararın alındığı tarihten itibaren 6 ay içinde yapılabilir.

İmzasız başvurular, daha önce incelenerek reddedilen ve yeni bir unsur içermeyen başvurular, Sözleşme ve Protokollerin hükümlerine aykırı, açıkça dayanaktan yoksun, başvuru hakkının kötüye kullanımı olan başvurularla, iç müracaat yolları tüketilmemiş başvurular veya müracaat süresi olan 6 aylık süre-

den sonra yapılan başvurular reddedilir.

Prof. Dr. Gölcüklü, Komisyonun, iç başvuru yollarının tüketilmiş olmasını "etkili başvuru yollarının tüketilmiş" olması olarak algıladığını ve ihlâlê çare bulmak için başvuru makamının mahkemeler olmasının şart olmadığını, hukuki sıfatı ve niteliği ne olursa olsun ihlali ortadan kaldırma yetkisine sahip bulunan merciine gidilmiş olmasını, tüketme için yeterli addedildiğini, geçmiş dönemle ilgili olarak ifade etmektedir.

3 hakimli Komite bireysel başvuruların oy birliği ile kabul edilemez olduğuna veya kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Bu kararların temyizi mümkün olmayıp kesindir.

Komite tarafından reddedilmeyen bireysel başvurular ile devlet başvuruları, bir Daire tarafından incelenerek karara bağlanır. Daire tarafından incelenmekte olan bir davada Sözleşme ve Protokollerin yorumu konusunda ciddi sorunlar doğar veya karar önceki kararlar ile çelişirse, dava; karar aşamasından önce tarafların kabulü ile Büyük Daireye intikal ettirilir.

Daire ve Büyük Daire önündeki davalarda vatandaşı taraf olan devlet, yazılı görüş sunma ve duruşmalarda bulunma hakkına sahiptir.

Mahkeme, yargılamanın her safhasında

başvuru sahibinin davasını takip etme niyetinde olmaması, sorunun çözümlenmesi veya başka nedenlerle devama gerek görülmemesi halinde, başvuruyu kayıttan düşürebilir.

Kabul edilebilir bulunan başvuru incelemeye alınır ve haklı bulunursa; öncelikle dostane çözümler için çaba harcanır. Mahkeme, Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edilmiş olduğuna karar verir ise ve ilgili devletin iç hukuku kısmi telafi öngörüyor ise hakkaniyete uygun bir tazminat için karar alabilir.

Daire kararları, tarafların istemi ile Büyük Daireye intikal ettirilebilir. Bunun süresi 3 aydır. Büyük Daire bünyesinde, 5 hakimli bir alt kurul talebi inceler ve Sözleşme ile Protokollerinin yorumuna ilişkin veya genel nitelikli ciddi bir sorun varsa, intikal talebi kabul edilir. Hüküm ve kararların gerekçeli olması zorunludur.

Âkit taraflar mahkemenin kesin kararlarına uymayı taahhüt ederler. Bireysel başvuru hakkının kabulü ile mahkemenin zorunlu yargı yetkisine ilişkin eski hükümler, yeni düzenlemede yer almamaktadır.

Mahkeme kararlarının uygulanması, Avrupa Konseyinin iki organından biri olan Başkanlar Komitesinin gözetiminde yapılmaktadır.

SÖZLEŞME ve GÖÇMEN İŞÇİLER

Sözleşme ve Protokolleri ile düzenlenmiş bulunan insan hakları ve temel hürriyetlerden göçmen işçiler ve onların aile fertleri de yararlanmaktadır.

Sözleşmenin 14. maddesi bu hak ve hürriyetlerin kullanılmasında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, politik veya diğer düşünce, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlıklara mensubiyet servet, doğum veya diğer statüler nedeniyle ayırım yapılamayacağını öngörmektedir. Sözleşme ve Protokolleri ile garanti altına alınmış bulunan insan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili olarak yapılan farklı işlemin, meşru bir amaca dönük olması gerekmektedir. Objektif ve kabul edilebilir bir gerekçesi olmayan farklı işlemler, 14. madde kapsamına giren ayırım olarak kabul edilmektedir.

Sözleşmenin 16. maddesi yabancıların siyasi faaliyetlerine kısıtlama getirilebileceğini öngörmüştür. Ancak sözleşmenin 11. maddesi ile garanti altına alınan toplanma ve örgütlenme hakkından göçmen işçilerin de yararlanacağı açıktır.

3. madde gereği göçmen işçilerin ve aile fertlerinin de işkence, gayri insani ve haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabii tutulmaması gerekmektedir. Göçmen işçilerin zorla çalıştırılmaları yasaktır. Göçmen işçiler, 5. maddede sayılmış bulunan hallerde tutuklanabilirler. Yargılanma ve sanık hakları ile il-

gili olarak 6. maddede yer alan hususlar göçmen işçilere de uygulanacaktır.

Özel hayata ve aile yaşamına saygı gösterilmesini öngören 8. maddeden göçmen işçiler ve aile fertleri de yararlanacaklardır. Bu madde bir aile ferдинin sınırı dışı edilmesinde çok önemli bir role sahiptir. Zira bazı hallerde sınır dışı edilme kararları aile yaşamına müdahale olarak yorumlanabilmektedir. 8. madde kişilere, aile yaşamı için en uygun görülen ülkeye yerleşme hakkı vermediği gibi, âkit tarafları; evli çiftlerin ikamet için ülke tercihlerine izin vermek, vatandaş olmayan, reşit olsun olmasın diğer aile fertlerinin de yerleşmelerine rıza göstermek gibi mükellefiyetler altına da sokmamaktadır⁽¹⁾.

Berrahab davasında mahkeme, ülkeye girme yasağını aile yaşamına gereksiz müdahale olarak değerlendirmiştir. Ancak; kamu düzeni gerekçesiyle sınır dışı etme kararları 8. madde kapsamında görülmemiştir. Entegre olmuş yabancılarla ilgili sınır dışı kararlarında başarı ile kullanılabilen 8. madde, ülkeye girmesine izin verilmeyen aile fertleri ile ilgili olarak aynı başarıyı gösterememiştir. 8. madde uygulamasında aile bağları yanında sosyal ilişkilerde gözönünde bulundurulmaktadır. Toplumsal yaşamla bütünleşme incelenirken akrabalar, dostlar, dil ve kültürle olan bağlar göz

(1) S. Farran, Avrupa Hukuku Dergisi.

önüne alınarak, ailenin diğer ülkede yaşamasının yaratacağı güçlükler tespit edilmektedir.

Sözleşmenin 13. maddesinde öngörül-
müş bulunan 'etkin başvuru', şikayetin
sonuçları ile birlikte bağımsız ve taraf-
sız bir mercii tarafından incelenmesini
içermektedir. Böyle bir merciin yoklu-
ğu mahkemeye başvuru için yeterli ge-
rekçe oluşturmaktadır.

Yabancıların sınır dışı edilmelerini u-
sule bağlayan 7 sayılı Protokolün 1.
maddesi Türk işçilerinin bulunduğu ül-
kelerden sadece Avusturya, Danimar-
ka, Finlandiya, Fransa, İsveç, İsviçre ve
Norveç tarafından onaylanmış bulun-
maktadır. Bu ülkelerde yasal olarak bu-
lunan vatandaşlarımız, hukuka uygun
olarak alınan bir karar sonucu sınır dışı
edilebilirler. Bu kişilerin, neden sınır dı-
şı edilmemeleri gerektiğine dair görüş
belirtme, sınır dışı kararının yeniden
gözden geçirilmesini isteme ve bu a-
maçla yetkili kişi veya kurum önünde
temsil edilme hakkına sahiptirler. An-
cak, bu madde; kişilerin kamu düzeni
veya kamu güvenliği gerekçesi ile sonu-
cu beklemeden sınır dışı edilmelerini
engellemektedir.

Ailenin tamamının aynı ülkede olması
halinde başvurulacak 8. madde vatan-
daşlarımızın göçmen işçi olarak bulun-
duğu bütün ülkelere kabul edilmiştir.

Göçmen işçilerin, Sözleşme ve Proto-
kolleri kapsamında sahip oldukları di-
ğer bir hak, sosyal güvenliktir. Primli
sosyal güvenlik sistemleri altında elde
edilen ödenek hakkı, 1 sayılı Protoko-
lün 1. maddesindeki mülkiyet hakkı o-
larak kabul edilmektedir. Doğrudan
doğruya ödenen prime bağlı olan sos-
yal güvenlik ödenekleri hakkı, mülki-
yet hakkının parçası olarak, maddi taz-
minat talepleri gibi Sözleşme ile ko-
runmaktadır. Ve bu noktada vatandaş
olmama gerekçesi ile yapılan farklı iş-
lem, yani hak kaybı, Sözleşmeye aykırı
bir ayırımdır ve başvuruya konu yapı-
labılır⁽²⁾.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, bir
Türk işçisinin, Hollanda aleyhine yap-
mış olduğu 11733/85 sayılı başvurusu-
na ilişkin 06.05.1986 tarihli kararında,
prim ile bağlanan sosyal güvenlik öde-
neği arasında doğrudan bir bağ olma-
ması halinde kişinin, belli bir fonda
talep edilebilir ve tefriki mümkün bir
paya sahip olamayacağı ve bu nedenle
ödenek hakkının "servet veya var-
lık" addedilebilecek bir mülkiyet hakkı
olamayacağını öngörürken, yine bir baş-
ka Türk vatandaşının, kanuni işsizlik ö-
deneği sonrası işsizlik yardımının, va-
tandaş olmadığı gerekçesi ile verilme-
mesi üzerine Avusturya aleyhine yap-

(2) Başvuru adresi: European Court of Human
Rights Strasburg FRANSA Konsolosluk fax:
(10) 411 44 17

mış olduğu 39/1995 sayılı başvuruda "bir ülkeye girerek çalışma izni verilen yabancıların, yürürlükteki sigorta sistemine vatandaşlarla aynı şartlarda prim ödemeleri halinde, vatandaşlığa dayalı olarak yapılan işlem farklılığının, objektif ve makul bir gerekçesi olamaz" denilerek, vatandaşımız lehine karar vermiş ve bu karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de teyit edilmiştir.

Ayırım; özellikle cinsiyete dayalı veya vatandaşlık esaslı ayırım, uluslararası hukukta tasvip görmemektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) bu konuda pek çok kararı vardır. (ABAD), C-308/93 sayılı Cabanis-Issarte & SVB davasındaki kararında; 1408/71 sayılı Tüzüğün 3. maddesindeki işlem eşitliği hükmünün; işçi, işçi ailesi veya dul ve yetimi arasında ayırımı yasakladığına hükmederken, C-126/95 sayılı Halluzi-Choho & SVB davasındaki kararında, Magrip Ülkeleri İşbirliği Anlaşmasının 41. maddesindeki ayırım yapılmaması hükmü gereği Fas vatandaşlarının, Birlik üyesi devlet vatandaşları ile aynı işleme tabii tutulmasına karar vermiştir. Karar, İşbirliği Anlaşmasında yer alan işlem eşitliği prensibi nedeniyle sosyal güvenlik ile ilgili hususlarda Anlaşma kapsamındaki kişilerin eşit işlem hakkına sahip olduklarını öngörmektedir.

European Law Review isimli derginin Ağustos 1997 sayısında ABAD'ın C-

277/94 Taflan-Met, Altun-Başer, Andal Buğdaycı ve O. Akol (hepsi de dul eş ve malul işçi) & SVB davasındaki 10.09.1996 tarihli kararını inceleyen Essex Üniversitesi öğretim üyesi S. Peers, ABAD'ın, sosyal güvenlikte eşitlik öngören Avrupa Birliği Anlaşmalarının -ki bunlar birlik mevzuatını oluşturmaktadır-, doğrudan uygulamaları için uygulama yönetmeliği gerektirmediğine dair içtihatları nedeni ile ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 3. maddesinin ayırımı yasaklamakta oluşu sebebiyle, Taflan-Met kararının yanlış olduğunu ifade ederek, konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürülmesi halinde lehte bir karar alınabileceğini ileri sürmektedir.

Almanya'daki bir Türk vatandaşının çocuk parası konusunda maruz kaldığı C-262/96 sayılı davada, Komisyonun görüşünü Katma Protokolün 37. maddesine dayandırmaya çalışması, 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının uygulanmasının, daha bir süre erteleneceği şeklinde anlaşılmalı ve konuya ilişkin olarak görüş istenilen Avrupalı hukukçular yerine daha iyilerinin bulunmasına gayret gösterilmelidir.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; göçmen işçiler ve aileleri için pek çok hak sağlamıştır. Ayrıca, 97 sayılı İLO sözleşmesi; Batı Avrupa'daki ülkelere onaylanmış olmakla, vatandaşlarımızın

bu ülkelerde maruz kaldıkları ayrımcılığı İLO'ya götürebilmeleri yolu açılmıştır.

Yurt dışında bulunan vatandaşlarımızdan Batı Avrupa'da bulunanların sosyal güvenlikleri:

1. İkili anlaşmalarla,
2. İLO'nun çeşitli sözleşmeleri ile,
3. Avrupa Konseyinin ilgili sözleşmeleri ile, OECD kararlarıyla (aylıkların ücretsiz transferi gibi),
4. Avrupa Birliği ile olan anlaşma ve kararlarla sağlanmıştır.

Bakanlığın yurt dışı teşkilatı personeli, yukarıdaki anlaşmalardan hangisinin uygulanması gerektiğini bilememekte, ihtilafların pek çoğundan haberi dahi bulunmamaktadır. Olayların üzerine gidilirken, sadece ikili sözleşmeler kapsamında kalınmakta, yukarıda belirtilen anlaşmaların hiyerarşisi bilinmemektedir. Bu nedenle de; problemlere çözüm bulunamamakta, olumlu sonuca gidilememektedir. Örneğin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Araştırma Planlama Koordinasyon Başkanlığı tarafından yayınlanan dergide, (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Dergisi Ekim-Aralık 1998) Türkiye tarafından onaylanmış olan ve 01.11.1998 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş bulunan, 11 nolu Protokole hiç değinilmemektedir. Oysa; 11 nolu Protokol, Sistemde; "bi-reysel başvuru hakkı" na ilişkin olarak çok önemli değişiklikler yapmaktadır.

Bu değişikliklerin Bakanlığın dikkatinden kaçmış olması son derece vahimdir.

3/80 sayılı ortaklık kararına ilişkin davada adı geçen O. Akol, bir süre Hollanda'da çalıştıktan sonra, Almanya'da çalışmaya başlamış ve iş kazası sonucu malûl olmuş ve Almanya; bu vatandaşımıza ödenek bağlarken, Hollanda ise o tarihte; söz konusu şahsın Hollanda sigortasına tâbi olmadığı gerekçesi ile, ödenek talebini reddetmiştir. Avrupa Konseyi sosyal güvenlik ara anlaşmaları gereği vatandaşımızın; 29.03.1951 tarihli Almanya-Hollanda sosyal güvenlik sözleşmesinin hükümlerinden yararlanmış olması ve Hollanda'daki çalışmalarının Almanya'da geçmiş gibi, bu ülke tarafından da hesaba katılması gerekirken, aksine karar verilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) bu davadaki kararını yabancı hukukçular; sözleşme hükümlerine ve mevzuata aykırı olduğu şeklinde değerlendirirken, Bakanlık, bu konuda hiçbir girişimde bulunmamış, bu suretle, yanlış açılan bir dava sonucu; Divandan Türkiye aleyhine bir karar çıkmıştır. Bu yanlışlıkta ısrar edileceğine dair işaretler alınmaktadır.

Kanımızca; giderek, Türkiye aleyhine daha olumsuz sonuçlar doğmaması bakımından, Bakanlığın; yurt dışı teşkilatını yeniden gözden geçirmesi, teşki-

latta görev alacak personelin siyasi kaygılardan uzak, ehil kişilerden seçilmesine özen göstermesi yerinde olacaktır.

İnsan Hakları Mahkemesine başvurularda, "iç başvuru yollarının tüketilmesinin" "etkili başvuru yollarının tüketilmesi" olarak algılanması ve "ihlale çare bulmak üzere başvurulmuş makamın, mahkemeler olmasının şart olmadığı" hususu son derece önemlidir. Hukuki sıfatı ve niteliği ne olursa olsun, ihlali ortadan kaldırma yetkisine sahip merci'ye gidilmesinin, "başvuru yollarının tüketilmesi" için yeterli addedilmesi hususunun bilinmesi de, ülkemizde

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bundan böyle yapılacak başvurular için yepyeni ve şimdiye kadar bilinmeyen çok önemli bir kapı açacaktır.

KAYNAKLAR

* Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, İnsan Hakları ve Temel Hürriyetleri Sözleşmesi.

* Doç. Dr. Ömer MADRA, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı.

* 39/1995/545/631 sayılı başvuruya ait 16.09.1996 tarihli mahkeme kararı (European Law Review).