

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI

**AIHM KARARLARI IŞIĞI ALTINDA
ETKİLİ VE ETKİN BİR İDARİ YARGI DENETİMİ**

Yüksek Lisans Tezi

Jale Kalay

Ankara-2007

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI

**AIHM KARARLARI IŞIĞI ALTINDA
ETKİLİ VE ETKİN BİR İDARİ YARGI DENETİMİ**

Yüksek Lisans Tezi

Jale Kalay

Tez Danışmanı
Prof.Dr. Metin Günday

Ankara-2007

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI

**AIHM KARARLARI IŞIĞI ALTINDA
ETKİLİ VE ETKİN BİR İDARİ YARGI DENETİMİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

....Prof. Dr. Metin GÜNDAY.....

.....

....Prof. Dr. Erdal ONAR.....

.....

....Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi19 Şubat 2007.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
ÖNSÖZ	V
KISALTMALAR	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK İDARE HUKUKUNDA İDARİ İŞLEM VE İDARİ İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

I. İdari İşlemler	20
A. İdari İşlem Kavramı	20
B. İdari İşlemlerin Diğer Kamu Hukuku İşlemlerinden Ayırt Edilmesi	22
1. Yasama İşlemleri	22
2. Yargı İşlemleri	23
3. Yürütme İşlemleri	26
C. İdari İşlemin Nitelik ve Özellikleri	28
1. İdari İşlemin Tek Yanlılığı	28
2. İdari İşlemin Kanuniliği	30
3. İdari İşlemin Uygulanabilirliği	31
D. İdari İşlemlerin Sınıflandırılması	31
1. Düzenleyici İşlemler-Genel İşlemler-Birel İşlemler	33
a. Düzenleyici İşlemler	33
b. Genel İşlemler	34
c. Birel İşlemler	35
2. Tek Yanlı İşlemler-İki Yanlı İşlemler	36
a. Tek Yanlı İşlemler	36
b. İki Yanlı İşlemler	37
E. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri (Kamu İhaleleri)	39

II. İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi	42
A. İdari İşlemlerin Genel olarak Yargısal Denetiminin Gereği	42
B. Türkiye'de İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi	44
1. Türk İdari Yargısının Kaynağı	46
2. Türk İdari Yargısının Özellikleri	47
a. Yazılı olma	48
b. Mahkemenin Re'sen Araştırma Yapması ve Yargılamayı Bizzat Yürütüp Yönetmesi	49
c. Gizlilik	50
d. İdari Davaların Açılmasının, Dava Konusu Edilen İşlemlerin Yürütülmesini Durdurması	51
e. Az Masraflı Oluşu	51
f. Muhakemenin Kamuya Faydalılığı	52
3. Tüm İdari İşlemlerin Yargı Denetimine Açıklığı Kuralı	53
4. İdari Yargı Yolu Kapalı İşlemler	59
a. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemler	62
b. Yüksek Askeri Şura Kararları.....	71
c. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları	84
d. Disiplin Cezaları	91

İKİNCİ BÖLÜM

AİHM KARARLARI IŞIĞI ALTINDA İDARİ YARGI YERLERİNİN

ÖRGÜTLENMESİ VE NİTELİKLERİ

I. İdari Yargı Yerlerinin Örgütlenmesi	99
A. Danıştay	99
B. Bölge İdare Mahkemeleri	112
C. İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri	115
D. HSYK'nın ve Adalet Bakanlığı'nın İdari Yargı Yerleri Üzerindeki Yetkileri	117

II. AİHM'ye Göre İdari Yargı Yerlerinin Nitelikleri ve Türkiye'deki Durum	125
A. AİHM'ye Göre Mahkeme Kavramı	125
B. Mahkemelerin Bağımsızlığı	135
1. Mahkeme Üyelerinin Nitelikleri	139
2. Mahkemenin Çifte Rol Üstlenmesi	146
3. Uzmanlık Mahkemeleri	149
C. Mahkemelerin Tarafsızlığı	154
1. Objektif Tarafsızlık	155
2. Sübjektif Tarafsızlık	158
3. Mahkeme Üyelerinin Farklı Rol Üstlenmesi	160
D. Yargıç Güvencesi	163
1. Mahkeme Üyelerinin Atanma Biçimleri ve Güvenceleri	166
2. Mahkeme Üyelerinin Görev Süreleri ve Görevden Alınamamaları	166
E. Türk Hukukunda Durum	169

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AİHM KARARLARI İŞİĞİ ALTINDA İDARİ YARGI DENETİMİNİN ETKİNLİĞİ

I. İdari Yargı Yerlerine Başvurma Açısından İdari Yargı Denetiminin Etkinliği.....	177
A. Yargı Organına Başvurabilme Hakkı ve Adil Yargılama	177
1. Genel Olarak Mahkemeye Başvurabilme Hakkı ve Adil Yargılama	178
2. AİHM'nin İdari Uyuşmazlıklar Konusunda Yaklaşımı	194
B. Yargı Organına Başvuruda Sınırlamalar	215
1. Doğrudan Sınırlamalar	215
a. <i>Yargı Yolu Kapalı İşlemler</i>	216
b. <i>Kısıtlı Yargı Yetkisinin Bulunması</i>	232
2. Dolaylı Sınırlamalar	239
a. <i>Dava Açma Süresinin Kısıtlılığı</i>	240
b. <i>Adli Yardım Verilmemesi</i>	243

II. İdari Yargı Organlarınca Yapılan Denetimin Etkinliği ve Etkileri	245
A. Adil Yargılama Bağlamında Etkili Bir İdari Yargı Denetimi	245
1. Aileni Yargılama Yapılması	246
2. Hakkaniyete Uygun Yargılama Yapılması	259
a. Silahların Eşitliği İlkesi	259
b. Avukat Yardımı	277
c. Gerekçeli Karar	282
3. Adil Yargılama Güvencelerinin Tanınması	286
4. Makul Sürede Yargılanma Hakkı	287
B. AİHM Kararlarının Etkili İdari Yargı Denetimine Etkileri	296
1. AİHM Kararlarının Hukuki Sonuçları	296
2. AİHM Kararlarının Türk İdari Yargısına Etkileri	301
SONUÇ	320
KAYNAKÇA	321
TEZ ÖZETİ	i
ABSTRACT	ii

ÖNSÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri, insan hakları için uluslararası güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası uğraşların bir ürünüdür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idari yargı alanına giren pek çok konuyu Sözleşmenin 6'ncı maddesinde yer alan "medeni hak" kavramı içine katarak incelemeye başlamıştır.

Bu çalışmada, hukuk devleti ilkesinin gereği idarenin eylemlerinin yargı denetimine açık olması, bu denetimi yapacak organının nitelikleri ve bu denetimin etkinliğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar doğrultusunda tahlili ve eleştirisi oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, belirtilen tanımlamaları ve kriterleri belirleyebilmek üzere AİHM'nin idari yargıya ilişkin içtihatları taranmış, yeterli karar bulunmayan alanlarda, Mahkemenin adli yargı alanındaki içtihatlarından yararlanılmıştır. Böylece, idari yargı alanında Ülkemizde etkin ve etkili bir idari yargının gerekliliği konusunda mevcut eksikliklerden bahsedilerek, AİHM'nin kriterleri çerçevesinde giderilmesi gereken noktalar üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

Yaklaşık bir yıllık çok ciddi bir araştırma ve çalışma sonunda, gerek dayandığı literatür ve gerekse yararlanılan içtihatlar bakımından büyük bir emek mahsulü olan tezimin ortaya çıkmasında, sonuçlanmasında her türlü desteğini ve güvenini esirgemeyen Danışmanım Sayın Prof. Dr. Metin GÜNDAY'a sonsuz teşekkürlerimi sunmak isterim.

Bu vesileyle, eserin ortaya çıkması sırasında her türlü teknik yardımda bulunan Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığında görevli Emniyet Amiri Nizam Kabar'a;

İçinde bulunduğum süreçte bana her türlü desteği sağlayan, yönlendiren, inanan, eşsiz insan anne ve babama minnet dolu teşekkürlerimi sunarım.

KISALTMALAR

a.g.e: Adı geçen eser

a.g.k: Adı geçen karar

a.g.m: Adı geçen makale

AİHK: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHM Kararına atıf: Başvuranın adı/Devletin adı, karar tarihi, (yayın organı sayfası web adresi), başvuru numarası, paragrafı, şeklinde yapılmıştır.

AMKD: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi

AÜSBF: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

AYİM: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

AYİMKD: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Dergisi

bkz: Bakınız

C: Cilt

DD: Danıştay Dergisi

E: Esas

GATA: Gülhane Askeri Tıp Akademisi

HSYK: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

K:Karar

md: Madde

no: Numarası

para: paragraf

s: sayfa

S: sayı

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

vd: ve diğeri

YAŞ: Yüksek Askeri Şura

GİRİŞ

İdare hukuku, Kara Avrupası ülkelerinde özellikle XIX yüzyılın sonlarına doğru gelişmeye başlamış bir hukuk dalıdır. Türkiye’de yönetim hukuku, Osmanlının Tanzimat dönemleri içerisindeki batılılaşma çabaları içinde, Fransa örnek alınarak, hukuk sistemindeki yerini almıştır.¹ İlk alınışında olduğu gibi bugün de idare hukukumuz geniş ölçüde Fransız Hukukunun etkisinde olmakla birlikte, özgün bir gelişme göstermektedir. Türkiye’de idare hukukunun temel anlayışı, Fransa’dan farklı olarak, biçimsel anayasalarda yer alır, yönetime yön veren bir çok kurala biçimsel anayasada yer verilmiştir².

Türk idare hukukunun ana kaynağı 1982 Anayasası’dır. İdare hukuku sistemi yazılı hukukun üstünlüğü ilkesine dayanır. Bunun yanı sıra yargı yerlerinin kararları da hukukun oluşmasına “içtihatlar” yolu ile etkili olmaktadır. Fransız idare hukukunu, büyük ölçüde Fransız Danıştay’ının (Conseil d’Etat) içtihatları geliştirmiştir. Türkiye’de de durum Fransa’dakine benzer nitelikte olup, Danıştay idare hukukunun gelişmesine çok etkili olmaktadır. Türkiye’nin organik idari yapısı da Fransa’ninkine benzemektedir; merkeziyetçidir, federal değildir, ancak Fransa’daki gibi yarı başkanlık sistemi değil, parlamenter sistem geçerlidir.

¹ S.Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 18.baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s.14.

² S.Gözübüyük, a.g.e, s.19.

Türkiye’de adli yargıdan ayrı bağımsız bir idari yargı sistemi geçerlidir; uyuşmazlıklar adli mahkemelerden ayrı olarak idare mahkemelerinde, farklı yöntemler ve kurallarla çözümlenir. İdari yargı ile ilgili olarak 1982 tarih ve 2577 Numaralı İdari Yargılama Usulü Kanunu yürürlüktedir. İdari yargıdaki en yüksek mahkeme konumundaki Danıştay ilk defa 1868 yılında kurulmuş, böylelikle adliye mahkemelerinin yanında bir de idari yargı kabul edilmiştir.

Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde idarenin demokratikleşmesi ve şeffaflaşmasını gerçekleştirmek, kamu hizmetinden yararlananlara katılma, dinlenilme, bilgi edinme ve idareye başvurma haklarının tanınmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek, idarenin, halkı hukuk hakkında sürekli olarak bilgilendirmesini sağlamak, yönetim sürecine kamunun katılmasını mümkün kılmak, hukukun işlerliğini güçlendirmek suretiyle, idarî işlemlerin yapılmasında yetki ve sorumluluk belirsizliklerini gidermek, işlemlere açıklık kazandırmak ve denetim kolaylığını sağlamak amacıyla hazırlanıp, 19/11/2003 tarihinde Başbakanlığa sunulan Genel İdarî Usul Kanunu Tasarısı hakkında, Başbakanlık tarafından iletilen görüşlerin değerlendirilmesi amacıyla oluşturulan Komisyon, çalışmalarına halen devam etmektedir.³

Anayasanın 125’inci maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağı kurala bağlanmakla birlikte, nitelikleri itibariyle idari uyuşmazlık konusu olabilecek bazı idari işlemler

³ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/uzerindecalisilan.htm>, (Erişim Tarihi 20 Kasım 2005)

Anayasa gereğince tamamıyla yargısal denetim dışında bırakılmışlardır.

Bunlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir :

- a) Yüksek Hakem Kurulu kararları (54. md)
- b) Yüksek Seçim Kurulu kararları (79. md)
- c) Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (125. md)
- d) Memurlara verilen uyarma ve kınama cezaları (129. md)
- e) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (159. md)
- f) Sayıştay kararları (160. md)
- g) Yüksek Askeri Şura kararları (125. md)
- h) Milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen, Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar.(125. md)

Her ne sebeple olursa olsun, bir takım idari işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılması sadece ülkemize has bir hukuki düzenleme değildir. Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi ülkelerinde, sorumsuz bir Devlet başkanının varlığının kabulü ile onun bazı işlem ve eylemlerine tanınmış bir ayrıcalıktır. Ancak, günümüzde Devlet başkanının bu nitelikteki işlemlerinin niteliği ve niceliği daraltılarak, Hukuk Devleti ilkesinin zedelenmesinin önüne geçilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir.

Avrupa Konseyi, bir Avrupa işbirliği örgütü olarak, 5 Mayıs 1949'da kurulmuştur. Türkiye ise kısa bir süre sonra 8 Ağustos 1949'da, Avrupa

Konseyine üye olmuştur. Günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye 46 devlet bulunmaktadır.

Avrupa Konseyinin amacı, üye devletlerin ortak mirasları olan ideal ve ilkeleri korumak ve onları gerçekleştirmek için ekonomik, kültürel, toplumsal, bilimsel, hukuksal ve yönetsel alanlarda işbirliği yapmalarını sağlamaktır.

Avrupa Konseyinin iki temel organı vardır. Oybirliği ile karar alan ve her üye devletin Dışişleri Bakanının katıldığı "Bakanlar Komitesi" karar organıdır. Bakanlara vekaleten toplanan Delegeler Komitesinde, üye devletlerin Avrupa Konseyi nezdinde Daimi Büyükelçiliklerinde görevli temsilcileri yer almaktadır.

Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı ile insan hakları alanında Avrupa standartlarının oluşumunu sağlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu standartların oluşumuna verdiği kararlar ile katkıda bulunmaktadır.

Konseyin yukarıda belirtilen alanlardaki çalışmaları genellikle Sözleşme ya da Protokoller hazırlanması ile sonuçlanmaktadır. Halen 200 Sözleşme ve Protokol hazırlanmış; bunların 174 tanesi yürürlükte bulunmaktadır.⁴ Sözleşme ve Protokollerin amacı ortak değerlere ve kurallara sahip bir Avrupa Hukuk Düzeni oluşturulmasını sağlamaktır.

⁴ Bkz. Avrupa Konseyi sitesi sözleşmeler bürosu internet adresi : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>

Avrupa Konseyi, hukuk alanındaki etkinliğini antlaşmalar, kararlar ve tavsiye kararları yoluyla göstermektedir. Antlaşmaların hukuki alanda işbirliğinin yanında pek çok ikili antlaşmanın yerini alması dolayısıyla basitleştirici etkisi de vardır. Bu konuya verilebilecek en güzel örnek Avrupa Konseyinin ceza alanındaki en önemli antlaşmalarından biri olan Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesine taraf olan 2 ülke arasında suçlu iadesine yönelik ikili antlaşma olsa dahi, işlemler çok taraflı antlaşma hükümleri uyarınca yapılmaktadır.

Sözleşme ya da antlaşma düzenlenemeyen ya da düzenlenmesine gerek olmayan alanlarda ise ortak ilkelerin belirlenmesi için, Avrupa Konseyi Statüsünün 15. maddesi gereği, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ulusal yasama organlarına ve idarelere belirlenen hususlarda ölçüt oluşturmak üzere “tavsiye kararları” (recommendations) çıkarır. Aynı şekilde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de tavsiye kararları alabilir. Bu tavsiye kararlarının bağlayıcı olmadığı söylenebilirse de Avrupa Konseyi Statüsünün 15/b maddesi hükmüne göre Bakanlar Komitesi üye devletlerden tavsiye kararlarının nasıl uygulandığını bildirmelerini isteme yetkisine sahiptir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin çıkardığı “tavsiye kararı” (recommendation), Parlamenterler Meclisi Usul Kurallarının 27’nci maddesine dayanan, uygulanması Parlamenterler Meclisi alanının dışında olup hükümetlere düşen, Bakanlar Komitesine yönelik tavsiyeleridir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararı (resolution), Bakanlar Komitesinin kendi sorumluluk alanına giren bir konuda aldığı karar veya bildirdiği görüştür. Ayrıca, bir devletin Avrupa Konseyi'ne üye olmaya davet edilmesi de Bakanlar Komitesi kararı ile olmaktadır. Öte yandan, Bakanlar Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 54'üncü maddesiyle kendisine verilen görevleri de "karar" (resolution) yoluyla yerine getirmektedir.

Avrupa Konseyi, üye devletler idare hukuklarının uyumlaştırılmasına, bu çerçevede Avrupa idare hukukunun oluşumuna da katkıda bulunmaktadır.

Bu bağlamda, Avrupa Konseyinin idare hukuku alanında kabul ettiği beş antlaşmanın⁵ yanısıra dört adet karar (resolution) ile oniki adet tavsiye kararı (recommendation) bulunmaktadır.⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri, insan hakları için uluslararası güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası uğraşların bir ürünüdür. Sözleşmede bu güvencenin, yargısal kapsamda "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince" gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu organlar, Sözleşmenin imzalanması ve bunun ardından yürürlüğe girmesiyle aynı zamanda çalışmalarına

⁵ 1977 tarihli 92 ve 94 nolu Sözleşmeler, 1978 tarihli 100 nolu Sözleşme, 1988 tarihli 127 nolu Sözleşme, 2001 tarihli 179 nolu Sözleşme.

Bkz : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=22&CM=7&CL=ENG>

⁶ Akıllıoğlu T., "İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü", <http://www.idare.gen.tr/akillioğlu-insan.htm> (26/12/2005) Anılan Bakan Delegeleri Tavsiye kararları ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Kararları hakkında detaylı bilgi için bkz. : Karahanoğulları, Ö.E., "Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku", Danıştay Dergisi, S.106.

başlayamamıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için, taraf devletlerce 4/11/1950'de imzalanmasından sonra 66'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına uygun olarak en az onunun onaylaması zorunluluğu belirlenmiştir. Bu zorunluluğun yerine getirilmesi 3/9/1953'te tamamlanmıştır. Böylece, imzalanmasından yürürlüğe girmesine kadar üç yıla yakın bir zaman geçmiştir. 18 Mayıs 1954'te Komisyonun kurulması tamamlanmıştır ve aynı tarihten itibaren çalışmaya başlamıştır. Mahkemenin kurulması ise, daha sonraya kalmıştır. Bunun nedeni, Sözleşmenin 56'ncı maddesine göre Sözleşmeyi imzalayıp onaylayan devletlerden en az sekizinin, Mahkemenin “zorunlu yargı yetkisini” tanıdıklarını bildirme zorunluluğunun yerine getirilmesindeki gecikmedir. Adı geçen maddeye uygun şekilde “yargı yetkisini tanıma” bildirimini 3 Eylül 1958'de ancak gerçekleştirebilmiştir. Kuruluşu 21 Şubat 1959'da tamamlanmış ve çalışmaya başlamıştır. İlk kararını da 1961'de Lawles/İrlanda başvurusunda vermiştir.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini 10 Mart 1954'te kabul eden bir Yasa ile onaylamıştır⁷, onay belgesinin 18 Mayıs 1954'te Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmesi ile Sözleşme Türkiye için yürürlüğe girmiş ve Türk hukuku ile bütünleşmiştir. 21 Nisan 1987'de İnsan Hakları Komisyonuna “bireysel başvuru hakkını”⁸, 3 yıl için kimi çekincelerle kabul etmiş; daha sonra 24 Ocak 1990 tarih ve 90/82 sayılı Bakanlar Kurulu kararına dayanılarak 3 yıl için yenilenmiştir. Bakanlar Kurulu bireysel başvuru

⁷ 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı Yasanın yayımlandığı 19/03/1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete.

⁸ Bireysel başvuru hakkı 22/01/1987 tarih ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile tanınmıştır. 21/04/1987 tarih ve 19438 sayılı Resmi Gazete'de Dışişleri Bakanlığının bir tebliğ olarak yayımlanmıştır.

hakkını tanırken ileri sürdüğü çekinceleri 27 Nisan 1992 tarih ve 92/2982 sayılı kararı ile kaldırmıştır.

Türkiye, İnsan Hakları Mahkemesinin “zorunlu yargı yetkisini” 25/09/1989 tarih ve 89/14563 sayılı Kararname ile 3 yıl için tanımış, daha sonra bu yetkinin 22/01/1993 tarihinden itibaren aynı koşullarda 3 yıl daha devamına karar vermiştir.⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6'ncı maddesi hazırlanırken, çalışma grubu, idari yargının ve dolayısıyla idare hukukunun Sözleşme denetiminin dışında tutulmasını kabul etmiştir. Bunun gerisindeki amaç, anılan tarihte gelişmekte olan idare hukukunun Avrupa Konseyi'ni oluşturan ülkelerde farklı sisteme tabii olması ve ulusal ya da yerel nitelikte ve her ülkenin kendine özgü idari yapıya sahip olması idi. 1980'lere gelindiğinde bu anlayış değişime uğramıştır. AİHM, idari yargı alanına giren pek çok konuyu Sözleşmenin 6'ncı maddesinde yer alan “medeni hak” kavramı içine katarak incelemeye başlamıştır.

11. Protokol'ün kabulü ile Komisyon ve Divan'ın kaldırılarak tek dereceli bir yapının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işlemeye başlaması sonrasında da yeni Mahkeme, eski Divanın geliştirdiği yorum yoluyla pek çok kavrama kararlarında yer vermiştir. Bir taraftan Avrupa Kamu Düzeni teriminden bahsedilirken, diğer taraftan Avrupa Konseyi Sözleşmeleri

⁹ Bakanlar Kurulu'nun 08/01/1993 tarihli kararı 30/01/1993 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ve Bakan Delegeleri Tavsiye Kararları ile Avrupa Yönetim Hukuku ilkeleri de belirlenmeye çalışılmıştır.

AİHS, kişinin adil (doğru) yargılama isteme hakkını “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzluklar” (özel hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülükler) ve “cezai alanda yöneltilen isnatlar” (ceza davaları) olmak üzere iki alanla sınırlamıştır. “Medeni hak ve yükümlülükler” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu yetmişli yıllarda tartışılmış ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Divanı tarafından medeni hak ve yükümlülüklerden “özel hukuktan” kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin anlaşılması gerektiği içtihat edilmiştir.

6'ncı maddede sözü edilen “medeni hak ve yükümlülükler” ve “ceza isnatları” kavramları, AİHS'deki diğer kavramlar gibi, ulusal niteleme ve değerlendirmeden bağımsız, “otonom” kavramlardır. AİHM, bu kavramları yorumlarken maddi ölçütlere başvurmaktadır. Buna göre yargılamanın konusunu oluşturan hak ya da iddia esas alınmaktadır.

Özel kişiler ile devlet arasındaki uyumsuzluklarda, idari işlemin veya eylemin tesisi sırasında kamu idaresinin egemenlik yetkisini kullanıp kullanmadığı çoğu zaman belirleyici unsur olarak kabul edilmekle birlikte AİHS'nin 6'ncı maddesinin amacı bakımından, devletin özel kişi gibi hareket etmesi ya da egemenlik yetkisinin kullanılması temel belirleyici olmamaktadır.

AİHM tarafından her zaman hak veya yükümlülüğün niteliğine odaklanılmaktadır.

Özel hukuk alanını ilgilendiren (Borçlar Hukuku, Aile Hukuku, Eşya Hukuku v.s) ve kişiler arasında görülen davalar 6'ncı madde kapsamında olup, bu tür davalar açısından fazla bir tartışma bulunmamaktadır.

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili asıl belirsizlik ve tartışma, "İdare Hukuku" kaynaklı uyuşmazlıklarda ortaya çıkmaktadır. Zira, yönetsel nitelikte bir kararın kişinin menfaatini veya kişiler arasındaki hukuksal işlemleri etkilemesi halinde, bu durumun 6'ncı madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, ancak AİHM'nin, konu ile ilgili açılan davada yaptığı yoruma göre saptanabilmektedir. Öte yandan, Mahkeme, altıncı maddeye göre "medeni hak" ile ilgili yapılan başvurularda önkoşul olarak 3 kriter aramaktadır:

- a) Ulusal hukuk tarafından "hak" olarak tanımlanan veya hak niteliğinde ileri sürülüp, makul zeminde savunulabilen bir iddianın varlığı gereklidir. Bu nitelikte olmayan bir iddia 6'ncı madde kapsamında değerlendirilmemektedir.
- b) Söz konusu iddia, somut ve ciddi olmalıdır. İddia ile hak arasında zayıf bir bağlantı ya da dolaylı bir ilişki bulunması yeterli değildir.
- c) Hak ve yükümlülüklerin kaynağında İdare hukuku değil, medeni hukuk ilişkisi bulunmalıdır.

Bir davada 6'ncı madde ile güvence altına alınan adil yargılama hakkına uygun yargılama yapıp yapılmadığını saptayabilmek için, öncelikle, dava konusu idari işlem, eylem veya kararın "medeni hak" kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiğinden, diğer bir ifadeyle, ancak, medeni hak ihlali ile ilgili idari işlemler, 6'ncı maddeye göre dava konusu yapılabilmektedir.

Kavram olarak "Adil Yargılanma Hakkı", demokratik bir toplumda adaletin adil bir biçimde dağıtılmasını isteme hakkı olarak değerlendirilmekte ve "Hukukun Üstünlüğü" prensibinin temel unsurlarından birisi olarak kabul edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 No'lu protokolle değişik 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrası, ceza hukuku dışında hukuk davaları ve idari davaları da kapsadığından; salt ceza hukukuyla ilgili olan 6'ncı maddenin 2 ve 3'üncü fıkraları metnine bu incelememizde temas edilmeyecektir.

7 No'lu Protokol ile geliştirilen AİHS'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrası kapsamına giren hukuk davaları arasında; haksız fiilden kaynaklanan tazminat talepleri, sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükler, aile hukuku alanındaki uyuşmazlıklar konu edilmektedir. Ayrıca, kişinin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından sonuç doğurucu bütün idari tasarrufların da bu kapsama girdiği kabul edilmektedir.

Kural olarak, kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin idari davalar ile Anayasaya aykırılık iddiaları madde kapsamı dışında tutulmuştur. (Vatandaşlık hukuku, mülteci hukuku, oy verme hakkı vb.)

AİHM; Sözleşmenin 6'ncı maddesi kapsamında gördüğü idari işlemlerle ilgili olarak, idari yargıda yapılan yargılamanın, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir idari mahkemede, hakkaniyete uygun, kamuya açık aleni bir duruşmada, makul sürede yapılıp yapılmadığını inceleme altına almakta ve Taraf Devlet idare mahkemelerinin üzerlerine düşen gayreti gösterip göstermediğini denetlemektedir. Bu çerçevede idari yargı alanına ait konularda, Türkiye aleyhine günden güne alanı genişleyen 6'ncı maddenin ihlal edildiğine ilişkin kararlar vermektedir.

Dolayısıyla Ülkemizdeki gerek teorik farklılıklardan ve gerekse de pratikteki uygulama yanlışlığından dolayı, idari yargı kapsamında temel hak niteliğinde olan "yargı yoluna, mahkemeye başvurma hakkı"nın zedelenmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda, öncelikli olarak adaletin tecellisi ve aşağı yukarı birbuçuk asırlık geçmişe sahip Türk idari yargısının Avrupa normları dışında olduğundan bahisle eleştirilerek hukuka uygun olmadığının tespiti, sistemimizin ve de Ülkemizin prestijini sarsmaktadır.

Çalışmamızda yabancı idari yargılama usulleri ile mukayeseli bir araştırma yapmak yoluna gitmeyerek, yalnız kendi idari yargı organlarımız ve bu organların uyguladığı usul üzerinde yoğunlaşmayı istememize rağmen;

AİHM'nin belirlediği ilkelerin yabancı idari ve hatta adli yargı organları ve yargılama usulleri doğrultusunda vermiş olduğu kararlar göz önüne alındığında; tezimizi "AİHM Kararları Işığında Etkin ve Etkili Bir İdari Yargı Denetimi" olarak adlandırmayı uygun gördük.

Yargı denetiminin "etkin" ve "etkili" olmasından ne anlaşılması gerektiği, bu çalışmada her iki kavramın bir arada kullanılmasının temel nedeni gerek Anayasamızda gerekse Sözleşmede bu kavramlara yer verilmesinin yanı sıra AİHM'nin içtihatlarında yeri geldiğinde her iki kavramı birlikte kullanarak Taraf Devletlerden iki yönlü pozitif yükümlülük beklemesinden kaynaklanmaktadır.

Etkili başvuru hakkı, hakları ihlal edilenlerin bu iddialarını dinletecek ve durumu düzeltecek ulusal mercilere başvurabilmeleri hakkına sahip olmalarını tanımlayan bir kavramdır.

Etkili başvuru hakkı, yalnızca AİHS'de düzenlenmemiştir. 1982 Anayasası'nın 40'inci maddesinde düzenlenmiş olan başvuru hakkı, "etkililik" kavramını içermese de, başvurunun etkili olması hukuk Devletinin gereğidir.

Sözleşme'deki bir hakkın ihlali nedeniyle Sözleşmecî Devletin uluslararası bir yargı yeri tarafından yargılanmadan önce, ihlalin iç hukukta giderilmesi için kendisine bir fırsat verilmesidir. Dolayısıyla devlet, ihlali iç hukuk yollarıyla ortadan kaldıramaz ya da mağdurun zararını tazmin etmezse

uluslararası düzeyde sorumlu olacaktır. İşte taraf devletler 13'üncü madde ile vatandaşlarına "etkili bir iç hukuk yoluna başvurma imkanı tanıma" yükümlülüğü altına girmiştir.

Sözleşme'nin 13'üncü maddesi ve buradan esinlenerek getirilen Anayasa'nın 40'ıncı maddesi, temel hakları ihlal edilenlerin bu iddialarını dinletecek ve durumu düzeltecek ulusal mercilerin varlığını öngörmektedir. Anayasamızın 40'ıncı maddesine göre "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." Burada sözü edilen makamların mutlaka yargı organı olması gerekmemektedir. İhlal iddiasının götürüleceği merci, ihlali düzeltici ve uygulanma yeteneği olan bir karar alma yetkisine sahip bulunmalıdır. Başvuru hakkının ileride ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, idarî ve yargısal olmak üzere iki kullanım biçimi vardır.

Etkili başvuru hakkının kullanılması, Devlete, ihlali meydana getiren olayın sorumlularının bulunmasını, şikayetçinin soruşturma sürecine etkin olarak katılmasını sağlayacak titiz ve etkili bir soruşturma yürütmeleri sonucu cezalandırılmaları yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla devletin ödevi yalnızca başvuru imkanı tanımak değil, bu başvurunun "etkili" olmasını da sağlamaktır.

"Etkili başvuru" kavramının içeriği AİHM'in birçok kararında dile getirilmiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak

değil ve fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır. Etkili başvuru olanağı “teorik ve hayali” değil, fiilen ve gerçekten mevcut bulunmalı, yani sonuç doğurabilir, işe yarar ve elverişli olmalıdır. Başvuru yolunun mutlak ve koşulsuz olmayıp, özellikle süre, mali güvence, başvuru usulü gibi, şekil şartlarına bağlanması mümkündür ve madde hükmüne aykırı düşmez.

Etkin bir soruşturma, olay faillerinin cezalandırılmasına imkan verecek şekilde yapılması demektir. Etkililik, ceza hukuku ve idare hukukunu ilgilendiren hususlarda hazırlık soruşturması ve mecburi idari soruşturmanın gereği gibi yerine getirilmemesi ya da hiç yapılmaması hallerinde önem kazanmaktadır.

Konunun idare hukukunu ilgilendiren yanı ise memur yargılamasında öngörülen mecburi idari soruşturmanın etkili, sonuç alınabilir, işi uzatma ya da özgürlükler aleyhine kullanma amacı taşımayan bir yol olmasıdır. Ne yazık ki AİHM’in kararları, Türkiye’deki uygulamanın tam aksi olduğu yönündedir.

İlgiliye hak sağlayan ya da ilgilinin menfaatlerini koruyan idari işlemlerin makul sürede uygulanmaları gerekir. İdari makamların bunu yapmakta gecikmeleri veya idari yargı kararının İdarece yerine getirilmemesi, ilgilinin dava açma ve doğru yargılanma haklarını zedeler. Bu durum etkili başvuru hakkını ihlal ederken, yargının bağımsızlığına da gölge düşürür.

İdare Mahkemeleri ve Danıştay, Anayasaca kendisine verilmiş olan yargılama yetkisini yine Anayasa, yasalar ve hukukun genel ilkeleri ışığında etkin ve hızlı bir yargılama yapmak suretiyle yerine getirmektedir.

Hâkim, uluslararası sözleşmeleri ve insan hakları normlarını oluşturan diğer belgeleri kapsayan uluslararası hukuk gelişmeleri hakkında kendisini sürekli güncellemelidir. Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dahil tüm yargısal görevlerini etkin bir şekilde, âdilâne ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir. İdarenin yargı güvencesini etkin kılması için değişik sistemler Öngörülmüştür. Üst mahkemeler, uzman kurullar bunlardan kimileridir. Yasa yolları da bu kapsamda sayılabilir, Yargılamanın gecikmesini önlemek için, tümüyle olmasa da kimi kurallar için bu yolun izlenmesi yararlıdır.

Tezimizde 1982 Anayasasına göre yargı yolu açık işlemlerin yargısal denetimini yapmakla görevli idari yargı organlarının oluşumu, nitelikleri, uyguladıkları usul incelenmiş, ancak idari eylemlerden kaynaklanan tazminat davaları, sıkıyönetim dönemine ilişkin işlemler, vergi hukuku, kararları yarı-yargısal nitelikte kabul edilen yargı organı dışındaki Tahkim Kurulu, Rekabet Kurumu gibi kurum ve kurullar, idari yargı denetiminden geçen ancak bu organların nitelikleri ve denetim usulü dışında bir konuda Sözleşmede korunan özel bir hakka ilişkin AİHM'ye yapılan başvurular kapsam dışı bırakılmıştır. Esas olarak sivil idari yargı denetimi ele alınmakla birlikte, AİHM içtihatları çerçevesinde Askeri idari yargı organları kararlarına da yer verilmiştir.

Bu çerçevede, ülkemizde idari işlemlerin yargısal denetimini yapan yargı yerlerinin Anayasal güvenceleri ve yargılama prosedürü incelenmiştir.

İdare hukukunu 1971 tarihinde verdiği Ringeisen kararı ile Sözleşme kapsamına alan ve bu tarihten sonra incelediği somut olaylarda içtihat yoluyla bu alanı genişleten AİHM'nin uyguladığı kriterlerden yola çıkarak Türk idari yargısının etkin ve etkili bir denetim yapıp yapmadığı incelenerek; olası sorunlara değinilerek, öneriler sunulmuştur.

Bu noktada idari yargı organlarına tanınan güvenceler ile yapılan yargı denetiminin AİHM içtihadı ile paralellik oluşturup oluşturmadığını belirlemek amaçlanmıştır.

Tüm bu hususların yeterince vurgulanabilmesi amacıyla tezimiz 3 bölümden oluşturulmuştur :

I. Bölümde idari işlemler ve bunların sınıflandırılmasına genel olarak değinildikten sonra, demokratik bir toplumda hukuk Devleti ilkesi uyarınca yargı yolu açık olması gereken idari işlemlere 1982 Anayasası ile getirilen doğrudan yasaklanmaların etkileri incelenmiştir. Bu kapsamda Danıştay ve AYİM'in konumuzla ilgili kararları gözden geçirilmiş ve mümkün olduğu kadar kullanılmaya çalışılmıştır.

II. Bölümde yargı yolu açık idari işlemlerin yargısal denetimini yapmakla görevli yargı organları, bu organların oluşumu ve görevlerine değinildikten sonra, AİHM'ye göre genel olarak "mahkeme" kavramı, mahkemelerin bağımsızlık, tarafsızlık ve yargıç güvencesi ilkeleri incelenmiş; bu doğrultuda Türk idari yargısı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmede yeterli AİHM içtihadı bulunmayan alanlarda, AİHM'nin adli yargı alanındaki içtihatlarından yararlanılmıştır.

III. Bölümde, Sözleşmenin yargı denetimini yapan organlara başvurma hakkını düzenleyen 6. maddesi kapsamında, idari yargı yerlerine başvurma hakkı incelenmiştir. İdari yargı yerleri tarafından yapılan denetimin etkinliği "adil yargılanma hakkı" kriterleri çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Yapılacak olan bu çalışmada, AİHM'nin eleştirdiği noktalara odaklanarak; hukuki mevzuatta değişiklikler doğrultusunda "idarenin her türlü işlem ve eylemine yargı yolunun açık olması" kuralının sağlanması ile hukuk devleti ilkesinin gerçek anlamda hayata geçirilmesi için yapılması gerekenlerin neler olduğu; idarenin yapmış olduğu yanlış, keyfi ve hukuka aykırı işlemlerindeki haksızlığı ortadan kaldırmakla görevli bağımsız ve tarafsız organların nasıl çalışması gerektiği; söz konusu yargı organlarını oluşturacakların nitelikleri konularında değerlendirmelere yer verilecektir.

Bu çalışmada, AİHM'nin doğrudan veya dolaylı olarak idari yargı alanına giren konularda Sözleşmenin özellikle 6'ncı maddesi kapsamında ele

aldığı kararlarına odaklanılarak, Türk idari yargısına yönelik değerlendirmeleri incelenerek; Ülkemizde etkin bir idari yargı olup olmadığının araştırılması amaçlanmakta olup; bundan hareketle, Türkiye’de etkin ve etkili idari yargı denetimin oluşmasında eksikliklerden, önceliklerden ve gerekliliklerden bahsedilmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK İDARE HUKUKUNDA İDARİ İŞLEM KURAMI VE İDARİ İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

I . İdari İşlemler

A. İdari İşlem Kavramı

İdare hukuku, idari teşkilatın ve idari faaliyetin hukuku olarak tanımlanabilir.¹ Bir bakıma idare hukuku, İdarenin teşkilatına, faaliyetine ve İdare üzerindeki denetime uygulanan hukuktur, en geniş anlamı ile İdarenin hukukudur.²

İdareyi ve idare alanını belirleyen idari işlem kavramı, İdarenin tüm faaliyetlerinin, tutum ve davranışlarının ortak konusunu ve hakim niteliğini belirleyen ve varlık nedenini teşkil eden bir kavramdır. İdarenin çeşitli görev,

¹ Derbil S., **İdare Hukuku**, 5.baskı, Ankara, 1959, s.49.

² Günay M., **İdare Hukuku**, 9.baskı, Ankara, 2004, s.3.

ödev ve işlerinin idari yetki ve usullerle beraber kaynaştırılmış bileşimi olan idare işlevi; Devletin yasama ve yürütme erklerinin saptadığı siyasi yönde ve hukuksal çerçeve içerisinde, toplumun düzenli ve uygarca yaşamasını sağlamak ve sürdürmek için, kural olarak kamu gücü ve usulleri kullanılarak doğrudan, devamlı ve ahenkli surette kamusal faaliyetlerin yürütülmesidir.³

İdare hukukunun kaynağını oluşturan Fransa'da bile idari işlemin resmi, yasal bir tanımı bulunmamaktadır. İdari işlem kavramı doktrin çalışmaları ve yargı içtihatları ile geliştirilmiştir. Bu bağlamda idari işlem kamu iç hukukuna ait ne yasama organının yasama işlemi şeklinde yaptığı işlem, ne yargı organının bir işlemi ne de hükümetin bir işlemidir. İdari işlem bir kamu otoritesinin, tek yanlı olarak kuralların yayımlanmasına yönelik iradesinin ortaya çıkmasıdır.⁴

Organik yönden İdareden çıkmayan, fakat İdare alanına giren kimi işlemler idari işlem sayılırken buna karşılık gerek İdarenin, gerek yasama ve yargı organlarının idari işlev dışında kalan, özel hukuk, yasal ve yargısal işlemleri hiçbir durumda idari işlem olarak kabul edilmez. İdare işlevinin konusu, Yasama ve Yargı işlevleri ile Yürütme organının salt siyasal nitelikli işlemleri dışında kalan ve toplumun günlük gereksinimlerini karşılamak ve gündelik yaşamının sürdürülmesini sağlamak amacıyla yürütülen teknik nitelikteki kamu işleridir.⁵

³Özay İ.H., **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul, 1986, s.363, Erkut C., **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990, s. 2

⁴ Ricci J.C, **Droit Administratif**, Hachette Supérieur, 1996, s.45-46.

⁵ Günday M., a.g.e, s.14.

Doktrinde, belli bir ülkede toplum halinde bir arada yaşayan tüm bireylerin ortak, kolektif, genel, günlük, basit, yalın, teknik ve sürekli gereksinimlerini karşılamak idare görevi ya da fonksiyonu olarak tanımlanmaktadır.⁶ Bu faaliyet içerisinde idarenin tek bir amacı vardır ki, o da kamu yararını gerçekleştirmektir.

Hukuki bir işlem ile maddi işlem arasındaki ayırım her zaman kesin olarak belirgin değildir. Bir ödemenin maddi işlem mi yoksa hukuki işlem mi olduğu sorulabilir; görüntüde maddi bir işlemdir ama bir borcu kapatma amacı olduğundan, hukuki bir sonuç doğurduğundan, bu bir hukuki işlemdir. İdarenin işlemlerini de belirleme de bu yüzden çok farklı kıstaslar ele alınmaktadır.⁷

B. İdari İşlemlerin Diğer Kamu Hukuku İşlemlerinden Ayırt Edilmesi

1- Yasama İşlemleri

Yasama organı tarafından yapılan işlemler, maddi bakımdan kaide-tasarruf niteliğindedir.⁸ Maddi anlamda yasama, genel ve soyut norm koyma, değiştirme ve kaldırma faaliyetidir.⁹

⁶ Özay İ.H., 1986, a.g.e, s.364.

⁷ Peiser G., **Droit Administratif**, Dalloz, 19. baskı, Paris, 1998, s.21.

⁸ Onar S.S., **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.1, 3.baskı, İstanbul, 1966, s.350.

İdarenin işlemleri ile yasamanın işlemleri arasındaki ayırım çok temel, esaslı bir ayırmadır. Çünkü yasamanın, yasama organı olarak işlemlerinin tâbi olduğu hukuki rejimi çok farklıdır : İdari yargıcın kontrolünün bulunmaması, idarenin işlemlerine göre hiyerarşik niteliği olması gibi.¹⁰

Yasama organının Anayasa, yasa şeklinde yasal düzenleme ve kararlar şeklindeki genel ve soyut nitelikte yasama işlemlerinin yanı sıra, bireysel nitelikli işlemleri; yasal nitelikte bulunmayan birtakım işleri daha vardır : Özel hukuk işlemleri ve idari işlemleri gibi. Aynı şekilde idare organlarının da bireysel işlemler dışında, genel ve soyut nitelikte normlar koyma yetkisi de bulunmaktadır. Gerçekten de idare organları tarafından yapılan tüzükler ve yönetmelikler genel ve soyut norm koyan işlemlerdir.¹¹

2- Yargı İşlemleri

Maddi anlamda yargı, hukuki uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını çözümlleyen ve karara bağlayan bir devlet fonksiyonudur. Bu anlamda, yargı fonksiyonunun yerine getirilebilmesi için, ortada hukuk düzeninin ihlal edildiği yolunda bir iddia, bu iddia üzerine bunun gerçek olup olmadığının tespiti ve hukuk düzenini gerçekten ihlal edildiğinin tespit edilmesinden sonra da, hukuk düzeninin yeniden tesis etmek için bir yaptırım

⁹ Günday, M., a.g.e, s.10.

¹⁰ Peiser G., a.g.e., s.23.

¹¹ Günday, M., a.g.e, s.10.

uygulanması gerekir. Yargı fonksiyonu ve bu fonksiyonu yerine getiren yargı işlemi, bu anlamda bu üç aşamadan geçerek gerçekleşir.¹²

Devletin yargı fonksiyonunu yerine getiren organı adalet teşkilatıdır. Adalet teşkilatı kaza teşkilatından daha dar, bir bakımdan ise daha geniştir. Daha dardır, çünkü bu teşkilatın dışında ve idare teşkilatının içinde bulunup kaza fonksiyonu ifa eden heyetler mevcuttur: Vilayet ve kaza idare heyetleri; vergi itiraz ve temyiz komisyonları gibi. Binaenaleyh bu bakımdan devletin kaza fonksiyonunu icra eden teşkilat adalet teşkilatından daha geniştir. Adalet teşkilatı kaza teşkilatına nazaran daha geniştir; çünkü adalet teşkilatının içinde doğrudan doğruya kaza fonksiyonu ifa etmeyip maddi bakımdan idari sayılacak faaliyetlerde bulunan teşekküller de vardır: Savcılık, icra ve iflas daireleri gibi. Bu bakımdan kaza teşkilatı adalet teşkilatından dardır.¹³

Anayasamıza göre, yargı yetkisi, Türk ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. 1961 Anayasasının özelliklerinden biri de yargı yerlerinin bağımsızlığına ve yargı yetkisinin düzenlenmesine önem vermiş olmasıdır. 1982 Anayasası da büyük ölçüde bu doğrultudan ayrılmamıştır.¹⁴

Kamu yönetimi ile yargı yerleri arasındaki ilişki, iki biçimde kendini gösterir. Bunlardan biri, yönetimin işlem ve eylemlerine karşı, yargı yerlerine başvurulabilmesi, diğeri de yönetimin yargı yerlerine karışmamasıdır. Başka

¹² Günday, M., a.g.e, s.11

¹³ Onar S.S., a.g.e., s.351.

¹⁴ Gözübüyük, A.Ş., **Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 18. baskı, 2003 s.4.**

bir deyişle, yargı yerleri yönetimin hukuka uygun olarak işlemlerini sağlar. Buna karşılık yönetim, yargının işleyişine karışamaz; herhangi bir öneride bulunamaz. Bundan başka yönetim yargı yerlerinin kararlarına da uymak zorundadır.¹⁵ İdari işlemlerde, İdarenin iradesinin içeriği idare işlevi ile belirli ve sınırlıdır.¹⁶

Yargı fonksiyonunun belirlenmesinde ve idari fonksiyondan ayırt edilmesinde organik-şekli ölçüte başvurmak gerekecektir. Organik ölçüte göre yargı, bağımsız mahkemelerin hukuki uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını tarafsız olarak çözme faaliyetidir. Bağımsızlık ve tarafsızlık yargı fonksiyonunu yerine getirecek olan organın en temel nitelikleri olup, bağımsızlık ve tarafsızlığın sağlanması için özel usuller (yargılama usulleri) öngörülmüştür. Nihayet, yargı fonksiyonunun bu nitelikleri, onun bir başka niteliğini daha ortaya çıkarmaktadır. Yargı hukuki uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını kesin bir biçimde; yani aksinin artık iddia edilemeyeceği bir biçimde çözümlen ve karara bağlayan bir devlet fonksiyonudur. Bir başka anlatımla, yargının hukuka aykırılık iddiaları karşısında, bu iddiaların gerçekliğini tespit ettikten sonra vereceği “hüküm” (muhkem kazıye) olacaktır. Oysa idare organlarının hukuki uyumsuzlukları çözümlen ya da hukuka aykırılık iddialarını karara bağlayan işlemleri bu anlamda kesin hüküm olamazlar. Zira idare organlarının bu gibi işlemlerine karşı da yargı yolu açık olduğu gibi (Anayasa 125/1’inci maddesi), bu gibi işlemler, yargı yoluna başvurma süresi geçirildikten sonra da bizzat idare tarafından

¹⁵ Gözübüyük, A.Ş., 2003, a.g.e. s.4.

¹⁶ Erkut C., a.g.e., s.89.

kaldırılacaklardır. Oysa yargının hukuki uyumsuzlukları çözümlen ya da hukuka aykırılık iddialarını karara bağlayan işlemlerine, bizzat o işlemi tesis eden mahkemenin dahi dokunması mümkün olmadığı gibi, yargı işlemi hakkında belli bir süre içinde kanun yollarına başvurulmaması veya kanun yollarına başvurulup da o işlemin onanması hallerinde, işlemin hukuk düzeninde yargısal gerçekliği yansıttığı kabul edilmekte ve yargı işleminin gerçekliği artık tartışılmamaktadır.¹⁷

3- Yürütme İşlemleri

Yürütme işlemleri, maddi mahiyetleri bakımından kısmen kaide tasarruf, kısmen şart-tasarruf bir kısmı da sübjektif tasarruf olarak görünür. Nizamnameler, talimatnameler uzvi bakımından icrai ve fakat maddi bakımından kaide tasarruf mahiyetini haizdirler.¹⁸

Bir yönüyle siyasal niteliği bulunan ve “Hükümet” adını da alan “Yürütme”nin yaptığı işlemlerden tümü salt “idari” nitelikte olmayıp bunlardan bir kısmı “politik” tir. Bu tür işlemlerden hangilerinin “politik” niteliklerinin “idari” olmaya üstün geldiği zaman süreci içinde yargı yerleri tarafından belirlenmiş ve “Hükümet tasarrufları” olarak adlandırılmıştır.¹⁹

¹⁷ Günday M., a.g.e. s.13.

¹⁸ Onar S.S., a.g.e. s.350.

¹⁹ Özay İ.H., a.g.e. s.366.

Hükümet tasarrufları prensip olarak yargısal bağışıklığa sahiptir : haklarında ne iptal davası açılabilir, ne tazminat davası. Ancak bu konuda, Conseil d'Etat (Fransız Danıştay'ı) tarafından verilen Nicolo²⁰ ve G.I.S.T.I.²¹ kararları, bu kavramda bir geri çekilme, bir değişim olduğunu göstermektedir.²²

Bir görüşe göre, idari fonksiyon Devletin yasama ve yargı fonksiyonları dışında kalan fonksiyonu olarak anlaşılmakta ve Devletin yasama ve yargı fonksiyonları dışında olup da topluma karşı üstlendiği tüm faaliyetleri idari fonksiyona dahil sayılmaktadır. Görüldüğü üzere, bu görüş yürütme fonksiyonu ve idari fonksiyonu arasında bir ayırım yapmamaktadır. Bu görüş esas itibarıyla isabetli olmakla beraber, Anayasanın 8'inci maddesinde ifadesini bulan dar anlamda yürütme organının (Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunun) Devletin yüksek yönetimine ilişkin faaliyetleri de olduğu ve bu faaliyetlerin salt yürütme faaliyetleri olarak görülmesi gerektiği de inkar olunamaz. Örneğin Bakanlar Kurulunun oluşturulması, bakanların seçilmesi, atanması ve görevlerine son verilmesi, TBMM seçimlerinin Cumhurbaşkanınca yenilenmesi, kanun tasarılarının hazırlanması ve TBMM'ne sunulması ya da hükümet programının hazırlanması veya öteki devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla ilişkiler şeklinde ortaya çıkan yasama-

²⁰ Fransız Danıştay'ı karar numaraları :CE, Ass.,20.10.1989, AJDA 1989, s.799. Anılan kararlar Fransız Danıştay'ı bir ulusal yasanın Fransa'nın uluslararası yükümlülüklerini içeren bir Sözleşme ile uyumluluğunu denetleyebileceğini hükme bağlamıştır.

²¹ Fransız Danıştay'ı karar numaraları :CE, 29.06.1990. Fransız Danıştay'ı 1990 yılında verdiği bu karar ile "hukukun genel ilkeleri"nin uygulandığı alanlarda uluslararası sözleşmelerin yorumlanması hakkını tanıdığını belirtmiştir. Böylece AİHS'de yer alan aile hayatının korunması hakkından yola çıkılarak yabancıların da Fransız vatandaşları gibi normal bir aile hayatı sürmesinin hukukun genel ilkeleri arasında yer aldığını kabul etmiştir.

²² Peiser G., a.g.e., s.177.

yürütme ilişkileri bulunmaktadır. Tüm bu faaliyetler Yürütme organınca yürütülmekte olup, yasama ve yargı fonksiyonları dışında kalmalarına bakılarak idari fonksiyon içinde görülemezler. Bunlar yürütmenin idari fonksiyon dışında kalan salt siyasal nitelikli faaliyetleri olup, daha ziyade Anayasa Hukukunun, öteki devletler ve uluslararası kuruluşlar ile olan ilişkiler söz konusu olduğunda Devletler Hukukunun konusunu oluştururlar.²³

C. İdari İşlemin Nitelik ve Özellikleri

İdari işlemler, tek yanlılık ve icrailik (yürütülebilirlik/uygulanabilirlik) özelliklerine sahip olmalarının yanı sıra kanunilik karinesinden de yararlanırlar; ancak söz konusu özellikleri haiz tüm idari işlemler, hukuka aykırılıkları iddia edildiğinde yargısal denetime konu olmaktadır. İdari işlemleri özel hukuk alanında yer alan hukuki işlemlerden ayıran temel özellik, idari işlemlerde iradenin açıklanmasının bir devlet yetkisinin kullanılması anlamına gelmesidir.²⁴

1- İdari İşlemin Tek Yanlılığı

Kavram olarak, “tek yanlılık” (unilatéralité), “tek yönlü bir irade açıklaması” anlamına gelmektedir. İdari işlem, hukuki sonuç doğuran işlemi

²³ Günday M., a.g.e., s.14.

²⁴ Erkut C., a.g.e., s.11

yapanlarının, kendilerinden başka kişilere yönelik “tek yanlı” iradesini içeren hukuki bir işlemdir.²⁵

Kamu hukukunda “tek yanlı işlem”, bireylerin karşısında üstün, tamamen kamu gücü faaliyeti sonucunda oluşan ve yöneldikleri kişilerin iradelerinden bağımsız olarak hukuksal değer ifade edebilen işlemleri belirtir. Buradaki iradenin tek yanlılığından anlaşılması gereken, karşılıklı iradelerin aynı hukuki sonuca yönelik olarak açıklanmasından ziyade, işlemin sadece tek yanlı bir irade açıklaması ile oluşması anlamına gelir. Ayrıca bu tek yanlı irade, mutlaka tek bir kişi ya da organın iradesi şeklinde olmayıp, birçok kişiden oluşan bir organ ya da kurul tarafından da açıklanabilir.²⁶

İdari işlemlerin tek yanlı olma özelliği nedeniyle, Fransız hukukunda idari işlemlerin “tek taraflı idari işlemler” ve “sözleşmeler” olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. Birçok iradenin yarışması sonucu oluşan çok taraflı idari işlemler, aslında, bu işlemlerin oluşumuna katkısı olmayan üçüncü kişiler hakkında tek taraflı etki oluşturmaları nedeniyle, tek taraflı idari işlem olarak kalmaktadırlar.²⁷

İdari işlemler, İdarenin tek yanlı irade açıklaması ile belirli bir sonuç doğurmakta ve ilgililerin rızasının olup olmamasına bakılmaksızın sonuç doğurmaktadır. İdari işlemlerin tek yanlılığının nedeni, kamu hukukunda, özel

²⁵ Ricci J.C., 1996, a.g.e, s.46.

²⁶ Açar S., “İdari İşlem Kuramı Perspektifinden Verginin Tarhı”, www.idare.gen.tr/tarh.htm (26/12/2005) s.20.

²⁷ Wigny P., **Droit Administratif Principes Généraux**, Bruxelles, Edition Bruylant,1953, s.161.

hukuktakinin aksine, iradelerin eşitliği değil, kamusal iradenin üstünlüğünün söz konusu olmasıdır.²⁸

2- İdari İşlemin Kanuniliği

Kamu hukuku alanında karşılaşılan işlemlerin hemen hemen tümü “tek yanlıdır.” Bu durum, kamu hukuku alanında kamusal iradenin üstünlüğünden kaynaklanmaktadır. Kamu gücünün temeli bu olunca, tek yanlı işlem yapabilme yeteneğinin kuramsal bir başka ilke ile de tamamlanması gerekir ki, o da “kanunilik karinesi” olarak anılır. “Kanunilik” karinesi, idarenin işlemlerinin hem yasal bir dayanağı olduğu, hem de hukuka uygun bulunduğu varsayımını ifade etmek için kullanılan bir terimdir. İdare hukukunda bir işlemin idari yargı yeri önünde dava konusu yapıp iptal edilmek suretiyle hukuka aykırılığı ispat edilmediği sürece, o işlem “kanunilik karinesi” uyarınca geçerli ve sağlıklı addedilir.²⁹

Bir Hukuk Devletinde, idare her şeye muktedir değildir; yetkisi birtakım sınırlar ile sınırlandırılmıştır, hukuka uygun hareket etmek kuralına uymak zorundadır, kanunilik karinesine tâbidir. Bu konuda yazılı ve yazılı olmayan hukuk kaynakları ile bağlı olacak, işlemlerini normlar hiyerarşisine

²⁸ Özay İ.H., 1986, a.g.e, s.340.

²⁹ Özgüldür S., **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdari İşlem-İdari Eylem Kavramları ve İdari İşlemin Yargısal Denetiminde Anayasal ve Yasal Sınırlar**, AYİM Dergisi 19 numaralı sayı.

Anılan makale için ayrıca bkz. http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=58

uygun olarak yapacaktır. İşte bu duruma “kanunilik karinesi” (légalité) denmektedir.³⁰

3- İdari İşlemin Uygulanabilirliği

İdari işlemlerin icraî, bir başka deyişle uygulanabilir/yürütülebilir olma nitelikleri, bu işlemlerin kamu yararı amacına yönelik olmalarından ve tesis edilmelerinde kamu gücüne dayanılmasından kaynaklanır.³¹

Tek yanlı olma ve kanunilik karinesinin doğal uzantısı, İdarenin bir irade açıklaması biçiminde ortaya çıkan işleminin icraî / uygulanabilir / yürütülebilir olmasıdır.³²

D. İdari İşlemlerin Sınıflandırılması

Kamu hukuku alanında işlemlerin organik ayrımı bunların Anayasanın öngörmüş olduğu üç organdan hangisi tarafından yapılmış ise ona göre adlandırılması demektir. Buna göre, bir işlem eğer Yasama tarafından yapılmış ise “Yasama işlemi”, Yürütme tarafından yapılmış ise “Yürütme işlemi”, Yargı tarafından yapılmış ise “Yargı İşlemi” adını alır. Organik yönden “İdare” olmasa bile, Yasama ve Yargının idare alanındaki irade açıklamaları

³⁰ Peiser G., a.g.e., s.27.

³¹ Günday M., a.g.e, s.112.

³² Özay İ.H., 1986, a.g.e, s.342.

(işlemleri) “idari” nitelik taşırlar ve idari işlemlerin tabi olduğu hukuki esaslara göre değerlendirilirler.³³

İdari işlemlerin sınıflandırılması şekli (formel) ve maddi (matériel) olarak iki farklı ayrıma tâbi tutulabilirler : Birincisi idari kararı alan organ yönünden, diğeri alınan kararların içeriği yönünden.³⁴

Organik yönden İdareden çıkmayan, fakat İdare alanına giren kimi işlemler idari işlem sayılırken buna karşılık gerek İdarenin, gerek yasama ve yargı organlarının idari işlev dışında kalan, özel hukuk, yasal ve yargısal işlemleri hiçbir durumda idari işlem olarak kabul edilemez.³⁵

İdare işlevinin konusu, Yasama ve Yargı işlevleri ile Yürütme organının salt siyasal nitelikli işlemleri dışında kalan ve toplumun günlük gereksinimlerini karşılamak ve gündelik yaşamının sürdürülmesini sağlamak amacıyla yürütölen teknik nitelikteki kamu işleridir.³⁶

İdari işlem, idari bir makamın bir başka deyişle kamu idareleri, kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile idare nam ve hesabına hareket eden özel hukuk kişilerinin kamusal nitelikli, etkili, tek yanlı irade açıklamalarıdır.³⁷ İdare, “idari faaliyet” olarak nitelendirilen görevleri

³³ Özgüldür S., a.g.m. AYİM 19 numaralı Dergi.

³⁴ Ricci J.C., 1996, a.g.e, s.51.

³⁵ Duran, L., **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.7

³⁶ Günday M., a.g.e, s.14.

³⁷ Tan T., “**İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri**”, II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdare Hukukunun Dünyadaki Bugünkü Yeri, Ankara, 1993, s.195.

yerine getirirken konusu toplumun günlük yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan teknik nitelikteki kamu işleri olan bir işlev içerisinde ki söz konusu bu işleve "idare işlevi" adı verilir.

1- Düzenleyici İşlemler-Genel İşlemler-Birel İşlemler

a- Düzenleyici İşlemler

Düzenleyici işlem, yönetimin sıra düzen bakımından, yasanın altında yer alan genel kurallar koyması anlamına gelmektedir. Bu yolla yasaların uygulanmasında eşitlik ve hukuk güvenliği sağlanmaktadır. Ayrıca, yönetim düzenleyici işlemleri ile hukukun oluşmasına katkıda bulunmakta olup, kamu hizmetlerinin düzenli bir biçimde yürütülmesini sağlamaktadır. Düzenleyici işlemler, hem yönetilenleri, hem düzenleyici işlemleri yapanları bağlamaktadır.³⁸

Düzenleyici işlemlerin, yurttaşların bir bölümünü veya tamamını ilgilendiren genel nitelikli bir karakterleri vardır. Bunlar, kişilik dışı, objektif ve genel hukuki durumlar yaratan, kurucu, inşai işlemlerdir.³⁹

Genel düzenleyici kural işlemler konusunda unutulmaması gereken, bunların kazanılmış hak doğurmadıkları ve değişip ortadan kalkmaları ile onlara bağlı hak ve yükümlülüklerin de değişip ortadan kalkmasıdır. İşte bu nedenle bunların ne geriye yürür biçimde uygulanmaları ne de etkilerinin son buldukları tarihten ileriye doğru uzaması söz konusu değildir. Eğer genel

³⁸ Gözübüyük A.Ş., 2003, a.g.e., s. 58.

³⁹ Peiser G., a.g.e. s.54.

düzenlemenin kendisinde geriye yürür biçimde uygulanacağına ilişkin bir hüküm var ise, bu da sadece hak doğurucu ve yararlandırıcı durumlar için geçerlidir. Aksi ise o işlemin 'konu' yönünden hukuka aykırı ve iptal edilebilir nitelikte olması anlamını taşır.⁴⁰

b- Genel İşlemler

Genel düzenleyici (kural) işlem, genel ve kişilik dışı nitelik taşıyan hukuk kurallarıdır. Kamu hukukunda genel düzenleyici işlem, İdarenin aynı durumda olan idare edilenler için bağlayıcı, üst hukuk normunun belirlediği şekilde soyut hukuk kuralı koyan, yani normatif nitelikte olan tek yanlı tasarruflarına verilen addır. "Düzenleme" kural koyma demek olup, bir işlemin kural olup olmadığı bunları yapanın niteliklerine göre değil, bu işlemlerin içeriklerine ve doğurdıkları hukuksal sonuçlara göre saptanır. "Maddi" denilen bu ayrıma göre, sürekli, soyut ve nesnel durumları belirleyenler genel düzenleyici/kural işlemlerdir.⁴¹ Bu alanda yaratılan statülerden birine girildiğinde ya da bunların dışına çıktığında şart işlem söz konusu olmaktadır.

Türk İdare hukukunda, 1982 Anayasası'nda öngörülenler genel düzenleyici (kural) işlemler içerisinde, sırasıyla "Kanun Hükmünde Kararname"⁴², "tüzük"⁴³ ve "yönetmelikler"⁴⁴ sayılmaktadır.⁴⁵ Bunlardan ayrı

⁴⁰ Özyay İ.H., a.g.e., s.376.

⁴¹ Özyay İ.H., a.g.e., s.373.

⁴² Bkz. 1982 Anayasası, "Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme" başlıklı 91. maddesi.

⁴³ Bkz. 1982 Anayasası, "Tüzükler" başlıklı 115. maddesi.

⁴⁴ Bkz. 1982 Anayasası, "Yönetmelikler" başlıklı 124. maddesi.

olarak, Anayasada sayılarak düzenlenmemiş birtakım genel düzenleyici işlemler vardır. Yasal düzenlemeler Yürütmenin, “karar”, “kararname”, “tebliğ”, “sirküler”, “statü”, “esaslar”, “genel emir”, “tenbihname”, “genelge”, “içgenelge”, “genel tenbih”, “ilan”, “duyuru”, “plan”, “tarife”, “ilke kararı”, “yönerge” ya da “içdüzen kararı” gibi isimler taşıyan “adsız genel düzenleyici işlemler” yapmasını da olanak sağlamaktadır.⁴⁶

c- Birel İşlemler

İdare alanında yapılan işlemlerin büyük çoğunluğu birel nitelik taşır. Bu tür idari işlemler genel, kişilik dışı bir alana değil, somut bir alana yönelik işlemlerdir. Birel işlemlerde, konu ve özne önceden bilinmekte, ortaya çıkan sonuç sadece bir kişi, nesne ya da olay için geçerli olan bir durumun gerçekleştirilmesi olmaktadır.⁴⁷ Bu tür işlemler ilgisine tebliğ edilmeleri ile hüküm doğurur.

İdari işlemlerin maddi açıdan yapılan tasnife göre “birel işlem” olarak tanımlananlar, “öznel”, “sübjektif”, “somut”, belirli bir kişiyi ya da nesneyi, kapsamını da kendilerinin belirledikleri hukuki duruma sokan işlemlerdir. Başka bir deyişle , sübjektif işlem, kişiye göre değişik durumlar yaratan bir işlem türüdür.⁴⁸

⁴⁵ Kanun Hükmünde Kararname, Yasama organının Yürütme organını oluşturan Bakanlar Kuruluna vermiş olduğu yetkiye dayanarak çıkarılan ve yürürlüğe giriş ve kaldırılışı “kanun”un tabii olduğu sisteme dayandığından dolayı; idarenin genel düzenleyici işlemleri arasında sayılmaması gerektiği düşüncesiyle Günday’ın yapmış olduğu düzenleyici idari işlemlerin “tüzük” ve “yönetmelik” şeklindeki ikili ayırımına katılmaktayız. Bkz. Günday M., a.g.e., s.99.

⁴⁶ Özay İ.H., a.g.e, s.375

⁴⁷ Özay İ.H., a.g.e, s.386.

⁴⁸ Günday M., a.g.e., s.117.

Bazı işlemler de vardır ki, genel olma niteliği ağır bassa bile geniş anlamda “öznel (sübjektif)” ya da “birel” nitelikler de içerebilir. Bunlara “karma işlemler” denilir.⁴⁹ Karma işlemler, aynı yönde ve aynı konuda ve amaca yönelik birden fazla iradenin bir sıra izlenerek açıklanması sonucu meydana gelen işlemlerdir. Örneğin müşterek kararname bir karma işlemdir, birden ziyade iradenin aynı yönde açıklanması nedeni ile tek yanlı işlemlerdir. Bu yönleri ile idari sözleşmelerden, bu iradelerin hukuki bir sıra izlenerek birbirlerine eklenmeleri sonucu oluştukları için de kolektif işlemlerden ayrılırlar.⁵⁰

Birden fazla iradenin aynı anda ve aynı yönde açıklanması ile meydana gelen işlemlere “kolektif işlemler” denir. Bu tip işlemlere örnek olarak kurul kararları gösterilebilir.⁵¹

2- Tek Yanlı İşlemler-İki Yanlı İşlemler

a- Tek Yanlı İşlemler

Hukuksal işlemin tam olarak gerçekleşebilmesi için, bir tarafın iradesinin açıklanması gerekli ve yeterli ise, bu gibi işlemlere “tek yanlı” ya da “tek taraflı” veya “tek iradeli” hukuksal işlemler denir. Yönetimin yaptığı hukuksal işlemlerin çoğu tek yanlı işlemlerdir.⁵²

⁴⁹ Özgüldür S., a.g.m. AYİM 19 numaralı Dergi.

⁵⁰ Günday M., a.g.e., s.119.

⁵¹ Günday M., a.g.e., s.118.

⁵² Gözübüyük A.Ş., 2003, a.g.e., s.277.

İdari kararlar, idarenin tek yanlı olarak iradesini açıklaması ile alınırlar. İdari kararlar, kural olarak ilgililerin rıza ve muvafakatine bağlı değildirler. İdari kararlar, ilgililerin rıza ve muvafakati olmasa dahi, idarenin tek yanlı irade açıklaması ile ilgililerin hukuki durumları üzerinde etki yaparlar; ilgililer için yeni hukuki durumlar yaratır, ilgililerin mevcut hukuki durumlarını değiştirir ya da ortadan kaldırır. İdari kararlar, bu özellikleri nedeniyle “icrai karar” olarak adlandırılmaktadırlar.⁵³

Anayasa hukukunda, Cumhurbaşkanının “Görev ve yetkileri” kenar başlığını taşıyan 104 üncü maddede yasama alanı ile ilgili olarak öngörülen kanunları tekrar görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderme, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunma, TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar verme hep tek iradeli işlemlerdendir.⁵⁴

b- İki Yanlı İşlemler

ba- İdari Hizmet Sözleşmeleri

İdarenin işlemleri denilince, İdarenin sadece kamu hukukuna tabi olan, bir başka deyişle “idare işlevine dahil olan” işlemleri (idari işlemler) değil, özel hukuk işlemleri (sözleşmeler) de akla gelecektir.

⁵³ Günday M., a.g.e., s.112.

⁵⁴ Özay İ.H., a.g.e., s.442.

“İdarenin sözleşmeleri”nden bir bölümü “idari sözleşme” niteliği taşıdığı, yani kamu hukukuna ilişkin bir tasarruf olduğu halde, bir bölümü bütünüyle özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerden olabilmektedir.⁵⁵

İdari sözleşmeler, “İdarenin kamu hukuku ilke ve kurallarına tabi olan sözleşmeleri” olarak tanımlanabilir. İdari sözleşmede İdare, sözleşmenin diğer tarafına göre üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmıştır.

İdari Sözleşme türleri : Mali iltizam sözleşmesi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, yeraltı ve yerüstü servetlerine ilişkin işletme sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmesi, orman işletme sözleşmesi, maden işletme sözleşmesi vb sayılabilir.

bb- İmtiyaz Sözleşmeleri

İmtiyaz, yönetimin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca, belli bir kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı imtiyazı alana ait olmak üzere belli bir süre yürütülmesi yöntemidir.⁵⁶

İmtiyaz usulünde İdare ile hizmeti fiilen yürütecek olan özel hukuk tüzel kişisi anonim şirket arasında bir sözleşme imzalanması koşulu vardır. Bu sözleşme, içeriği nedeniyle maddi sınıflandırmaya göre “karma işlem” sayılmakla beraber, aslında bu niteliği “idari” olmasının doğal bir sonucudur. Nitekim, tüm “idari sözleşme”ler teknik hususları düzenleyen “kural”,

⁵⁵ Peiser G., a.g.e., s.21.

⁵⁶ Gözübüyük A.Ş., 2003, a.g.e., s.293-294.

tarafından özel hukuk kişinin hakları ve sahip olduğu yetkileri daha doğrusu “imtiyaz”larını gösteren “koşul” ve belgeye asıl iki yanlı işlem niteliği veren mali konulardaki “öznel” ya da “sübjektif” hükümler içermeleri nedeniyle “karma işlem” sayılmaktadırlar.⁵⁷

bc- İşletme Sözleşmeleri

İdare, kamu tüzelkişiliği sıfatından kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak genel hükümler uyarınca özel hukuk sözleşmeleri yapabilir; örneğin bir kamu kurumunun sahip olduğu bir işyerinin kiraya verilmesi ya da menkullerinin satışa çıkarılması tamamen özel hukuku ilgilendiren bir sözleşmenin kurulmasını gerektirir. Söz konusu sözleşmeler bakımından özellik arz eden husus, sözleşmenin taraflarından birinin İdare olmasına karşın, idari sözleşmelerden farklı olarak, bunların özel hukuka (borçlar hukukuna) tabi olmalarıdır; İdare, anılan türdeki sözleşmelere diğer sözleşmeci ile eşit olarak katılmaktadır. Bu sözleşmeler bakımından önem arz eden diğer bir husus, bunlardan doğacak uyuşmazlıklarda görevli yargı kolunun idari yargı değil, adli yargı olmasıdır.

E. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri (Kamu İhaleleri)

İdarenin araç-gereç alma, artık ihtiyaç duymadığı malları satma, taşıma, kiralama, ve her çeşit yaptırma konularındaki sözleşmeleri ve hatta bayındırlık işlerine ilişkin sözleşmeleri, idari uygulamalarda ve yerleşik

⁵⁷ Özay İ.H., a.g.e., s.267.

mahkeme kararlarında idari sözleşme sayılmamaktadır. Bu sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir.⁵⁸

Yani, "İdarenin sözleşmeleri"nden bir bölümü "idari sözleşme" niteliği taşıdığı, yani kamu hukukuna ilişkin bir tasarruf olduğu halde, bir bölümü bütünüyle özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerden olabilmektedir.⁵⁹

Hukukumuzda özel hukuk işlemi olarak, "kişiler hukuku, nüfus işlemleri, zilyetlik ve mülkiyet, özel emlak, iktisadi kamu hizmetleri" örnek verilmekle birlikte, kabaca alan ayırımına dayandırılan bu örneklerin de işlemin niteliğinin belirlenmesinde güçlükler yarattığı kabul edilmektedir.⁶⁰

İdare, kamu tüzelkişiliği sıfatından kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak genel hükümler uyarınca özel hukuk sözleşmeleri yapabilir; örneğin bir kamu kurumunun sahip olduğu bir işyerinin kiraya verilmesi ya da menkullerinin satışa çıkarılması tamamen özel hukuku ilgilendiren bir sözleşmenin kurulmasını gerektirir. Söz konusu sözleşmeler bakımından özellik arz eden husus, sözleşmenin taraflarından birinin İdare olmasına karşın, idari sözleşmelerden farklı olarak, bunların özel hukuka (*borçlar hukukuna*) tabi olmalarıdır; İdare, anılan türdeki sözleşmelere diğer sözleşmeci ile eşit olarak katılmaktadır.⁶¹

⁵⁸ Günday M., a.g.e., s.178.

⁵⁹ Açar, S., "İdari İşlem Kuramı Perspektifinden Verginin Tarhı", www.idare.gen.tr/tarh.htm (26/12/2005) s.7.

⁶⁰ Tan, T., "İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri", **II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdare Hukukunun Dünyadaki Bugünkü Yeri**, Ankara, 1993, s.110.

⁶¹ Açar S., a.g.m., s.7.

Bu tür bir sözleşmeye bağlı olarak taraflar arasında herhangi bir anlaşmazlık çıktığında bu Adliye Mahkemelerinin görev alanına giren ve özel hukuk hüküm ve kurallarının uygulanması ile çözümlenen türden bir uyuşmazlık olmaktadır. Bununla beraber İdarenin özel hukuk hükümlerine göre yapmış olduğu bir sözleşme de söz konusu olsa, bunun gerçekleşme anına kadar geçen hazırlık aşamalarında yapılan işlemler İdari nitelikte olduğundan, hem bunların İdare Hukuku ilke ve kurallarına uygun olması gerekmekte, hem de bu muamele sırasında yapılan herhangi bir hukuka aykırılık başlı başına bile sonuç doğurması halinde, “ayrılabilir işlem” kuramı uyarınca idari yargı yerleri önünde görülecek türden bir davaya konu olabilmektedir.⁶²

2002 yılında halen yürürlükte olan Devlet İhale Kanunu'nun yanında Kamu İhale Kanunu çıkarılmıştır. Söz konusu Kanunun amacı 1'inci maddesinde “kamu hukukuna tabi olan ve kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve yönetmeleri belirlemek” olarak ifade edilmektedir.⁶³ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda, idarenin sözleşmeciyi seçerken uyacağı temel ilkeleri belirlenmiştir. Bu ilkelerin belli başlıcaları arasında: “Aleniyet (Açıklık) ya da

⁶² Özay, İ.H., a.g.e., s.475-476.

⁶³ Gözübüyük A.Ş., 2003, a.g.e., s.248.

saydamlık ilkesi”, “Rekabet ilkesi”, “Sözleşmeyi yapmak isteyen kişide belli bir yeteneğin aranması ilkesi” yer almaktadır.⁶⁴

II . İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi

A- İdari İşlemlerin Genel Olarak Yargısal Denetiminin Gereği

Demokratik bir devlette, İdare hukuka bağlı olmak ve hukuka uygun davranmak zorundadır. Demokratik bir devlette, başta Anayasa olmak üzere, kanunlar ve kanunlara eşit düzeydeki öteki metinler ve bizzat İdarenin kendi koyduğu düzenleyici kurallar İdareyi bağlamaktadır.⁶⁵

Yönetim tutum ve davranışlarının hukuka uygunluğunu sağlamak için, çeşitli denetim yollarına başvurulmaktadır. Bilindiği gibi bunlar, yönetsel denetim, siyasal denetim, kamuoyu denetimi ve yargı denetimidir. Denetim yolları içinde yönetimin hukuka uygunluğunu sağlamada en etkin ve en nesnel olanı kuşkusuz yargı denetimidir. Yönetimin eylem ve işlemlerine yargı yolunun açık olması demokratik toplumlarda benimsenen ve üzerinde tartışılmayan bir konudur. Bu toplumlarda yönetimin kendini hukuk kurallarına bağlı sayması, bu kuralların dışına çıktığında, kendini bir “yaptırım”

⁶⁴ Günday M., a.g.e., s.182-185.

⁶⁵ Günday M., a.g.e., s.34.

karşısında bulması, “hukuk devleti” anlayışının bir yandan zorunlu bir ögesi, diğer yandan da doğal bir sonucudur.⁶⁶

Demokrasi ile yönetilen ülkelerin, siyasi ve hukuki sistemleri ne olursa olsun, “hukuk Devleti” ilkesine bağlılıkları gereği, yürütme ve idarenin tüm etkinlikleri yargı denetimine tabiidir. Sadece bu yargı denetimini yapan mahkemelerin ve Hâkimlerin statüleri ile muhakeme usulleri ve uyguladıkları hukuk kurallarının niteliği, ülkelerin siyasi ve hukuki sistemlerine göre değişik olabilir. “İdari yargı” işte bu yargısal denetim türlerinden, özellikleri olan birine verilen addır.⁶⁷

İdarenin işlem ve eylem yaparken açıkladığı “irade” özel hukuktaki gerçek ve tüzel kişilerine oranla hukuksal açıdan üstün bir konum ve güçtedir. Böylesine büyük bir güçle donatılmış bulunan İdare, bir tüzelkişilik olduğundan, doğaldır ki iradesini gerçek kişiler aracılığıyla açıklayacaktır. Gerçek kişiler ise “keyfi” davranma eğilimi içine kolaylıkla girebilirler. Bu bakımdan da, güçlü yetkiler kullanılırken aynı zamanda hukuka bağlı olma sorunu da ortaya çıkmaktadır.⁶⁸

Yargı denetimi sayesinde İdarenin hukuka bağlılığı etkili bir biçimde sağlanmış ve idare edilenler İdarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuş olur.⁶⁹

⁶⁶ Gözübüyük, A.Ş., **Yönetmelik Yargı, Ankara, S Yayınları, 6.Baskı, 1983**, s.1.

⁶⁷ Duran L., **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, Ekim 1988, s.222.

⁶⁸ Özalp İ.H., a.g.e., s.12-13.

⁶⁹ Günday M., a.g.e., s.45.

Bu bakımdan, Anayasamızın 125'inci maddesinde ifade edilen "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 2'nci maddesinde iptal davalarının, idari işlemler hakkında yetki, şekil sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılma hakkı tanınması suretiyle idari işlemlerin yargısal denetimi anayasal ve yasal bir güvence altına alınmıştır.

B. Türkiye'de İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi

Türkiye'de 1868 yılında Fransız Danıştay "Conseil d'Etat" örneğine göre bir "Şurayı Devlet" kuruldu ve "hükûmet ile eşhas beyinde (idare ile bireyler arasında)" ortaya çıkacak uyuşmazlıklara bakmak görevi kendisine verildi.⁷⁰ Padişah Abdülaziz'in 10 Mayıs 1868 günlü nutkuyla fiilen çalışmaya başlayan Şurayı Devlet'in "Kavanin ve nizamat layihalarını tetkik ve tanzim, mesalihi mülkiyeyi tetkik, hükümet ile eşhas beyinde mütehaddis deaviyi rü'yet ve memurini devletin tahkik ahvaliyle, muhakemelerini icra" görevlerini yerine getirmek üzere kurulmuştur. "Hükümet ile eşhas beyinde mütehaddis davaları" görmek ve çözümlmek görevi, 1876 Kanuni Esasisi ile genel mahkemelere bırakıldığından, İmparatorluk Danıştayının yargısal görevi çok sınırlı kalmıştır.

⁷⁰ Onar S.S., a.g.e., c.I, s.86-90.

Şurayı Devlet kararları Sadrazamın onayı ve Padişahın iradesiyle yürürlüğe konuluyordu. Ancak 1876 Kanun-u Esasîsinin 85'inci maddesi ile "hükûmet ile eşhas beynindeki davalar dahi mehakim-i umumiyeye aittir" diyerek genel yargıdan ayrı bir "idarî yargı" sisteminden vazgeçmiştir. Bununla birlikte gerek birinci, gerekse ikinci meşrutiyet dönemlerinde idare ile memur arasındaki uyuşmazlıkların ve özellikle "memurin muhakematı" işlerinin Şurayı Devletin görev sahasında kaldığı anlaşılmaktadır.⁷¹

İmparatorluk döneminde 54 yıl görev yapan Danıştayın faaliyeti, 4 Kasım 1922 tarihinde İstanbul'daki bütün merkez kuruluşlarının TBMM Hükümetinin idaresine geçtiği sırada sona ermiş, Cumhuriyet döneminde 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanununun 51'inci maddesi "idarî dava ve ihtilafları rü'yet etmek üzere bir Şurayı Devlet" kurulmasını öngörmüştür. Şurayı Devlet, 23 Kasım 1925 tarih ve 669 sayılı Kanunla kurulmuş ve 6 Temmuz 1927 tarihinde göreve başlamıştır. 669 sayılı Kanuna göre Danıştay, üç idari bir dava dairesi olmak üzere, dört daireden oluşmaktaydı.⁷²

1961 Anayasasının 140'inci maddesi "Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlmek(le)... görevlidir" demiştir. 1961 Anayasası döneminde Danıştayın kuruluşu, görev ve yetkileri 24 Aralık 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu ile düzenlenmiştir.

⁷¹ Gözler K., *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, Cilt I, s.41-112'den alınmıştır (<http://www.idarehukuku.gen.tr/idarehuk.htm>; 15 Aralık 2005).

⁷² <http://www.danistay.gov.tr/> (10.04.2006)

1982 Anayasası da Danıştay'a yer vermiş ve 155'inci maddesinde, "Danıştay, davaları görmek,... idarî uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevlidir"denmiştir. Böylece Türkiye'de Cumhuriyet döneminde adlî yargının dışında, başında Danıştay'ın bulunduğu ayrı bir idarî yargı mevcut olmuştur. Ve Danıştay, Fransa'da olduğu gibi, idarî uyuşmazlıklara özel hukuku değil, özel hukuktan ayrı bir hukuk olan idare hukukunu uygulamıştır.

Türkiye'de idare hukuku dersinin öğretimine ilk defa ne zaman başlandığı tam olarak bilinmemektedir. 1859 yılında açılan Mekteb-i Mülkiyenin ders programında *usûl-ü idare* isimli bir ders bulunduğu not edilmektedir.⁷³ 1879'da kurulan Mekteb-i Hukukta da bir idare hukuku dersi olduğu ve bu dersin İbrahim Hakkı Paşa tarafından verildiği belirtilmektedir. Ülkemizde ilk idare hukuku kitabı *Hukuk-u İdare* başlığı altında İbrahim Hakkı Paşa tarafından 1891 ve 1892 yıllarında yayınlanmıştır.⁷⁴

1-Türk İdari Yargısının Kaynağı

Hukuk Devleti ilkesinin geçerli olduğu demokrasilerde, İdare hukuka bağlı olmak ve hukuka uygun davranmak zorundadır. Bu tip ülkelerde öncelikle temel yasa olan anayasa olmak üzere, kanunlar ve kanunlara eşit düzeydeki öteki metinler, uluslararası sözleşmeler ve bizzat idarenin kendi koyduğu düzenleyici kurallar İdareyi, idarenin tüm birimlerini bağlarlar.⁷⁵

⁷³ Gözler K., İdare Hukuku , a.g.e., s.49.

⁷⁴ Balta T.B., **İdare Hukuku 1:Genel Konular**, Ankara, 1970-1972, s.143

⁷⁵ Günday M., a.g.e., s.34

Buna karşılık öğreti ve yargı kararları gibi yardımcı kaynakların Türkiye’de bağlayıcılıkları yoktur.⁷⁶

Kanuna eşit kaynaklar, kendi içersinde “Eski Kaynaklar” ve “Yeni Kaynaklar” olmak üzere iki kategoride değerlendirilmektedir. “Eski kaynaklar” arasında; “Padişah İradesi ile Çıkarılan Metinler”, “Geçici Kanunlar”, “Meclis Yorumu” yer almaktadır. Yeni Kaynaklar arasında ise, “Milletlerarası Antlaşmalar” ve “Kanun Hükmünde Kararname” bulunmaktadır.

İdare hukuku özel hukukun aksine tümüyle kodifiye edilmemiştir. Esasen idare hukukunun özelliği nedeniyle bunun yapılması mümkün de değildir. O nedenle idare hukukunda ve idari usul hukukunda içtihatlar önemli bir yere sahiptir. İdari yargıdaki içtihatlar yine idare hukukunun özelliğinden dolayı “bir kural koyma” niteliği gösterir.⁷⁷

2- Türk İdari Yargısının Özellikleri

Yargı yerleri yargısal faaliyetlerini önceden belirlenmiş bir usul (şekli hukuk) içerisinde yürütürler. Haliyle bir yargı dalının yargılama usulü de kendine özgü bir nitelik gösterir. Bu özellik, davaların ve mahkemelerin bünyelerindeki farklılıklardan doğar.⁷⁸

⁷⁶ Gözübüyük, A.Ş., 2003, a.g.e. s.42.

⁷⁷ Karavelioğlu C., **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4.baskı, Akçaabat, 1999, s.5.

⁷⁸ Karavelioğlu C., a.g.e., s.5.

İdarenin bağılı olduğu kamu hukuku, özel kişilere uygulanan özel hukuk kurallarından çok değişik olduğundan; yargısal denetim de gerek esas, gerek usul cihetlerinden başka türdür. Böylesine özgün bir yargı denetimini yapacak olan mercilerin teşkilatı ile Hâkimlerin statüsünü, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye alışmış bulunan adliye mahkemeleri ve yargıçlarından farklı olması zorunludur.⁷⁹

İdari yargılama usulünün başlıca özellikleri aşağıda belirtilmiştir:

a- Yazılı Olma

Yazılı yargılama usulünde davacı davasını dilekçeyle (yazılı olarak) açar, davalı da savunmasını yine dilekçeyle yapar. Keza idari yargı yeri de tüm inceleme ve araştırmasını yazılı olarak yürütür. Saf yazıllık esasının uygulandığı yargılama usulünde duruşma yapılmaz.⁸⁰

Yazıllık ilkesinden beklenen, özellikle tebligat ve cevap verme sürelerinin de düzenlenmesi sonucunda, davayı hızlandırmak, uyuşmazlığın makul ve hatta en kısa bir zaman içinde yargısal bir kararla çözümlenmesini sağlamaktır.⁸¹

⁷⁹ Duran L., a.g.e., s.234.

⁸⁰ Karavelioğlu C., a.g.e., s.6.

⁸¹ Zabunoğlu, Y., "İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler Pozitif Düzenlemeler", **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 10-11-12/06/1982**, Danıştay Yayınları No.33, Ankara, 1982, s.97.

b- Mahkemenin Re'sen Araştırma Yapması ve Yargılamayı Bizzat Yürütüp Yönetmesi

Medeni yargılama usulünde yargılama esas itibariyle tarafların iddia, delil ve def'ileri çerçevesinde yürütülür ve istisnai haller dışında hakim, taraflarca ileri sürülmeyen hususları re'sen araştıramaz. Buna karşılık idari yargılama usulünde hakim bütünüyle aktif bir konumda olup, uyuşmazlığın çözümünde gerekli her türlü araştırma ve incelemeyi istem olsun veya olmasın kendiliğinden yapar ve dosyanın tekemmülü için gerekli usul işlemlerini bizzat yerine getirir. Başka bir anlatımla idari yargı yeri (idari yargı hakimi) önündeki uyuşmazlığı çözümlerken, uyuşmazlığın temeli maddi olayı tavsif ile ona uygulanacak hukuk metni ya da ilkesini belirlemek ve ayrıca gerekli usuli işlemleri tamamlamak zorundadır.⁸²

Re'sen tahkik ilkesinin kapsamı gereği, idari yargıç öncelikle tarafların ileri sürdüğü vakıalarla bağlı kalmayarak, uyuşmazlığın ortaya çıkmasındaki gerçek vakıaların neler olduğunu arayıp bulacaktır. Yine bu ilke gereği, idare mahkemesi yargıcı taraflarca ileri sürülen hukuksal değerlendirme veya hukuksal tavsifle bulunmadığı bellidir. İdari yargıç hukuksal tavsifi serbestçe yapacak, örneğin davacı yanın ileri sürdüğü iptal sebepleri ile bağlı kalmayacaktır. Yine davacının ileri sürdüğü sorumluluk nedenleri ile kendini bağlı saymayacak, başka sorumluluk nedenleri var ise, bunları saptadığında sonucuna göre kararını verecektir.⁸³

⁸² Karavelioğlu C., a.g.e., s.6-7.

⁸³ Zabunoğlu, Y., a.g.m., s.96.

c- Gizlilik

Gerek 521 sayılı Danıştay eski kanununda (82/4) , gerekse 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 4001 sayılı kanun ile değişmeden önceki düzenlemesinde (20/4), yargı yerlerince getirilen veya idarece gönderilen “gizli” nitelikli bilgi, belge ve dosyaların, davanın karşı tarafına veya vekillerine incelettirilemeyeceği esası benimsenmiş idi.

Tarafların iddia ve savunma haklarını kısıtlar mahiyetteki bu hüküm, 4001 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırıldı. Bu durumda, idari yargıdaki “idarece kendiliğinden gönderilen” veya “mahkemece getirilen” gizli nitelikli belge dosyaların karşı tarafça “incelenemeyeceği” ilkesi terk edilmiş bulunmaktadır.

Bununla birlikte, 20’nci maddenin 3’üncü bendinde “Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir.” hükmü yer almış olup, bent kapsamındaki belge ve bilgilerin verilmemesinin gizlilik esasına dayandığı ve bu halde de idari yargı yerinin önündeki davayı karara bağlamak durumunda olduğu düşünöldüğünde, gizliliğin, idari yargılama usulünün, kendine has bir özelliği olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan davanın seyri hakkında yalnızca tarafların bilgi edinebilmeleri, bunlar dışında kalanların ise bilgi edinememeleri gizliliğin bir başka yönünü oluşturur.⁸⁴

d- İdari Davaların Açılmasının, Dava Konusu Edilen İşlemlerin Yürütülmesini Durdurmaması:

İdari işlemler, icraî nitelik gösterirler ve tesis edildikleri tarihten itibaren hüküm ifade ederler. Haliyle işlem tesisinde kamu gücünü kullanan idareler, verdikleri karar ve tesis ettikleri işlemleri yine kamu gücüne dayanarak yürütme yetkisini de haiz bulunmaktadır.⁸⁵

İdari davaların konusu olan işlemlerin tesis edildikleri andan itibaren yürütülmesinin zorunlu olduğu özelliğinden doğmaktadır. Bu sebeple dava açılması yürütmenin durdurulması sonucunu doğurmaz. Başka bir deyimle kanunda açık bir hüküm olmadıkça veya yetkili yargı merciince yürütmenin durdurulmasına karar verilmedikçe, davanın açılmış olması icrayı durdurmaz.⁸⁶

e- Az Masraflı Oluşu

İdari yargılama usulünün basit ve az masraflı bir yargılama yöntemi olmasının sebepleri arasında, bir yandan kendiliğinden inceleme ilkesinin

⁸⁴ Karavelioğlu C., a.g.e., s.7.

⁸⁵ Karavelioğlu C., a.g.e., s.7-8.

⁸⁶ Özdeş, O., "İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri", Danıştay Dergisi, Sayı: 12-13, Ankara, 1974, s.15.

uygulanması, diğer yandan da keşif ve bilirkişi incelemesi gibi masraf artırıcı yollara az başvurulması yer almaktadır.⁸⁷

Avukatlık ücretinin yargılama giderleri arasında sayılması, yönetimi temsil eden avukatlara vekalet ücreti hükmedilmesi, yönetsel yargının az masrafla işlem özelliğini etkiler niteliktedir. Davacı duruşma istemese bile, yönetim avukatın bu yola başvurarak davacıyı vekalet ücretine mahkum ettirme olanağına sahip bulunması, yönetilenlerin yönetsel kararlara karşı dava açmalarını bir dereceye kadar önlemektedir. Bu durumu, iptal davasının amacı ile bağdaştırmak güçtür.⁸⁸

Diğer taraftan, yargının bir kamusal faaliyet olmasından hareketle, ondan yararlanmanın karşılıksız olması gerektiği düşüncesi artık savunulmamaktadır. Tüm kamusal hizmetlerde olduğu gibi, yargısal kamu hizmetlerine de vatandaşların, akçalı güçleri oranında ve makul bir biçimde katılmaları zorunluluğu vardır. Öte yandan, yargıya başvuruların ağır akçalı yüklerle katlanmalarını da beklememek gerekir. İdari yargının karakteri, özellikle iptal davalarındaki kanunilik denetiminin kamusal yarara yönelik bulunması, dengeli, orta yolcu bir çözümün bulunmasını gerektirmektedir.⁸⁹

f- Muhakemenin Kamuya Faydalılığı

İdari yargı, diğer yargı yollarına bakarak, daha büyük oranda, kamusal adalet ve haklılık duygusunu etkiler. Bu duyguya yönelik olmak, idari yargının

⁸⁷ Karavelioğlu C., a.g.e., s.8.

⁸⁸ Gözübüyük, A.Ş., 1983, a.g.e., s.273-274.

⁸⁹ Zabunoğlu, Y., a.g.e., s.100.

temel ilkesinden birisidir ve aynı zamanda hukuk devleti anlayışının vazgeçilmez bir gereğidir. Pratikte bu amaca ulaşmak için idari yargıdan beklenen, hak arama yollarını azaltıcı, daraltıcı bir tutum izlememek, bireyle idarenin uyumsuzluk içinde bulunmaları halinde, öncelikle korunacak öznenin birey bulunduğunu hiç unutmamaktır.⁹⁰

3-Tüm İdari İşlemlerin Yargı Denetimine Açıklığı Kuralı

Hukuk Devleti, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukuki güvenceler sağlayan devlettir. Bir başka deyişle, Hukuk Devleti sadece yönetilenlerce uyulacak kurallar koyan devlet olmayıp, aynı zamanda koyduğu kurallarıyla kendini de bağlı gören devlettir. Hukuk Devletinin gereklerini temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, kanuni idare (=yasal yönetim) ilkesi, devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi, idarenin yargısal denetimi, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile İdarenin mali sorumluluğu olarak sıralamak mümkündür.⁹¹

Ülkemizde tüm idari işlemleri kapsayan genel bir idari usul kanunu bulunmamasına karşın, Anayasamızın “Başlangıç” kısmında 4’üncü fıkrasında, “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin

⁹⁰ Zabunoğlu, Y., a.g.m., s.100.

⁹¹ Günday M., a.g.e., s.38

kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu” belirtildikten sonra, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, insan haklarına saygılı, bir hukuk devleti olduğu hükmünün⁹² yanı sıra idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu hükmüne⁹³ yer verilmiştir. Bu düzenleme 1961 Anayasasının 114/1’nci maddesinin 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonraki metninin aynen tekrarlanmasıdır.⁹⁴

Anayasa Mahkemesi 23.11.1993 tarihinde verdiği kararında “Hukuk Devleti,.....insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni sürdürmekte kendisini yükümlü sayan, tüm davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uyan, işlem ve

⁹² 1982 Anayasası “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı 2. maddesi : “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

⁹³ 1982 Anayasası 125. maddesi : “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13.8.1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır.

İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

⁹⁴ 1961 Anayasasının 114/1’nci maddesinin ilk hali : “İdarenin hiçbir eylem ve işlemleri, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.”

eylemleri bağımsız yargı denetimine açık olan devlet demektir” diyerek Hukuk Devletinin tanımını yapmıştır.⁹⁵

İnsan haklarına saygı bakımından en önemli husus, onların sınırlandırılmasıdır. Anayasamıza göre idare, temel hak ve hürriyetleri olağan dönemlerde bir kanuna dayanmaksızın sınırlandıramaz. Zira Anayasamızın 13'üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, belli sebeplerle ancak kanunla sınırlanabilir.

Hukuk Devletinin sağlanabilmesi için, yasama, yürütme ve yargının hukuka bağlılığının yanı sıra idarenin bütün işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması gerekmektedir. İdarenin Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmeliklere uymak zorunda olmasının müeyyidesi Anayasamızda öngörülmüştür. Anayasamızın 125'inci maddesine göre, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”. Yani İdarenin yaptığı işlemler uyması gereken üst kurallara uymuyorlarsa, bunlara karşı dava açılabilir.⁹⁶ İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığını ihtisas mahkemeleri olan idari yargı yerlerince denetlenmesi de bir idari rejim gereğidir.

İdari işlem ve eylemlerin yargı yoluyla denetlenmesinin önemi kadar bu işlevin, bu denetimin uzmanı olan yargı yerlerince yapılması da gereklidir. Yargı birliği ilkesinin kabul edildiği Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip

⁹⁵ Anayasa Mahkemesinin 23.11.1993 tarih, E.1993/1, K.1993/2 sayılı kararı, AMKD C.2, S.30, 1995, s.2.

⁹⁶ Gözler K., İdare Hukuku, a.g.e.

ülkelerde idarenin yargısal denetimi adliye mahkemelerince yerine getirilirken, ülkemizde ve Kara-Avrupası sistemini benimseyen ülkelerde bu amaçla kurulmuş idari yargı yerlerince; 1868 yılında Sultan Abdülaziz zamanında Fransa'daki örneğine göre kurulan Şura'yı Devlet yani Danıştay'a ek olarak, 1972 yılında kurulan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile 1982 yılında kurulan bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri tarafından yapılmaktadır.

İdarenin hukuka uygunluğunu sağlamak için yargı denetiminden başka denetim yolları da vardır. Örneğin İdarenin kendi içinde yapılan idari denetim ile veya meslek kuruluşlarının, baskı gruplarının, kısaca kamuoyunun yapacağı denetim ile İdarenin hukuka uygun faaliyet göstermesi bir ölçüye kadar sağlanabilir. Ancak İdare üzerinde yapılan denetimlerin en etkili olanı ve İdare edilenlere en fazla güvence sağlayanı, bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca yapılan yargı denetimidir.⁹⁷

Gerek 1982 Anayasasında gerekse mevcut yasalarda idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu konusunda bireylere idari yargı yerlerinde dava açma hakkı tanındığı genel kural olarak hükme bağlanmış olmakla birlikte Anayasada ve yasalarda dava açma hakkını sınırlayan ve hatta tümüyle kapatan hükümlere de yer verilmiştir.

⁹⁷ Günday M., a.g.e., s.45.

Anayasada yer alan bu işlemler dışında, yasal düzenlemelerle bazı idari işlemler, tamamıyla yargı denetimi dışında, bazıları ise adli yargının görevine verilmek suretiyle idari yargının denetim alanı dışında bırakılmışlardır. Yasalarla idari yargı denetimi dışında bırakılan işlemler, Sıkıyönetim komutanları işlemleri⁹⁸ ve Yargıtay Başkanlar Kurulu kararlarıdır.⁹⁹ Adli yargının görevine aktarılan idari işlemler, nitelikleri itibariyle bir idari işlem ve eylemden kaynaklanmalarına rağmen yasal düzenlemelerle adli yargının görevine verilmiştir.¹⁰⁰ Aslında idari bir uyuşmazlığın çözümünün idari yargı yerleri dışında adliye mahkemelerine bırakılması, dolaylı da olsa idari yargı denetimini kısıtlamakta, bazı idari tasarrufların yargı denetiminden muaf olmasına benzer bir durum ortaya çıkarmaktadır. Anayasa Mahkemesi böyle durumlarda yapılan düzenlemenin, Anayasanın 37'nci maddesindeki "kanuni hâkim" ilkesi ile idari uyuşmazlıkların çözümünde Danıştay'ın görevli olduğuna ilişkin 155'inci maddesine aykırı olduğunu belirtmektedir. Nitekim Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde

⁹⁸ Bu düzenlemelerin Anayasanın geçici 15'inci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine götürülme olanağı bulunmamaktadır.

⁹⁹ 2797 Sayılı Kanunun 17'nci maddesi uyarınca Yargıtay Başkanlar Kurulunun itiraz veya doğrudan verdiği kararlara karşı başka bir yargı merciine başvurulamayacağı düzenlenmiştir.

¹⁰⁰ Bunlara örnek olarak; Vasi ve Vesayet dairesi kusuru sonucu kendilerince ödenmeyen zararın hazinece tazminine ilişkin tazminat davaları (Medeni Kanunun 409-413 md.), İcra ve İflas Görevlileri kusurundan dolayı idare aleyhine açılan tazminat davaları (2004 SK./5 md.), Kamulaştırma bedeli ile maddi hatalara karşı açılan davalar(2942 sayılı Yasanın 14 md.) , Nüfus kaydı değişikliklerinin hakim hükmüyle yapılması (Medeni Kanunun 38 md.), Tapu sicilinde değişikliklerinin mahkeme kararıyla yapılması (Medeni Kanunun 935 md.), Kadastro sınır ve ölçü uyuşmazlıklarına karşı kadastro mahkemesine (3402 sayılı Yasanın 25 md.), Orman Kadastro komisyonlarının tutanak ve kararlarına karşı kadastro mahkemesine (6831 sayılı Yasanın 11 md.), İmar Kanunundan doğan para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine (3194 sayılı Yasanın 42 md.), Belediye mevzuatına ve yasaklara uymayanlara verilen para cezasına karşı sulh hakimliğine (1608 sayılı Yasanın 5 md.), İş Kanununa göre verilen idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine (1475 sayılı Yasanın 108 md.) Sosyal Sigortalar Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara karşı İş mahkemesine (506 sayılı Yasanın 134 md.), Bağ-Kur Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara karşı İş mahkemesine (1479 sayılı Yasanın 70 md.) Kanun dışı yakalananların zararının tazminine ilişkin tazminat davalarında ikametgahlarının bulunduğu ağır ceza mahkemesine (466 sayılı Yasanın 1-2 md.) başvurusu sayılabilir.

Kararnamenin 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 45'inci maddesinin 8'inci fıkrasında, "Personelle akdedilecek sözleşmelerin uygulanmasında doğacak her türlü ihtilaflar adli yargı mercilerince karar bağlanır" hükmü yer almış; 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin diğer maddeleriyle birlikte söz konusu fıkranın da iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, idarenin personelle yaptığı sözleşmelerin birer idari sözleşme olduğunu belirttikten sonra, "Anayasanın yargı yolu başlığı altındaki 125/1'inci maddesinde yer alan kuralın yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerini kapsamakta olduğunu, bunlardan kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemleri için idari yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Yasama organı anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir." diyerek iptal kararı vermiştir.¹⁰¹

Adli yargının, bu tür idari uyuşmazlıkları, ihtisası dahilinde özel hukuk prensiplerine uygun çözümleneceği doğaldır. Burada en önemli sakınca, aynı yasadaki kaynaklanan uyuşmazlıkların bazılarının idari yargının, bazılarının adli yargının görevinde olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Aynı maddi nedene bağlı idari işlemlerin farklı yargı sistemindeki mahkemelerde karara bağlanmaları maddi olayın farklı değerlendirilmesine neden olmaktadır. Nitekim 3194 Sayılı Kanununun 32'inci maddesi gereğince yıkım kararları ve para cezaları aynı belediye encümeni kararıyla alınmakta,

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 tarih ve E.1988/5, K.1988/55 sayılı kararı, 25.07.1989 tarihli 20223 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ancak yıkıma ilişkin idare mahkemesine, para cezasına karşı ise sulh ceza mahkemesine dava açılmaktadır. Genellikle idare mahkemelerinin aksi yöndeki kararlarına rağmen sulh ceza mahkemelerince maddi sebebin bulunmadığı yolunda kararlar verildiğine çok sık rastlanmaktadır.¹⁰²

4- İdari Yargı Yolu Kapalı İşlemler

Anayasanın 125'inci maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağı kurala bağlanmakla birlikte, nitelikleri itibariyle idari uyuşmazlık konusu olabilecek bazı idari işlemler Anayasa gereğince tamamıyla Yargısal denetim dışında bırakılmışlardır.

Bunlar:

- a) Yüksek Hakem Kurulu kararları (54'üncü maddesi)
- b) Yüksek Seçim Kurulu kararları (79'uncu maddesi)
- c) Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler (125'inci maddesi)
- d) Yüksek Askeri Şura Kararları (125'inci maddesi)
- e) Milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen, Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar (125'inci maddesi)
- f) Memurlara verilen uyarma ve kınama cezaları (129'uncu maddesi)
- g) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (159'uncu maddesi)
- h) Sayıştay kararları (160'ıncı maddesi)

¹⁰² Yet O., "İlk Derece Mahkemelerinin Kuruluşlarının 17. Yılında İdari Yargının Sorunları ve Çözüm Önerileri", *Danıştay Dergisi*, Yıl 29, Sayı 99, 1999.

Anayasa Mahkemesi, Anayasada ayırık tutulanlar dışındaki tüm idari işlemlerin yargı denetimine bağlı olmasının Anayasa buyruğu olduğunu, bunlar dışında idarenin eylem ve işlemlerinden kimilerinin yargı denetimine bağlı olmaması sonucunu doğuracak nitelikteki bir yasal düzenlemenin, Anayasanın 125/1'inci fıkrasındaki buyruğa aykırı düşeceğini kabul etmektedir.¹⁰³

Belirli idari işlemlere “yargı denetimi bağışıklığına anayasal olarak kavuşmuş işlem türleri” konumu verilerek idarenin çoğu kez idari yaptırımları da içeren işlemlerine karşı bireyin yargısal korunması önüne önemli bir engel konulmuştur.

İdarenin bir kısım eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulması Hukuk Devleti ilkesini zedeleyici niteliktedir. Bunlardan özellikle, cezai disiplinler yaptırım içeren YAŞ ve HSYK kararları ile uyarma ve kınama cezaları dikkat çekmektedir. YAŞ kararları, 125'inci maddenin 2'nci fıkrası ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanun'unun 2568 sayılı yasayla değişik 21'inci maddesinin son fıkrası ile yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Bu düzenleme birçok idare hukukçusu tarafından Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar ve Anayasa'nın 36'ncı maddesiyle vazgeçilmez temel haklar arasında sayılan savunma hakkının verilmemesi ve yargı denetimi dışında tutulması yönünden eleştirilmiştir.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesinin 21/09/1995 tarihli, E.1995/27, K.1995/47 sayılı kararı.

Benzeri bir konu da idari kurul niteliğindeki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının yargı denetimi dışına çıkarılmasıdır. Doktrinde HSYK'nin yargı bölümü içinde yer almasına, üyelerinin neredeyse tamamının yargıçlardan oluşmasına rağmen idari bir organ olduğu ve işlemlerinin idari işlem olduğu belirtilerek, işlemlerine karşı yargı denetimine gidilememesinin, Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁴

Bir diğer konu ise, uyarma ve kınama cezalarıdır. Aslında, 1961 Anayasasında bu sınırlama olmadığı gibi, daha ileri bir korunma da getirilmişti. 1982 Anayasasında ise, “savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez” hükmünden sonra, uyarma ve kınama yaptırımlarının yargı denetimi dışında bırakılacağı düzenlenmiştir. Anayasanın uyarma ve kınama cezaları dışında kalan diğer disiplin yaptırımlarını mutlaka yargı denetimine tabi tutmayı buyurması yargısal korunmanın kısmen sağlanmasına yol açmıştır. Ancak, uyarma ve kınama cezaları için kanunlarla yargı denetimi dışında tutma imkanı verilerek idari yaptırımlarda yargısal korunmaya bir gedik açılmıştır.¹⁰⁵

Öte yandan, Anayasanın geçici 15'inci maddesiyle de, 1980-1983 yılları arasında çıkarılan mevzuat hükümleri ve bunlara dayanılarak yapılan işlem ve uygulamalara karşı dava açılmadığı gibi, ilgili görevlilerin cezai, mali, hukuki sorumlulukları da ileri sürülemeyecektir. Yargı denetiminin olağanüstü hallerde bile kısıtlanması “Anayasal bir kurum olan mahkemelerin

¹⁰⁴ Şaştım F., “İdari Yargılama Hukuku Ve İdari Davalar Açısından Uygulama”, <http://www.hukukcularder.org/makaleler/avfig1.htm> (29.03.2006)

¹⁰⁵ Şaştım F., a.g.m.

görevi üzerinde tasarruf etmek” olarak değerlendirilmiş ve sözü geçen maddeye dayanılarak yargı denetiminin kısıtlanamayacağı ve kaldırılmayacağı belirtilmiştir.

7 Mayıs 2004 tarihinde 5170 sayılı Kanunun 7’nci maddesi ile Anayasamızın 90’ıncı maddesine eklenen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” cümlesi hükümleri göz önüne alındığında, bu sınırlamalarda bir değişiklik söz konusu olabilecek midir?

a- Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemleri

Bilindiği gibi parlâmenter demokrasilerde devlet başkanları sorumsuzdur. Bu nedenle, devlet başkanının yaptığı bir işlemde kaynaklanan sorumluluğun, başbakan ve bakanlar tarafından üstlenilmesi gerekir. Anayasa hukuku literatüründe, devlet başkanının bir işlemde, cumhurbaşkanının imzasının altında, başbakan ve ilgili bakanların attığı imzaya “karşı-imza”¹⁰⁶ denir. Gerçekten de birçok anayasa, devlet başkanının sorumsuz olduğunu, devlet başkanlarının işlemlerinin başbakan veya ilgili bakanlar tarafından imzalanacağını ve bunlardan kaynaklanan sorumluluğun imza sahibi başbakan ve ilgili bakanlara ait olacağını öngörmektedir. Anayasamızın 105’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın

¹⁰⁶ Karşı-imza :ingilizcesi: countersignature, fransızcası: contresing.

imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur". Anılan maddeden anlaşılacağı üzere, Cumhurbaşkanının "tek başına yapabileceği" işlemler dışındaki bütün kararlarının "Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı" ve bunlardan "Başbakan ve ilgili bakanın sorumlu olacağı", resen (kendiliğinden) imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine ise Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamayacağı, belirtilerek, bir tür "hukuki sorumsuzluk" sistemi öngörülmüştür. Anayasaya göre, Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği birtakım işlemler vardır ve bu işlemlerin Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanmalarına gerek yoktur.

Monarşinin erkleri konusunda tüm yetkilerini devrettiği ve tek başkanlık mantığının bulunduğu İsveç dışında parlamenter rejimlerde tüm Devlet adamları geleneksel imtiyazların sahibidir. Ama genellikle bu şeklen önemli ayrıcalıklar "karşı-imza" yolu ile kullanılmakta, dolayısıyla da bakanlıklarca yerine getirilmektedir. Ne yazık ki Fransa ve Portekiz'de hükümetin karşı-imzasını öngörmeyen yeterince fazla sayıda cumhurbaşkanı kararları vardır. Bu durumun sistematik olarak tersinin görüldüğü ülkeler de mevcuttur : İtalyan Anayasası (89'uncu maddesi), Norveç Anayasası (1911 yılında yapılan anayasa değişikliği ile karşı-imza, kraliyet kararlarının geçerlilik şartı haline getirilerek, bakanların sorumluluğu zorunlu hale gelmiştir.) Belçika Anayasası (106'ncı maddesi) Danimarka Anayasası (14'üncü madde), Lüksembourg Anayasası (45'inci madde), Hollanda Anayasası (47-48'inci

maddeler), Finlandiya Anayasası (34'üncü madde). Diğer ülkelerde cumhurbaşkanının tek başına yapabildiği, karşı-imza gerektirmeyen “başbakanı atamak”, “parlâmentoyu feshetmek”, “anayasa mahkemesine üye seçmek”, “cumhurbaşkanlığı genel sekreterliğine personel atamak” gibi bir veya çok fazla sayıda olmayan istisnai işlemler mevcuttur : İspanya Anayasası (64'üncü madde) Portekiz Anayasası (143'üncü madde) Yunan Anayasası (35'inci madde) ¹⁰⁷

En çok istisna Alman, Fransız ve Yunan Anayasalarında vardır. Alman Anayasasında 3 (58 ve 63'üncü maddeler), Yunan Anayasasında ise 5 (35/2'nci madde), Fransız Anayasasında (19'uncu madde) ise 8 adet istisna vardır. ¹⁰⁸

1982 Anayasasınının 104'üncü maddesinin ilk fıkrasında “devletin başı” olarak tanımlanan ve “Meclis” tarafından seçilen “Cumhurbaşkanı”nın, “görev ve yetkileri” üç ana başlık -yasama, yürütme ve yargı- altında sıralanmış, 105'inci maddesinde ise, bu yetkilerin kullanılması şartı belirtilmiştir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak (98'inci madde) Cumhurbaşkanının hem tek başına bazı işlemler yapabileceğini, hem de bu işlemlerin hiçbir yargı yerinde denetime tabi tutulmayacağını açıkça ifade etmiştir. Gerçekten de, 1961 Anayasası ile Cumhurbaşkanına tek başına

¹⁰⁷ Grewe C., Fabri H.R., Droits Constitutionnels Européens, PUF, Paris, 1. baskı, Ocak 1995, s.490-491.

¹⁰⁸ Gözler K., **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.515-526. www.anayasa.gen.tr

işlem yapma yetkisi verilmemiştir. Zira, konu ile ilgili 98'inci maddede, Cumhurbaşkanının bütün kararlarının başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanacağı ve bu kararlardan başbakan ve ilgili bakanının sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ancak işin mahiyeti neticesi Cumhurbaşkanının imzası ile tekemmül eden, Anayasa Mahkemesine başvurmak TBMM tarafından kabul edilen kanun tasarılarını bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne iade etmek (93'üncü madde), Yüksek Mahkeme üyelerinin bazılarını seçmek (141/2'nci madde, 145'inci madde) gibi tek başına yaptığı işlemler vardır.

1982 Anayasası, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yolunu kapayan 125/2'nci madde hükmünden başka, 105'inci maddesiyle de, "Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine, Anayasa Mahkemesi dahil, yargı yerlerine başvurulamaz" şeklinde bir düzenleme getirmektedir. Ayrıca, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce, Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan 06.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ise, "Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır" denilmektedir. Bu hükümlerin dışında 4.7.1972 tarihli ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, Cumhurbaşkanınıntasarrufları.... yargı denetimi dışındadır" hükmü ile de, yukarıdaki hükümlere paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanının işlemlerini yargı denetimi dışında tutan ilgili hükümlerde bir terim birliği yoktur. Örneğin, Anayasanın 105/2'nci maddesinde, “re’sen imzaladığı kararlar ve emirler” deyimine yer verilmişken, 125/2'nci maddesinde ise, “tek başına yapacağı işlemler” deyimini kullanılmaktadır. Aynı şekilde, 2577 sayılı Kanununun 2'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ise, “doğrudan doğruya yaptığı işlemler”, 1602 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, “Cumhurbaşkanının tasarrufları” deyimleri kullanılmaktadır. Anılan bu düzenlemelerde yer verilen farklı terimlerin aynı anlamda kullanıldığını kabul etmek yerinde olacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı ve dolayısıyla yargı denetimi dışında kalan işlemleri Anayasada (104. md.) sayılanlarla sınırlı değildir. Çünkü, Anayasanın 104'üncü maddesinin son fıkrasında, kanunlarla Cumhurbaşkanına tek başına seçme ve atama işlemleri yapma yetkisi verilebileceği belirtilmiş, ayrıca, 105'inci maddenin 1'inci fıkrasında da Cumhurbaşkanının “Diğer kanunlarda. ...tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri”nden söz edilmek suretiyle, kanun koyucuyu da Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapmak yetkisi vermek imkanı tanınmıştır. Nitekim, pek çok kanunla Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapmak yetkisi verilmektedir.¹⁰⁹ Bu nedenle yargı denetimi dışında bırakılmış bulunan Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler belirli ve sınırlı

¹⁰⁹ Örneğin Cumhurbaşkanı 2954 sayılı Kanunun 6. maddesine göre, TRT Kurumu Yüksek Kuruluna doğrudan doğruya üç üye, bazı kuruluşlarca gösterilecek adaylar arasından beş üye; yine 2876 sayılı Kanunun 5'nci maddesine göre, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kuruluna dört üye; 2863 sayılı Kanunun 53'üncü maddesine göre Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu'na üç üye seçmektedir.

olmayıp, kanun koyucusu da Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisi vererek pek çok idari işlemleri yargı denetimi dışına çıkarabilecektir.¹¹⁰

Anayasanın 105'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, Cumhurbaşkanının yasalarda tek başına yapabileceği belirtilen işlemlerden söz edilmiştir. Ancak, madde gerekçesinde ve Danışma Meclisince kabul edilen Anayasa tasarısında, "Cumhurbaşkanının sorumluluk getirmeyen kararlardan hangilerini tek başına imzalayarak uygulatabileceği, yani istisnalar, Anayasada açıkça belirtilmiştir" hükmü; Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun Değişiklik Gerekçesinde, "...Bu düzenlemede Cumhurbaşkanın tek başına imzalayacağı kararların ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir" denilerek, madde metninden çıkarılmıştır.¹¹¹ 1961 Anayasasına göre Cumhurbaşkanının idari yetkilerinden hiçbirini tek başına kullanması mümkün değildi, bu yetkilerini ancak ilgili bakan ve Başbakanın katılması ile kullanabilirdi ve bu yetkilerin kullanılmasından doğan sorumluluk da, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ilkesinin bir gereği olarak, ilgili bakan ve Başbakana ait olurdu. 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının idari yetkileri bakımından bir ayırım yapmış ve bu yetkilerden bazılarının Cumhurbaşkanı tarafından tek başına; yani ilgili bakan ve Başbakanın katılmasına gerek olmaksızın kullanabileceğini öngörmüştür.¹¹²

¹¹⁰ Günday M., "1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s.140.

¹¹¹ Şakar M., **1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar (Değişiklikler İşlenmiş, Karşılaştırmalı-Notlu-Gerekçeli)**, Beta, İstanbul 1989, s.125.

¹¹² Günday M., a.g.e. s.366.

1982 Anayasamızın 105/2'nci maddesinde yer alan “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, Cumhurbaşkanının hangi işlemleri karşı-imza kuralına tâbi olmadan tek başına yapabileceği konusu konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur.¹¹³

Bu durum karşısında, Türk anayasa hukuku doktrini, Anayasada boşluk olduğu kanısına varmış ve boşluğu doldurmak amacıyla çeşitli görüşler ileri sürmüştür. Ergun Özbudun'a göre, Cumhurbaşkanının yürütme alanındaki yetkileri bakımından ise bu yetkilerin “icraî” olup olmamaları bakımından ayırım yapmak gerekir.¹¹⁴ Şöyle ki icraî nitelik taşımayan, tamamen törensel nitelikteki yürütmeye ilgili yetkilerini Cumhurbaşkanı tek başına kullanabilir. Ancak Cumhurbaşkanının “icraî” nitelikteki yetkilerini tek başına kullanamaması gerekir. Çünkü bu tür işlemleri Cumhurbaşkanının tek başına yapması, bir kere parlâmenter hükümet sistemine, ikinci olarak demokrasi ilkesine ve üçüncü olarak hukuk devleti ilkesine aykırı olur. Örneğin Özbudun'a göre, YÖK ve üniversite rektörlükleri yürütme alanında icraî yetkiler kullanan makamlar olduğuna göre, Cumhurbaşkanı bu makamlara tek başına atama yapamaz. Cumhurbaşkanının bu yetkisi karşı-imza kuralına tâbi olmalıdır. Gerçekten Türkiye dışında parlâmenter hükümet sistemine sahip hiçbir demokraside,

¹¹³ Örneğin bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000**, s.311-316; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, a.g.e.

¹¹⁴ Özbudun E., a.g.e., s.312-316

Cumhurbaşkanının, karşı-imza kuralına tâbi olmadan rektör atama gibi icraî bir yetkisi bulunmamaktadır.

1982 Anayasasının 104'üncü maddesinde belirtilen görevler arasında Cumhurbaşkanının karşı-imza aranmaksızın tek başına yaptığı işlemler şu şekilde belirtilebilir : Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırmak, Kanunları yayımlamak, Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak, Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek, Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, Millî Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak, Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak, Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak.

1961 Anayasası döneminde, Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılan ve yargı önünde getirilmiş 2 işlemi bulunmaktadır. İlki, AYİM'in kuruluşundan sonra AYİM Başkanunsözcülüğüne yapılan ilk atama esnasında, idarenin, davacı üyeden daha az kıdemli üyeleri aday göstermesi

nedeniyle Cumhurbaşkanının iradesini hatalı kullanmasına neden olduğu iddiasıyla atamaya ilişkin kararnamenin iptali istemiyle açılmıştır. AYİM Daireler Kurulu bu davada atama işlemini sebep ve maksat yönünden 1602 sayılı Kanunun 9'uncu maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.¹¹⁵ İkinci dava ise, cumhurbaşkanı tarafından kontenjan senatörü atanması işlemine karşı Danıştay'da açılan davadır. Danıştay, Anayasanın 70. maddesi ile Cumhurbaşkanına verilen üye seçme yetkisinin 114'ncü maddede sözü edilen işlemlerden olmadığından bahisle yargısal denetime tabii bir işlem olmadığına ve Danıştay'da görülmesine imkan bulunmadığından görev noktasından reddine karar vermiştir.¹¹⁶

1982 Anayasası ile Cumhurbaşkanına verilen yetkilerle ilgili olarak, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 13'üncü maddesini değiştiren 3826 sayılı Yasanın geçici 1'inci maddesi uyarınca Milli Eğitim Bakanını ve Başbakanın önerdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanınca Çanakkale 18 Mart Üniversitesine kurucu rektör olarak atanan davacı, bu görevden alınması ve yerine aynı usulle gösterilen adaylar arasından bir başkasının atanmasına ilişkin 07.06.1994 tarihli 21953 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 94/23 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının iptali istemiyle açtığı davada; Danıştay 8. Dairesi, yapılan işlemin Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemlerden olduğundan bahisle Anayasal ve yasal nedenlerle yargı denetimi dışında olduğundan incelenmeksizin reddine karar

¹¹⁵ AYİM Daireler Kurulu'nun 15.02.1974 tarih ve E.1974/43, K.1974/154 sayılı kararı.

¹¹⁶ Danıştay 12. Dairesi'nin 16.02.1979 tarih ve E.1979/547, K.1979/575 sayılı kararı, İdari Yargı Dergisi, 1979, S.8., s.53.

vermiştir.¹¹⁷ Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu anılan kararı, dava konusu işlemin Cumhurbaşkanının tek başına ve re'sen tesis ettiği işlemlerden olmadığından bahisle dava konusu olabileceği gerekçesiyle bozmuştur.¹¹⁸ Akabinde Danıştay 8. Dairesi, işlemin dava konusu edilebilir işlem olduğunu kabul ederek, iptaline karar vermiştir.¹¹⁹

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında tutulması hukuk Devleti ilkelerinden olan idarenin yargısal denetimine getirilen bir sınırlama olması nedeniyle, bu işlemlerin, ilgililerin “medeni hak ve yükümlülüklerini” etkiler nitelikte olmaları halinde, AİHS'nin 6'ncı maddesine aykırı olacağı söylenebilir. Dolayısıyla anılan işlemlere yargısal bağışlık tanımak yerine, yetki, şekil, usul ve maksat unsurları yönünden bir denetime tabî tutup, bu unsurlar bakımından herhangi bir sakatlığın göze çarpmaması halinde, salt takdire ilişkin bulunan sebep unsurunu incelemeyen işlemleri yargısal denetime tabii tutmak hukuk Devleti ilkesine daha uygun düşecektir.¹²⁰

b- Yüksek Askeri Şura Kararları

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinden itibaren var olan ve Cumhuriyet tarihinin ilk yasama dönemlerine ait 29/04/1925 tarihinde kabul

¹¹⁷ Danıştay 8. Dairesi 29.06.1994 tarihli, E.1994/3932, K.1994/1977 sayılı kararı.

¹¹⁸ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 04.11.1994 tarih ve E.1994/482, K.1994/619 sayılı kararı, DD. S.90, s.195.

¹¹⁹ Danıştay 8. Dairesi 31.05.1995 tarihli, E.1994/5965, K.1995/1797 sayılı kararı, DD S.91, s.857.

¹²⁰ Özay İ.H., “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı yayını, Ankara, Haziran 1992, s.27.

edilerek aynı günlü ve 98 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 636 sayılı Şûrayı Askerinin Teşkilât ve Vezaifi Hakkında Kanun, zamanla yapılan değişiklikler sonrası, 17.07.1972 tarihinde kabul edilerek 26.07.1972 gün ve 14257 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 1612 sayılı Yüksek Askerî Şûra Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılarak yeniden düzenlenmiştir.¹²¹

Söz konusu 1612 sayılı Yasanın 3’üncü maddesinde Yüksek Askerî Şûranın görevleri şu şekilde belirtilmiştir : Genelkurmay Başkanlığınca hazırlanan askeri stratejik anafikrin (Konseptin) tespiti ve gerektiğinde yeniden gözden geçirilmesi hususlarında görüş bildirmek; Silahlı Kuvvetlerin ana program ve hedefleri ile ilgili konularda görüş bildirmek; Silahlı Kuvvetlerle ilgili olup önemli görülen kanun, tüzük ve yönetmelik taslaklarını inceleyip görüş bildirmek; Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya Milli Savunma Bakanının lüzum gördükleri hallerde Silahlı Kuvvetlerle ilgili diğer konular hakkında görüş bildirmek; diğer kanunlarla verilen görevleri yapmak.

1612 sayılı kuruluş kanununa göre Yüksek Askerî Şûranın görevlerinin önemli bir kesimi Silahlı Kuvvetlerin iç hizmetlerine ilişkin sorunlarda “görüş bildirmek” şeklinde gerçekleşmektedir. Ayrıca, kanunda belirtilen atıf yolu ile diğer kanunlardan verilen görevleri yerine getirmek de Yüksek Askerî Şûranın görevleri arasındadır. Bundan dolayı Silahlı Kuvvetler mensubu subay ve

¹²¹ Kuzu B., “**Hukuk Devleti ve Re’sen Emeklilik**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LIV, 1994, s.71-101.

astsubayın terfi ve emeklilik işlemleri konusunda karar verme yetkisi de Askeri Şura'ya verilmiştir.

Askeri idari yargı düzenini temsil eden Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) kuruluşuna kadar, Askeri Yargıtay ve Danıştay'ın AYİM'in işlevini yerine getirdiklerini görüyoruz. Gerçekten de, 30.05.1938 tarih ve 3410 sayılı "Askerlerin Zat İşlerine Taalluk Eden Davaların Tetkik ve Muhakeme Usulü Hakkındaki" Kanun ile 1938 yılından itibaren Askeri Yargıtay içerisinde (özel) bir daire, asker kişiler hakkında tesis edilen idari işlem ve eylemlerden doğan davalara bakmış; Askeri Yargıtay'ın bu idari yargı görevine 3.07.1953 tarih ve 6142 sayılı Kanunla son verilerek Danıştay görevli kılınmış, Kanunun yayınlandığı 17.07.1953 tarihinden itibaren söz konusu davalar Danıştay'da görülmeye başlanmıştır.

1961 Anayasasının da, asker kişilerle ilgili işlem ve eylemlerin yargısal denetimi görevini Danıştay'dan alma yoluna gitmediği görülmektedir. Ancak; organik bakımdan mülki teşkilata dahil olan Danıştay'ın askerlerin özlük işlerini sivil idareye paralel bir açıdan ele alması Silahlı Kuvvetleri hizmet gereklerine ters düştüğü ve Danıştay kararları ile Silahlı Kuvvetlerin yapısı-ruhuna ters düşen bir uygulama içine girildiği, kararlarda "asker gerekler" kıstası uygulanmadığı, asker kişileri ilgilendiren eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların giderilmesinin bir "uzmanlık" işi olması ve benzeri gerekçeler

ile asker kişiler Danıştay'ın görev alanından çıkarılarak, AYİM'in kurulması gündeme gelmiştir.¹²²

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), Türk hukukuna ilk kez 1961 Anayasasında değişiklik yapan 1971 Anayasa değişikliği¹²³ ile girmiştir. Nitekim, 1961 Anayasasının Danıştay'ı düzenleyen 140'ıncı maddesinin son fıkrasına "Asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi Askeri Yüksek İdare Mahkemesince yapılır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, başkan ve üyelerinin nitelikleri ile atanmaları, disiplin ve özlük işleri; hakimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre, kanunla düzenlenir." cümlesinin eklenmesi suretiyle bu konuda özel bir kanun ile AYİM'in kurulması yoluna gidilmiştir. Yapılan bu değişiklik üzerine 04.07.1971 tarih ve 1602 sayılı AYİM Kanunu kabul edilerek 20.07.1972 günü yürürlüğe girmiştir.

AYİM, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ile yargılama faaliyetine başlamış ve asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin işlem ve eylemlerden doğan ihtilafları çözümlenmeye başlamıştır.¹²⁴AYİM, askeri kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari

¹²² Şahin İ.V., "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin Görev Alanı Üzerine Bir İnceleme" AYİM Dergisi sayı :18 http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=55

¹²³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Anayasa Değişikliğine İlişkin 1488 sayılı Kanun, Kabul Tarihi : 20-09-1971 Yayın Tarihi : 22-09-1971 Yürürlük Tarihi : 22-09-1971, 13964 sayılı Resmi Gazete

¹²⁴ 1602 sayılı Kanunun 20'nci maddesi uyarınca Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevleri (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.) şu şekilde belirtilmiştir :

"Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Türk Milleti adına; askeri olmayan makamlarla tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer

işlem ve eylemlerin yargısal denetimini yapan, Milli Savunma kamu hizmetinin ve askerlik mesleğinin kendisine has işleyişi ve kuralları gözetilerek, bu mesleğin içinden yetişmiş yargıç ve subaylardan oluşmuş, özel görevli bir Yüksek Mahkeme konumundadır.

Aynı düzenleme bu defa, 1982 Anayasasının 157'nci maddesi¹²⁵ ile ayrı bir başlık altında özel olarak yapılarak, AYİM'in Türkiye'deki altı Yüksek Mahkeme'den biri olarak yerini alması sağlanmıştır.

1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21'inci maddesinde 25.12.1981 tarih ve 2568 sayılı Kanunla¹²⁶ geniş çaplı değişikliklere gidilmiş; kurul kararlarının yargı denetimi dışı tutulduğu açıkça belirtilmiştir.¹²⁷ Söz konusu değişiklik 1982 Anayasasından önce yapılmıştır.

kanunlarda gösterilen, görevleri yapar. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyumsuzluklarda; ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz.

Bu Kanunun uygulanmasında asker kişiden maksat; Türk Silahlı Kuvvetleri'nde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askerî memur, astsubay, askerî öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş, erbaş ve erler ile sivil memurlardır.”

¹²⁵1982 Anayasası 157'nci Maddesi : Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyumsuzluklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin askerî hakim sınıfından olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askerî Hâkimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; hakim sınıfından olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri kanunda gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî hakim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır.

Mahkemenin Başkanı, Başsavcı ve daire başkanları hakim sınıfından olanlar sırasına göre atanırlar.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.

¹²⁶ Bkz. 26.12.1981 tarih ve 17556 sayı Resmi Gazete.

¹²⁷ 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21'inci maddesi metni : “İdari Davalar ve Yargı Yetkisinin Sınırı (Değişik : 25.12.1981 - 2568/1 md.) 20'nci maddede belirtilen kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı; yetki, sebep şekil, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından bahisle

Bir başka deyişle 1961 Anayasasının öngörmediği kurul kararlarının yargı dışı tutulması hali, 1981 yılında ilgili Yasada yapılan değişiklikle getirilmiştir. 1982 Anayasasının kabulünden önce yapılan bu değişikliklerin bir bölümü, sonradan 1982 Anayasasının 157'nci maddesine de aynen aktarılmış, 125'inci maddenin 2'nci fıkrası ile yasal düzenleme Anayasaya uygun hale getirilmiştir.

AYİM Kanununda 25.12.1981 gün ve 2568 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında 20'nci madde de değiştirilmiş, bu çerçevede iki önemli değişiklik yapılmıştır. Yapılan birinci değişiklik, maddeye "Askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile" yan cümlesinin eklenmesidir. İkinci değişiklik ise, 20'nci maddenin 1'inci fıkrasına "Ancak askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şart aranmaz." cümlesinin eklenmesi olmuştur. 1982 Anayasası, 2568 sayılı kanunla değişik 20'nci maddesinin göreve ilişkin bu hükmünü Anayasanın 157'nci maddesi olarak aynen benimsemiştir.

1602 sayılı AYİM Kanununun 21'inci maddesinde 1981 yılında 2568 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ve 1982 Anayasasının 125/2'nci maddesi ile YAŞ kararlarına karşı yargı yolu kapatan hükümler hukukumuzda girmeden

menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davaları, aynı idari işlem ve eylemlerin haklarını ihlal etmesi halinde açılacak tam yargı davaları, doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde çözümler ve karara bağlanır. İdari yargı yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yerindelik denetimi yapılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak tarzda kullanılamaz ve idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

Cumhurbaşkanının, Yüksek Askeri Şuranın tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır."

önce, YAŞ kararları AYİM tarafından denetlenmekteydi. AYİM, YAŞ'ın kararını ele alarak, değerlendirme notunun takdir ve tayininde kanunda aranana ölçüler içinde ve maksada uygun olarak kullanıp kullanılmadığını denetlemiş ve maksada uygun hareket edilmediği durumda, terfiye esas alınan değerlendirme notu ve bunun sonucu olarak yapılan yeterlilik sıralamasının sakat ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğu sonucuna vararak, terfi ettirilmeme ve bu nedenle emekliye sevk işlemlerinin iptallerine karar vermiştir.¹²⁸

Bugün için Anayasa ve 1602 sayılı Kanunun değişik 20'nci maddesi karşısında; bir idari davanın AYİM tarafından görülebilmesi için dava konusu idari eylem ve işlemlerin iki temel koşulu birlikte taşımaları gerektiği konusunda doktrinde tereddüt bulunmadığı anlaşılmaktadır. AYİM'in içtihatları da bu yöndedir. Bu iki koşul; askeri veya askeri olmayan (sivil) makamlarca tesis edilip edilmediğine bakılmaksızın idari eylem veya işlemin; asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin olmasıdır.¹²⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 1989 yılında verdiği bir kararında bu kriterlerden yola çıkarak, askerlik görevi sırasında geçirdiği trafik kazası nedeniyle bir gözünün görme yeteneğini kaybetmesi nedeniyle görev malullüğü aylığı bağlanması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali için açılan davada idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir.¹³⁰

¹²⁸ AYİM Daireler Kurulu'nun 01.06.1979 tarihli, E.1978/41, K.1979/14 sayılı kararı.

¹²⁹ Şahin İ. V., a.g.m. AYİM Dergisi sayı 18.

¹³⁰ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 27/10/1989 tarihli, E.1989/154, K.1989/378 sayılı kararı : "Esasen 1602 sayılı Kanun da, işlemi tesis etmiş olan makamın sivil ya da askeri makam olup olmadığı hususu üzerinde durmamakta ve askerlik yükümlülüğünden doğan uyumsuzluklarda ilgilinin asker kişi olması koşulunu da aranmaktadır. Ancak her durumda

AYİM, yargılama işlevini “hukuka uygunluk denetimi” yapmak suretiyle yerine getirmektedir. Bu hukuka uygunluk denetimi yapılırken de, yukarıda belirtilen Anayasal ve yasal sınırlamaları dikkate almakta; her somut olayda bu hallerin gerçekleşip gerçekleşmediği, hangi durum ve koşullarda söz konusu sınırlayıcı nedenlerin gerçekleşmiş sayılacağını içtihatlarıyla belirlemektedir.¹³¹ Diğer bir deyişle, mevzuatta yer alan sınırlayıcı ve buyurucu hallerin neler olduğunun takdir ve tespiti de yine idari yargı organının inisiyatifine bırakılmış ve bir nev’i otokontrol mekanizması öngörülmüştür.¹³²

Bu şekilde ayrı bir düzenleme getirilmesinin temeli sivil- asker ayrımının her alanda kendisini göstermesinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 1’ inci maddesinin ilk fıkrasında, bu kanuna tabi personel (subaylar, astsubaylar ile harp okulları, fakülteler, yüksek okullar ve astsubay okullarında öğrenim

aranan koşul, uyuşmazlığın "askeri hizmete ilişkin" olmasıdır. Bakılan davada uyuşmazlığa konu olup, iptali istenilen işlem, askeri hizmete ilişkin bir işlem olmayıp, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünün 5434 sayılı Kanunun vazife malullüğü ile ilgili hükümlerini uygulamak suretiyle tesis etmiş olduğu bir işlemdir. Açıklanan nedenlerle, davacının vazife malulü olup olmadığı konusundaki bu uyuşmazlığın çözümü idari yargının görev alanına girmektedir.”

¹³¹ AYİM Daireler Kurulu 15.03.1985 tarih ve 1985/199 Ek sayılı kararı ile; üçlü kararname ile 2559 Sayılı Kanunla 5434 Sayılı Kanuna eklenen Ek geçici l’inci ve 2’nci maddelerine tevfiikan re’sen emekliye sevk edilen bir bayan memur hakkındaki işlemi; “davacının Emekli Sandığına tabi bir işte 20 sene hizmet görmemiş olduğu açık ve seçik bir şekilde tezahür etmiş bulunduğundan davacının 2559 Sayılı Kanuna istinaden 3’lü kararnameyle "re’sen emekliye sevk edilmesinin büyük bir haksızlık olduğu aşikar görüldüğünden, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkındaki Kanunun Devlet güvenliğiyle ilişkisi bulunmayan sıradan bir memurun mağdur edilmesi için çıkarılmış olacağı düşünülmeceğinden, dolmadığı halde davacı memurenin 20 fiili hizmet yılını doldurduğundan bahisle 3 lü kararnameye dahil edilmesinin Davalı idare ajanlarının kusuruyla meydana geldiğinden bahisle davalı idare işleminin iptaline” hükmederek, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun üçlü kararnamelere karşı açılacak davaları yargı denetimi dışında bırakan hükmü, idari işlemlerin maksat unsuruna yönelik olup; işlemi sebep ve konu unsurları yönünden yargı denetimine tâbi tutmuştur. Bkz. AYİM Dergisi sayı.7

¹³² Özgüldür S., a.g.m, AYİM 19 numaralı dergi.

yapan askeri öğrenciler) sayıldıktan sonra, ikinci fıkrada Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan diğer asker ve sivil kişilerin kendi özel kanunlarına tabi oldukları belirtilmektedir.

Kanunun bu açık hükmü karşısında, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli sivil personelin bu kanun kapsamı dışında tutuldukları ve kendi özel kanunlarına tabi buldukları anlaşılmaktadır. Ancak bu tabi olmanın yalnızca idari ve mali hükümler yönünden olduğu, disiplin hukuku açısından şartları gerçekleştiği takdirde, bu personelin asker kişi sayılarak, diğer asker kişilerin tabi olduğu kanun hükümlerinin sivil personele ve dolayısıyla devlet memurlarına da uygulanacağı açıktır.¹³³

Yüksek Askeri Şura'nın görevlerinin büyük bir kısmı 926 sayılı Yasada belirtilmiştir. Bunların arasında da, albayların terfilerine ilişkin işleme esas olmak üzere, sicil dosyalarının Şura'ya gönderileceğine (38'inci madde), general ve amir terfilerine ilişkin esasların Şura tarafından tespit edileceğine (49'uncu madde), disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen astsubayların silahlı kuvvetlerden ayırma işlemlerinin Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülmesi halinde Yüksek Askeri Şura kararı ile yapılacağına (94/son maddesi) ilişkin hükümler sayılabilir. Burada özellikle dikkati çeken husus, normal şartlarda ilgili astsubayların silahlı kuvvetlerden ayırma işlemleri ordu içindeki idari

¹³³ Aksoylu İ., "Milli Savunma Bakanlığı İle Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku" AYİM Dergisi Sayı .19 Anılan makale için bkz. İnternet adresi :

http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=60 (20/01/2006)

kademelerce tesis edildiğinde bu işleme karşı AYİM'de dava açma haklarının bulunmasına karşın, bu kişilerin durumlarının Şura'da görüşülmesini Genelkurmay Başkanlığı gerek görürse¹³⁴, YAŞ kararı ile verilen ayırma işlemine dava açma haklarının bulunmamasıdır. Bu durumun hukuk devleti ilkesi ile ne kadar bağdaştığı ise sürekli olarak tartışma konusu yapılmıştır. Bu konuda Şura kararlarına karşı hukuk yolunun açılmasının ordudaki disiplini zayıflatacağı endişeleri ile itirazlar gelmekte ise de; unutulmaması gereken, yargı organının denetiminin "hukuka uygunluk" denetimi ile sınırlı olduğudur.

Anayasanın "Yargı Yolu" başlıklı 125'inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez..." şeklindeki âmir hüküm, 1602 sayılı AYİM Kanununun 21'inci maddesinin 2'nci fıkrasında da tekrarlanmakta, ancak buna ilave olarak "... Yerindelik denetimi yapılamaz..." kuralı da sayılmaktadır. Dolayısıyla AYİM, bir idari işlemin iptali istemli davanın yargılmasında, söz konusu Anayasal ve yasal kurallara uymak durumundadır ve uygulaması da tamamen bu doğrultudadır.¹³⁵

¹³⁴ 29.07.1983 tarih ve 2870 sayılı Kanun ile 926 sayılı Kanunun 50'inci ve 94'üncü maddelerin son fıkrasına eklenen bir cümle ile, subay ve astsubayların durumlarının Yüksek Askeri Şura tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin silahlı kuvvetlerden ayırma işlemi, Yüksek Askeri Şura kararı ile yapılır" hükmü getirilmiştir.

¹³⁵ 1602 sayılı Kanunun 21'inci maddesi tam metni için bkz. Dip not.170.

1602 Sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun “İdari davalar ve yargı yetkisinin sınırı” başlıklı 21’inci maddesinin 2’nci bendi hükmüne göre, disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır. Yani, disiplin amirlerince verilen bu cezalara karşı, kanunda öngörülen idari itirazların dışında yargı yoluna başvurulamaz.¹³⁶ Disiplin amirlerince verilen disiplin cezaları yargı denetimi dışında tutulmuş olmakla birlikte; Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bu konuda istikrar bulan içtihatlarında da belirtildiği üzere, askerî disiplin cezaları ister bir başka idari işlemin “hukuki sebebi” olsun, ister tek başına bir idari işlem durumunda olsun her iki halde de, bu tür disiplin cezalarının “yok hükmünde” olup olmadığının belirlenmesi ile sınırlı olarak yargı denetimine tabi olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır.¹³⁷ Tesis olunan disiplin cezası işleminde; savunmanın alınmaması, yetkisiz amirin ceza vermesi, cezada

¹³⁶ Bu konuda AYİM Kararları için : AYİM 2.Dairesi 18.11.1992 tarih ve E.1992/739, K.1992/886 sayılı kararı AYİM Dergisi sayı 8; AYİM 1.Dairesi 18.01.1994 tarih ve E.1993/299, K.1994/92 sayılı kararı AYİM Dergisi sayı 9; AYİM 2.Dairesi 26.04.1995 tarih ve E.1995/353, K.1995/318 sayılı kararı AYİM Dergisi sayı 10; AYİM 2.Dairesi 25.09.1996 tarih ve E.1996/89, K.1996/746 sayılı kararı AYİM Dergisi sayı 12; AYİM 2.Dairesi 27.11.2002 tarih ve E.2002/202, K.2002/914 sayılı kararı AYİM Dergisi sayı 18; AYİM 3.Dairesi 19.02.2004 tarih ve E.2004/55, K.2004/104 sayılı kararı AYİM Dergisi sayı 19;

¹³⁷ Bkz. AYİM 3. Dairesi, 21.10.2004 tarih ve E.2003/21, K.2004/1570, AYİM Dergisi sayı 20 : “Anayasanın 129/4 maddesi ile getirilen ayırık durum ve 1602 sayılı Kanunun 21/son maddesi hükmüne göre, disiplin cezalarının yargı denetimi dışında olduğu belirtilmekte ise de; bu disiplin cezalarının “yok hükmünde” olup olmadığının belirlenmesi ile sınırlı olarak yargı denetimine tabi olduğunda şüphe yoktur. AYİM’ in de bir çok kararında bu yaklaşım kabul edilmiş ve “yok hükmünde” olup olmadığı sınırlaması ile bir çok disiplin cezası yargı denetimine tabi tutulmuştur. Disiplin cezalarının “yok hükmünde” olup olmadığının belirlenmesi kapsamında, “yok hükmünde sayma” amacıyla açılan dava ile iptal davası açısından öğretide ortaya konulan farkları; “yok hükmünde olan” işlemlerin, dava açma süresine bağlı olmaması; bu işlemlerin her zaman geri alınabilmesi ve bir işlemin yok hükmünde sayılmasının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle re’sen dikkate alınabileceği noktalarında toplanabilir. Davacı savunması alınmadan kendisine disiplin cezası verildiğini belirtmekte olup, “ikaz” disiplin cezasının “yok hükmünde” olup olmadığının belirlenmesi ile sınırlı olarak yargı denetimine tabi tutulmasının kaçınılmaz olduğu kabul edilmiştir. Anayasanın 129/2’nci maddesinde “... savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilmez” hükmü bulunmakta, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 175’inci maddesinde; “Disiplin amiri cezayı vermeden evvel faile kendini müdafaa etmeye müsaade eder” diyerek, savunma hakkı tanınmadan verilen disiplin cezasının ağır ve apaçık hukuka aykırı olduğundan yoklukla malül olduğuna hükmetmiştir.

zamanaşımı olması yahut amirin ceza yetkisini aşması gibi haller kanuna açık ve net aykırılık teşkil edeceğinden bu haller verilen disiplin cezasının “yok hükmünde” sayılmasını zorunlu kılmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin istikrar bulmuş kararları da bu yöndedir.¹³⁸ Yok hükmünde bir işlem süre kaydına bakılmaksızın idarece her zaman geri alınabileceği gibi dava süresine bağlı olmaksızın dava konusu da yapılabilir. Böyle bir işlem uygulanmış olsa bile sonuçları hukuken geçersizdir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi uyarı ve kınama cezalarıyla ilgili olarak sadece yokluk denetimiyle sınırlı olarak yargısal denetim yapmaktadır.¹³⁹

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi 24.11.1998 tarih ve E.1998/964, K.1998/1020 sayılı kararında Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı yoluna gidilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 125/2'nci maddesi hükmünü AİHS'nin 6/1'inci maddesine aykırı olup olmadığını detaylı olarak incelemiştir. Anayasaya aykırı olsa bile sözleşme hükümlerinin uygulanamayacağını belirttikten sonra Sözleşme ile çatışan Anayasal bir hükmün anayasa hükümlerinin üstünlüğü ve bağlayıcılığı gibi her ülkede geçerli bir ilkeye dayanılarak uygulanacağı sonucuna varmıştır.¹⁴⁰

Keza benzer şekilde AYİM 1. Dairesi 15.12.1998 tarih, E.1998/1041, K.1998/1059 sayılı kararı ile de; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç

¹³⁸ Bu yönde başka kararlar için bkz.: AYİM. 2. Dairesinin 25.6.2001 tarih ve E.2000/493, K.2001/562 sayılı kararı; AYİM 3. Dairesinin 28.01.2004 tarih E.2003/152, K.150 sayılı kararı, AYİM 2. Dairesinin 17.12.2003 tarih E.2003/235, K.2003/910 sayılı kararı.

¹³⁹ Aksoylu İ., a.g.m., AYİM Dergisi S.19

¹⁴⁰ Sancakdar, O., “**AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler**”, Amme İdaresi Dergisi, 38/1, Ankara, Mart 2005, s.101.

hukukta Anayasa üstü kabulünün mümkün olmadığı gibi; Anayasa'nın 132'nci maddesindeki özel düzenleme karşısında GATA mensubu bir öğretim üyesinin disiplinsizlik nedeniyle YAŞ kararı ile ayırma işlemine tabi tutulmasında, Anayasal bir ihlalin de söz konusu olmadığına; davacının disiplinsizlik halinin mevcut olmadığına ilişkin iddiaların ise ancak bir iptal nedeni teşkil etmesi ve Anayasa'nın 125/2'nci maddesinin bu tür bir denetimi yasaklamış olması karşısında, incelenebilmesine imkan bulunmadığına; dava konusu işlemin yargı denetimi dışında kaldığı sonucuna varıldığından, inceleme kabiliyeti bulunmayan davanın reddine karar vermiştir.¹⁴¹

GATA'dan disiplinsizlik nedeniyle YAŞ kararı ile re'sen emekli edilen ve bu işleme karşı yargı yoluna başvuramayan davacının, ... Üniversitesi, ... Sağlık Yüksek Okulunda ilan edilen öğretim görevlisi kadrosuna yaptığı başvuru sonrasında yapılan bilim ve yabancı dil sınavını başararak sınav jürisince atanmasının uygun bulunması ama YAŞ kararı gerekçe gösterilerek üniversite yönetim kurulunca atanmasının uygun görülmemesi üzerine açmış olduğu davada Danıştay 8. Dairesi, yapılan sınavlarda başarılı olduğu ve başka bir adayın da aynı kadroya başvurmadığı dikkate alındığında, açıktan atamasının yapılması gerektiğine karar vermiştir.¹⁴²

1602 sayılı Kanun ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üzerinde en çok tartışma yapılan konularından bir diğeri de, mahkemenin "tek dereceli" (ilk ve son derece) olması; bu nedenle de verilen kararlara karşı kanun yollarına

¹⁴¹ AYİM 1. Dairesi 15.12.1998 tarih, E.1998/1041, K.1998/1059, AYİM Dergisi S.13.

¹⁴² Danıştay 8.Dairesi, 21.03.2002 tarih ve E.2000/4194, K.2002/1719 sayılı kararı.

gidilmesi halinde, aynı kurullarca (Daireler ve Daireler Kurullarınca) dosyanın incelenmekte oluşu, bunun da “hakkaniyete uygun yargılanma hakkı” ile tam olarak örtüşmediği yolundaki iddia ve itirazlardır.¹⁴³

c- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları

1961 Anayasasının 143'üncü maddesinde düzenlenen ve sadece adli yargı Hâkimlerinin özlük işlemlerine bakmakla görevli olan Yüksek Hâkimler Kurulu, 11 asıl ve 3 yedek üyeden, savcılarla ilgili olarak benzer yetkilere sahip olan ve 137'nci maddesinde düzenlenen Yüksek Savcılar Kurulu da 7 asıl ve 2 yedek üyeden oluşmaktaydı. Anılan kurulların kararlarına karşı da Anayasanın 114'üncü maddesi gereği yargı yolu açıktı. 25.04.1962 tarih ve 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kanunu, Kurulun görev, yetki ve çalışmalarını düzenlemekteydi.

1961 Anayasasında 20.09.1971 gün ve 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 114'üncü maddeye getirilen ‘Yüksek Hâkimler Kurulu kararları aleyhine başka mercilere başvurulmaz..’ hükmü ile, gene anılan kanun ile değiştirilen Anayasanın 137'nci maddesindeki, Yüksek Savcılar Kurulu kararları aleyhine herhangi bir mercie başvurulamayacağı konusundaki düzenleme, Danıştay 5. Dairesi'nin yaptığı başvuru sonrasında, Anayasa Mahkemesi tarafından ayrı ayrı iptal edilmiş bulunmaktadır.¹⁴⁴ Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına yargı yolu kapatılmasına ilişkin düzenlemeyi,

¹⁴³ Özgüldür S., a.g.m., AYİM 19 numaralı dergi.

¹⁴⁴Yüksek Hâkimler Kurulu ilgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 27.01.1977 tarihli, E.1976/43, K.1977/4 sayılı kararı, AMKD., S.15.,s.106. Yüksek Savcılar Kurulu ilgili karar için bkz.Anayasa Mahkemesi'nin 27.09.1977 tarihli, E.1977/82, K.1977/117 sayılı kararı, AMKD., S.15., s.127.

Yüksek Mahkeme; AİHS'nin 6'ncı maddesine, 1961 Anayasasının 2., 31 ve 114'ncü maddelerine aykırı bularak, "Hakimi yargı yoluna başvurma hakkından yoksun olan bir devlette, bireylerin hukuksal güvenceye sahip olduğu savunulamaz. Şikayete uğrayan veya denetim nedeniyle hakkında soruşturma açılan hâkim, Yüksek Hâkimler Kurulu kararıyla meslekten çıkarılabilecek, fakat hâkim, bu karara karşı yargı yerine başvuramayacaktır. Bunun hukuka bağdaşır bir yönü yoktur..." diyerek iptal etmiştir.

Ülkemizde amacı Hâkimlerle savcıların özlük işlerine bakmak olan ve herhalde Türkiye'de en çok eleştirilmiş anayasal kurumlardan biri olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), 13.05.1981 gün ve 2461 sayılı Hakim Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile kurulmuştur. Aynı yasanın Geçici 7'nci maddesi 2'nci bendi "Birinci fıkra hükümlerine göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna intikal eden işlerden daha önce yetkili kurullarca karara bağlanmış olup da bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte itiraz süresi dolmamış olanlar hakkında ilgililerin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun göreve başladığı tarihten itibaren 10 gün içinde itiraz hakları ve kanuni şekil ve süresi içinde aşağıdaki üçüncü fıkra esaslarına göre dava açma hakları saklıdır." hükmü getirilmiştir.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Danıştay 10. Dairesi, 06/02/1985 tarih E.1984/1750, K.1985/166 sayılı kararında; "Dava, hakim olan davacıya yer değiştirme cezası verilmesine ilişkin Eski Yüksek Hâkimler Kurulu Üçüncü Bölümü kararının iptali istemiyle açılmıştır. 14.5.1981 tarihinde yürürlüğe giren 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun 12.maddesinde, kurulca verilecek kararlara karşı tebliğinden itibaren 10 gün içinde itirazları inceleme kuruluna itiraz edilebileceği ve itirazlar üzerinde verilecek kararların kesin olduğu bu kararlara karşı idari ve kazai mercie başvurulamayacağı hükmü yer almıştır. Eski Yüksek Hâkimler Kurulunca 13.5.1981 tarihinde verilen ve davacıya 20.7.1981 tarihinde tebliğ edilen karara karşı 14.5.1981 tarihinde kurulan Hâkimler ve Savcılar Kuruluna yapılan itiraz üzerine itirazın reddi yolundaki karar kesinleştiğinden, dava yolu bulunmamaktadır" diyerek, davayı incelenmeksizin reddetmiştir.

HSYK söz konusu kanunun 3'üncü maddesi uyarınca bağımsızdır ve üyelerini 5'inci madde uyarınca Yargıtay ve Danıştay'ın gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanı seçer, başkanı Adalet Bakanıdır. HSYK'nın görevleri 4'üncü maddede belirtilmiştir.

1982 Anayasasından önce, Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun 03.06.1983 tarih ve 2335 sayılı Kanunla değişik 12'nci maddenin son fıkrasında ise, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun verdiği kararlara karşı, ilgililerin veya Adalet Bakanının, "kararın bir defa daha incelenmesi"ni istemeleri mümkündür. Kurul'un yeniden inceleyerek verdiği kararlara karşı, ilgililerin, yaptığı itirazı inceleyen "İtirazları İnceleme Kurulu"nun kararları aleyhine, herhangi bir yargı merciine başvuru yolu kapalıdır. Böylece, itirazları inceleme kurulu kararları da yargı denetimi dışında kalmaktadır. Ancak 1961 Anayasası döneminde Yargıtay üyelerinden oluşan Yüksek Hâkimler Kurulu'nun aldığı kararlar Danıştay denetiminden geçmekte ve pek çoğu da iptal edilmekteydi.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Savcı Yardımcısı olarak görev yapan davacının 1980 defteriyle yapılan yükselmesinin en az tercihlili olması yolundaki başvurusunu reddeden Yüksek Savcılar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada; Danıştay 5.Dairesi, 13.10.1983 tarih E.1982/2026, K.1983/6760 sayılı kararıyla; "Davacıya ait sicil dosyasının incelenmesinden meslek yaşamı boyunca tercihan yükselmesine engel olacak bir cezaya çarptırılmadığı bir önceki dönemde tercihan yükseldiği, son terfi döneminde Yargıtay'dan yeterli sayıda iş geçirdiği, not oranının tercihan yükselmesi için yeterli olduğu ancak 1980 yılı hal kağıdında müfettişçe mesleki bilgi, çalışma ve başarısının orta derecede takdir edildiği, C.Savcısı tarafından düzenlenen sicil fişinde de adiyen yükselmeye layık olduğu yolunda kanaat belirtildiği anlaşılmaktadır." diyerek işlemin iptaline karar vermiştir.

1982 Anayasasının 159'uncu maddesinde yer alan "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" ise sadece 7 asıl üyeden oluşan ve yalnız adli yargı hakim ve savcılarıyla değil, idari yargı hâkim ve savcılarıyla ilgili konularda da yetkili olan tek kuruldur. Eski dönemde toplam 18 asıl üyeli iki ayrı kurulun sadece adli yargı yargıç ve savcılarıyla ilgili alanda gördükleri görevi, bugün idari yargı mensuplarını da içeren daha geniş bir alanda, sadece 7 asıl üyeden oluşan bir kurul üstlenmiştir.Yeni sistemde yargıçlarla savcılarının özlük durumlarının aynı kurulun yetki çerçevesi içinde toplanması, bu iki meslek grubunun işlev farklarını silmekle kalmamış ayrıca, Hâkimleri daha önce sahip oldukları güvenceli durumdan uzaklaştırmıştır.

Adalet Bakanının, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun başkanı, bakanlık müsteşarının da kurulun doğal üyesi olarak kabul edildiği yeni sistemde, ayrı bir örgütü, özerk bütçesi, binası, hatta sekreteryası bile bulunmayan ve işleri bakanlık memurlarınca görülen Kurul'un, bu yapısı ve görüntüsü ile, bakanlık merkez örgütünün herhangi bir biriminden pek farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bugünkü sistemde Adalet Bakanının başkanı, Bakanlık Müsteşarının üyesi olduğu, beş tane yüksek hakimin bulunduğu Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yürütme ağırlıklı, yürütme egemen bir kuruldur.¹⁴⁷

1982 Anayasasının 159'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları aleyhine yargı yoluna

¹⁴⁷ Alan N., "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 10-11-12 Haziran 1982, Ankara, Danıştay Başkanlığı Yayını, s.60.

başvurulamayacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Anılan Anayasal ve yasal düzenlemelere göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar; adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme¹⁴⁸, geçici yetki verme¹⁴⁹, her türlü yükseltme ve birinci sınıfa ayırma¹⁵⁰, kadro dağıtma, disiplin cezası verme, meslekte kalmaları uygun görülmeyenleri uzaklaştırma işlemleri ile kanunlarla bu Kurul'a verilecek görevlerle ilgili diğer işlemler yargı denetimi dışında tutulmuş

¹⁴⁸ Danıştay 5. Dairesi, 17.03.1997 tarih ve E.1995/1925, K.1997/589 sayılı kararıyla; Adalet Bakanlığı Personel Müdürü olarak görev yapmakta iken 06.04.1995 tarihli ikili kararname ile bakanlık müşavirliğine atanması işlemi; sebep ve maksat yönlerinden hukuka uyumlu görülmediğinden iptal etmiş; olayda her ne kadar davacının HSYK'nın 18.07.1995 tarihli kararıyla Ankara hakimliğine atanması işlemi de bulunmasına rağmen ve ikili kararnamenin tarihinin HSYK kararından önce ve idari yargı yolu açık bir işlem niteliğinde olduğundan yargı yolu kapalı HSYK'nın atama kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi kapsamında bulunan idari davanın incelenmesine engel teşkil etmeyeceğinden bahisle işlemin iptaline karar vermiştir. (DD S.94, s.329-332.).

¹⁴⁹ Danıştay 5. Dairesi 28.05.1986 tarih ve E.1986/512, K.1986/757 sayılı kararı ile, geçici görevli bulunduğu Yargıtay Tetkik Hakimliğindeki 6 aylık yetki gündeliği ile gidiş-dönüş yol harcırahının verilmemesine ilişkin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararı ve buna davalı Adalet Bakanlığının işleminin iptali istemiyle açılan davada, "Her ne kadar davacı tarafından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararı ile buna dayalı Adalet Bakanlığı işleminin iptali isteğiyle dava açılmış ise de, sonucu olarak bu kabil konularda kesin işlem tesis etmeye, Adalet Bakanlığı yetkili olduğundan ve bu işlemin idari yargı mercilerinde dava konusu edilmesi mümkün bir işlem niteliğinde olduğundan davanın, Adalet Bakanlığınca tesis edilen işlemin iptali talebine ilişkin olarak incelemeye alınarak işin esasının incelenmesi gerekirken incelenmeksizin reddinde isabet görülmediğinden İdare Mahkemesi kararının bu sebeple bozulmasına," karar vermiştir.

¹⁵⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 07.04.2005 tarih ve E.2004/792, K.2005/227 sayılı kararı ile; Tek hakim olarak verdiği karar itiraz üzerine Bölge İdare Mahkemesince bozulan ve hakkında zayıf not takdir edilen davacı, zayıf notun düzeltilmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 24.4.2003 tarihli işlemin iptali istemiyle Danıştay 5. Dairesine açılan davada; anılan Daire, Anayasasının 125. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" yolundaki hükmün amacının, bağımsız bir yargı yerinin yargısal fonksiyonuyla iç içe bulunan ve bu fonksiyonun doğal ürünü olan işlemleri de idari yargı yetkisi içine almak olmadığı, Hâkimlere not verilmesi işleminin idari davaya konu olabilecek nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle dava reddetmiştir. Doğrudan Danıştay'da açılan davanın, ilk derece dava olarak Danıştay'da açılması ve karara bağlanması mümkün olmadığından, idare mahkemesinin görev alanına girdiğinden dosyanın görevli ve yetkili İdare Mahkemesine karar vermiştir.

olmaktadır. HSYK'nin Kurul olarak verdiği ilke kararları da dahil olmak üzere tüm kararlar, yargı denetiminin dışında kabul edilmiştir.¹⁵¹

Nitekim, İtalya'da Yüksek Hâkimler Kurulunun bu anlamda tesis ettiği işlemlerin salt idari karar ve işlemler oldukları ve bu nedenle yargısal denetime tabi buldukları ilgili yasada öngörüldüğü gibi, İtalya Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulanmıştır.¹⁵²

Aynı şekilde, Fransa'da 1946 Anayasası ile kurulan Yüksek Hâkimler Konseyi'nin onursal başkanı Cumhurbaşkanı, başkanvekili Adalet Bakanı olmasına rağmen, yüksek Hâkimlerden oluşmasına karşın, Conseil d'Etat bunu bir adli otorite olarak kabul etmemiş ve anılan konseyin faaliyet ve işlemlerini idari nitelikte faaliyetler olarak nitelendirmiş ve yargısal denetime tabi tutmuştur. 1958 Anayasasının 65'inci maddesi ile Konsey'in yetkileri kısıtlanmış olmakla birlikte, yine de mahkemelerin kurulması, kaldırılması, yargı çevrelerinin değiştirilmesine dair kararları gibi yargı organının (mahkemelerin) yargısal faaliyet alanlarına ilişkin kararları denetlendiği gibi,

¹⁵¹ Danıştay 11. Dairesi, 17.02.2004 tarih ve E.2003/916, K.2004/728 sayılı kararıyla, Anayasanın yukarıda yer verilen 159. maddesi ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarına karşı yargı yolu kapatılmış olup, kurulun kendi görev alanı içinde ve yasalarla verilmiş yetkisini kullanarak almış olduğu kararlara karşı açılan davaların yargı mercilerince incelenme kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu genel saptama karşısında davaya bakıldığında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca alınan ilke kararı dava konusu yapıldığından, öncelikle davaya konu olan ilke kararının Kurulun görev ve yetkisi dahilinde alınıp alınmadığının tespiti gerekmektedir. Eğer Kurul görev ve yetkisinde olmayan bir konuda karar almış ise ancak bu halde söz konusu davanın esasının idari yargıda incelenmesi mümkün bulunmakta aksi halde, yukarıda belirtildiği üzere Kurulun yetkili ve görevli olduğu konularda aldığı kararlara karşı Anayasa hükmü ile yargı yolu kapatılmış olduğundan, bu kararlara karşı açılan davalarda idari yargı yerince davanın esasının incelenmesi olanağı bulunmamaktadır....., birinci sınıf olmanın bir yükselme çeşidi olduğu ve bu konuda değerlendirme ve karar alma görev ve yetkisinin Kurula ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Diyerek davayı incelenmeksizin reddetmiştir.

¹⁵² Özey İ.H., a.g.e., s.657, dip not.1070.

yargı mensupları ile ilgili birel nitelikte olan, atama, yükseltme, disiplin cezası verme gibi işlemleri de denetlenmektedir.¹⁵³

Siyasi kimliği olan Adalet Bakanı'nın ve -hakim kökenli olmasına rağmen-O'nun atadığı Bakanlık Müsteşarının HSYK'da görev alması, Kurul kararlarına karşı bu kararlardan etkilenen hakim ve savcıların yargı yoluna başvuramamaları, Yargıtay ve Danıştay Genel Kurulları'nca seçilen adaylar içerisinde Cumhurbaşkanınca ayrıca tercih yapılarak Kurul'a üye atanması eleştiri konusu olup Kurul'un bütün üyelerinin meslekten olması, Kurul kararlarının yargı denetimine açık olması, Cumhurbaşkanınca adaylar içerisinde tercih yapılması sistemine son verilmesi görüşleri sık sık çeşitli zaman ve mekanlarda özellikle yargı mensupları tarafından ve hatta Yüksek Yargı organlarının kuruluş günlerinde dile getirilmektedir. Bu durumun aksini savunanlar da bulunmakta olup, HSYK'yi oluşturan kişilerin Yargıtay ve Danıştay üyesi olması nedeniyle verdikleri kararlara dava açılmamasının doğruluğunu da savunanlar bulunmaktadır.¹⁵⁴

Zaman zaman Danıştay ilgili dairesi veya İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, HSYK kararlarının yargı denetimi dışı kalmasına yönelik Anayasal veya yasal düzenlemelere sıkı sıkıya sadık kalarak, bu yönde her geçen gün yapılan başvuruları reddetmekte ise de¹⁵⁵; kimi durumlarda Adalet

¹⁵³ Detaylı bilgi için Fransızca, İngilizce web sitesi : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/>

¹⁵⁴ Kıratlı M., "Yargının Sorumluluğu", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C.III, S.3,.Kasım 1995, s.3-4

¹⁵⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 08.01.1993 tarih ve E.1992/326, K.1993/3 sayılı kararı ile; HSYK'nın İlke Kararını Anayasal ve yasal nedenlerle incelenmeksizin

Bakanlığının ve daha sonra HSYK'nın yapmış olduğu birbirini takip eden¹⁵⁶, tamamlayan işlemlerini “ayrı işlem” olarak ele alıp, denetimini yapmaktadır.

d- Disiplin Cezaları

1961 Anayasasının 118'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında “disiplin kararları, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz. Asker kişiler hakkındaki hükümler saklıdır” hükmü yer almıştır. Bu kuralın açık hükmü karşısında, asker kişiler dışında kalan memurlar ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mensuplarına verilen disiplin cezalarının idari yargı denetimi dışında tutulması önlenmiştir. Nitekim, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 13/c bendinin 3'üncü fıkrası, 31/1'inci maddesi ve 42'nci maddesinin 6738 sayılı Yasayla değişik (E) bendi gereğince, valilerin,

reddeden Danıştay 5. Dairesinin kararını; Anayasanın 159'uncu maddesi, 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun 12'nci maddesinde yer alan yargı yoluna başvurulamayacağı hükümlerini göz önüne alarak onamıştır.

¹⁵⁶ Danıştay 5. Dairesi'nin 28.06.2004 tarih ve E.2003/6399, K.2004/3046 sayılı kararı : 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 38'inci maddesinde; Bakanlık merkez kuruluşlarındaki hizmetlerde çalışan müsteşar dışındaki hakim ve savcıların, Adalet Bakanı'nın teklifi üzerine, Bakanlık hizmetlerinde kazanmış oldukları haklar korunmak suretiyle idari yargıdan olanların idari yargıda, adli yargıdan gelmiş olanların adli yargıda, durumlarına göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca uygun görülecek hakimlik ve savcılık görevlerine en çok otuz gün içerisinde atanacakları öngörülmüştür. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere Adalet Bakanlığı merkez teşkilatında çalışan müsteşar dışındaki hakim ve savcılara yönelik Adalet Bakanının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 30 gün içinde atama yapmak zorunda olup; Kurulun Bakanın teklifini irdeleme, gerektiğinde yerinde görmeme yetkisi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, Adalet Bakanının merkez teşkilatında çalışan Hâkimler ve savcılar için Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna yaptığı teklif, ilgili hakim veya savcının merkez teşkilatında bulunduğu görevden alınması sonucunu doğuran kesin nitelikte bir idari işlemdir. Olayda, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulunda Müfettiş olarak görev yapan davacı, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine müfettişlik görevinden alınmış, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca çıkartılan 2003 yılı Temmuz Dönemi Hakim-Savcı Atama Kararnamesi ile Ankara Cumhuriyet Savcılığına atanmıştır. Bu durumda, davacının müfettişlikten alınması yolundaki Adalet Bakanlığı teklifinin, iptal davasına konu edilebilecek kesin ve icrai bir işlem niteliğini taşıdığı açık olduğundan, anılan teklifin; atamaya esas somut bilgi ve belgeleri içerip içermediği, takdir yetkisinin idarece kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden yerinde kullanılıp kullanılmadığı açısından yargısal denetime tabi tutulması gerekirken Mahkemece yapılan nitelendirmede ve davanın usulden reddi yolundaki kararda hukuki isabet görülmemektedir.

kaymakamların ve bucak müdürlerinin emri altındaki memurlara verdikleri bazı disiplin cezalarının kesin olduğuna ilişkin hükümlerin iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesi şu kısa gerekçeyle , “.... Dava konusu disiplin cezaları aleyhine idari ve adli kazaya başvurmasını yasaklayan hükümlerin Anayasaya aykırılığı tereddüde, tartışmaya ve hatta uzun gerekçelere yer bırakmayacak kadar açıktır. Aykırılığın gerekçesi, sözü geçen Anayasa hükümlerinde doğrudan doğruya ifadesini bulmaktadır.” diyerek iptal kararı vermiştir.¹⁵⁷

1961 Anayasasının hukuk Devleti ilkesine uygun düzenlemesine rağmen, 1982 Anayasası “disiplin kovuşturmasında güvence” başlıklı 129’uncu maddesinin üçüncü fıkrasında “ uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz” hükmünü getirmiş; dördüncü fıkrası ile “Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.” demek suretiyle, bunlara verilen uyarma ve kınama cezası dışındaki disiplin cezalarına karşı da yargı yolunu kapatma olanağını getirmiştir. Nitekim, HSYK tarafından hakim ve savcılara verilen disiplin cezalarına, YAŞ kararı ile Silahlı Kuvvetler mensuplarına verilen disiplin cezalarına karşı yargı yolu kapalı bulunmaktadır.

Dolayısıyla Anayasa, uyarma ve kınama disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasına imkan tanımıştır. Bu fırsattan yararlanan kanun koyucu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 136’ncı maddesinin

¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin 02.05.1963 tarihli E.1963/174, K.1963/115 sayılı kararı.

üçüncü fıkrasında, uyarma ve kınama disiplin cezası kararlarına ilişkin olarak “itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz” şeklinde düzenleme getirmiştir.

Anayasanın 129’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasında bahsi geçen sınırlama “mutlak” bir sınırlama değil bir “güvence” hükmüdür. Buna göre sadece uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi dışında bırakılabilir. Yani maddenin amacı, uyarma ve kınama cezalarına yargı yolunu kapatmak değil, diğer tüm disiplin cezaları açısından yargı güvencesi sağlamaktır. Buradaki sınırlama örneğin YAŞ kararlarına karşı yargı yolunu kapatan 125/2’de olduğu gibi “mutlak” bir sınırlama değildir. 129/3 hükmünün yasama organına tanıdığı sınırlama yetkisi, belli ilkelere uygun olarak kullanılabilir.¹⁵⁸

Anayasadaki düzenleme uyarınca, yasal bir kanuna dayanmadan yönetmelik veya tüzük yoluyla uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapatılamayacaktır. Nitekim Danıştay 10. Dairesi öğretim elemanlarına verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yolunu kapayan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 48/3’üncü maddesini, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasasında bu yönde bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.¹⁵⁹ Aynı

¹⁵⁸ Altıparmak K., Karahanoğulları O., “Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın Zimnen İptali”, **İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 19-20, 1997-1998**, s.233

¹⁵⁹ Danıştay 10. Dairesi’nin 21.01.1986 tarih, E.1986/169, K.1986/31 sayılı kararı, DD, S.64-65, s.410 vd. Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. Danıştay 10. Dairesinin, 22.01.1987 tarih, E.1986/906, K1987/55, DD., S.68-69, s.691., :“Anayasanın 129. maddesi uyarınca , uyarma ve kınama cezalarının ancak yasama organı tarafından yargı denetimi dışında

Yönetmelik uyarınca Uludağ Üniversitesinde bir öğretim görevlisine verilen kınama cezasını, yargı denetimi dışı bırakıldığı için incelemeksizin reddeden İdare Mahkemesinin kararını, Danıştay 8. Dairesi, yönetmelikte yapılan değişiklik ile yargı yolunun açıldığından bahisle bozmuştur.¹⁶⁰

Devlet Memurları Kanunu uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı idari başvuruyu özel olarak düzenlemiştir. Bu Kanunun 135'inci maddesine göre disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir. Kanunun 136'ncı maddesine göre de disiplin amirleri ve disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazlarda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren 7 gündür. Bu süre içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir. Danıştay 10. Dairesinin 29.05.1986 tarihli E.1984/2529, K.1986/1326 sayılı kararı ile; yüksek tekniker olan davacının ortaya çıkarılan bir kaçakçılık olayında ihmali bulunduğu nedeniyle kınama cezası ile tecziyesine ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan dava sonunda, adı geçeninin savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği gerekçesiyle İdare Mahkemesince verilen iptal kararını; davacının kınama

bırakılabileceği, bu paralele hüküm getiren 657 sayılı Yasanın 135. maddesinin, 657 sayılı Yasanın 1. maddesi kapsamında olmayan İş ve İşçi bulma kurumu Personeli yönünden uygulanamayacağı ve kanunla getirilen sınırlamanın yönetmelikle düzenlenemeyeceği"ne hükmetmiştir. Danıştay 10.Dairesinin 04.04.1988 tarih, E.1986/1113, K.1988/806 sayılı kararı, DD., S.72-73, s.656.

¹⁶⁰ Danıştay 8. Dairesinin 15.01.1992 tarih, E.1991/1755, K.1992/30 sayılı kararında : "Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 10.12.1987 gün ve 19660 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren yönetmelikte değiştirilen 47.maddesinde, disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın, varsa bir üst disiplin amirine, yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği, üst disiplin amiri veya disiplin kurullarının itiraz üzerine verdiği kararların kesin olduğu, bu yönetmelikte yer alan disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği kurala bağlanmıştır." demiştir.

cezasına karşı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 135'inci ve 136'ncı maddelerine göre 7 gün içinde bir üst disiplin kuruluna itiraz etmesi gerekirken, böyle bir itirazda bulunmadığı, anılan yasanın 136'ncı maddesinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı hükme bağlandığı gerekçesiyle bozulmasına karar vermiştir.

Devlet Memurları Kanununda uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı 7 günlük bir itiraz yolu özel olarak düzenlenmiş (135/1 md.) fakat aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari başvuru (İtiraz) yolu ayrıca düzenlenmediği gibi, bu Kanunun 135'inci maddesinin ikinci fıkrasında “ aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir” denmiştir.

İdari başvuru (itiraz) yolunda üst makamlar, verilen disiplin cezasını az görüp daha ağır disiplin cezası veremezler. Devlet Memurları Kanunu 136'ncı maddesinde “itiraz halinde, itiraz mercileri kararı gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri gibi cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler” demekte, ama daha ağırlaştırabilecekleri belirtilmemektedir.

Benzer bir yasak idare mahkemeleri bakımından geçerlidir. Buna “aleyhe karar verme yasağı” denir. İdare mahkemeleri, disiplin cezası alan memurun açtığı davada, davacı memurun aleyhine olarak, memura verilen disiplin cezasını az bularak iptal kararı veremez. Nitekim Danıştay 8. Dairesinin 16.02.1998 tarih ve E.1997/4389, K.1998/440 sayılı kararıyla, idare mahkemesinin memura verilen disiplin cezasını, gerekenden hafif takdir edildiği gerekçesiyle iptal edemeyeceğine, diğer bir ifadeyle davacının talebinin aşılı olarak davacının aleyhine durumu ağırlatıcı karar verilemeyeceğine hükmetmiştir.

Danıştay 8. Dairesinin 25.12.1997 tarih ve E.1995/3916, K.1997/4112 sayılı kararında; Kamu görevlisinin görev değişikliğine ilişkin işleminin iptalinden önceki disipline konu tutum ve davranışları nedeniyle cezalandırılabilmesi ve usulüne uygun olarak tesis edilmiş uyarma ve kınama cezalarına karşı Anayasanın 138’inci ve 657 sayılı yasanın 135’inci ve 136’ncı maddeleri uyarınca idari yargı yoluna başvurulamayacağı genel kural olmakla birlikte; usulüne uygun olarak tesis edilmemiş olan uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimine tabi tutulacağına açık olduğu vurgulanmıştır.¹⁶¹

Yargı denetimi dışında bırakılan uyarma ve kınama cezaları görüldüğü kadar hafif nitelikli cezalar değildir. Uygulamada bu cezalar gerekçe gösterilerek kişilerin parasal ve özlük haklarında kısıtlama yapan

¹⁶¹ Danıştay 8.Dairesinin 25.12.1997 tarih ve E.1995/3916, K.1997/4112 sayılı kararı, DD.96.

düzenlemelere gidilmektedir. Örneğin Maliye Bakanlığına mensup memurlar Gelir ve Vergi İdaresini Geliştirme Fonundan yapılan ek ödemelerden yararlanmakta olup, bu ödemeler söz konusu cezaları almaları halinde belli bir süre kesilmektedir. Bu çerçevede Danıştay 8. Dairesi 18.11.1996 tarihli, E.1996/3106, K.1996/3203 sayılı kararıyla; davacıya verilen uyarma cezasının iptali ve bu ceza nedeniyle Gelir İdari Geliştirme Fonundan kesilen ek ücretinin tazmini isteğiyle açılan davada, uyarma cezasının incelenmeksizin reddinin onanmasına, Gelir İdaresini Geliştirme Fonundan, uyarma cezası alanlara 1 ay süreyle ek ücret ödenmeyeceği esası getirildiği, bu kapsamda davanın tazminata ilişkin kısmı hakkında karar verebilmek için, uyarma cezasının itiraz üzerine kaldırılmış olması gerekmekte olup, bu cezanın varlığı devam ettiği sürece bu hususun incelenmesi mümkün bulunmadığından uyarma cezası iptal edilmediğinden ek ücretin tazminine ilişkin kısmının bozulmasına karar vermiştir.¹⁶²

Disiplin cezası kararının mahkeme tarafından iptali, disiplin cezasını geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. İdare, iptal kararını uygulamak için gerekli tedbirleri almalıdır. Bu kapsamda örneğin kesilen maaş iade edilir, kademe ilerlemesi yapılır, memur tekrar göreve alınır.

Silahlı Kuvvetler personeli ile ilgili cezaların yargı denetimi dışında tutulmuş olması, askerliğin gerekleri ile açıklanmaya çalışılmakta; memurlar ile diğer kamu görevlileri ile ilgili olarak getirilen sınırlama ise yargıyı hafif

¹⁶² Danıştay 8. Dairesinin 18.11.1996 tarihli, E.1996/3106, K.1996/3203 sayılı kararı, DD.93.

disiplin cezalarıyla işe boğmamak düşüncesiyle getirildiği düşünülse de; disiplin cezasının her türü, hem sicili etkileyen, hem de insan onuruyla ilgili bir yaptırım olması nedeniyle hukuk Devleti ilkesi ve Anayasanın 125'inci maddesi gereği yargı denetimine tabi olmalıdır.

Bu düşüncelerden hareketle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, disiplin amirlerince askeri öğrencilere verilen disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olmamakla birlikte, bu cezaların yok hükmünde olması halinde, bunlar temel alınarak tesis edilen işlemlerin hukuka aykırı sonuçlarının ortadan kaldırılmasına karar vermiştir.¹⁶³

1982 Anayasasına göre gerek genel sınırlandırma nedeni (13'üncü madde) gerekse özel sınırlandırma nedenleri belirli şartların gerçekleşmesi halinde uygulanabilir. Bunun yanında 1982 Anayasasının insan hakları sistematiğini tamamlayan AİHS "ölçülülük", "orantılılık" kuralını getirmiştir. Devlet Memurları Kanununun getirdiği türden genel bir sınırlamayı doğru kılacak ne hukuki ne de fiili bir durum söz konusudur, yani sınırlandırma nedenleri oluşmamıştır. Öte yandan amaç ne olursa olsun 657 sayılı Yasa kapsamındaki tüm uyarma ve kınama cezalarına sürekli ve koşulsuz olarak yargı yolunu kapamanın ölçülülük ilkesi ile bağdaştığını savunmak da mümkün değildir.¹⁶⁴

¹⁶³ AYİM 2. Dairesinin 02.10.1985 tarihli, E.1985/113, K.1985/168 sayılı kararı, AYİMD, S.7, Kitap.2, s.329.

¹⁶⁴ Altıparmak K, Karahanoğulları O. a.g.m.

İKİNCİ BÖLÜM

AİHM KARARLARI IŞIĞI ALTINDA

İDARİ YARGI YERLERİNİN

ÖRGÜTLENMESİ VE NİTELİKLERİ

I- İdari Yargı Yerlerinin Örgütlenmesi

A- Danıştay

Şurayı Devlet adıyla 1868 yılında Fransız örneğine göre Danıştay'ın kurulması, Osmanlı İmparatorluğu'nda 19. yüzyılın ilk yıllarında başlayan ıslahat ve yenileşme hareketlerinin en önemlilerinden biridir. Padişah Abdülaziz'in 10 Mayıs 1868 günlü nutkuyla fiilen çalışmaya başlayan Şurayı Devlet'in "Hükümet ile eşhas beyninde mütehaddis davaları" görmek ve çözümlmek görevi, 1876 Kanuni Esasisi ile genel mahkemelere

bırakıldığından, İmparatorluk Danıştayının yargısal görevi çok sınırlı kalmıştır.

İmparatorluk Danıştayı, padişah tarafından zaman zaman kanunname, emir ve iradelerle doldurulmaya çalışılan kamu hukuku alanındaki yetersizliği gidermiş; İslam hukuku yanında, genel anlamda bir idare hukukunun doğmasını da sağlamıştır. Hukuk kurallarını hazırlama ve yorumlama alanında yapmış olduğu hizmet yanında, idari danışma görevi ağırlık taşımıştır. Şûrayı Devlet, her çeşit kanun ve tüzük tasarılarını incelemek ve hazırlamak, her türlü mülki işler hakkında kendisine verilmiş olan yetkiler dairesinde karar vermek, mülki ve adli makamlar arasında çıkan uyuşmazlıkların merciini belirlemek, yürümekte olan kanun ve tüzükler hakkında, devlet dairelerinden gelen yazıları, görüş bildirmek yoluyla yanıtlamak, hareket tarzları kendisine padişahın bir emri veya devletin kanunları uyarınca bildirilmiş olan memurları yargılamak, padişah ve nazırlar tarafından kendisine sorulacak her türlü sorun hakkında görüş bildirmek, vilayet meclisi umumileri tarafından ıslahata dair karar verecekleri maddelerin mazbatasını incelemek ve belirlemek, Devlet Şûrasının daire başkanları ile her daireden birer üyenin oluşturacağı bir meclis ile her yıl yapılan özel bir toplantı ile bütçenin gelir ve gider bölümlerini incelemek yetkilerine sahiptir. Şûrayı Devlet, kendisine verilen yetkilere göre beş daireye ayrılmıştır. Bu

daireler, Mülkiye ve Harbiye Dairesi; Maliye ve Evkaf Dairesi; Kanun Dairesi; Nafia, Ticaret ve Ziraat Dairesi ile Maarif Dairesidir.¹

Danıştay'ın faaliyeti, 4 Kasım 1922 tarihinde İstanbul'daki bütün merkez kuruluşlarının TBMM Hükümetinin idaresine geçtiği sırada sona ermiştir. Kurtuluş Savaşı sırasında ve savaşın kazanılmasından sonra, Büyük Millet Meclisinde bir komisyon tarafından, Danıştay'a verilen görevler yerine getirilmeye çalışılmış, ancak Danıştay'ın yokluğundan doğan sıkıntının giderek artması karşısında, Cumhuriyet devrinde 669 sayılı Kanunla Danıştay yeniden kurulup, 6 Temmuz 1927 tarihinde çalışmaya başlamıştır. 669 sayılı Kanuna göre Danıştay, üç idari bir dava dairesi olmak üzere, dört daireden oluşmaktaydı.²

1924 Anayasası 51'nci maddesi ile Danıştay'ı "İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek" ile görevlendirmişti. Danıştay hem ilk derece mahkemesi olarak idari davalara bakıyor hem de başka idari yargı yerlerinin kararlarını temyiz yolu ile inceliyordu. Hatta, vergi uyuşmazlıklarını nihai olarak gidermek üzere kurulan Vergiler Temyiz Komisyonu kararlarına karşı açılan davalara bakıyordu.³ Şûrayı Devlet, bu tarihte biri dava (Deavi Dairesi), üçü de idari (Tanzimat, Mülkiye, Maliye ve Nafia Daireleri) olmak

¹ Er S., Karahanoğulları Ö.E., "İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylarının Eğitimi" Türkiye Barolar Birliği tarafından 9 – 11 Ocak 2003 tarihleri arasında Ankara'da düzenlenen "**Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi**" konulu uluslararası toplantıda sunulan bildiri, <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/saliher.doc> erişim tarihi . 10 Şubat 2006)

² <http://www.danistay.gov.tr/> (10.04.2006)

³ Gözübüyük, A.Ş., **Yönetmelik Yargı, Ankara, S Yayınları, 6.Baskı, 1983**, s.33.

üzere dört daireden oluşmuştur. Artan iş yükünü karşılamak üzere 1931 yılında ikinci bir dava dairesi (İkinci Devai Dairesi) kurulmuştur.⁴

30.12.1938 tarih ve 3546 sayılı Yasa ile Şûrayı Devlet adı yerini Devlet Şûrası adına bırakmış ve dairelerin isimleri kaldırılarak her biri numara sırası izleyerek unvan almaya başlamıştır. 1935 yılında 7000 olan dava sayısının 1946 yılında 41300'e ulaşması üzerine, 1946 yılında dava dairesi sayısı üçe, toplam daire sayısı da altıya çıkarılmıştır.⁵

1950'li yıllarda hukuk alanında yaşanan gelişmeler Danıştay'ın iş yükünü taşınamaz boyutlara getirince 1959 yılında idari daire sayısı dörde, dava dairesi sayısı ise beşe çıkarılmıştır.

1961 Anayasası mahkemelerin ve Hâkimlerin bağımsızlığını hem yasama ve hem de yürütme organlarına karşı koruyabilmek için gerekli hükümleri öngörmekte idi ve 140'ncı maddesinde Danıştay'ı düzenlemişti. 1961 Anayasasına dayanılarak çıkarılan 521 sayılı Danıştay Kanunu ile Danıştay "kanunların başka bir idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesi" olarak örgütlenmiştir.

Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile Danıştay, özel görevli bir ilk derece mahkemesi ve genel görevli

⁴ Er S., Karahanoğulları Ö.E., a.g.m.

⁵ Er S., Karahanoğulları Ö.E., a.g.m.

bir temyiz yeri durumuna getirilmiş ve yeniden örgütlenmiştir. Bu tarihe kadar yönetsel yargı yerleri karma görevli kuruluşlar olarak örgütlenmişti. Bunların yargı görevlerinin yanında idari görevleri de olmuştur. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin dışında kalan idari yargı yerleri, bir yargı kuruluşu olmaktan çok, yargı görevleri de olan idari kuruluşlar görünümündeydi.⁶

Danıştay, 1982 Anayasasınının 155'nci maddesine göre, idare mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii ve kanunlarda gösterilen belli davalarda ilk ve son derece mahkemesi olmasının yanı sıra, merkezi idarenin en yüksek danışma ve inceleme merciidir. Danıştay'ın bu durumu, 06.01.1982 tarihli 2575 sayılı Danıştay Kanununun 1'nci maddesinde şöyle ifade edilmiştir : “Danıştay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş Yüksek İdare Mahkemesi, danışma ve inceleme merciidir.”⁷

Aynı günlü 2576 sayılı Kanun ile, ilk derece “idare mahkemeleri” ve “vergi mahkemeleri” kurulmuş; Danıştay genel görevli mahkeme olmaktan çıkarılarak, özel görevli ilk derece mahkemesi olarak görev yapan ve ilk derece mahkemelerinin kararlarını temyiz yolu ile inceleyen bir yüksek

⁶ Gözübüyük, A.Ş., **Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 18. baskı, 2003**, s.345-346.

⁷ Günđay M, **İdare Hukuku**, 9.baskı, Ankara, 2004, s.374.

mahkeme konumuna getirilmiştir. İlk derece mahkemelerinin bazı kararlarını itiraz yolu ile incelemek üzere de Bölge İdare Mahkemeleri kurulmuştur.⁸

22.03.1990 tarihli 3619 sayılı Yasa ile 2575 sayılı Danıştay Kanununda yapılan değişiklik ile, ilk derece mahkemesi olarak, Danıştay idari dava daireleri ile vergi dava daireleri tarafından verilen kararları da, Danıştay içinde temyiz edebilme yolu getirilmiştir. Böylece Danıştay örgütlenmesini tamamlamış olup, AYİM dışında tüm idari yargı yerleri, iki dereceli yargı düzenine kavuşturulmuş, tek dereceli yargının sakıncaları giderilmeye çalışılmıştır.

2000 yılında 2576 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile de tek hakimle bakılan davalarda artış yapılmıştır. Bu sayede, Danıştay'ın temyiz mercii olarak baktığı dava sayısı azaltılarak Bölge İdare Mahkemelerinin itiraz üzerine inceleme yaptıkları iş sayısında artış gerçekleştirilmiş ve Bölge İdare Mahkemeleri istinaf benzeri bir yapıya getirilmiştir.⁹

Günümüzde Danıştay, onikisi dava, biri idari olmak üzere onüç daireden oluşmaktadır. Bugün Danıştay'da, Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeler olarak, 95 yüksek mahkeme hakimi görev yapmaktadır. Danıştay'da ayrıca, dava dosyalarını inceleyerek daire veya görevli kurullara gerekli açıklamaları yapmak, tutanakları

⁸ Gözübüyük A.Ş., 2003, a.g.e., s.346.

⁹ Er S., Karahanoğulları Ö.E., a.g.m.

hazırlamak ve karar taslaklarını yazmakla görevli, tetkik Hâkimleri ve davalar hakkında hukuki düşüncelerini bildirmek üzere savcılar bulunmaktadır.

Danıştay'ın yargı görevlerinin yanı sıra idari görevleri de vardır. Danıştay'ın yargı ile ilgili görevlerini; ilk derece mahkemesi olarak, temyiz yeri olarak, uyuşmazlık yeri olarak ve içtihadı birleştirme görevi olarak ayırabiliriz. Sırasıyla bu görevleri aşağıdaki gibidir :

1) İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar, 2575 sayılı Kanunun 24'ncü maddesinde (Değişik 2.6.2000 – 4575/2 md.) liste yoluyla belirlenmiştir. Bu maddeye göre:

1. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak:

a) Bakanlar Kurulu kararlarına,

b) (Değişik: 2.6.2004 – 5183/4 md.) Başbakanlık, bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının müsteşarlarıyla ilgili müşterek kararnamelere,

c) Bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere,

d) Danıştay İdari Dairesince veya İdari İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere,

e) Birden çok idare veya vergi mahkemesinin yetki alanına giren işlere,

f) Danıştay Yüksek Disiplin Kurulu kararları ile bu Kurulun görev alanı ile ilgili Danıştay Başkanlığı işlemlerine,

Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.

2. Danıştay, belediyeler ile il özel idarelerinin seçimle gelen organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri hakkındaki istemleri inceler ve karara bağlar.

2) Temyiz yoluyla Danıştay'da görülecek davalar, 2575 sayılı Kanunun 25'nci maddesinde (Değişik: 22.3.1990 – 3619/5 md.) düzenlenmiştir. Buna göre İdare mahkemeleri ile vergi mahkemelerince verilen nihai kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülen davalarla ilgili nihai kararlar Danıştay'da temyiz yoluyla incelenir ve karara bağlanır.

3) İdari uyuşmazlık ve davalarda görevi 2575 sayılı Kanunun 26'nci maddesinde (Değişik: 2.6.2000 – 4575/3 md.) düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca :

“(Değişik birinci fıkra: 2.6.2004 – 5183/5 md.) “İdari uyuşmazlıklar ve davalar; İkinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci ve Onüçüncü daireler ile idari ve vergi dava daireleri kurullarında incelenir ve karara bağlanır. Başkanlık Kurulu, iş yükü bakımından zorunluluk doğması durumunda, vergi dava dairelerinin birini idari dava dairesi olarak, idari dava dairelerinin birini vergi dava dairesi olarak görevlendirebilir.

Görevlendirilen dairedaki dosyaların vergi ve idari uyuşmazlıklara ilişkin görev ayrımı gözetilerek hangi daireye ve nasıl devredileceği, görevlendirilen daireye görevlendirildiği alan içinde hangi daire işlerinin verileceği hususları Başkanlık Kurulu kararıyla belirlenir. Bu kararlar Resmi Gazete’de yayımlanır ve yayımını izleyen aybaşından itibaren uygulanır. Daire Başkan ve üyeleri, dairenin görevlendirildiği işlere bakan dava dairesi genel kuruluna katılır.”

4) Danıştay’ın İçtihatları birleştirme kararları, İçtihatları Birleştirme Kurulunca verilmektedir. Bu kurulun görevleri, 2575 sayılı Kanunun 39’ncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir.

5) Danıştay’ın idari görevleri ise 2575 sayılı Kanunun 23’üncü maddesinde sayılmıştır. Bu hüküm uyarınca Danıştay:

a) (Değişik: 22.3.1990 – 3619/3 md.) İdare Mahkemeleri ile vergi mahkemelerinden verilen kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülen davalarla ilgili kararlara karşı temyiz istemlerini inceler ve karara bağlar.

b) Bu Kanunda yazılı idari davaları ilk ve son derece mahkemesi olarak karara bağlar.

c) Başbakanlık veya Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarı ve teklifleri hakkında görüşünü bildirir.

d) (Değişik: 18.12.1999 – 4492/1 md.) Tüzük tasarılarını inceler; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir.

e) Cumhurbaşkanlığı ve Başbakanlık tarafından gönderilen işler hakkında görüşünü bildirir.

f) Bu Kanunla ve diğer kanunlarla verilen görevleri yapar.

Danıştay bu görevlerini yerine getirebilmek için nitelik ve etkileri birbirinden farklı 3 tür karar alır. Bunlar; danışma kararları, inceleme kararları ve idari kararlardır. Danışma kararları, belli idari ve hukuki sorunların açıklığa kavuşturulmasına yönelik görüşleri içeren kararlardır.¹⁰ Merkezi idare, kanunlarda öngörölsün ya da öngörölmesin, karşılaştığı idari ve hukuki sorunları çözümlmek amacı ile Danıştay'a başvurarak görüşünü alabilir. Danışma kararları, görüş isteyen idari makamı bağlamaz. Yani görüş isteyen makam, mutlaka danışma kararı doğrultusunda işlem tesis etmek zorunda değildir.

Kanunlarda bazen bir işlemin yapılabilmesi için Danıştay'ın uygun görüşünün alınması öngörölmüş olabilir. Örneğin devlete ait belli bir miktarı

¹⁰ Günday M., a.g.e., s.375.

aşan haklarda dava ve icra takiplerinden vazgeçmek veya bu konuda sulh olmak veya anlaşma ve sözleşmelerde değişiklik yapmak için Danıştay'ın uygun görüşünün alınması öngörülmüştür. Ancak uygulamada, ilgili İdarenin, gerektiğinde Hükümet politikasının Danıştay'ın görüşleri ile bağlı kalmadığı ve aksi yönde hareket ettiği görülmektedir. Bu konuda en çarpıcı örnek, Fransız Asompsiyon Rahipler Topluluğu'nun Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapmış olduğu, din ve vicdan özgürlüğü ile mülkiyet hakkının ihlali iddialarına dayalı başvuru gösterilebilir.¹¹ Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün rahiplerin kullanımında olan araziye ait açılan dava sonucu tahakkuk eden 41670 Amerikan Doları ile yasal faizinden vazgeçmesi ve ihtilaf konusu taşınmaz mallar üzerinde adı geçen topluluk lehine intifa hakkı tesisine yönelik Türk Hükümetinin beyanı doğrultusunda anılan başvuru 14 Aralık 2000 tarihinde dostane çözüm yoluyla sonuçlandırılmıştır. Dostane Çözüm beyan metninde yer alan Hükümet taahhütlerinin belirtilen tarihten beri yerine getirilememesi nedeniyle sürüncemede kalan uyuşmazlık ile ilgili olarak Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü tarafından, intifa hakkı tesisine konu olan taşınmazların değeri göz önüne alınarak, 4353 sayılı Yasanın değişik 30. maddesi hükmü uyarınca, Danıştay'ın görüşünün alınması yoluna gidilmiştir. Danıştay 1. Dairesi "söz konusu başvurunun dostane çözüm yoluyla çözümlenmesinde hukuka uygunluk ve idare yararı bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle istemin reddi" yönünde görüş bildirmiştir.¹² Bu durumda ortaya çıkan çarpıcı

¹¹ Başvuru numarası 26308/95.

¹² Danıştay 1. Dairesinin 18.04.2003 tarihli ve E.2003/44, K.2003/49 sayılı kararında "Tapu kaydı mahkemece iptal edilen ve Lozan Antlaşması hükümleri uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Hükümetince tanınmamış olan, ayrıca Fransa tarafından da münfesihi sayılması nedeniyle

sonuç, 4353 sayılı Yasanın 30. maddesinin yorumlanması ile Danıştay Başkanlığına yapılan uygun görüş isteminin bir “ön izin” mi yoksa “tasdik” mi olduğunun belirlenmesindedir. Anılan görüş sonrası benzeri başvurularda izlenecek hukuki durumun belirginleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim söz konusu başvuruda belirlenen dostane çözüm beyanının gereklerinin yerine getirilmesinde, adına intifa hakkı tesis edilen Rahibin ölmesi, ayrılması ve Topluluğun tüzel kişiliğinin bulunmaması, sorunları devam ettirmektedir. Türkiye varılan dostane çözümün gereğinin yerine getirebilmekte oldukça zorlanmaktadır.

Anayasa ve yasalarda öngörülen hallerde, yetkili makamlarca hazırlanacak karar tasarıları üzerinde yapılacak inceleme sonucu ortaya çıkan görüş ve önerileri içeren işlemleri Danıştay’ın aldığı “inceleme kararları”dır. Anayasanın 115’nci maddesinin 1’nci fıkrasına ve 155’nci maddesinin 2’nci fıkrasına göre, tüzük tasarıları Danıştay’ın incelemesinden geçirilir.¹³ Danıştay incelemesinden geçmemiş bir metin tüzük olarak çıkarılamaz. Danıştay’ın ayrıntılı görüşlerini kısa zamanda verememesinden yakınan kamu idareleri bu tip düzenlemelerini yönetmelik yoluyla yapmayı tercih etmektedirler. Danıştay Kanununun 48’nci maddesine 1990 yılında yapılan bir değişiklik ile Danıştay’ın tüzük tasarılarını inceleme yetkisi, hem

tanınmamış ve tescil edilmemiş bulunan söz konusu Topluluğun Tapu Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen şartları taşımadığı ve vakıf tüzel kişiliği de bulunmadığı açık olduğundan Vakıflar Kanununun 1 inci maddesine 4771 sayılı Yasa ile eklenen hükümlerinden yararlanmasına olanak bulunmamaktadır. Fransız Asompsiyon Rahipleri sıfatıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru ile ilgili olarak uyuşmazlığın "Tapu Sicil Müdürlüğünde Düzenlenecek Resmi Senede Yazılacak Hususlar" başlıklı sulhname taslağı hükümlerine göre çözümlenmesinde hukuka uygunluk ve idare yararı bulunmadığı sonucuna varılarak istemin 4353 sayılı Yasanın 30 uncu maddesi uyarınca reddine" karar vermiştir. Danıştay Kararları Dergisi S.4.

¹³ Günday M., a.g.e., s.376.

içerik, hem süre yönünden kısıtlanmak istenmiştir. Anayasa Mahkemesi Danıştay'ın inceleme yetkisinin sadece yasaya uygunluk incelemesi olmayıp, bir yerindelik incelemesi de olduğunu kabul ederek, Danıştay'ın inceleme yetkisini hukuka uygunlukla sınırlayan 3619 sayılı Kanunun 7'nci maddesini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁴ Ancak 18.12.1999 tarihli 4492 sayılı Yasa ile Danıştay Kanununun 48'nci maddesinde yapılan değişiklik ile Danıştay'ın tüzük tasarılarını inceleme süresi 2 ay ile sınırlandırılmıştır.

Anayasanın 155'inci maddesinin 13.09.1999 tarih ve 4446 sayılı Yasa ile değiştirilmesinden önce imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin de Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi öngörülmüş idi.

Danıştay'ın ayrıca tıpkı bir idare organı imiş gibi aldığı idari kararları vardır. Bunlar daha çok merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki vesayet yetkisini sınırlamak amacıyla kanunlarda öngörülmüştür. Örneğin il genel meclisinin vali tarafından onaylanmayan kararları, 20 gün içinde Danıştay'a sunulur. Bir köyün belediyeye katılabilmesi için Danıştay'ın olumlu kararına gerek vardır. Danıştay'ın aldığı bu kararları ilgili idare makamları uygular¹⁵, bu kararlar aleyhine yargı yolu mevcuttur.

Danıştay idari görevlerini, idari daireler ve İdari İşler Kurulu ile yerine getirir. Danıştay'da inceleme, görüş bildirme, öneri ve tavsiyede bulunma gibi

¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1991 tarihli ve E.1990/19, K.1991/15 sayılı kararı, AMKD. S.28, C.1., s.3 vd.

¹⁵ Gözübüyük A.Ş., 2003, a.g.e., s.91.

idari görevleri yerine getiren bu örgütlerin yanı sıra, Danıştay'ın işlerinin yürütülmesi için kurulan kurullar da vardır. Bunların belli başlıları: Danıştay Genel Kurulu, Başkanlık Kurulu, Disiplin Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu ve Genel Sekreterliktir.

B- Bölge İdare Mahkemeleri

İdari yargı alanında 1982 yılında yapılan yeniden düzenlemeye kadar, ilk derece idari yargı yerleri olarak, İl ve İlçe İdare Kurulları, Vergiler Temyiz Komisyonu, İtiraz Komisyonları ve Gümrük Hakem Heyetleri görev yapmıştır. 06.01.1982 tarihli 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkındaki Kanun ile, idari yargı alanında ilk derece mahkemesi olarak, idare ve vergi mahkemeleri kurulmuştur. Böylece, İl ve İlçe İdare Kurullarının yargı görevlerine son verilmiş, Vergiler Temyiz Komisyonu, İtiraz Komisyonları ve Gümrük Hakem Heyetleri kaldırılmıştır.¹⁶

Bölge İdare Mahkemeleri, bölgelerin coğrafya ve iş durumlarına göre, İçişleri, Maliye ile Gümrük ve Tekel Bakanlıklarının görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur ve yargı çevresi belirlenir. Ancak, bu mahkemelerin kaldırılmasına veya yargı çevrelerinin değiştirilmesine, İçişleri, Maliye Bakanlıkları ile Gümrük ve Tekel Bakanlığının görüşleri alınarak, Adalet

¹⁶ Gözübüyük A.Ş., 1983, a.g.e., s.38.

Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir. Bölge İdare Mahkemeleri 2576 sayılı yargı çevresi içinde yeterince idare ve vergi mahkemeleri bulunur.

Bölge idare mahkemeleri, bölge idare mahkemesi başkanı ile iki üyeden oluşur. 08.06.2000 tarihli 4577 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce 2576 sayılı Kanunun 3'üncü maddesi uyarınca Bölge İdare Mahkemelerinin yapıları bakımından ikiye ayrıldıkları söylenebilirdi.¹⁷ Şöyle ki, birinci tür yani mürettebat Bölge İdare Mahkemelerine sadece Mahkeme Başkanı atanır ve üyeleri bölgede bulunan idare ve vergi mahkemelerinin başkanlarıdır. İkinci tür yani muvazzaf Bölge İdare Mahkemelerinin hem başkanları hem üyeleri bu kadrolara daimi olarak atanmış Hâkimlerden oluşur. Ancak anılan kanun değişikliği sonrası tüm başkan ve üyelerinin HSYK tarafından atanacağı hükmünden, bundan böyle sadece ve devamlı bölge mahkemesi üyesi veya başkanı sıfatıyla çalışacağı açıktır. Bu durum, AİHM'nin içtihatları ile geliştirilmiş AİHS'nin 6'ncı maddesinde tanımlanan mahkeme üyelerinde aranana nitelikler ile kriterlerine de uygun olarak yapılmıştır. Şöyle ki, tek hakimli kararlar ile idare ve vergi mahkemelerinin bazı kararlarına itirazın veya nihai olarak bakmakta ve karar vermekte olan Bölge İdare Mahkemelerinin üyelerinin ilk kararları veren mahkemelerde çalışan Hâkimlerden farklı olmaları adil yargılanma ilkesinin ve hukuk Devleti ilkesinin bir gereğidir.

¹⁷ Gözübüyük A.Ş., 2003, a.g.e., s.352.

Bölge İdare Mahkemeleri; yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemelerinde tek hakim tarafından 7'nci madde hükümleri uyarınca verilen kararları itiraz üzerine inceler ve kesin olarak hükme bağlar. Yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlıklarını kesin karara bağlar. Diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirir. Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 8.06.2000 tarihli 4577 sayılı Yasa ile değiştirilen 45'inci maddesi uyarınca İdare ve vergi mahkemelerinin; ilk ve orta öğretim öğrencilerinin sınıf geçmelerine ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerden, valilik, kaymakamlık ve yerel yönetimler ile bakanlıkların ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilatındaki yetkili organları tarafından kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman ve izinlerine ilişkin idari işlemlerden, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca verilen işyeri kapatma cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hakimle verilen nihai kararlara, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebilir, bölge idare mahkemesi bu kararlara bakmakla yükümlüdür. Bu görevlerinin yanı sıra, 2577 sayılı Kanunun

27/6'ncı maddesi uyarınca, yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar aleyhine, bu kararlar idare ve vergi mahkemeleri ile tek hakim tarafından verilmiş ise, bölge idare mahkemelerine; bölge idare mahkemesi tarafından verilmiş ise en yakın bölge idare mahkemesine itiraz edildiğinden, yürütmenin durdurulması kararlarını da itirazın incelemektedir. 01.01.2006 tarihi itibarıyla 28 ilde Bölge İdare Mahkemesi bulunmaktadır.

C- İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri

Bölge İdare Mahkemelerinin yargı çevresinde yeteri kadar idare mahkemeleri ile vergi mahkemeleri bulunur. İdare ve vergi mahkemelerinde birer başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Mahkeme kurulları, başkan ile iki üyeden oluşur. Başkanın yokluğunda kıdemli üye başkana vekillik eder. Anlaşılabacağı üzere idare ve vergi mahkemeleri kurul halinde çalışan toplu mahkeme türlerindedir.

İdare Mahkemelerinin görevleri 2576 sayılı Kanunun 5'nci maddesinde sayılmıştır. Buna göre; İdare mahkemeleri, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştay'da çözümlenecek olanlar dışındaki, iptal davalarını, tam yargı davalarını¹⁸; tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı

¹⁸ 2576 sayılı Kanunun 5'nci maddesi, 24.02.1988 tarihli ve 3410 sayılı Kanunun 1'nci maddesi ile değiştirilmiştir.

taraf lar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları¹⁹; diğer kanunlarla verilen işleri özömlmek; ayrıca 2576 sayılı Yasadan önce çıkarılan özel Kanunlarda Danıştay'ın görevli olduğu belirtilen ve İdari Yargılama Usulü Kanunu ile idare mahkemelerinin görevli kılınmış bulunduğu davaları özömlmektir.

Dolayısıyla 2576 sayılı Yasanın düzenleniş biçiminden, idare mahkemelerinin Danıştay'ın ve vergi mahkemelerinin özel görevli olarak baktıkları uyuşmazlıklar dışındaki tüm idari davalarda genel görevli ilk derece mahkemesi oldukları anlaşılmaktadır.

Vergi mahkemelerinin görevleri 2576 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde düzenlenmiştir.²⁰ Buna göre; Vergi Mahkemeleri; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları; anılan konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları; diğer kanunlarla verilen işleri, özömlmekle görevlidirler.tir.

Genel kural, kurul halinde yargılama yapmak olmasına rağmen; 2576 sayılı Kanunun 7'nci maddesi ile "tek hakimle özölecek davalar"

¹⁹ 2576 sayılı Kanunun 5'nci maddesi, 08.06.2000 tarihli ve 4577 sayılı Kanunun 2'nci maddesi ile değiştirilmiştir.

²⁰ 2576 sayılı Kanunun 5'nci maddesi, 24.02.1988 tarihli ve 3410 sayılı Kanunun 2'nci maddesi ile değiştirilmiştir.

belirlenmiştir. Buna göre; uyuşmazlık miktarı bir milyar lirayı aşmayan²¹; konusu belli parayı içeren idari işlemlere karşı açılan iptal davalarının veya tam yargı davalarının İdare mahkemesi Hâkimlerinden biri tarafından çözümleneceği; vergi mahkemelerinin görevine giren 2576 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde belirtilen uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri birmilyar lirayı aşmayan davaların, vergi mahkemesi Hâkimlerinden biri tarafından çözümleneceği²²; hükme bağlanmıştır.

D- HSYK'nın ve Adalet Bakanlığı'nın İdari Yargı Yerleri Üzerindeki Yetkileri

Ülkemizde amacı Hâkimlerle savcıların özlük işlerine bakmak olan ve herhalde Türkiye'de en çok eleştirilmiş anayasal kurumlardan biri olan HSYK, 2461 sayılı Hakim Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile kurulmuştur. HSYK, söz konusu kanunun 3'üncü maddesi uyarınca bağımsızdır ve üyelerini 5'inci madde uyarınca Yargıtay ve Danıştay'ın gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanı seçer, başkanı Adalet Bakanıdır. HSYK'nın görevleri 4'üncü maddede belirtilmiştir. Buna göre, HSYK:

1. Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin askeri yargı dışından gelen üyelerini seçer;

²¹ 2576 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin 1'nci fıkrası, 08.06.2000 tarihli ve 4577 sayılı Kanunun 3'üncü maddesi ile değiştirilmiştir.

²² 2576 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası, 08.06.2000 tarihli ve 4577 sayılı Kanunun 3'üncü maddesi ile değiştirilmiştir.

2. Adalet Bakanlığı'nın, bir mahkemenin veya bir hakim veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar;

3. Hakim ve savcılarının, *mesleğe kabul; atama ve nakil; geçici yetki verme; her tŸrlŸ yŸkselme ve birinci sınıfa ayırma; kadro dağıtma; meslekte kalmaları uygun gŸrŸlmeyenler hakkında karar verme; disiplin cezası verme; gŸrevden uzaklaştırma işlemlerini yapar;*

4. Anayasa ve kanunlarla verilen diğer gŸrevleri yerine getirir.

Hakim ve Savcılar YŸksek Kurulu Kanunu'nun 19'uncu maddesi, hakim atama liste taslağının, kararnamenin, Adalet Bakanlığı ŖzlŸk İşleri Genel MŸdŸrlŸđŸ, bugŸnkŸ kullanılan adı ile Personel Genel MŸdŸrlŸđŸ tarafından hazırlanacağını ve bunu mŸteakip, incelenmesi için HSYK'ye sunulacağını belirtmektedir. Bu durumun HSYK'nın bağımsızlığı ile bağdaşmadığı eleştirilerin odak noktasını oluşturmakta olup; listelerin, Bakanlık yerine doğrudan HSYK tarafından hazırlanması gerektiği savunulmaktadır. Ancak bunun için, HSYK'nin devamlılık arz eden bir organ olması ve bunun sonucunda, kendine ait bir yeri, Sekreterliği ve personelinin bulunması gerekir, ki bu durum halihazırda mevcut değildir. GŸrŸldŸđŸ Ÿzere, HSYK'nın bağımsız olduğu kanuna yazılmış olmakla birlikte fiiliyatta, bunun gereği olan ne mali ne de idari yapı sağlanmıştır. Diğer yandan, HSYK'nın Hâkimlerin eğitiminde ve yargı bŸtçesinin hazırlanmasında da herhangi bir etkisi yoktur.

Hâkimler ve Savcılar Kanununun 3'üncü maddesine göre "idari yargıda hakim" kavramı, mahkeme başkan ve üyelerini, Hâkimleri, Danıştay tetkik Hâkimleri ile Adalet Bakanlığı Merkez Kuruluşunda idari görevde çalışan Hâkimleri anlatmaktadır.

İdari yargıda görev yapan Hâkimler, kişilerle yürütme ve idare arasındaki ilişkileri düzenleyen mevzuatın uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları karara bağlamakla görevlidirler. Bu durum, idari yargı hakiminde ve klasik hukuk bilgisi yanında, kamu hizmetleri alanında mesleki yetişkinlik, idari bilgi ve deneyimi aramayı gerekli kılmaktadır. Bir başka deyişle, idari yargı hakiminin, hukuki bilgi ve uzmanlık oluşumunda kamu hizmetleri alanında da deneyim sahibi olması gerekmektedir. Dolayısıyla da bir idari yargı hakiminin, idari işlemlerin öğelerini kavrayacak hukuki yetişkinlik, bu işlemlerin teknik özelliklerini saptayacak beceri, idare hukuku alanında çıkacak uyuşmazlıkları çözmeye yetecek bilgi ve uzmanlığa sahip olması gerekmektedir.²³

Bu bağlamda, idari yargı ile adli yargı arasında sınıvsız geçişin de mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir. Adli ve idari yargıda görev yapan hakim ve savcıların iki yargı sistemi arasında geçişini düzenleyen ve Hâkimler ve Savcılar Kanununda değişiklik öngören maddenin iptali istemiyle

²³ Er S., Karahanoğulları Ö.E., a.g.m.

açılan davada, konu, Anayasa Mahkemesi kararıyla²⁴ değerlendirilmiş ve ilgili hüküm Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

İdari yargı Hâkimleri ilk derece mahkemelerinde görev yapanlar ve Danıştay'da görev yapanlar olarak iki ana gruba ayrılmaktadır. Bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri 2576 sayılı Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş bağımsız mahkemelerdir. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri idari yargı Hâkimleri olarak mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi esaslarına göre görev yaparlar. İdari yargı Hâkimleri içinden Danıştay'da görevli olanlarına Danıştay tetkik hakimi denmektedir. Danıştay Kanunu 11/1'inci maddesi uyarınca Danıştay tetkik Hâkimleri beş yıl meslekte hizmet etmiş ve olumlu sicil almış olanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanırlar.

Danıştay'da savcılık kurumu, ilk kez, "müddeiumumilik" adı altında 1925 yılında 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu ile getirilmiştir. 669 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 1938 tarihli 3546 sayılı Kanunda da müddeiumumi terimi kullanılmıştır. Daha sonra 1946 yılında kabul edilen 4904 sayılı Danıştay Kanunu ile kurumun adı "kanunsözcülüğü" ile değiştirilmiştir. 1961 Anayasası döneminde 1964 yılında kabul edilen 521 sayılı Danıştay Kanununda da "kanunsözcüsü" ifadesine yer verilmiştir. Ancak 1981 yılında yürürlüğe giren 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda "savcı" terimi benimsenmiş, aynı şekilde 6.1.1982 tarihli

²⁴ Anayasa Mahkemesininin 28.2.1989 tarih ve E.1988/32, K.1989/10 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesininin internet sayfasından (<http://www.anayasa.gov.tr>) alınmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu ile aynı yıl kabul edilen Anayasada da “savcı” sözcüğü kullanılmıştır.

“Savcı” sözcüğü kurumu anlatmak için uygun mudur ? Bu sözcüğün uygun olmadığı, eskiden olduğu gibi bu kurumu karşılamak üzere “kanunsözcüsü” deyiminin kullanılmasının gerektiği düşünülmektedir.

İdari yargı hakimliği sınavını kazanıp aday memur statüsünde çalışmaya başlayan kişilere “idari yargı hakim adayı” denmektedir. Hakim adaylığına kabul, 1982 öncesinde de sonrasında da sınavla olmaktadır. Ancak zaman içerisinde yapılan sınavların biçimi ve içeriğinde değişiklikler olmuştur.²⁵

1982 öncesinde tek dereceli sistem varken Danıştay, tetkik Hâkimlerini (o zamanki adıyla yardımcıları) kendi yaptığı sınavla alır ve sınava otuz yaşını bitirmemiş olanlar girebilirdi. Sınavı yapmak görevi, 521 sayılı Danıştay Kanununun 62. maddesi ile Danıştay Yönetim ve Disiplin Kuruluna verilmiştir. Yönetim ve Disiplin Kurulu, Danıştay Genel Kurulunun her takvim yılı başında seçeceği bir Daire Başkanı ile bir üyeden ve bir başyardımcı ile bu derecedeki bir kanunsözcüsünden oluşmaktadır. Danıştay Genel Sekreteri kurulların doğal üyesidir. (521 sayılı Kanunun 27’inci maddesi).

²⁵ Er S., Karahanoğulları Ö.E., a.g.m.

1982'den sonra idari yargıda iki dereceli sisteme geçiş ile birlikte mesleğe giriş için sınavlar Adalet Bakanlığı tarafından yapılmaya başlanmış, bu konuda Danıştay devre dışı kalmıştır. Adalet Bakanlığı, her yıl alınacak asıl ve yedek aday sayısını kadro ve gereksinim durumuna göre saptamaktadır.

1998 yılında Yönetmeliğin 11'inci maddesinde yapılan değişiklik²⁶ ile yazılı sınavın gerektiğinde başka kurumlara da yaptırılabilceği; bu durumda, yapılacak sınavın yerleri, konuları, soruların konulara göre dağılımı, yürütülmesinde gözetilecek hususlar, tarihi, süresi, notlama ve kazananların belirlenmesi gibi yöntem ve esasların Bakanlık ile sınavı yapan kurum arasında yapılacak bir protokol ile saptanacağı; bu protokol ile diğer kurumun sınav ve değerlendirme esaslarına uyulmasının kararlaştırılması halinde, Yönetmeliğin yazılı sınava ilişkin kurallarının uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Testler üniversitelerle işbirliği çerçevesinde hazırlanmaktadır. Sınavın örgütlenmesi ve uygulanması ise tamamen ÖSYM'nin sorumluluğunda gerçekleştirilmektedir.

Mesleğe almada yürütmenin, atamada ise aşağıda değinilecek bağımsız bir kurulun yetkili olması yargı bağımsızlığı ile çelişkili görülmektedir. Oysa mesleğe alınmadan atamaya kadar bağımsız kurul veya kuvvetlerin yetkili olması gerekmektedir.

²⁶ Değişiklik 25 Şubat 1998 tarih ve 23269 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Yargı bağımsızlığı Anayasa'da veya kanunda belirtilmek ile kendiliğinden gerçekleşmeyeceğinden, Hâkimlere bir takım teminatlar getirilmiştir. Nitekim, bir hakimi diğer memurlardan ayıran en önemli özellik "bağımsızlığı"dır. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar ve görevlerinde bağımsızdırlar. Bu aslında Anayasamızın 138'inci maddesinde yer alan ifadenin tekrarıdır. Yine, Anayasanın söz konusu maddesi ve yukarıda değinilen kanunun aynı maddesi uyarınca, hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve Hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Ancak söz konusu Kanunun 5'inci maddesi, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere, Adalet Bakanı'nın hakim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını haiz ve bunların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlı olduğunu belirtmektedir. Hâkimleri idari görevleri yönünden olsa bile Adalet Bakanlığı'na bağlı saymak, Anayasa'nın 138'inci maddesinde açık ifadesini bulan Hâkimlerin bağımsızlığı ilkesine aykırı görülmektedir.²⁷

Avrupa Birliği Komisyonunun 2003 tarihli İlerleme Raporunun, yargıya ayrılan bölümünde, bağımsız ve tarafsız yargı kavramının önemi vurgulanmıştır. İlerleme Raporunun anılan bölümünde, "yargı gücünün bağımsızlığı" ilkesinin Anayasa'da yer almakta olduğu, ancak Anayasanın diğer bazı (özellikle yargı gücü ile yürütme gücü arasında bağlantı oluşturan)

²⁷ Elveriş İ., "Hakim Atama Sistemi ve Yargı Bağımsızlığı", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 78, Sayı 2004/2 sayfa 409-443.

maddeleri nedeniyle, bu bağımsızlığın tartışmaya konu olduğu vurgulanmaktadır. Bu noktada, "yargıç ve savcılar, idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olmaları, Adalet Bakanının ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulundaki rolü, Adalet Bakanının yargıçları geçici yetki ile görevlendirebilmesi, yargıçların Adalet Bakanlığı müfettişleri tarafından soruşturulmaları, Kurul'un sekreteryaya hizmetlerinin Bakanlık tarafından yürütülmesi" gibi hususların, uygulamada yargıçların bağımsızlığını etkilediği ileri sürülmektedir.²⁸

Anayasanın 140'inci maddesinin 6'ncı fıkrası, "Hâkimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır." demektedir. Ancak, Hâkimlerin idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olmaları ve bakanlığın genelgelerine aykırı davrandıkları gerekçesi ile yine bakanlık tarafından soruşturma başlatılabilmesi, "tarafsızlık ve bağımsızlık" ilkesine, hem teoride hukuken, hem de uygulamada zarar vermektedir. Bu nedenle, Hâkimlerin, savcılardan bu yönde ayrı düşünülmesi ve Anayasal güvencenin açıkça Hâkimlere tanınmasının gerektiği değerlendirilmektedir.

Anayasa'nın 144'üncü maddesinde belirtildiği üzere, hakim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip

²⁸ Batum, S. Koordinasyonunda, Yenisey F., Erkut C., Inceoğlu S., "AİHS ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından", **TÜSİAD Yargı Reformu**, Aralık 2003, (Yayın No. TÜSİAD-T/2003/12-369), s.63.

işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanlığı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eli ile de yaptırabilir." düzenlemesi yer almaktadır. Bu hüküm, Adalet Bakanlığının, Hâkimler üzerinde baskı kurabilmesini sağlayabilmekte, soruşturma tehdidi altında, tarafsızlıklarının güvencesiz kalmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle, 144'üncü maddede "hakim ve savcıların bağımsızlık ve teminat hükümleri doğrultusunda görev yapabilmelerini" sağlamak amacıyla, değişiklik yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

II- AİHM'ye Göre İdari Yargı Yerlerinin Nitelikleri Ve Türkiye'deki Durum

A- AİHM'ye Göre Mahkeme Kavramı

Bilindiği üzere, Türk hukukunun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kuralları iç hukukta doğrudan uygulanabilme olanağına sahiptir. Özellikle de, 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı Kanununun 7'nci maddesiyle Anayasanın 90'ncü maddesine eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı

konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” şeklindeki cümle ile AİHS anayasa üstü bir duruma geçmiştir. Yarım asır önce kaleme alınmış Sözleşme’deki kurallar genelde soyut ifadeler içerdiğinden dolayı, bu ifadelerin somutlaştırılması Strazburg Organları yani Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon), Avrupa İnsan Hakları Divan’ı (Divan) ve 1 Kasım 1999 tarihinden itibaren de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM, Mahkeme) yorumlarıyla mümkün olmuştur.

Sözleşmenin tanıdığı güvence ve koruma talî yani ikincil niteliktedir. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin savunulup korunmasında ilk ve asıl görevli egemen Devlettir.²⁹ Dolayısıyla Sözleşme hükümlerinin iç hukukta fiilen uygulanmasının nasıl sağlanacağına seçim ve takdiri taraf Devletlere bırakılmakla birlikte; bu uygulamaların Sözleşme ile uygunluğunun denetimi Strazburg Organlarıncı yapılmaktadır.

Adli veya idari nitelikte olsun genel olarak mahkemeye başvurma hakkı³⁰ ya da mahkemeye başvurma hakkının bir görünümü olan mahkemeye erişim hakkı³¹ demokratik toplumlarda, hukukun üstünlüğünün, hukuk Devletinin sağlanması için gerekli en önemli haklardan biridir.

²⁹ Handyside/İngiltere davası, 07.12.1976 tarihli karar, başvuru numarası: 5493/72, para.48.

³⁰ İngilizce “right to a court”, Fransızca “le droit à un tribunal”

³¹ İngilizce “access to a court”, Fransızca “le droit d’accès à un tribunal”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, mahkemeye başvuru hakkını açık bir ifadeyle düzenlememiştir. Ancak, Sözleşmenin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında çok açık olarak, "herkesin davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, hakkaniyete uygun bir biçimde görülmesi" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm temel bir hak olan "hak arama özgürlüğü"nü diğer bir deyişle "mahkemeye başvurma hakkı"nın, maddede açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, zımnî olarak kabul edildiğini göstermektedir.³²

Sözleşmenin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasından başka 2'nci ve 5'inci maddelerde de yer alan "mahkeme" deyimini Strazburg içtihadında; kanunla kurulan; yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız ve yargılama usulü güvencesine sahip bir "makamı" ifade etmektedir. Niza ya da suçlamanın, bu niteliklere sahip bir organ önüne götürülmesi 6'ncı maddenin bireye sağladığı adil yargılama güvencesinin temel ve yapıcı unsurlarından biridir.³³

Ancak Sözleşme, kişinin adil yargılanma isteme hakkının, "medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar" ve "cezai alanda kendisine yöneltilen isnatlar" demek suretiyle kısmen sınırlı tutmuştur. Bu durumda konumuz bakımında önem arz eden husus, idari nitelikteki uyuşmazlıkların Strazburg Organları

³² Zupančič, B.M., "Access To Court As A Human Right According To The European Convention Of Human Rights", Nottingham Law Journal , 2000, Vol.9 (2), s.1-16'da yayımlanmış olmakla birlikte, yazarın kendisinden metnin tamamı elektronik ortamda alınmıştır.Makalenin html formatına erişim adresi : http://72.14.203.104/search?q=cache:lzANMgxi3gJ:152.71.66.102/CLR/PDF/nlj9_2/001.pdf+Zupancic++%E2%80%9CAccess+To+Court+As+A+Human+Right+According+To+The+European+Convention+Of+Human+Rights%E2%80%9D,+&hl=tr&gl=tr&ct=clnk&cd=1

³³ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika davası, 18.6.1971, A 12, para.78; Ringeisen/Avusturya davası, a.g.k. para. 95; Le Compte, Van Leuven, De Meyere/Belçika davası, 23.6.1981.

önüne götürülebilmesinde hukuksal bakımdan bir güçlük olduğudur. Zira bu ifadeden açıkça anlaşılmaktadır ki, Sözleşme taraf Devletlere yüklediği adil yargılama, hak arama yükümünü sınırlı tutmuş, diğer bir ifadeyle, başka nitelikteki yargılama çeşitlerini, (özellikle de idari yargı, anayasal yargı) kapsam dışı bırakarak, kişinin adil yargılamaya sahip, mahkemeye erişim hakkını yukarıda belirtilen konulardaki uyuşmazlıklara ilişkin davalarla sınırlı tutmuştur.³⁴

AİHM'nin "mahkeme" kavramı hakkında verdiği kararlardan en dikkate değer içtihadı **Belilos/İsviçre davasında**³⁵ ortaya koyulmuştur : "AİHM'nin içtihadı uyarınca "mahkeme", maddi anlamıyla üstlendiği yargı işlevine göre nitelik kazanır. Bir başka deyişle mahkeme, yetkisi dahilindeki konuları hukuk kuralları temelinde, belirlenen şekilde görülen davaların ardından karara bağlayan bir merciidir. (Bkz en son örnek olarak 30 Kasım 1987 tarihli H/Belçika davasının kararı, Seri A No.127, s.34, para 50)"³⁶

Sözleşme'deki anlamında "mahkeme" kavramının öteki nitelikleri ise bu organın "yargısal rol" ve "adli fonksiyona" sahip bulunması; diğer bir deyimle, görevine dahil konularda, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gereğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar

³⁴ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 6.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s.266.

³⁵ Belilos/İsviçre davası, 29.04.1988, Seri A No.132, s.29, para.64.

³⁶ Dutertre G., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayını, Nisan 2005, s.223-224.

verme yetkisini elinde tutmasıdır.³⁷ Yalnızca görüş bildirmekle görevli kılınmış makamlar mahkeme değildir.³⁸ Organın, yukarıda belirtilen nitelikleri taşımak kaydıyla genel ve olağan yargılama mercileri grubu dışında yer alması³⁹ veya yargısal fonksiyon yanında başka görevler de yürütmekte olması kendisinin mahkeme sayılmasına engel olmaz.⁴⁰ Hükümet yahut bir bakanın mahkeme sayılması mümkün değildir.⁴¹ Yasadışı bir gösteriye katılan kişiyi para cezasına mahkum eden Güvenlik Kurulu'nun tam kaza yetkisine, yani dava konusu olayı hem fiil, hem de hukuk açısından inceleme yetkisine sahip bulunmayan merciinin verdiği kararın, Yüksek Mahkemeler tarafından incelenmiş olması, Kurulun, Sözleşmenin 6/1 maddesinde aranan güvenceleri sağlamadığından mahkeme sayılmasını sağlamaz.⁴²

AİHS'nin adil yargılanma başlıklı 6'ncı maddesinde, "yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden" söz edilmektedir. Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme kuralı adil yargılanma ve savunma hakkının temelini oluşturmaktadır. Bu kural, yasayla kurulmuş, her türlü organ, kurum

³⁷ Sramek/Avusturya davası, 22.10.1984, A 84, para.36; Benthem/Avusturya davası, 23.10.1985, A 97, para.40.

³⁸ Benthem/Avusturya davası, a.g.k. para. 40; De Jong, Baijet ve Van den Brink/Hollanda davası, 22.5.1984, para.48.

³⁹ De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika davası, a.g.k., para. 78

⁴⁰ Campbell ve Fell/İngiltere davası, 28.6.1984, A 80, para. 76; H/Belçika davası 30.11.1987, A 127-b, para.50

⁴¹ Oerlemans/Hollanda davası, 27.11.1991, A 219, para.67-68; Zumbotel/Avusturya davası, 29.9.1993, A 268-a, para.29; McMichael/İngiltere davası, 24.2.1995, A307-b, para.83

⁴² Belilos/İsviçre davası, 29.4.1988 A 132, para.70 "...Güvenlik Kurulu yerel bir idari makam olarak adlandırılabilir bile fonksiyonu yargısal olduğundan, Emniyet Müdürü tarafından atanan tek üyeli bir hukukçu olan bu makama atanan kimse kendi şahsi sıfatıyla hareket ettiği, yetkilerini kullanırken hiç kimseden emir ve talimat almadığı, 4 yıllık görev süresi içinde görevinden alınmadığı halde, sıradan vatandaşlar bu kişiyi üstlerine tabi ve meslektaşlarına bağlı ve güvenlik güçlerinin bir üyesi olarak görmeye eğilimli olduklarından, bu durum demokratik bir toplumda bulunması gereken güveni zayıflattığı için bu Güvenlik Kurulu 6. Md.nin 1.fıkrasındaki gerekleri karşılamadığından..."; benzer yönde bir diğer karar Zumbotel/Avusturya, 21.9.1993, para. 31-32;

ve kişiden bağımsız, davanın taraflarına karşı objektif, adil bir yargılama usulü güvencesine sahip bir yargı yerini ifade etmektedir. Mahkemenin yasayla kurulmuş olması şartı, onun mutlaka yargı erki içinde yer almasını gerektirmez. Nitekim Komisyon ve Mahkeme, düzenli mahkemeler dışında bir çok organı 6'ncı madde anlamında "mahkeme" olarak kabul etmiştir. Örneğin, askerî veya cezaevi disiplin komisyonları meslek disiplin kurulları, arazi satışı onay komisyonları, toprak reformu komisyonları ve hakem mahkemeleri gibi bir çok organ, bu çerçevede kanunla kurulmuş Mahkeme sayılmıştır.⁴³

"Yasanın öngördüğü mahkeme" koşulu yargılamada doğal (yahut kanuni) yargıç güvencesini getirmektedir. Bu kural gereğince, bilindiği gibi, gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkileri, gerek izleyecekleri yargılama usulü, yasama yolundan kanun ile ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır. Bu suretle kişi yahut olaya göre yargılama mercii oluşturma yolu kapanacak, olası keyfilikler önlenecektir.⁴⁴

Öte yandan, yalnızca görüş bildirmekle görevli kılınmış makamlar mahkeme olarak kabul edilmemiştir.⁴⁵ Tam kaza yetkisine, yani dava konusu olayı hem fiil, hem de hukuk açısından inceleme yetkisine sahip bulunmayan merciler de mahkeme sayılamazlar.(Belilos/İsviçre, 29.4.1988 tarihli

⁴³ Ünal Ş., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, No:89, Ankara, TBMM Basımevi, 2001, s.168.

⁴⁴ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.280. Bu konuda örnek kararlar için bkz. : Mahkeme Kararı, Engel vd./Hollanda davası, 8.6.1976, A 22, para.89; Sramek/Avusturya davası, 22.10.1984, A 84, para.36; Komisyon Kararı, Zand/Avusturya, 12.10.1978, no. 7360/76, DR 15, Komisyon Raporu, Barthold/Almanya, 12.3.1981, no. 8734/79, DR para.26, Mahkeme Kararı, Bulut/Avusturya, 22.2.1996, para. 29.

⁴⁵ Benthem/Avusturya davası, 22.5.1984 tarihli karar, A 78, para.40; De Jong, Baijet et Van den Brink/Hollanda davası, 22.5.1984 tarihli karar, para.48

Mahkeme kararı, para.70; Zumbotel/Avusturya davası, 21.9.1993 para.31-32)⁴⁶

Etkili bir yargı denetimi için, yargı yerlerinin bağımsızlık, tarafsızlık, yasa ile kurulmuş olma, üyelerinin atanma biçimleri, güvenceleri, görevden alınamamaları gibi birtakım niteliklere sahip olması gerekmektedir.

Bölgesel nitelikli Avrupa Konseyi'nin bünyesinde bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "bağımsız, tarafsız ve yasayla kurulmuş mahkemenin" varlığını düzenleyen hükmün benzeri başka uluslararası evrensel veya bölgesel belgelerde de yer almaktadır. Örneğin, evrensel nitelikli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin⁴⁷ 14/1. maddesinde⁴⁸, bölgesel nitelikli

⁴⁶ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.280.

⁴⁷ BM İkiz Sözleşmeleri olarak tanınan BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi 16 Aralık 1966 tarihli 2200 A (XXI) sayılı kararla kabul edilerek imzaya açılmıştır. 35 Devletin onaylaması sonrasında ilki 23 Mart 1976 ikincisi 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5 Ağustos 2000 yılında imzalanan Sözleşmeler Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 53 maddeden oluşmakta olup, bireyin Devlete karşı ileri sürebileceği klasik nitelikteki medeni ve siyasi hakları güvence altına almıştır. Sözleşmenin uygulanmasını izlemekle görevli bir "İnsan Hakları Komisyonu" kurulmuştur.

⁴⁸ AIHS'nin 6. maddesinden esinlenerek hazırlanan BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 14'üncü madde metni şu şekildedir :

1. Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Davayı izleyenler ve basın mensupları, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik nedeniyle veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi halinde veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmalardan tamamen veya kısmen çıkarılabilir; ancak bir ceza davasında veya hukuk davasında verilen hüküm, gençlerin menfaati veya aile uyumsuzlukları veya çocuğun velayeti ile ilgili davalar aksini gerektirmedikçe aleni olarak tefhim edilir.

2. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir.

3. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin bu isnadın karara bağlanmasında, tam bir eşitlik içinde asgari şu haklara sahiptir:

ama tüm Amerika kıtasını kapsayan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁴⁹ 8/1. maddesinde, Afrika Birliği Teşkilatı tarafından kabul

- a) Hakkındaki suç isnadının niteliği ve nedenleri konusunda ayrıntılı bir şekilde ve anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilme;
- b) Savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma
- c) Sebepsiz yere gecikmeden yargılanma,
- d) Duruşmalarda hazır bulundurulma ve kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma eğer avukatı bulunmuyorsa sahip olduğu haklar konusunda bilgilendirilme; adaletin yararı gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilme ve eğer avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı yoksa, ücretsiz olarak avukat tayin edilme;
- e) Aleyhindeki tanıkları sorguya çekme veya çektirme ve lehindeki tanıkların mahkemeye çikmalarını ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullarda sorguya çekilmelerini sağlama,
- f) Mahkemede konuşulan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma

g) Kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmama.

4. Küçüklerin yargılanmasında küçüklerin yaşlarını ve rehabilitasyonlarını iletmeyi göz önünde tutacak bir yargılama usulü izlenir.

5. Bir suçtan ötürü mahkum olan bir kimse, mahkumiyetinin ve aldığı cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından hukuka göre incelenmesini isteme hakkına sahiptir.

6. Bir kimse bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkum olduğunda ve bu mahkumiyeti adli hata bulunduğu gerekçesiyle bozulduğunda veya kendisi bağışlandığında, eğer mahkumiyet kararının verildiği tarihte bilinmeyen olayların ortaya çıkarılmamış olmasının nedenleri kısmen veya tamamen kendisine yüklenebileceği kanıtlanmadıkça, bu tür bir mahkumiyetin sonucu olarak ceza çeken bir kimseye hukuka uygun olarak tazminat ödenir.

7. Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.

⁴⁹ İnsan Hakları konusunda Avrupa Konseyi sonrasında ikinci bölgesel örgütlenme Amerika Kıtasında olmuştur. Avrupa Sisteminden esinlenerek sofistike bir koruma mekanizmasını kabul eden Latin Amerika ve Orta Amerika Devletleri , 30 Haziran 1948'te IX'uncu Pan-Amerikan Konferansı ile Bogota'da Amerika Kıtası Devletleri Örgütü Şartı'nı kabul etmişlerdir. Şartın bazı maddeleri ırk, milliyet, din veya cinsiyet ayrımcılığı yapılmaksızın Amerika kıtası Devletlerinin insan haklarını kabul ettiğini belirten 3/j maddesi, bu Devletlerin belirtilen haklara ve evrensel ahlaki değerlere saygılı olma yükümlülüğünü düzenleyen 16. maddesi gibi, münhasıran insan haklarına ayrılmakla beraber, Şart'ın asıl amacı Başlangıç bölümünde de belirtildiği üzere, Amerika kıtası ülkeleri arasında dayanışma ve komşuluk ilişkilerinin gelişmesidir. Amerikan Devletleri Örgütü, Bogota Konferansında insanların hak ve yükümlülüklerine ilişkin "Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi"ni yayımladı. Aynı Örgüt, 1969'da San José'de İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesini kabul etmiştir. (Sözleşme İngilizce metinden Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi olarak dilimize geçmiştir, "American Convention on Human Rights, Pact of San José", Fransızca karşılığı ise "La Convention Américaine Relative Aux Droits de l'Homme" şeklindedir.) Klasik ve sosyal hakları içeren bu metin 1978'de yürürlüğe girmiştir. 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla Sözleşmeye taraf ülke sayısı 25'tir. Sözleşme bünyesinde 23 maddede siyasi ve medeni haklara, 1'inci maddesinde de sosyal, kültürel ve ekonomik haklara yer verilmiştir. Amerikan kıtasındaki insan hakları ihlallerini incelemek üzere aynen Avrupa Konseyi bünyesinde olduğu gibi 2 organdan oluşan bir denetim mekanizması kurulmuştur : Amerikan İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesine Komisyon veya taraf Devletler tarafından başvuru yapılabilirken, Sözleşmeye taraf 20 devlet mahkemenin yargı yetkisini tanımıştır. Mahkeme esasa ilişkin ilk kararını 29 Temmuz 1988 tarihinde Velasquez Rodriguez/Honduras davasında vermiştir. Sözleşme; birincisi 28/08/1991'de yürürlüğe giren ve idam cezasının kaldırılmasına ilişkin, diğeri 17 Kasım 1988'de yürürlüğe giren sosyal, kültürel ve ekonomik haklara ilişkin 2 Ek Protokol ile tamamlanmıştır. Konuya ilişkin daha

edilen Afrika İnsan ve Halklar Hakkı Şartı'nın⁵⁰ 26. maddesinde, Birleşmiş Milletler Yargıç Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeleri'nde⁵¹ yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme kuralına yer vermektedirler. Ancak hemen şunu da belirtmek gerekir ki, uluslararası sözleşme metinleri uyarınca, adil ya da hakkaniyete uygun yargılanma hakkı tüm uyuşmazlıklara uygulanmaz, ama sadece “medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin nizalar” ve “cezai alanda kişiye yöneltilen suçlamalara” uygulanır.⁵²

1982 Anayasası “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” kenar başlıklı 40'ıncı maddesinde⁵³ “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir” demek suretiyle esas olarak idari başvuru yolunu ve

ayrıntılı bilgi için bkz. Fransızca olarak: http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Sud_A/HP_SA.htm. İngilizce olarak :

http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm

⁵⁰ 1963 yılında kurulan Afrika Birliği Teşkilatının Afrika Devlet ve Hükümet Başkanları 1981 Nairobi Zirvesi'nde kabul edilen Afrika İnsan ve Halklar Hakkı Şartı (1981 Banjul Şartı olarak da bilinir.) 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Afrika kıtasındaki insan hakları ihlallerini incelemek üzere aynen Avrupa Konseyi bünyesinde olduğu gibi 2 organdan oluşan bir denetim mekanizması kurulmuştur. Afrika İnsan Hakları Komisyonu ile Afrika Devletler ve Hükümet Başkanları Konferansı. Bireyin bağlı olduğu topluluğa ve topluluğun bireye karşı sahip olduğu hak ve ödevleri düzenleyen Şart bireysel ve kolektif hakların yanı sıra klasik ve 3. nesil haklara yer vermekle beraber; bireylerin şikayetleri, hak ihlallerinin ağır ve sistematik biçimde yapıldığını ortaya koyması halinde Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansının görev vermesiyle Komisyonun harekete geçmesi ve rapor yazması şeklindeki ağır ve karmaşık denetim mekanizması yüzünden Avrupa ve Amerika'daki insan hakları denetim sistemleri kadar işlevsel değildir.

Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Fransızca için : http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Afr/instr_81.htm,

İngilizce için : <http://www.un.org/esa/socdev/enable/comp303.htm>,

⁵¹ 26.08-06.09.1985 tarihlerinde Milano'da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların İslahı hakkında Yedinci BM Konferansı tarafından kabul edilmiş ve Genel Kurulunun 29.11.1985 tarihli ve 40/32 sayılı ile 13.12.1985 tarihli ve 40/146 sayılı Kararlarıyla onaylanmıştır.

⁵² Sudre, F., **Droit Européen et International des Droits de l'Homme**, 6. genişletilmiş bası, PUF, Classiques, Paris, 2003 Eylül, s.158.

⁵³ Anayasa 40'ıncı maddenin tam metni : Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.(Ek 2. fıkra: 4709-3.10.2001/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

“Dilekçe hakkı” kenar başlıklı 74’üncü maddesiyle⁵⁴ de yine idari ve siyasi başvuru yollarını tanımlı bulunmaktadır. Burada sözü edilen kanun, 01.11.1985 tarih ve 3071 sayılı “Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun” adıyla yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanunda 11.01.2003 tarihli 4778 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca 24.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile İdareye çeşitli konularda başvuru hakkı düzenlenmiştir.

Yargısal başvuru yolu ise, Anayasanın “Hak arama hürriyeti” kenar başlıklı 36’ncı maddesiyle ve “Yargı yolu” kenar başlıklı 125’inci maddesiyle tanımlı bulunmaktadır. 1982 Anayasası, AİHS’nin 6’ncı maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünü “Hak arama hürriyeti” başlığı altında 36’ncı maddesinde, 4709 sayılı Kanunla 17/10/2001 tarihinde yapılan değişiklik ile “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.” şeklinde düzenlemiştir.⁵⁵ Maddede sözü edilen “yargı mercileri”nden anlaşılın yalnızca idari ya da adli yargı mercileri olmayıp, yargı yetkisine sahip bütün mercilerin anlaşılması gerekir.

⁵⁴ Anayasanın 74’üncü maddesinin tam metni : Vatandaşlar, (Ek ibare: 4709-3.10.2001/26 md.) "ve karşılıklılık esasını gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar" kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazılı ile başvurma hakkına sahiptir.Kendileriyle ilgili başvurularının sonucu, (Ek ibare: 4709-3.10.2001/26 md.) "gecikmeksizin" dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir.

⁵⁵ Anılan maddeye 2001 yılında “ile adil yargılanma” eklenmiştir.

Nitekim, Danıştay'ın, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili içtihatlarına da göndermede bulunan bir kararında da çok açık ve kesin bir şekilde vurgulandığı üzere, "Anayasanın 36'ncı maddesinde düzenlenmiş olan "Hak arama hürriyeti"ni geniş kapsamlı yorumlamak ve sadece özel hukuk alanındaki kişisel haklarla sınırlı olarak düşünmemek gerekir. Bu hürriyeti Anayasada düzenlenmiş olan örneğin "hukuk Devleti", "idarenin yargısal denetimi" gibi diğer ilkelerin ışığında ve bu ilkelerin gereklerine uygun biçimde değerlendirmek zorunludur. Eğer hukuk Devleti "insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuka ve Anayasaya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı bulunan devlet" (Anayasa Mahkemesinin 29.11.1996 tarih ve 44 sayılı kararı) demekse ve söz konusu yargısal denetimin bugüne kadar teoride ve uygulamada kabul görmüş, uygulanmış etkili ve somut sonuçları olan yolu iptal davası ise, bu davaya getirilen hukuk dışı sınırlamaların hak arama hürriyetini de sınırladığı kabul etmek gerekir." demiştir.⁵⁶

B- Mahkemelerin Bağımsızlığı

Mahkemelerin bağımsızlığı başka her hangi bir kişi, kurum veya organdan emir almamak, yasamanın, yürütme erkinin ve diğer dış etkilerin

⁵⁶ Danıştay 5. Dairesinin 26.11.1995 tarihli, E.1994/2507 sayılı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 4001 sayılı Yasayla değişik 1'inci fıkrasının (a) bendinde yer alan "kişisel hakları ihlal edilenler" ibaresinin Anayasaya aykırı görülerek Anayasa Mahkemesine başvurulması hakkındaki kararı, bkz. DD., S.90, s.596.

(ekonomik ve sosyal gruplar dahil) baskısı altında kalmamak, diğer bir deyişle özgür olmak demektir.⁵⁷ Mahkemelerin bağımsızlığı, yürütme erkine⁵⁸ ve taraflara yönelik olarak bulunmak ve Hâkimleri dışardan gelecek baskılara karşı koruyan anayasal ve yasal güvenceleri içermek zorundadır.⁵⁹ Bir başka deyişle, mahkeme, yürütme organından ve davanın taraflarından bağımsız olmalı, tarafların telkin ve tavsiyelerinin etkisi altında kalmamalıdır. Mahkeme yargıçlarının yürütme organınca atanması durumunda, yargısal organların önceki görüşlerinin alınması, adli mekanizmanın önerilerinin bağlayıcılığı ve genel atanma kriterlerinin saptanmış olması yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda fikir verebilir. Buna karşın, mahkeme üyelerinin çeşitli meslek gruplarınca atanması ya da önerilmesi ve bu mahkemenin bu grupların çıkarları ya da üyelerinin çıkarları konusunda karar vermesi gerektiği durumlarda, tereddütler ortaya çıkabilmektedir.⁶⁰ (Örneğin Langborger davasında, davanın konusu bir tahkim kurulunun oluşturulması sorunu idi.)

Bağımsızlığın gerçekte kabul edilmesi ve diğer zorunlu güvencelerin bulunması şartıyla, bir hakimin azledilememesinin resmen kabul edilmemiş

⁵⁷ Inceoğlu, S., **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta, 1. Bası, İstanbul, Mayıs 2002, s.162

⁵⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi bu hususu vurgulayan Angel N.Olo Bahamonde / Ekvator Ginesi başvurusunda, 20 Ekim 1993 tarihli 486/1991 numaralı A/49/40 II. Cilt s.194 sayılı kararında, “ yargı erkinin ve yürütme erkinin görev ve yetkilerinin açıkça birbirinden ayrılmadığı hallerde veya yürütme erkinin yargı erkinin görev ve yetkilerini kontrol etme veya yönetme yeteneğinde, gücünde olması hallerinde, böyle bir durum bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin varlığı ilkesi ile bağdaşmaz” demiştir.

⁵⁹ Sudre F., a.g.e., s.214.

⁶⁰ Grabenwarter C., “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md.6)”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Nurullah Kunter'e Armağan, no:3, Seçkin, Ankara, 2004, s.201.

olması, bizatihi bağımsızlığın olmayışı demek değildir.⁶¹ Yine de toplanan faktörlerden biri, tek başına belirli bir davada, mutlak kesinlik taşımaz. Bir mahkemenin, önündeki yasal probleme yönelik bir çözüm için icrai bir konuyla ilgilenmekle yükümlü olduğu durumda tamamen bağımsız olarak ele alınmayacak olması dikkate değerdir. Aynı ilke, gerçekte bu şekilde hiç davranmamış olsa bile, yürütmenin bir mahkemenin kararını iptal etmeye yetkili olması durumunda da uygulanır. Bu önemi olan bir yetkidir.⁶²

Mahkemenin bağımsızlığı kuralı sadece bireylere yönelik olarak adil yargılanma hakkı açısından değil genel anlamda, iktidarın hukukla sınırlanması, hukukun üstünlüğü ve hukuk Devletinin gerçekleşmesi, toplumun hukuka saygısını ve güvenini sağlama açısından da çok önemlidir. Yargı bağımsızlığı kuvvetler ayrılığının doğal bir sonucu olmakla birlikte eğer demokratik ve hukukun üstünlüğünün benimsendiği bir sistemden söz edilecek ise, ister yasama ve yürütme ilişkileri açısından kuvvetler ayrılığı ister kuvvetler birliği benimsensin yargı bağımsızlığı değişmez bir veri olmak zorundadır.⁶³

Sözleşme Organları tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarını kuvvetler ayrılığı ile bağlantılı bir biçimde tartışmamaktadır. AİHM'ye göre, 6'ncı madde, taraf ülkelere belirli bir teorik anayasal kavramın yerine getirilmesi

⁶¹ Campbell ve Fell/İngiltere davası, para.165.

⁶² Leigh L., "Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Nurullah Kunter'e Armağan, no:3, Seçkin, Ankara, 2004, s.342.

⁶³ Inceoğlu S., a.g.e. s.162

yükümlülüğünü vermemektedir. Dolayısıyla AİHM 6'ncı maddedeki tarafsızlık ve bağımsızlık koşullarının yerine getirilip getirilmediğini önüne gelen somut olayın şartlarını inceleyerek karara varmaktadır. Sözleşme Organları bağımsızlık ve tarafsızlığı yorumlarken yukarıda yapılan tanımlamadan bir miktar ayrılmakta ve zaman zaman davanın taraflarına karşı mahkemenin tarafsız davranma yükümlülüğünü de bağımsızlık kavramı çerçevesinde değerlendirmektedirler.⁶⁴

Sözleşmenin 6'ncı maddesi ayrıca, uygulandığı konuların, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından ele alınmasını öngörmektedir. Bağımsızlık ve tarafsızlık, farklı değerlerdir. Bir yapı, bağımsız olmasa bile tarafsız olabilir ve şüphesiz tarafsız olmadan da bağımsız olabilir. Bu hususları ele alan, sadece bir taslağı verilebilecek, önemli bir içtihat hukuku yapısı vardır.⁶⁵

Komisyon, Divan ve 11'nci Protokol sonrası AİHM'nin 6'ncı madde çerçevesinde bağımsız mahkeme kavramı ile ilgili kararlarının büyük bir çoğunluğu idari ve disiplin yargılaması yapan kurullara ilişkindir. Bu çerçevede Komisyon ve Mahkeme bağımsızlık açısından olağan mahkemelere uygulanabilecek standartlar kadar yüksek standartlar empoze

⁶⁴ İnceoğlu S., a.g.e. s.163, Örneğin Beaumartin /Fransa davası para.38, Ringeisen/Avusturya davası para.95.

⁶⁵ Leigh L., a.g.m., s.342.

etmemiştir. Özellikle mahkeme üyelerinin görev süreleri ve dış baskılara karşı korunması açısından bu yaklaşımı benimsemiştir.⁶⁶

1-Mahkeme Üyelerinin Nitelikleri

Mahkemelerin bağımsızlığı normatif olarak, yargıçlarının görev süreleri, ilke olarak görevden alınamamaları ile emir ve direktiflere bağlı olmamalarıyla belirlenir. Yargıçların görevleri, yaşam boyu olmasa bile, belirli bir istikrar sağlayacak kadar olmalıdır.

AİHM içtihatlarında, Hâkimlerinin atanma yöntemleri, görev süreleri, dış etkenlere karşı hakimlik teminatı, bağımsızlık açısından aranan diğer kriterlerdir. Mahkeme, yasal olarak saptanmış çalışma sürelerini, bir güvence olarak kabul etmektedir. **Le Compte davasında**, temyiz komisyonu üyeleri için saptanmış olan altı yıllık görev süresinin bir garanti oluşturduğu belirlenmiştir. **Campbell ve Fell davasında** ise, Cezaevi Müfettişler Kurulu üyelerinin; görevden alınmalarını düzenleyen ya da alınmamalarını güvence altına alan bir hükmün düzenlenmemiş olduğu belirtildikten sonra, üçer yıllık görev sürelerini oldukça kısa bulunmuş; ancak, görevin özelliği dikkate alınarak Sözleşmenin, bu hususla ilgili olarak ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.⁶⁷ Ancak bir başka olayda asgari üç yıllık bir süreyi Sözleşme organları yeterli görmüştür.⁶⁸ Ama tabii ki bu daha çok

⁶⁶ Harris D.J., O'Boyle M., Warbick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Butterworths, 1995, s.231.

⁶⁷ Campbell ve Fell/İngiltere davası, a.g.k., para.80.

⁶⁸ Sramek/Avusturya davası, a.g.k., para.38.

bir istisna olmakta, genellikle asgari 5-6 yıllık görev süresi zorunlu görülmektedir. Kısa bir görev süresi, ancak bu görevin ücretsiz bir faaliyet olarak temsili durumunda kabul edilebilmektedir.⁶⁹ Üyelerin atanması konusunda AİHM, Cezaevi Müfettişler Kurulu üyelerinin sorumlu bakan tarafından atanmasını, bakanın kendilerine emir ve talimat verme yetkisi olmadığı için, Sözleşmeye aykırı bulmamıştır.⁷⁰

Mahkeme üyelerinin bağımsızlığı değerlendirilirken, bu üyelerin sahip olduğu nitelikler, tek başına bir şey ifade etmemekle birlikte, bağımsızlıklarının göstergelerinden biri olarak görülmektedir. Örneğin hukukçu, diğer bir deyişle olağan yargı mensubu olması güçlü bir göstergedir. AİHM, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika davasında, bağımsızlığa ilişkin pek çok unsurun yanı sıra bu unsura da değinmiştir.⁷¹ Bu davada AİHM, 6/l'inci maddenin uygulanabilip uygulanamayacağını inceledikten sonra, aykırılığı değerlendirmiştir. AİHM, yukarıda da değinildiği gibi, karar merciinin iç hukukta bir mahkeme olarak değerlendirilip değerlendirilmediğini dikkate almamaktadır. Hukuk kuralları ile

⁶⁹ Grabenwarter C., a.g.m., s.201.

⁷⁰ Ünal Ş., a.g.e., s.169.

⁷¹ Anılan davada, davacılar Herman Le Compte Belçika vatandaşı bir hekimdir. Le Compte bir gazetede yayınlanan röportajında hekimlik mesleğinin ününe ve onuruna aykırı ifadeler kullandığı için 6 hafta süreyle mesleği icra etmesi durdurulmuştur. Karara karşı Tabipler Birliği İtiraz Konseyine ve daha sonra Yargıtay'a yaptığı başvurular başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu müeyyidenin uygulanma sürecinde Le Compte gereğini yerine getirmemiş, bu nedenle Furnes Ceza Mahkemesi tarafından da hapis ve para cezası verilmiş, karar onanmıştır. Bu arada Le Compte meslekten uzaklaştırma müeyyidesine ilişkin eleştirilerini gazetede yayınlamış ve tekrar üç ay süreyle meslekten men cezası almıştır. İtiraz Konseyi ve Temyiz mahkemesi bu kararı da onanmıştır. Van Leuven ve Meyere de hekimdir. Bu başvurucular hakkında da hekimleri küçük düşüren bir mizah dergisini ücretsiz dağıtmaktan ve kendilerine başvuranlardan sınırlı ücret almaktan dolayı bir ay süreyle meslekten men cezası verilmiştir. Bu hekimler de başvurdukları kanun yollarından sonuç alamamışlardır. Her üç hekim de AİHM'ye başvurmuştur.

belli bir usul izleyerek esasa ilişkin karar vermek için yetkilendirilmiş bir kurul da bir yargı yeri olarak değerlendirilebilmektedir. Bu davada konseyin kararına karşı temyiz mahkemesine gitmek mümkün ise de, bu mahkeme davadaki maddi hatalara veya uygulanan yaptırım ile kusur arasındaki orantılılığa ilişkin bir denetim yapamamaktadır. Sınırlı bir yargı (hukuka uygunluk denetimi) yetkisi vardır. Davada İtiraz Konseyi de, temyiz mahkemesi de hukuka uygun olarak yasayla kurulmuştur. AİHM, bir yargı yerinin bağımsız olup olmadığını anlamak için şunlara bakmıştır: idareden bağımsızlığı veya taraflardan bağımsızlığı, üyelerinin görev süresi, usul kuralları tarafından sağlanan güvenceler. Bunların yanı sıra AİHM, İtiraz Konseyindeki üyelerin niteliklerini de göz önüne almıştır. Konsey eşit sayıdaki hekim ve yargı mensuplarından oluşmaktadır. Kraliyet tarafından atanan yargı mensuplarından biri her zaman Konseyin başkanıdır ve ağırlıklı oya sahiptir; kurul üyelerinin bir kısmının yargı mensubu olma nitelikleri hem bağımsızlıkları hem de tarafsızlıkları açısından güvence olarak görülmüştür. Sonuç olarak üst kurulun bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.⁷²

AİHM, mahkeme üyelerinden bazılarının profesyonel yargıç değil de devlet memuru olması durumunu da değerlendirilmiştir. **Sramek/Avusturya davası** bu nitelikte bir davadır. ABD vatandaşı olan başvurucunun Avusturya'da daha önce tarım için kullanılan araziye otel yapmak amacıyla almak için yaptığı sözleşme İl Kurulu tarafından onaylanmış, ancak ilgili

⁷² Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika davası, a.g.k., para-56-58.

idarede görev yapan Taşınmaz Muameleler memuru tarafından iptali için Yukarı Avusturya Taşınmaz Muameleler Bölge Kurulu'na gönderilmiş ve satışı onaylanmamıştır. AİHM önce Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin uygulanırılığını denetlemiş ve kapsam içinde bulmuştur. İç hukukta yargı yerleri arasında sayılmamış olmasına rağmen, yetkisine giren konuları hukuka göre karara bağlama görevi bulunduğundan Bölge Kurulunun maddi anlamda hukuka uygun olarak kurulmuş yargı yeri, bir tür mahkeme olduğunu tespit etmiştir. Başkanı Trol belediye başkanı olan, bir istinaf mahkemesi hakimi, tarım uzmanı bir çiftçi, bir hukukçu ve 3 devlet memurundan oluşan Bölge Kurulu'nun idare tarafından atanmalarını, idare bu kurula yön vermediği için uygun bulunmuştur. Ancak Trol İl Kurulunun satış kararının iptali için Bölge Kuruluna başvuran Taşınmaz Muameleler Memurunun, aynı zamanda Kuruldaki üç devlet memurundan biri olan ve de raportör görevini yerine getiren kişinin amiri durumunda olması durumu değiştirmektedir. Mahkemeye göre, bir yargı yerinin üyelerinden biri, görevleri ve bölümünün organizasyonu anlamında taraflardan birinin altı konumundaysa davacılar bu kişinin bağımsızlığı konusunda meşru bir kuşkuya kapılabilirler. Bu nedenle AİHM, bu durumun demokratik toplumlarda mahkemelerin vermesi gereken güveni ciddi bir biçimde etkileyebileceğinden bahisle 6/1'nci maddesinin ihlaline karar vermiştir.⁷³ AİHM'nin bu kararından varılan sonuç, memurların yargı yeri içinde yer almaları durumunda, eğer söz konusu memur veya memurlar davanın taraflarından birinin astı konumundaysa durumun değiştiğidir. Bu durum yargı yerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda

⁷³ Sramek/Avusturya davası, a.g.k., para.41-42.

haklı bir endişe yaratabilir. Diğer bir deyişle mahkeme üyeleri, bağımsızlık konusunda görev süreleri, görevden alınamamaları, kendilerine emir verilememesi gibi yeterli güvencelere sahip olmasına rağmen, bağımsız bir görüntü veremiyorsa bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesi ihlal edilmiş olur.

İdari yargı yerlerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin olarak çok fazla karar bulunmamakla birlikte, son yıllarda önemli kararlar verilmektedir. Avusturya'nın monist sisteme tabii bir ülke olmasına karşın, idare ile özel kişi arasındaki uyuşmazlığa ilişkin 1984 tarihli **Sramek/Avusturya başvurusunda**, AİHM, toprak alım-satımlarına izin verilmesinin reddine ilişkin uyuşmazlıklara bakmakla yetkili Yerel Bölge Tapu Kurulu'nun, Kontrolöre bağlı 3 memurun görev yapıyor olması sebebiyle bağımsız ve tarafsız yargı organı olmadığına ilişkin Strazburg Mahkemesi kararına rağmen; 1987'de **Ettl vd./Avusturya davasında**⁷⁴, Yerel Bölge Tapu Kurulu'nun, üyelerinin, yeniden seçilmelerinin İdari İstinaf Mahkemesinin denetimine tabii olması sebebiyle, taraflarla hiçbir ilişkisi olmaksızın işleyen bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olduğuna karar vererek başvuruyu reddetmiştir.⁷⁵ Bir başka deyişle; Sramek kararından 3 yıl sonra, mahkeme üyeleri arasında memurların da bulunması tek başına ihlal nedeni sayılmamıştır, yargı yerinin bağımsızlığına ilişkin güvenceler olup olmadığına, yargı işlevini yerine getirirken kamu otoritelerinden talimat alıp almadığına bakılması gerektiğini vurgulamıştır.

⁷⁴ Ettl/Avusturya davası, 23/04/1987, A 117.

⁷⁵ Costa JP, a.g.m. s.515.

Ettl ve diğerleri/Avusturya davası yargı yerinde yer alan devlet memurlarıyla ilgilidir. Bu davada Avusturya Bölge Tarım Kurumu, başvuruçuları da kapsayan birleştirme planını yayınlamıştır. Bu plana ilişkin yasada öngörülen şekilde tazminat alamadıkları gerekçesiyle, başvuruçucu çiftçiler Bölge Toprak Reformu Kuruluna başvurmuşlardır. Bölge Kurulu, üç hakimden ve Aşağı Avusturya Bölge Yönetiminden gelen 5 memurdan oluşmakta olup, Başkanın yanı sıra raportör de memurdur. Başvuruçular karara Yüksek Toprak Reformu Kurulunda itiraz etmişlerdir. Yüksek Kurul üç hakim ve Federal Tarım Bakanlığında 5 memurdan oluşmaktadır. Başkan ve raportör yine bu memurlardandır. Başvuruçular idare mahkemesine ve Anayasa Mahkemesine de başvurmuşlardır. Bağımsızlık ve tarafsızlık açısından, idare mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi ile ilgili bir sorun yoktur, fakat, AİHM, yasayla kurulan Kurulların bağımsız ve tarafsız olup olmadıklarını incelemiştir. AİHM'ye göre, Kurullardaki yargıçlar açısından da sorun yoktur, fakat Kurullardaki memurların durumunun incelenmesi gerekmiştir. Memurlar AİHM'ye göre çoğunluğu oluştursa da bu durum kendiliğinden bağımsız ve tarafsız yargı yeri açısından ihlal yaratmamaktadır. Federal Anayasa ve Federal Tarım Kurumu Yasası bağımsızlıklarına ilişkin hükümler barındırmakta, yargısal görevlerine ilişkin kamu otoriteleri tarafından emir verilmesi yasaklanmaktadır. Kurulun üyeleri beş yıl süreyle görevde kalmaktadırlar. Bu memurlardan üçü fenni ziraat, ormancılık ve tarım konularında uzmandırlar ve uzmanlıkları nedeniyle kurulda bulunmaktadırlar. Arazi birleştirme davaları son derece karmaşıktır ve sadece arazi sahiplerini değil bütün toplumu ilgilendirmektedir. Bu nedenlerle AİHM'ye göre, yargı

yerinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı şüphe altında değildir. Kurulda memurların da bulunmasını bağımsız ve tarafsızlık ilkesine aykırı bulmamıştır.

Yargı yeri içinde devlet memurunun yer alması, bu yargı yerinin kararına karşı 6/1'inci maddenin gereklerini yerine getiren tam yetkili bir mahkemeye başvurma hakkı varsa yine ihlal bulunmamaktadır. Örneğin ***British American Tobacco/Hollanda davasında***, başvuru haklarında karar veren ve memurlardan oluşan Patent Ofisi ve bu Ofisin itiraz merciinin bağımsız ve tarafsız olmadığından şikayetçi olunmuştur. AİHM, bu davada Patent Ofisi İtiraz merciinin bağımsız ve tarafsızlığını tartışmaksızın, bu idari merciin kararına karşı olağan mahkemelere başvuru hakkının olduğunu fakat başvuru tarafından kullanılmadığını dikkate alarak iddiayı haklı bulmamıştır. Mahkeme üyeleri bağımsızlığı güvencelenen yargıçlar olsalar dahi, verilen kararın icrasına ilişkin yürütmenin veya idari bir görevlinin müdahalesi var ise yine, yukarıda ele alındığı gibi, bağımsız mahkeme ilkesi zedelenmiş olmaktadır. Örneğin ***T/İngiltere davasında*** mahkemenin verdiği süresiz hükümde uygulanacak ceza süresinin İçişleri Bakanlığınca saptanması bağımsızlık ilkesi ile bağdaşmaz bulunmuştur.⁷⁶ ***Findlay davasında***⁷⁷ da, Mahkeme, askeri mahkemenin mahkumiyet kararının Komutanın onayı ile uygulanmasına ilişkin olarak, “yargı dışı bir merci tarafından değiştirilemeyen bağlayıcı karar verme yetkisi “mahkeme” kavramının en önemli ilkesidir ve bu ilke aynı zamanda 6/1'inci maddenin

⁷⁶ T/İngiltere davası, 16.12.1999, para.113.

⁷⁷ Findlay/İngiltere davası, 18.2.1999, para.77.

gereklerinden olan “bağımsızlığın” da bir unsurudur, söz konusu onay yetkisi bu ilkeye aykırıdır” diyerek ihlale karar vermiştir.⁷⁸

1982 Anayasasının 158’inci maddesi uyarınca, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu adli ve idari yargıç ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama, nakletme, geçici yetki verme, yükseltme ve birinci sınıfa aktarma, kadro dağıtma işlemlerini yapmaktadır. Bu Kurulun başkanının Adalet Bakanı olması ve Kurul içinde Adalet Bakanlığı müsteşarının yer alması ve diğer üyelerin yargı mensuplarınca (Yargıtay-Danıştay) gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesinin Sözleşmenin 6’ncı maddesi ile bağdaşmadığı yönünde yapılan iddialarını Komisyon **Uslu/Türkiye başvurusunda** değerlendirmiştir. Anayasanın 159’uncu maddesi gereğince kararları yargı denetimine tabi olmayan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Hâkimleri atamasını bağımsızlığından kuşku duymak için yeterli bir neden olarak görmemiştir.⁷⁹

2- Mahkemenin Çifte Rol Üstlenmesi

AIHM, bir mahkemenin bakmakta olduğu davada çifte rol üstlenmesini bağımsızlık ve tarafsızlık açısından sorun doğurabileceğini kabul etmiştir. Özellikle Fransız hukuk sisteminden esinlenerek kurulan, hem tavsiye hem

⁷⁸ İnceoğlu S., a.g.e., s.166.

⁷⁹ Uslu/Türkiye Komisyonun 20.05.1998 tarihli kararı, Başvuru numarası : 29860/96.

de görüş bildirme, inceleme yapma görevi üstlenen hem de yargılama organı olarak çalışan Danıştay'da bu sorunun çıkması mümkün olmaktadır.

Mahkemenin konuya ilişkin en önemli kararı **Procola/Lüksemburg davasıdır**.⁸⁰ Lüksembourglu süt üreticisi 4 şirketin Avrupa Ekonomik Topluluğunun bir kararı doğrultusunda alınan idari kararın iptali için Lüksembourg Danıştay'ına yapılan başvuruda, anılan AET kararının iç hukukta uygulanabilmesi için yapılan kanun projesi çalışmalarına katılmış ve başvuru aleyhine sonuç doğuran kanunu hazırlamış 4 Danıştay üyesinin, söz konusu iptal davasına konu Danıştay Dairesinde yer alan 5 kişilik kurulun da üyesi olmaları nedeniyle bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlaline karar verilmiştir. Burada AİHM, Lüksembourg Danıştay'ının istişari nitelikli Dairesinin bağımsız bir yargı yeri bir nevi mahkeme olup olmadığını araştırmamış; 5 kişilik dava dairesinin 4 üyesinin hem istişari nitelikli hem yargısal nitelikli görevlerinin aynı zamanda bulunmasının "kurumun strüktürel tarafsızlığına sorun getirecek nitelikte" olduğuna oybirliği ile karar vermiştir.⁸¹

Finlandiya'da bir restoran işletmecisinin, dükkanın yenilenmesi sonrası önceden öngörülmeleyen masrafları da kapsar şekilde dükkan sahibinin kira artışında alması üzerine açılan davada, bu tip olaylara bakan uzmanlık mahkemesinde görevli hakim MP'nin aynı zamanda Finlandiya

⁸⁰ Procola/Lüksemburg davası, 28/09/1995, Başvuru numarası : 14570/89

⁸¹ Costa JP., a.g.m.

parlamentosunda milletvekili olmasının mahkemenin tarafsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı iddiasıyla açılan **Pabla Ky/Finlandiya davasında**⁸², AİHM çok önemli bir karara daha hükmetmiştir. AİHM, 1974 yılından beri bu tip davalarda “uzman bilirkişi” olarak istinaf mahkemelerinde görev yapan MP’nin bir siyasi partinin milletvekili olması nedeniyle objektif veya sübjektif olarak başvurucuya karşı bir tavır aldığını, olaylara bakış açısını değiştirir, etkiler bir tutum sergilediğini gösterir hiçbir delilin sunulmadığını belirtmiştir. Başvurucunun kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince, yürütmenin bir üyesi milletvekilinin katılımı ile oluşan mahkemenin yapısal eksikliği olup olmadığı sorununun inceleyen Mahkeme; profesyonel Hâkimlerden oluşan mahkemenin kararının alınmasına “uzman bilirkişilerin” katılımının mümkün olduğundan bahisle; salt yürütme organının bir üyesi olmak niteliği dışında MP’nin başvurucunun davasında yer alan mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyecek bir unsura rastlanılmadığından, 28.09.1995 tarihli **Procola/Lüksembourg davasına** atıf yaparak, Sözleşmenin 6/1’inci maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Ülkemizde Danıştay bünyesinde idari daireler ile dava dairelerinin kesin olarak ayrılmış olması benzeri bir sorunun Türkiye bakımından söz konusu olmadığını göstermektedir. Buna karşılık 2.12.2000 tarihli 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemle ilgili olarak ceza davalarında ön soruşturma aşamasında adli yargının devre dışı bırakılıp İdarenin etkin bir

⁸² Pabla Ky/Finlandiya davası, başvuru numarası : 47221/99, 22.06.2004 tarihli karar.

konuma sahip olması nedeniyle Memurun Muhakematı Hakkında Kanuni Muvakkat'ın Sözleşme'de öngörülen hakları ihlal ettiği yönünde iddiaların gündeme geldiği bazı başvurular bulunmaktadır.⁸³ İl İdare kurullarınca verilen ve Danıştay 2. Dairesince onanan kararlar doğrultusunda özellikle yaşama hakkının ihlal edilmesi üzerine buna sebep olan güvenlik görevlileri hakkında etkin soruşturma yapılmadığından bahisle ihlal kararları verilmektedir.⁸⁴

3- Uzmanlık Mahkemeleri

Etkili bir yargı denetiminin sağlanması, kişilere adil bir yargılanma hakkı tanınması ile sağlanabilir. Adil bir yargılama hakkı da öncelikle mahkemenin oluşumu ve işleyişine ilişkin güvencelerin sağlanmasını öngörmektedir. Mahkeme, her şeyden önce “yasayla kurulmuş” olmalıdır. Bu deyim, Avrupa yargıçlarına⁸⁵ göre “Sözleşmenin tüm sistemini içine alan hukuk Devleti ilkesinin bir yansıması” (Lavents/Letonya davası, 28 Kasım 2002) olup; sadece mahkemenin ve yetkisinin varlığına ilişkin meşru dayanağı içermemekte, ama aynı zamanda her davada mahkemenin oluşumuna ilişkin (Hâkimlerin görev ve yetkilerini, yetkisizliğini, reddi sebeplerini belirleyen) iç hukuk düzenlemelerini de kapsamaktadır. Bu düzenlemelere uyulmaksızın bir hakimin davayı incelemesine katılımı, usulsüzlüğü getirecek ve Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin ihlalini

⁸³ Tezcan D., “Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi”, Mayıs 2001, Danıştay Sempozyumunda sunulan yayınlanmamış Tebliğ, Ankara , 2001, s.28.

⁸⁴ Oğur/Türkiye davası, başvuru numarası : 21594/93

⁸⁵ Yazarın kullanımı “juge Européenne” olup, AIHM Hâkimlerine yapılan bir atıftır.

oluşturacaktır. AİHM bu konuyu *Lavents/Letonya* ve *Coëme/Belçika davalarında* ayrıntılı olarak incelemiştir.⁸⁶

Tarafların medeni uyuşmazlıklarını çözmek için mahkeme yerine bir sözleşme şartı gereği tahkim usulünü kabul etmeleri, yargı dışı uzlaşmayı teşvik etmek ve mahkemeleri aşırı yükten kurtarmak amacı güttüğü için, Sözleşmenin 6/1'inci maddesi ile uyumlu olabilmektedir.⁸⁷ Tahkim usulü gönüllü olarak taraflarca kabul edilmiş ve uyuşmazlık konusu kamu yararı içeren bir konu değil ise ya da tahkim usulüne karşı iç hukukta bazı denetim imkanları açık tutulmuşsa, tahkim usulünün benimsenmesi nedeniyle mahkemelerin davayı reddetmesi 6/1'inci madde açısından sorun yaratmamaktadır.⁸⁸

Zorunlu tahkim ile ilgili olarak da, Hakem Kurulu üyelerinin atanma biçimi Komisyon önüne gelen bir davada ele alınmıştır. Dava ortaya çıkmadan önce yargıçları belli olan ve davayla tamamıyla ilgisiz olan yargıçlardan oluşan olağan mahkemelerden farklı olarak Hakem Kurulu üyelerinin davadan önce belli olmamasını dikkate almıştır. Komisyon, üyelerinin atanmasında tarafların yetkili olduğu Hakem Kurulu oluşumunda, Kurulun oluşumunu etkilemek açısından davanın taraflarının arasında bir eşitliğin olmamasını, bir tarafın avantajlı durumda olmasını 6/1'inci maddede

⁸⁶ Sudre, F., a.g.e., s. 334,

⁸⁷ Harris D.J., O'Boyle M., Warbick C., a.g.e., s.201.

⁸⁸ Inceoğlu S., a.g.e., s.152.

yer alan bağımsız ile tarafsızlığı birlikte değerlendirerek, bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesi ile çelişir bulmuştur.⁸⁹

Askeri hukukun söz konusu olduğu durumlarda, 6'ncı maddenin, bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından çeşitli nedenlere dayalı olarak ihlali saptanmaktadır. Asker kişileri ilgilendiren olaylarda askeri mahkemelerin Sözleşmenin 6'ncı maddesi yönünden değerlendirilmesi de AİHM tarafından yapılmıştır. AİHM, sıkıyönetim mahkemelerinin durumunu incelediği İngiltere ile ilgili bir davada, 1996 yılında yürürlüğe giren Silahlı Kuvvetler Kanunundan önce görev yapan, kara, deniz ve hava sıkıyönetim mahkemelerinin gerek kuruluş ve gerekse askeri üyeleri açısından, Sözleşmenin 6/1 maddesi anlamında tarafsız ve bağımsız sayılamayacağına karar vermiştir.⁹⁰

İlk önce “convening officer” denilen meslekten olmayan subayların askeri davalarda çeşitli yetkileri nedeniyle merkezi bir rol oynamaları, sorun olarak görünmüştür. **Findlay/İngiltere davasında**⁹¹, askeri bir mahkemede yargılanan ve asker olan başvuru iki yıl hapis ve ordudan atılma cezası ile cezalandırılmıştır. Çünkü tartışmalı bu subayların suç tahkikatı yapan organlar dahilinde esaslı işlevleri olmakta ve aynı zamanda idari yönden alt birim niteliğinde emrine tabî olan savaş mahkemelerinin üyelerini de atamaktaydı. Diğer taraftan bunlar dava sürecinde de önemli rol

⁸⁹ Inceoğlu S., a.g.e., s.196, Bramelid ve Malstrom/İsveç başvurusu, 12.12.1983 tarihli Komisyon Raporu, para.37-40.

⁹⁰ Cable vd/İngiltere davası, 18.02.1999, para.20-21.

⁹¹ Findlay/İngiltere davası, 25.02.1997, Komisyon Raporu, 1997-I, No. 30, para.76-80. Bu konuda benzer kararlar için bkz.: Hood/İngiltere, 18.2.1999; Moore ve Gordon/İngiltere davası ve Smith ve Ford/İngiltere davası, 29.9.1999; Milis/İngiltere davası, 5.6.2001;

oynamaktaydılar, çünkü ayrıca dava konusu bazı suçlamaların geri alınıp alınamayacağına ilişkin iznin alınması gerekmekteydi.⁹² Mahkemenin kararının uygulanması için, delilleri savcılığa sunan, mahkemeyi toplantıya çağırın, mahkeme üyelerinin hiyerarşik olarak üstü olan bir üst düzey komutan tarafından onaylanması gerekmektedir. Kararın onaylanmamasına ilişkin başvurunun talebi reddedilmiştir. AİHM yargıçların hiyerarşik olarak üstü olan bu komutanın yargılamadaki merkezi rolünü bağımsızlık ilkesine aykırı bulmuştur. AİHM söz konusu komutanın onay yetkisine ilişkin olarak şu yorumu yapmaktadır: “yargı dışı bir merci tarafından değiştirilemeyen bağlayıcı karar verme yetkisi “mahkeme” kavramının en önemli ilkesidir ve bu ilke aynı zamanda 6/1’inci maddenin gereklerinden olan “bağımsızlığı” da bir unsurudur, söz konusu onay yetkisi bu ilkeye aykırıdır”⁹³

Sıkıyönetim ve genellikle askeri mahkemeleri, bağımsızlık ve tarafsızlık bağlamında değerlendirirken, Mahkeme, bağımsızlık ve tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan önlemler yanında asker kişilere tanınan yetkileri de gözönünde tutmaktadır.⁹⁴

Türkiye’de Sıkıyönetim Mahkemeleri’nin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda AİHM, Komisyon ve Divan’ın **Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye davasında** verdiği ihlal kararı gerekçesini devam ettirerek, **Arı/Türkiye davasında** da, benzer karar vermiştir. Arı kararında, Sıkıyönetim Mahkemelerinde bulunan sivil hakimin bağımsız ve tarafsız olmasını değil, 2

⁹² Grabenwarter C., a.g.m., s.203.

⁹³ Inceoğlu S., a.g.e., s.158.

⁹⁴ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.282.

askeri hâkim ve 1 subayın , sivil bir kişiyi yargılamasında, sivil kişi üzerinde bıraktığı endişelerden yola çıkarak, ilerde bahsedilecek Incal ve Çıraklar kararlarındaki içtihadını göz önüne alarak, 6/1'inci maddenin ihlaline hükmetmiştir.⁹⁵

Anılan karara muhalefet görüşte bulunan Hâkim Thor Vilhjamsson, Hâkim Gölcüklü, Hâkim Matscher, Hâkim Foighel, Hâkim Sir John Freeland, Hâkim Lopes Rocha, Hâkim Wildhaber ve Hâkim Gotchev'in Kısmen Muhalif Müşterek Görüşü okunmaya değer niteliktedir : "...Divan, pek çok davada, oluşumunda 'Uzman' ların da bulunduğu özel bir mahkemenin, Sözleşmenin 6/1'nci maddesi manasında bir 'mahkeme' sayılabileceğini kabul etmiştir. Avrupa Konseyi'ne mensup devletlerin iç mevzuatlarında, profesyonel hâkimlerin yanında şu veya bu alanda uzmanlaşmış kişilerin de görev yaptığı yargı makamlarının pek çok örneğine rastlanmakta; istenen bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerine mahkemenin tüm üyeleri sahip olduğu ölçüde bu uzmanların bilgileri arzu edilmekte, hatta gerekli sayılmaktadır... Divan'ın, üç yıllık görev sürelerini bile yeterli bulduğunu hatırlatarak, bu hususa dikkat çekmek isteriz..."

Sonuç olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılama yapan organın bağımsız olup olmadığına karar verirken çeşitli kriterleri ele almaktadır. Bunları şöyle sıralamak mümkündür : mahkeme üyelerinin niteliği, atanma ve görevden alınma şekli, görev süresi, üyelere emir verme

⁹⁵ Arı/Türkiye davası, 25.9.2001 tarihli karar.

yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmaması, dışarıdan gelecek müdahalelere karşı sahip olduğu güvenceler, bağımsız bir görüntü verip vermemesi.⁹⁶ AİHM, yasal olarak saptanmış çalışma sürelerini, bir güvence olarak kabul etmektedir. Bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları, meslekten yargıçlar yanında meslekten olmayan yargıçlar ve jüri üyelerini de kapsar.⁹⁷

C- Mahkemelerin Tarafsızlığı

Bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları birbirleriyle sıkı ilişkilidirler ve yargılama tarafından da genellikle birlikte kullanılırlar. Bağımsızlık ve tarafsızlık birbirleriyle işlevsel bir ilişki içindedirler, çünkü birincisi ikincisinin ön koşulunu oluşturmaktadır.⁹⁸ Mahkemelerin tarafsızlığı, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaatin olmaması, özellikle mahkemenin veya üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh ve aleyhinde bir duygu veya çıkarıya sahip olmaması demektir.⁹⁹ Tarafsızlık, hakimin yargılama yaparken yan tutmaması, taraflara karşı nesnel olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesi anlamına gelir.

AİHM'nin bir mahkemenin nitelikleri arasında bulunması gereken "tarafsızlık" konusundaki yaklaşımı, ***Saravia de Carvalho/Portekiz***

⁹⁶ Gölcüklü F., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılanma" AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak'a Armağan, Ocak-Haziran 1994, C.49, N.1-2, s.211.

⁹⁷ Langborger/İsveç, 22.6.1989, A 155, para.15-16; Remli/Fransa davası, 23.4.1996, Komisyon Raporları 1996, II, no.8, para.46-48; Pullar/ İngiltere davası, 10.6.1996, para. 31-32

⁹⁸ Grabenwarter C., a.g.m., s.204.

⁹⁹ Inceoğlu S., a.g.e., s.182.

davasında¹⁰⁰ tanımlanmıştır. Anılan davada Divan'ın kararı; “Mahkeme, 6'ncı maddenin 1'inci fıkrası bağlamında tarafsızlığın mevcudiyetinin belirlenebilmesi için, belli bir yargıcın söz konusu davadaki kişisel kanaatine dayanlı öznel bir test uygulaması ve bir de nesnel test uygulanarak yargıcın bu bağlamda hiçbir şüpheye yer bırakmayacak yeterlilikte güvenceler sağlayıp sağlayamadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtir.” şeklinde olmuştur.¹⁰¹

AİHM içtihatlarında, mahkemenin tarafsızlığını, objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı açıdan ele alınmaktadır. Sübjektif tarafsızlık, “aksi sabit oluncaya kadar var sayılır” ile özetlenebilir; objektif tarafsızlık ise “hakimin kişisel davranışından bağımsız olarak, hakimin tarafsızlığından şüphe duyulmasına izin verecek doğrulanabilir birtakım olayların var olup olmadığının sorulması” olarak açıklanabilir.¹⁰²

1- Objektif Tarafsızlık

Objektif tarafsızlığın belirlenmesinde özellikle hakimin (veya jüri üyelerinin) belirli bir davada, başvurucuya yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumu, kişisel bir kanaati olup olmadığına bakılması gerekir. Bu tür kişisel bir taraflılık olduğunu doğuracak delil olmadığı ve kanıtlanmadığı müddetçe mahkeme üyelerinin tarafsız olduğu bir karine olarak varsayılmaktadır.

¹⁰⁰ Saravia de Carvalho/Portekiz davası, 22.04.1994, Seri A No.286-B, s.38, para.33.

¹⁰¹ Dutertre G., a.g.e., s.224.

¹⁰² Sudre F., a.g.e., s.335.

Taraf tutmayı ispatlamak için, başvuran kişinin, sadece taraf tutulmasından endişelendiğini değil, fakat bu taraf tutulması olasılığının objektif olarak ispatlanabilir olduğunu göstermesi gerekir.¹⁰³ Bu ilkeler, örnek olayların çoğunun gerçekte ceza yargılamasını kapsamamasına karşılık, gerek hukuk gerekse ceza yargılamasına uygulanacaktır.¹⁰⁴ Yani her ne kadar bu ilkeleri ortaya çıkaran kararlar sadece ceza yargılamasına ait ise de hem hukuk hem cezaya uygulanmaktadır.

Bu konuda mahkemenin verdiği görünüme bakmak gerekir. Burada önemli olan husus demokratik bir toplumda mahkemelerin vatandaşa, özellikle ceza davasında sanığa verdikleri güven hissidir.¹⁰⁵ AİHM **Coëme vd./Belçika davasında** bu konuyu irdelerken şöyle demiştir : “Bir mahkemenin bağımsızlıktan veya tarafsızlıktan yoksun olduğundan endişelenmek için meşru bir neden bulunup bulunmadığına karar verirken, sanığın görüşü önem taşımakla birlikte, belirleyici değildir. Belirleyici olan, bu endişenin nesnel açıdan haklı görünüp görünmeyeceğidir.” Bu itibarla; Mahkeme, pekçok kararında, “**adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazım**”¹⁰⁶ özdeyimine atıfta bulunmuştur.¹⁰⁷

¹⁰³ Kraska/İsviçre davası, 19.04.1993,

¹⁰⁴ Leigh H.L., “Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması”, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Nurullah Kunter’e Armağan, no:3, Seçkin, Ankara, 2004, s.345.

¹⁰⁵ Coëme vd /Belçika davası, a.g.k., para.121.; Hauschildt/Danimarka davası, 24.05.1989 tarihli karar, Seri A No.154, s.21, para.48; Pullar/İngiltere davası, 10.06.1996 tarihli karar, Reports 1996-III, s.794, para.38)

¹⁰⁶ “Justice must not only be done, it must be seen to be done”

¹⁰⁷ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s. 283; Sudre F., a.g.e., s.335.

Objektif tarafsızlık değerlendirmesi organik (mahkemenin kuruluşu, şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilmesi tarzı) açıdan yapılmaktadır.¹⁰⁸ Mahkemelere duyulan güvenin, büyük ölçüde, kurumun, üyelere soyutlanarak, bir bütün olarak verdiği nesnel görünüme bağlı olduğu kuşkusuzdur.¹⁰⁹

AİHM, ***Pescador Valero/İspanya davasında***¹¹⁰ ; 1985 yılından beri üniversite idari personel müdürü olan başvurucunun işine son verilmesi üzerine açtığı iptal davasında, idare mahkemesinin başkanı olarak görev yapan hakim JBL'nin aynı üniversitede sözleşmeli profesör olarak ders verdiğini öğrenerek, çekilmesi yönünde yaptığı talebin, bu durumu biliyor olması nedeniyle daha erken yapması gerektiğinden bahisle reddedilmesi ve hakim JBL'nin başkanlığında idare mahkemesinin işlemi hukuka uygun olarak reddetmesi ile sonuçlanan davada, hakimin tarafsız olmadığından bahisle Sözleşmenin 6/1'nci maddesinin ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. İspanyol hukukunda hakimin reddi ve çekilmesi sebeplerinin yer aldığı, bir hakimin doğrudan veya dolaylı olarak davanın tarafları veya olayla ilişkisi olması halinde çekilmesi gerekirken, bahse konu üniversite ile düzenli ve sıkı ilişkileri, (Hükümete göre) yıllık sadece 7200 Euro ekonomik geliri de bulunan hakim JBL'nin objektif tarafsızlığının bulunmadığına ilişkin başvurucu

¹⁰⁸ Delcourt/Belçika davası, başvuru numarası : 2689/65, A 11, 17.1.1970, para.31; Piersack/Belçika davası, 1.10.1982, A 53, para.30; De Cubber/Belçika davası, 26.10.1984, A 86, para.26

¹⁰⁹ Brandstetter/Avusturya davası, 28.8.1991, A 211, para. 44

¹¹⁰ Pescador/İspanya davası, başvuru numarası: 62435/00, 17.06.2003 tarihli kararı.

nazarında şüphelerin bulunmasının gayet doğal olduğundan bahisle mahkemenin tarafsızlığının bulunmadığına hükmetmiştir.

Mahkemenin tarafsızlığı konusunda ise, mahkemenin kuruluş şekli ve konumunun kamuoyu ve özellikle taraflara güven verip vermediği konuları üzerinde durulmaktadır. Örneğin Belçika'yla ilgili **Piersack davasında** AİHM savcılık teşkilatında görev yapmış bir savcının daha sonra aynı yerde kurulan mahkeme heyetine üye olarak atanmasının kendisinin tarafsızlığını şüpheyeye düşüreceğinden bahisle, bu tür bir uygulamanın 6'ncı maddeye aykırı olduğu sonucuna varmıştır.¹¹¹

AİHM bağımsızlık ve objektif tarafsızlık kriterlerinin birbirine sıkı sıkıya bağlı olarak kabul etmektedir. **Findlay/İngiltere davasında** da bu konuyu detaylı olarak incelemiştir.¹¹²

2-Sübjektif tarafsızlık

Sübjektif tarafsızlık, yargıçların birey sıfatıyla kişisel tarafsızlığını anlatırken, objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven verici bir görünüme sahip olma özelliği şeklinde değerlendirilmektedir.

¹¹¹ Ünal Ş., a.g.e., s.169

¹¹² Findlay/İngiltere davası para.73; daha yakın zamanda verilen Morris/İngiltere davası, 26.02.2002, para.58.

Bu ilkeler doğrultusunda, Divan, ilk olarak, aynı davada aynı hâkim tarafından farklı adli görev ve yetkilerin kullanılmasının yasaklanması ilkesini getirerek, tarafsızlık ilkesinin sıkı bir şekilde yorumlanmasını kabul etmiştir.¹¹³ Bu nedendir ki Mahkeme, bir davada şahsen iddia makamını işgal etmemekle beraber kovuşturmayı yürüten savcılık grubu başkanı kişinin sonradan, aynı davada, duruşma yargıcı sıfatıyla mahkemede yer almasını¹¹⁴, “istişari” görev yapmış bulunan kişilerin, müteakiben, aynı konuda “yargısal” görev üstlenmelerini¹¹⁵; ilk soruşturmada görevli sorgu yargıcının daha sonra mahkeme üyesi olarak esas hakkındaki karara katılmasını¹¹⁶; bir siyasi parti ile sıkı ilişki içinde olan kişilerin jüri üyesi olarak yargılamaya katılmalarını¹¹⁷ objektif tarafsızlık ve bağımsızlıkla bağdaşmaz görmüştür.¹¹⁸ **Remli/Fransa davasında**; jüri üyelerinden birinin mahkeme dışında söylediği ırkçı beyanatının duruşma tutanağına geçirilmesi talebinin reddedilmesi ve bu sözleri duyan ve davayla ilgili olmayan bir tanığın ifadesinin mahkemeye delil olarak sunulması karşısında sanığın bu konudaki itirazının dikkate alınmaması ve yerel mahkeme tarafından bu konunun araştırılmaması AİHM tarafından nesnel tarafsızlık açısından değerlendirilmiş; başvuruçunun tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanmadığına hükmetmiştir.¹¹⁹

¹¹³ Sudre F., a.g.e., s.336.

¹¹⁴ Piersack/Belçika davası, a.g.k., para. 31

¹¹⁵ Procola/Lüksembourg davası, a.g.k. para.

¹¹⁶ Pfeifer et Plankl/Avusturya davası, 25.2.1992, A 227, s. 16, para. 36; Jon Kristinsson/İzlanda davası, 7.3.1990, A 171-b

¹¹⁷ Holm/İsveç davası, 25.11.1993, A 279-a, para.32-33

¹¹⁸ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.283; Benzer başka bir karar Bulut/ Avusturya davası, 22.02.1996, para.30.

¹¹⁹ Remli/Fransa davası, a.g.k, para.46-48;

Özellikle ilginç olan sorun, yargılama jürisinin oluşumudur. İngiliz hukukunda, sanığın, jürinin herhangi bir özel ırksal niteliğe sahip olmasına yönelik bir hakkının olmadığına karar verilmiştir. Fakat, duruşma hakimi, bir jüri üyesinin, ırksal eğilim dolayısıyla etkilenebileceğinin farkına vardığında durum ne olacaktır? **Gregory/İngiltere davasında**, Komisyon, yargılanması sırasında hakime: “Bir üyesi ırksal imalar sergileyen jüri muaf tutulmalıdır” metnini içeren bir notun verildiği bir siyah sanığın şikayetinin kabule şayan olduğunu ifade etmiştir. Hakim, savunma ve iddia makamını huzuruna çağırarak tarafları durumdan haberdar etmiştir. Savunma avukatı, jürinin azledilmesini açıkça talep etmediğinden konuyu soruşturmayı veya herhangi bir jüri üyesini muaf tutmayı reddetmiş, fakat sadece jüriye tarafsız davranmalarını emretmiştir. Bu yargılamanın sonucunda Komisyon ihlale karar vermişken; Divan, **Remli kararından** farklı olarak jüri içinde ırkçılık yaptığı iddia olunan kişinin kimliğinin belirsiz olduğundan bahisle bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹²⁰

3-Mahkeme Üyelerinin Farklı Rol Üstlenmesi

Tarafsız mahkeme ilkesi açısından, özellikle ceza yargılamasında, işin esası hakkında karar veren yargıcın son soruşturma öncesi aşamalarda davaya ilişkin roller üstlenip üstlenmediği önem kazanmaktadır. Hakimin son soruşturma öncesi davayla ilgili verdiği kararlar tek başına tarafsızlık

¹²⁰ Gregory/İngiltere davası, 25.02.1997, başvuru numarası : 22299/93.

kuşularını doğrulamamaktadır, önemli olan bu kararların kapsamı ve niteliğidir.¹²¹

Davaların bir kısmı, bir davada ön sorunları ele alan bir hakimin, daha sonra davanın esası hakkında karar verirse, taraf tutma görünümü verip vermeyeceğiyle ilgilidir. Bununla bağlantılı olan sorun, bir davanın esası hakkında karar veren bir hakimin, davayı ele aldığı zaman onun anlatımının bir parçasını oluşturduğunda, bir temyiz kurumunun tarafsızlık görünümünü zedeleyip zedelemeyeceğidir. Ön sorunlarla ilişkili olarak ilkesel önemli nokta, hakimin, davanın esasına uzanan kararlar vermekle yükümlü olup olmadığı veya herhangi bir aşamanın, onun, esas hakkında kuvvetli bir görüşe sahip olması gerektiği izlenimini uyandırıp uyandırmadığıdır.¹²²

De Cubber/Belçika davasında¹²³, aynı kişi, sırayla, “juge d’instruction” yani sorgu hakimi ve duruşma hakimi olarak görev yapmıştır. Araba hırsızlığı ve dolandırıcılık suçlarından hakkında 3 ayı tutuklama kararı bulunan De Cubber’i yargılayarak mahkum eden hakim aynı zamanda daha önce sorgu yargıcı olarak görev yapmakta iken tutuklama müzakerelerini düzenleyen kişidir. AİHM, Belçika hukuk sisteminde ön soruşturma safhasında Kraliyet savcılarını ile birlikte polis kriminal soruşturma elemanı statüsünde yer alana sorgu yargıcının, Kraliyet savcısı gibi delilleri toplama, mağdurları, tanıkları dineleme gibi her türlü eylemi yapmaya yetkili

¹²¹ Inceoğlu S., a.g.e., s.185.

¹²² Leigh L., a.g.m., s.344.

¹²³ De Cubber/Belçika, a.g.k., para.28.

olduklarını, diğler Hâkimlerden farklı olarak sanığın duruşması öncesinde dosyası hakkında detaylı bilgiye sahip olduklarını gözlemlemiştir. Böylece kendisini tutuklayan sorgu yargıcının yargılamasını da yapması halinde, sanığın nazarında duruşmalarda önceden oluşmuş bir kararla karşı karşıya olduğu, kendini savunmak konusunda çaba sarfetmesine gerek kalmadığı izlenimi ve şüphesi verebileceğinden bizatihi hakimin tarafsızlığına ilişkin endişeleri haklı çıkarmakta olduğuna karar vererek 6/1'inci maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Tarafsızlık ölçütü, idari ya da yargısal bir kararın, kaldırıldıktan sonra başka bir yargı merciine ya da farklı bir yapıya sahip daha alt bir karar organına gönderilmesini zorunlu kılmamaktadır. Aynı yargıçların hem ilk hem de ikinci karara katılmış olmaları, tarafsızlık konusunda kuşku duymak için yeterli neden sunmamaktadır.¹²⁴ Bu, davanın yeniden görülmesi, davalının yokluğunda karar veren yargıçların, yeniden yargılamada davalının huzurunda yeni bir karara imza atmaları durumu için de geçerlidir.¹²⁵

Bunun dışında, meslekten olmayan yargıcın (Laienrichter) bir davada yargıçsal işlevine ek olarak, başka bir davada, karşı tarafı avukat olarak savunması durumunda da, her iki olgunun maddi hukuksal bağlantıları olmasa bile, tarafsızlık ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Çünkü AİHM'ye göre

¹²⁴ Ringeisen/Avusturya davası, a.g.k., para.97.

¹²⁵ Grabenwarter C., a.g.m., s.209.

şikayet yoluna başvuran taraf yargıçlardan birinin kendisini halen “karşı” taraf olarak hissedeceği konusunda haklı bir endişeye sahip olabilecektir.¹²⁶

Mahkeme, ***Procola/Lüksembourg başvurusunda***, Danıştay dava dairesi üyelerinin, danışma dairesi üyeleri olarak görev yaparken verdikleri kararın iptali istemiyle açılan davalarda kendi kararlarına bağlı hissedeceklerinden endişe duyabileceklerini, bu basit ve küçük şüphenin ispatlanamasa bile, dava konusu mahkemenin tarafsızlığını ortadan kaldırmaya yeteceğini¹²⁷ değerlendirerek; Lüksembourg Danıştay’ının istişarî ve yargısal görevlerini aynı Hâkimlerle görmesinden dolayı stüktürel olarak tarafsız olmadığına karar vermiştir.¹²⁸

D-Yargıç Güvencesi

1- Mahkeme Üyelerinin Atanma Biçimleri ve Güvenceleri

Bağımsızlık ilkesi tarif edilirken mahkeme üyelerinin atanma biçimlerinin de AİHM tarafından incelendiği belirtilmiştir. Fakat, AİHM her ne kadar mahkeme tanımının kilit noktasının esas olarak yürütme organına karşı tamamen bağımsız olması” olduğunu belirtmekteyse de AİHM’ ye göre, mahkeme üyelerinin hangi organ tarafından atandığı tek başına mahkemenin bağımsız olmadığını belirlememektedir, diğer unsurlarla birlikte

¹²⁶ Grabenwarter C., a.g.m. s.210.

¹²⁷ Procola/Lüksembourg davası, a.g.k., para.45.

¹²⁸ Sudre F., a.g.e., s.339.

değerlendirilerek mahkemenin bağımsız olup olmadığı konusunda karar vermektedir. Bir başka deyişle, AİHM, mahkeme üyelerinin bir bakan veya hükümet kararı veya tavsiyesi ile atanmasını her zaman bağımsızlık ilkesine aykırı bulmamaktadır.¹²⁹

Bir başka deyişle Sözleşme organlarının tersini kabul etmeleri Sözleşmeye taraf çok sayıdaki Devletin hukukunu da değiştirmek anlamına gelip, yeni bir hukuk yaratmak olurdu, çünkü yargıçların yürütme tarafından atanması halen İngiltere ve Belçika gibi bazı ülkelerde benimsenen ve uygulanan atama şeklidir.¹³⁰

Yukarıda belirtilen ilkeler ışığında Mahkeme, örneğin mahkeme üyelerinin bir bakan yahut hükümet kararı veya tavsiyesi ile atanmasının her zaman ve muhakkak bağımsızlık yokluğu anlamına gelmediğine¹³¹; disiplin suçlarını istinaf derecesinde yargılayan Belçika Hekimler Odası'nın¹³²; İngiltere'de cezaevleri disiplin kurulu görevi yürüten Cezaevi Müfettişler Komitesi'nin¹³³; Yukarı Avusturya Gayrimenkullara İlişkin Ticari İşlemler Bölge Komisyonu'nun¹³⁴ 6'ncı maddenin 1'nci fıkrasındaki anlamında "mahkeme" olduğuna karar vermiştir.

¹²⁹ İnceoğlu S., a.g.e., s.167.

¹³⁰ Türkiye'de de 1924 Anayasası döneminde yargıçların tayinleri nakilleri ve görev yerlerinin değiştirilmesi yetkisi Hâkimler Kanununun 79'ncü maddesi ile Adalet Bakanına verilmişti.

¹³¹ Campbell ve Fell/İngiltere davası, a.g.k., para.78; Sramek/Avusturya davası, a.g.k., para.38.

¹³² Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika davası, a.g.k., para. 57; Albert ve Le Compte/Belçika davası, 10.2.1983, A 58, para.31.

¹³³ Campbell ve Fell/İngiltere, a.g.k., para.77.

¹³⁴ Ringeisen/ Avusturya davası, a.g.k., para.95

Buna mukabil bir memurun üye olarak katıldığı bir “yargı makamı” önünde, amirinin davacı olarak görev üstlenmesi durumunda; bu merciin, yeterli bağımsızlık görüntüsü vermediği için, “mahkeme” sayılmasına engel olduğunu belirtmiştir.¹³⁵ Örneğin **Campbell ve Fell davasında** üyeleri İçişleri Bakanı tarafından atanan ve mahkeme gibi bir yargılama yapan Kurul bağımsız mahkeme kuralına aykırı bulunmamıştır. Bu davada, görev süreleri görevden alınabilip alınamamaları da incelenmiştir. Üç yıllık görev süreleri kısa bulunmakla birlikte, makul nedenleri olduğu belirlenmiştir. Kurul üyelerinin görevden alınamayacaklarına ilişkin açık hüküm olmamasına rağmen, uygulamada çok istisnai hallerde görevden alındıkların üzerinde durulmuştur.

AİHM’ye göre bağımsızlık önce mahkemenin taraflar ve yürütme organı ile olan ilişkisi bakımından incelenir, hem mahkemenin bütünü hem de her bir üyesi ile ilgilidir; mahkemenin iç yapısında bağımsızlık, mahkemenin üyelerinin ilişkilerinde de sağlanmış olmalıdır. Mahkemenin meclisçe oluşturulması kabul edilebilir¹³⁶, ancak zorunlu değildir. Mahkeme üyelerinin yürütme organınca atanması, bunların görevlerini kendi bireysel kapasitelerine göre, emir ve talimatlardan bağımsız olarak ifa ettikleri sürece, bağımsızlığa aykırı sayılmamaktadır.¹³⁷ Mahkeme yargıçlarının yürütme organınca atanması durumunda, yargısal organların önceki görüşlerinin alınması, adli mekanizmanın önerilerinin bağlayıcılığı ve genel atanma

¹³⁵ Sramek/Avusturya davası, a.g.k. para. 42; Bellilos/İsviçre davası, 29.4.1988, A 132, para.67.

¹³⁶ Ringeisen/Avusturya davası, a.g.k. para.95.

¹³⁷ Campbell ve Fell/İngiltere davası, a.g.k., para.79.

kriterlerinin saptanmış olması yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda fikir verebilir. Buna karşın, mahkeme üyelerinin çeşitli meslek gruplarınca atanması ya da önerilmesi ve bu mahkemenin bu grupların çıkarları ya da üyelerinin çıkarları konusunda karar vermesi gerektiği durumlarda, tereddütler ortaya çıkabilmektedir.¹³⁸

Başka kararlarda da yargı organının üyelerinin yürütme tarafında atanması Sözleşmeye aykırı bulunmamıştır. AİHM'ye göre, Sözleşmeye taraf pek çok devlette yargıçları yürütme atamaktadır ki bu durum tek başına mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığından kuşku duymak için yeterli değildir. Diğer yandan yargıcın Millet Meclisi tarafından seçilmesi durumu da ***Crociani davasında***¹³⁹ bağımsızlık açısından Komisyon önünde tartışılmıştır. Komisyon bu atama usulünü de, diğer güvenceleri değerlendirerek 6'ncı maddeye aykırı bulmamıştır.¹⁴⁰

2-Mahkeme Üyelerinin Görev Süreleri Ve Görevden Alınamamaları

Hâkimler görevleri süresinde, ancak açık olarak tanımlanmış durumlara dayalı olarak görevden alınabilirler. Görevden alınma ihtimali başlı başına bağımsızlığı zedeleyici bir durum değildir. Yargıçların fiili olarak

¹³⁸ Grabenwarter C., a.g.m., s.200-201.

¹³⁹ Crociani/İtalya Komisyon 18.12.1980 tarihli kararı, DR.22 s.147., para.220-221.

¹⁴⁰ Inceoğlu S., a.g.e., s.169.

görevden alınamamaları, bunun bir güvence olarak kabul edilmesi durumunda bağımsızlık için yeterli kabul edilmektedir.¹⁴¹

Hâkimlerin görev sürelerine ilişkin olarak belirli bir süre şartı öngörülmemekte, görev sürelerinin kısılalığı tek başına bağımsızlığın olmadığını göstermemektedir. Özellikle disiplin yargılaması yapan kurullar açısından, çok kısa süreler kabul görmektedir. AİHM, yargı yeri üyelerinin görev sürelerine ilişkin olarak **Le Compte/Belçika davasında**, Tabipler Birliği İtiraz Konseyi üyelerinin altı yıllık görev sürelerini yeterli bulmuştur.¹⁴²

Campbell ve Fell/İngiltere davasında ise Teftiş Kurulu üyelerinin üç yıllık görev süresi dahi kategorik olarak reddedilmemiştir. Mahkeme üç yıllık görev süresini kısa bulmakla birlikte, bunun kabul edilebilir, anlaşılabilir nedenleri olduğunu belirtmektedir. Çünkü Mahkemeye göre, disiplin mahkemesi olarak görev yapan Hapishane Teftiş Kurulu üyeleri maaş almamaktadırlar, sadece masrafları ödenmektedir. Bu nedenle bu görevi yapmayı uzun süre isteyecek gönüllü üyeler bulmak güç olabilir.¹⁴³ Dolayısıyla, bazı özel şartlarda, disiplin kurulları açısından, üç yıllık görev süresi dahi Sözleşmeye uygun olabilmektedir. Fakat, olağan ceza mahkemeleri açısından farklı bir sonuca varılabilir. Örneğin, Türkiye'ye ilişkin **Incal kararında**, Devlet Güvenlik Mahkemeleri yargıçlarının 4 yıllık görev

¹⁴¹ Campbell ve Fell davası/ İngiltere, a.g.k., para.80; Engel ve diğerleri/Hollanda, a.g.k., para.68.

¹⁴² Inceoğlu S., a.g.e., s.170.

¹⁴³ Campbell ve Fell/İngiltere davası, a.g.k., para.57.

süreleri, ileride değinilecek askeri yargıca ilişkin başka sakıncalarla birlikte ele alınarak kısa bulunmuştur.

Son olarak, mahkemenin bağımsızlığı konusunda, AİHM'nin getirmiş olduğu bir başka kriter, kararlarının bağlayıcı ve uygulanmak zorunda olması koşuludur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bu konu ile ilgili olarak, AİHM kararları doğrultusunda üye ülkelere Recommendation no.R (94) 12 sayılı kararı ile tavsiye ettiği önlemler ise şunlardır :

- Hâkimlerin görev süreleri veya yeniden atanmaları kanunla belirlenmelidir. Seçilmiş veya atanmış Hâkimler, resmi görev süreleri sona ermeden veya zorunlu emeklilik yaşından önce (Yasada belirtilen istisnai durumlar hariç) görevlerinden uzaklaştırılmamalıdır.

- Mahkeme kararları yasada öngörülen temyiz mercileri dışında hiçbir birimin denetimine tabi tutulmamalıdır.

- Hükümet veya idari birimler, mahkeme kararlarını geçersiz kılacak şekilde geriye dönük olarak karar almamalıdır.

- Yargılama sürecinde Hâkimlerin tarafsızlığını etkileyecek,bağımsız bir şekilde karar vermelerine engel olacak dolaylı veya dolaysız baskılar, tehditler, sınırlayıcı hareketler engellenmeli; bu şekilde davrananlara, yasal yaptırımlar uygulanmalıdır.

E- Türk Hukukunda Durum :

İç hukukumuzda yer alan ulusal metinlere gelince, bu güvencelerin Sözleşmenin 6'ncı maddesine paralel şekilde yer aldığı görülmektedir. 1982 Anayasasının 138'inci maddesi mahkemelerin bağımsızlığını düzenlemekteyken; 139'uncu ve 140'ıncı maddelerinde yargıçların bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına alacak hükümlere yer verilmektedir. Anayasanın 142'nci maddesinde "mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" diyerek, yasayla kurulmuş mahkeme kuralına atıf yapılmaktadır. 37'nci madde ile de kanuni hakim güvencesinden yararlanmayı kişilerin haklarından biri olarak tanımlamaktadır.

Mahkemelerin bağımsızlığı Anayasamızın 138'inci maddesinde belirtilmiş, 139'uncu ve 140'ıncı maddeleri ile de güvence altına alınmıştır. Tarafsızlık ilkesi açıkça bu belirtilen maddelerde belirtilmese de 139'uncu ve 140'ıncı maddeleri gerekçelerinde yargıçların tarafsız olma yükümlülüğünden de söz edilmesi, asli kurucu iktidarın tarafsızlık ilkesini bağımsızlık ilkesi ile birlikte düşündüğü sonucuna götürmektedir. Anayasa Mahkemesi de bağımsızlık ile tarafsızlığın iç içe geçmiş kavramlar olduğunu doğrulamaktadır. Anayasa Mahkemesi 27 Nisan 1993 tarih ve E.1992/37, K.1993/18 sayılı kararı ile¹⁴⁴, çekinme ve endişe duymadan Anayasanın öngördüğü gereklerden başka hiçbir şeye bağlı olmadan yansız tutumlu,

¹⁴⁴ AMKD, S.31, C.1, s.99.

özgürce karar verme olgusunu sağlayan bağımsızlık, mahkemeler ve Hâkimler için bütünlük taşıdığından 138'inci maddenin başlığı "Mahkemelerin bağımsızlığıdır", demiştir. Anayasa Mahkemesine göre. "hakim bağımsızlığını yalnız yürütme organına karşı değil, demokratik bir toplumda, devlet yapısı içinde tüm kurum, kuruluş ve kişilere karşı da düşünüp sağlamak gerekir"¹⁴⁵.

Türk mahkemeleri yönünden, Danıştay, idare veya vergi mahkemelerinin bağımsız veya tarafsız olmadıklarına ilişkin bir iddiada bulunulmadığından bu yönde ne Komisyon, ne Divan ne de Mahkeme kararı henüz bulunmamaktadır.

Ancak bu konu asıl olarak, cezai konularda bir ihtisas mahkemesi olarak Anayasa ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun uyarınca kurulan, sivilleri yargılayan üç yargıçlı Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde, Hâkimlerden birinin asker olmasının sivil sanıklar bakımından en azından görünürde yarı bağımsızlığı ve tarafsızlığını bozduğu gerekçesiyle Sözleşmenin 6/1. Maddesini ihlal ettiğini oy çokluğu ile hüküm altına alan Büyük Dairenin ***Incal kararı***¹⁴⁶ ve bunu oybirliği ile teyit eden ***Çıraklar kararı***¹⁴⁷ nedeniyle gündeme gelmiştir.

¹⁴⁵ 28.02.1989 tarih, E.1988/32, K.1989/10 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, AMKD, S.25, s.118

¹⁴⁶ Incal/Türkiye davası, 09.06.1998, 41/1997/825/1031 sayılı karar.

¹⁴⁷ Çıraklar/Türkiye davası, 28.10.1998, 70/1997/854/1061 sayılı karar.

Somut olayda, İzmir’de avukat olan İbrahim Incal, Halkın Emek Partisi İzmir İl Yönetim Kurulu üyesi iken, İzmir’deki gecekonduların yıkımlarıyla ilgili olarak bir bildiri dağıtılması dolayısıyla, TCK’nın 312’nci maddesi uyarınca yargılanmış ve 6 ay 20 gün hapis cezasına mahkum edilmiştir. Karara karşı Komisyona başvuran Incal, diğerleri meyanında, asker üye görev yaptığı için Devlet Güvenlik Mahkemelerinin bağımsız olmadığını iddia etmiştir. AİHM’ye göre, bir mahkemenin, Sözleşmenin 6/1’inci maddesinde öngörüldüğü şekilde bağımsız olup olmadığını saptamak için, üyelerinin atanma ve görev süreleri ile dışarıdan gelebilecek baskılara karşı ne türlü bir güvenceye sahip oldukları ve bağımsız bir görüntü verip vermediği konuları da hesaba katılmalıdır. Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki iki sivil hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı tartışma konusu değildir. Devlet Güvenlik Mahkemeleri askeri mahkeme olmamasına rağmen, bünyelerinde Hâkimlerden biri askeri hakim olup adil sistemin bir üyesidir.¹⁴⁸

AİHM, 9 Haziran 1998 tarihli ***Incal kararında*** “Bir Devlet Güvenlik Mahkemesinde, Türkiye'nin bölünmez ve milli bütünlüğüne, demokratik düzen ve ulusal güvenliğine karşı olması nedeniyle suç teşkil eden fiillerle (Anayasanın 143’üncü maddesi ve 2845 sayılı Kanunun 1’inci maddesi) aleyhinde dava açılan Incal gibi bir sivilin, aralarında Silahlı Kuvvetlere mensup bir subayın da bulunduğu üç kişilik bir yargıç kurulu karşısında endişe duyması anlaşılabilir. Askeri Hâkimlerin, Devlet Güvenlik Mahkemesinin üyesi olarak görev yaparlarken, tıpkı sivil Hâkimlerde olduğu

¹⁴⁸ Ünal Ş., a.g.e., s.171.

gibi anayasal korumalardan yararlanmaları, bazı istisnalar dışında görevden alınamamaları veya rızaları olmadan erken emekli edilememeleri gibi güvencelerin yanı sıra; askeri Hâkimlerin üstlerinden emir alan ordu mensupları olmalarının, askeri disipline ve bu amaçla haklarında derlenen sicil raporlarına tabii olmalarının; atanmaları ile ilgili kararların birçoğunun idari makamlar ve ordu tarafından alınmasının, statülerindeki tartışmalı noktalar olduğu; Devlet Güvenlik Mahkemesinin yargıçlarından birinin askeri yargıç olması nedeniyle davayla ilgisi bulunmayan hususların gereğinden fazla etkisi altında kalabileceğinden dolayı başvuranın yasal olarak endişe duyabileceğinden bahisle” 6’ncı maddenin 1’inci paragrafının ihlal edildiğine oyçokluğu ile karar vermiştir.

Anılan kararı takip eden 28 Ekim 1998 tarihli **Çıraklar Kararı** sonrası bir dizi, aynı yönde ihlal kararları devam etmiştir. Aynı konuda çok fazla sayıda benzer ihlal kararlarının devam etmesi üzerine Devlet Güvenlik Mahkemelerinde hakim ve savcı olarak görev yapan askeri Hâkimlerle ilgili hüküm, 18.06.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4388 sayılı Kanun¹⁴⁹ ile değiştirilerek, askerî hâkimler mahkeme heyetinden çıkarılmış¹⁵⁰; ve ardından bu Anayasa değişikliği doğrultusunda Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Askeri Hâkimler Kanununda 22.6.1999 tarih ve 4390 sayılı Kanun ile değişiklik

¹⁴⁹ Bkz.18.6.1999 gün ve 23729 Mükerrer sayılı Resmi Gazete. Bu kanun ile Anayasanın 143. Maddesinin 1.Fıkrasına “ancak, sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin hükümler saklıdır” hükmü konulmuştur.

¹⁵⁰ Anılan anayasal ve yasal değişikliklerin bir başka nedeni de o dönemde Türkiye’ye getirilen PKK terör örgütü başı Öcalan’ın yargılanmakta olmasıdır.

yapılarak hakim ve savcı olarak görev yapan askeri Hâkimlerin yerine sivil hakim ve savcılar görevlendirilmiştir¹⁵¹.

AİHM'nin 12 Mart 2003 tarihli **Öcalan/Türkiye kararı** ile, Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili verdiği kararlarda genişleme yapılmıştır. Şöyle ki, bu defa; AİHM sadece Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Sözleşmenin 6/1'inci maddesine aykırı bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olduğundan bahsetmekle kalmamış; bir başvurucunun AİHS'nin bağımsızlık ve tarafsızlık koşullarını yerine getirmeyen bir mahkeme tarafından mahkum edildiği durumda, en kısa zamanda, başvurucuyu yeniden yargılamanın, prensip olarak, ihlali gidermenin uygun bir yolu olduğunu ümit ettiğini belirtmiştir. Kaldı ki karardan kısa süre önce, yapılan kanun değişikliği sonrası, tüm oturumları izleyen sivil hakimin, askeri hakimle yer değiştirmesi ihlal kararının verilmesini engelleyememiştir.¹⁵²

Belirtilen Anayasal ve yasal değişiklikler **Öcalan/Türkiye davasında** Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin ihlal edildiğine hükmedilmesini engelleyemediğinden, gerek Avrupa Birliği'ne uyum süreci gerekse de AİHM kararlarının icrasından sorumlu Bakanlar Komitesi yaptırımlarından kaçınmak üzere, 16 Haziran 2004 tarihli ve 5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin

¹⁵¹ Bkz. 22.06.1999 gün ve 23733 sayılı Resmi Gazete

¹⁵² Öcalan/Türkiye davası, 12.03.2003, başvuru numarası : 46221/99, para.117 vd.

Kaldırılmasına Dair Kanun ile Devlet Güvenlik Mahkemeleri tümden kaldırılmıştır.¹⁵³

Tüm bu düzenlemelere karşın, AİHM'nin Büyük Dairesi, 12 Mayıs 2005 tarihli **calan/Türkiye kararında** şu şekilde beyanda bulunmuştur : "Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak Türkiye'ye karşı açılan davaların özel durumu çerçevesinde, AİHM Daireleri, bu başvuruda verilen Daire kararından sonra verdikleri bazı kararlarda, **prensip olarak en iyi tazmin şeklinin, talep etmesi halinde başvuranın gecikmeksizin yeniden yargılanması olacağını belirtmiştir.** (bkz. diğerlerinin yanı sıra, **Genel/Türkiye**, no. 53431/99, ř 27, 23 Ekim 2003). Ayrıca, AİHM'nin bir Dairesi'nin, İtalya'ya karşı açılan, 6'ncı maddenin içerdiği adil olma güvencelerinin ihlalinin tespit edilmesinin, yerel mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmamaları ile ilgisinin bulunmadığı bir davada benzer tutum benimsediği de not edilmelidir (bkz. **Somogyi/İtalya**, no. 67972/01, ř 86, AİHM 2004-IV). Büyük Daire, yukarıda anılan içtihadta benimsenen genel yaklaşımı onaylamaktadır. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, bir kişinin AİHS'nin bağımsızlık ve tarafsızlık koşullarını yerine getirmeyen bir mahkeme tarafından mahkum edildiği durumda, talep edilmesi halinde, yeniden yargılanmanın veya davanın yeniden açılmasının, prensip olarak, ihlali gidermenin uygun bir yolu olduğu kanısındadır. Ancak, eğer var ise,

¹⁵³1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250'nci maddesi ile de bir kısım "ağır ceza mahkemesi", yine 1 Haziran 2005'de yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda sayılan "rgt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyururucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar" gibi bazı suçlara bakmakla görevlendirilmiş olup; Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görevli olduğu konuları devralmışlardır.

savunmacı Devlet'ten AİHS'nin 46'ncı maddesi çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesini teminen talep edilen özel tedbirler, davanın özel koşullarına bağlı olmalı, bu davaya ilişkin AİHM kararında belirtilenler ışığında ve AİHM'nin yukarıda kayıtlı içtihadı dikkate alınarak belirlenmelidir”

Anılan kararı takiben, AİHM'nin kararlarının yerine getirilmesinden sorumlu Avrupa Konseyi Bakan Delegeleri Komitesi, 29-30 Kasım 2005 tarihli toplantıda, **Hulki Güneş'in** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) yapmış olduğu başvuruda¹⁵⁴ verilen ihlal kararı ile ilgili olarak bir Ara Kararı vermiştir. Anılan Ara Kararında, ihlal kararının verilmesinden bu yana 2 seneden fazla süre geçmesine rağmen, Türk makamları tarafından tazminatın ödenmesi dışında, oluşan ihlalleri hakkaniyete uygun bir surette telafi etmeye yönelik olarak hiçbir tedbirin alınmadığı belirtilerek, bu başvuru kapsamında başvurulanla ilgili olarak tespit edilen ihlallerde en uygun çözümün söz konusu ceza yargılamasının yeniden yapılması olduğunu vurgulanarak; Türk ceza usulü kanununda yer alan düzenleme uyarınca 04/02/2003 tarihinden önce kesinleşmiş veya bu tarihten sonra AİHM'ye sunulmuş başvurular açısından yeniden yargılamanın mümkün olması karşısında, bu hususta mevcut birçok başvurunun bulunduğu göz önüne alındığında, Anayasanın yeni değişen 90'ıncı maddesi de göz önüne alınarak, Türk

¹⁵⁴ Hulki Güneş/Türkiye, AİHM, 19.6.2003 tarihli kararı ile; Hulki Güneş'in gözaltında işkence gördüğü gerekçesiyle Sözleşmenin 3. maddesinin, üyelerinden birinin asker kökenli olması nedeniyle DGM'lerin bağımsız ve tarafsız mahkeme olmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 6/1. maddesinin, kendisi aleyhine tanıklı eden kişileri sorgulama imkanı bulunmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 6/3-d maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

yetkililerin gecikmeksizin Söleşmenin 46/1'inci maddesindeki yükümlölüklerine uymaya, bu çerçevende yargılamanın yeniden yapılmasına veya diğer *ad hoc* tedbirlerin alınması suretiyle ihlali gidermesi istenilmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AİHM KARARLARI IŞIĞI ALTINDA

İDARİ YARGI DENETİMİNİN ETKİNLİĞİ

I- İdari Yargı Yerlerine Başvurma Açısından İdari Yargı Denetiminin Etkinliği

A- Yargı Organına Başvurabilme Hakkı ve Adil Yargılama

Önceleri kişiler arası uyuşmazlıklar için tanınan, böylece toplumsal anarşiyi ve kişilerin birbirlerine karşı acımasızca hesaplaşmalarını önleyen mahkemeye başvurma hakkı, daha sonraları Devlet-birey ilişkileri için de geçerli bir hak haline gelmiştir.¹ Hak arama yollarından yargısal başvuru ve denetim yolu, idari ve siyasi başvuru yollarının yanı sıra, hukuk Devleti

¹ Inceoğlu S., **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta, 1. Baskı, İstanbul, Mayıs 2002, s.105.

ilkesinin diğere öğelerinin güvencesini oluşturan temel bir öğedir. İnsan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuk ve anayasaya uymayan bir yönetimi bu tutumundan caydıran ve onu meşruluk ve hukukilik sınırı içinde kalmak zorunda bırakan güç, yargı denetimi gücü ve yetkisidir. Bir başka deyişle, “Devlete hukuk Devleti vasfını ve güvencesini veren en önemli esas, yargı denetimi gücü ve yetkisidir.”²

Bir hakkın tanınmasını anlamlı kılan, onun elverişli bir yargısal güvence mekanizması ile uygulamaya geçirilebilmesidir. Bir “hak” onu ihlal edenlere karşı mahkemeler önünde öne sürülebilmeli ve korunabilmelidir.³

Bir başka deyişle, hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların önkoşulu ve usulî güvencesi olarak anlaşılır. Hak arama özgürlüğü ve bunun kullanım biçimleri, başlı başına bir hak kategorisi oluşturmayıp, insan haklarının uygulanması ve korunmasında önemli bir araç işlevi görmektedir.⁴

1-Genel Olarak Mahkemeye Başvurabilme Hakkı ve Adil Yargılama

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklerden en temel hakları sıralarken; mahkemeye başvuru hakkını açık bir ifadeyle düzenlememiştir. Ancak, Sözleşmenin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında çok

² Danıştay Genel Kurulu, 28.12.1978, E.1978/80, K.1978/76, DD. S.34-35, s.216.

³ Kaboğlu İ. Ö., **Özgürlükler Hukuku** (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme), 2. baskı, İstanbul, 1994, s.88.

⁴ Kaboğlu İ.Ö., a.g.e., s.88.

açık olarak, “Herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.” hükmüne yer vermiştir. Dolayısıyla bu kural gereğince, herkesin davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakkaniyete uygun bir biçimde görülmesi gerekmektedir. Fakat bir davanın hakkaniyete uygun bir biçimde bir mahkeme tarafından görülebilmesi için, ilk olarak kişinin iddialarını ortaya koyma imkanının tanınması gerekmektedir. Bu temel kural “hak arama özgürlüğü”nün, diğer bir deyişle “mahkemeye başvurma hakkı”nın, maddede açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, zımni olarak kabul edildiğini göstermektedir.⁵

Mahkemeye başvurma hakkı ya da mahkemeye başvurma hakkının bir görünümü olan mahkemeye ulaşma, erişme hakkı, hukukun üstünlüğünün, dolayısıyla hukuk Devletinin sağlanması için en önemli haklardan biridir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilk olarak bu hakkı Golder/İngiltere davasında tanımıştır.⁶ AİHM, **Golder Davasında** verdiği kararda etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilmenin önemine değinmiştir. Bu davada, onbeş sene hapis cezası ile cezalandırılan Golder hakkında, hapishane görevlilerinden biri, cezaevinde çıkan olaylara onun da katıldığını iddia etmiş,

⁵ Inceoğlu S., a.g.e., s.106.

⁶ Golder/İngiltere davası, 21/02/1975, Seri A. N.18, Başvuru numarası 4451/70,

bir hapishane görevlisine saldırdığı dosyasına kaydedilmiştir. Daha sonra söz konusu hapishane görevlisi ifadesini değiştirmiş, bir başkası da Golder'in olayların meydana geldiği sırada yanında olduğunu ve şiddet olaylarına katılmadığını beyan etmiştir. Golder, hapishane kayıtlarının temiz olmasını sağlamak için uğradığı iftiraya ilişkin olarak, cezaevi görevlisine karşı dava açabilmek için bir avukat ile görüşmek üzere cezaevi idaresinden, daha sonra İçişleri Bakanlığından izin istemiştir. Ancak, hapishane kuralları bu hususta avukatla görüşmesini engellemiştir. Bu isteğin reddedilmesi ve bir avukata danışabilme olanağından mahrum bırakılması üzerine Golder, Sözleşmenin 6'ncı maddesinin ihlal edildiğini ileri sürerek, AİHM' ye başvurmuştur. Bu davada, gerek Komisyon, gerekse Divan, 6'ncı maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme kararını "6'ncı maddenin 1'inci fıkrasının, görülmekte olan bir medeni hak davasında taraflara tanıdığı usul güvencelerini ayrıntılı olarak tanımlarken, bu tür güvencelerden yararlanmayı mümkün kılan mahkemeye başvurmayı korumaması düşünülemez. Eğer ortada bir dava yoksa, yargılamanın adil, aleni ve süratli olmasının hiçbir anlamı kalmayacaktır." ⁷ gerekçesiyle pekiştirmiştir. AİHM, 6'ncı madde sırf açılmış bulunan bir davaya inhisar ettirilirse, bir devlet 1'inci fıkra hükmüne, aykırı düşmeden, yargılama makamlarını lağvedebilecek veya medeni haklara ilişkin nizaların çözümünü, (isterse) bunların yetkisinden çıkarıp yürütmeye bağımlı mercilere verebileceği düşüncesiyle ihlalin bulunduğu karar vermiştir.

⁷ Doğru, O., **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi**, Cilt 1, 1, bası, Beta, İstanbul, Ekim 2002, s.113.

AİHM' ye göre söz konusu maddenin 1'nci fıkrası, herkese medeni hak ve vecibeleriyle ilgili her nizanın bir mahkeme tarafından çözümü hakkını tanımaktadır. Böylece, anılan madde mahkeme önüne gitme hakkını içermektedir. Mahkemeye gidebilme, yani bir medeni hak söz konusu olduğunda bir mahkeme önünde dava açabilme hakkı, nizanın mahkemece çözümü hükmünün sadece bir yönünden ibarettir. Sözü edilen bu hakka ayrıca mahkemenin düzen ve kuruluş şekli ile yargılama usulüne ilişkin olarak 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasındaki diğer güvenceler de eklenmiştir.⁸ Golder davasına ilişkin kararın gerekçesinde, AİHM, Avrupa Konseyi Statüsü Sözleşmesinin önsözünde ve 3'üncü maddesinde yer alan "hukukun üstünlüğü" kavramını vurgulayarak, etkili bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkının mevcut olmaması veya sınırlandırılması halinde, hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerliliğinden bahsedilemeyeceği; dolayısıyla, bu hakkın, altıncı maddenin ayrılmaz ve asli bir unsuru olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan, Mahkemeye ulaşma hakkı hukuk Devletinin vazgeçilmez temel unsurlarından biri olsa da, gerek Komisyon ve gerekse de Divan bu hakkın mutlak olmadığını kabul etmiştir. Divana göre, bu hak Devlet tarafından düzenlenecek, kişilerin ve toplumun kaynakları ve ihtiyaçlarına göre içinde bulunulan zaman ve yere göre değişebilecektir.⁹ Kısaca, mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken, geçici de olsa, kapatılması veya kullanımını imkansız kılar ölçüde koşullara bağlanıp sınırlandırılması 6'ncı madde hükmünün çiğnenmesi anlamına gelmektedir.¹⁰

⁸ Golder/İngiltere davası, a.g.k. para.23.

⁹ Golder /İngiltere davası, a.g.k. para.38

¹⁰ Airey/İrlanda davası, 9.10.1979, A 32, para.22; ve Deweer/Belçika davası, 27.2.1980, A 35, para. 48-49; Kreuz / Polonya davası, 19.6.2001

Sözleşme ferde teorik ve hayali değil, fakat gerçek ve fiilen kullanılabilir güvenceler sağladığından, hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının da gerçekten ve fiilen mevcut bulunması gerekir. Bu olanağın kağıt üstünde teorik olarak hukuken varolup somut olayda, bazı nedenlerle -ilgilinin kusuru olmaksızın- etkili şekilde kullanılamaması halinde 6'ncı madde hükmü ihlal edilmiş olacaktır.¹¹ Kısaca 6'ncı madde yalnız kurumsal ve yargılama usulüne ilişkin güvenceler getirmekten öte; bizzat yargılama mekanizmasını harekete geçiren “dava hakkını”, bir mahkemeye başvurma (ulaşma) hakkını da içermektedir.¹²

1949 yılında çalışmaları başlayan, 1950 yılında imzalanan ve 3.9.1953 tarihinde 10 Devlet tarafından onaylanmasını takiben yürürlüğe giren Devletler Hukuku Antlaşması olan AİHS; işkence yasağı, adam öldürme yasağı, özgürlüğün korunması, düşünce özgürlüğü, basın özgürlüğü ve toplantı özgürlüğü gibi liberal özgürlük haklarını güvence altına alma gibi asli insan hakları güvenceleri yanında, özellikle Avrupa'da birlik, bütünlük halindeki bir hukuksal koruma eğilimi ve Sözleşme Devletlerinin şimdiye kadar birbirinden farklı nitelikte olan ulusal hukuksal koruma standartlarını birbirine yaklaştırmak açısından, iç hukuk mahkemelerinin yargılamaları bakımından da, daha geniş kapsamlı yargılama güvencelerini de içermektedir.

¹¹ Geouffre de la Pradelle/Fransa davası, 16.12.1992, A 253-b, para.35; Hennigs/Almanya davası, 16.12.1992, A 251-a para.26.

¹² Gözübüyük, A.Ş., Gölcüklü, A.F., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 6.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s.278.

AİHM, AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen güvencelerin bütününden münferit güvencelerde yalnızca kısmen ifade edilenlere nazaran kapsam ve adil koruma açısından çok daha etkili olan, özetle sürekli içtihatlarla "right to a fair trial" olarak nitelenen kapsamlı hakkı geliştirmiştir. AİHM'nin adil bir yargılanmaya ilişkin bu hakka tanıdığı içerik, bütün olarak tarafsız ve objektif hüküm veren mahkemeye katılma ve adil yargılanma ve alenilik ilkelerine uygun biçimde donatılmış bir mahkemece yapılan yargılamayı güvence altına almalıdır.¹³

Ancak her ne kadar mahkemeye başvurma hakkı hukuk Devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri, bütün hakların esası, temel bir hak olarak kabul edilmekte ise de; mahkeme önünde hak arama hakkı mutlak değildir. Mahkemeye göre bu hak Devlet tarafından düzenlenecek, fertlerin ve toplumun kaynakları ve ihtiyaçlarına göre içinde bulunulan zaman ve yere göre değişebilecektir.¹⁴ Bu hak, ulusal hukukta gerçekleştirilecek yasal düzenlemelerle sınırlandırılabilir. Sözleşmeye taraf Devletler bu konuda düzenleme yapmak bakımından yetki sahibidirler, ancak, Mahkeme, devletlerin bu kararlarının sözleşmeyle bağdaşır nitelikte olup olmadığını denetlemektedir. İç hukukta mahkemeye gitme konusunu düzenleyen hükümler, örneğin, sınırlandırılabilir, bu konuda süre ve şekil belirlenebilir, temsil zorunluluğu öngörülebilir, dava ehliyetinin devredilmesi veya ücret

¹³ Pache E., "Adil Bir Yargılamaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Nurullah Kunter'e Armağan, no:3, Seçkin, Ankara, 2004, s.67.

¹⁴ Golder/İngiltere davası, a.g.k., para.38.

istenebilir, avans yatırılması zorunluluğu getirilebilir.¹⁵ Ancak mahkeme önünde hak arama hakkı, 6'ncı maddenin verdiği, özünde barındırdığı garantilere dokunacak şekilde sınırlandırılmaz. Yapılan düzenlemelerle hukuken koruma altına alınmış menfaatte sınırlandırma gerekli olmalıdır ve ayrıca belirli bir hedef izlenmeli ve orantılı olmalıdır. Örneğin, ölçüsüz, yüksek bir mahkeme ücreti istenmesi ihlal oluşturacaktır.¹⁶ Belli isnatlara ilişkin (terörist eylemler nedeniyle zararın tazmini isnatları bakımından) yeni bir hukuki düzenleme yapılması nedeniyle yargılamaların ertelenmesine ilişkin ulusal bir hüküm düzenlenmesi ve bu erteleme süresinin, 1 yıldan fazla sürmesi hali¹⁷; savaş veya işgal hükümlerini düzenleyen antlaşmada isnatların gizli olacağına öngörülmesi halinde¹⁸ de 6'ncı maddenin ihlal edilmediğine karar verilmektedir.¹⁹ Mahkemeye göre devlete bu alanı düzenleme konusunda verilen takdir yetkisi ile mahkemeye başvurma hakkına getirilen sınırlama, hakkın özünü zedeleyecek şekilde olmamalıdır. **Ashingdane davasında**, mahkemeye başvurma hakkının nereye kadar sınırlandırılacağı bazı kriterler saptanarak belirlenmiştir.²⁰

Dava hakkı, sadece bir niza nedeniyle mahkemeye başvurabilme olanağına sahip olmaktan ibaret değildir. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının, gereğinde cebri icra yoluyla yerine getirilmesi de bu hakka dahildir. Böylece, bir mahkeme kararının yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılmasını

¹⁵ Z. vd./İngiltere davası, 10.05.2001, Başvuru numarası : 29392/95.

¹⁶ Kreuz/Polonya davası, 19.06.2001, başvuru numarası : 28249/95.

¹⁷ Kutic/Hırvatistan davası, 01.03.2002, başvuru numarası : 48778/99.

¹⁸ Prens Hans II Adam/Liechtenstein ve Almanya davası, 12.07.2001.

¹⁹ Ladewig HM., "Adil Yargılanma Hakkı I" , **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Nurullah Kunter'e Armağan, no:3, Seçkin, Ankara, 2004, s.252.

²⁰ Inceoğlu S., a.g.e., s.108.

isteyen kişinin bu talebinin reddedilmesi, adı geçen hakkın ihlalidir.²¹ Nitekim görülmekte olan bir davaya yasa yolundan müdahale de dava hakkının çiğnenmesidir.²²

Öte yandan, belirtmek gerekir ki, Sözleşmenin kapsamına yönelik iki sınırlama vardır. Bunlardan ilki 6'ncı maddenin, maddi değil, usuli hukuka uygunlukla ilgili olmasıdır. Mahkeme bu nedenle, vakıalara ilişkin kendi değerlendirmesini yerel mahkemelerin değerlendirmesi yerine koyamaz. Onun görevi, "delillerin toplanma yolu dahil, yargılama usullerinin, kendi bütünlüğü içerisinde adil olup olmadığını" araştırmaktır. İkincisi, bir sistemin usuli hukuka uygunluğunu sağlayacak şekilde işletilmeyeceğinin kesin olduğu varsayılmadıkça, Mahkemenin yargılama usulü sistemlerinin, yetersiz olmayacağına mantıksal bir sonucundan soyut olarak karar vermemesidir.²³

Sözleşmenin 13'ncü maddesine göre ; "Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir." Ancak, 13'üncü madde ile, 6'ncı madde arasında paralellilikler varsa da farklılıkların olduğu da gerçektir. Şöyle ki; 6'ncı maddede açıkça "yasayla kurulmuş bir mahkeme"den söz edilirken, 13'üncü maddede "ulusal bir makam"dan bahsedilmektedir. AİHM

²¹ Lunari/İtalya davası, 11.1.2001; Georgiadisi/Yunanistan davası, 28.3.2000.

²² Zelinski, Pradal vd./Fransa davası, 28.10.1999; Antonakopoulos/Yunanistan davası, 14.12.1999; Antonetto/İtalya davası, 2.7.2000.

²³ Leigh L.H., "Adil Yargılama Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması", Adil **Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Nurullah Kunter'e Armağan, no:3, Seçkin, Ankara, 2004, s.337.

içtihatlarına göre bu ulusal makamın yargısal bir makam olması zorunluluğu yoktur. Oysa 6'ncı maddede belirtilen "mahkemenin" sahip olması gereken kriterler vardır ve bunlar da mahkemeye başvurma hakkının güvencelerini oluşturmaktadır. Bu nedenle, AİHM, 6/1'inci maddesini, 13'üncü maddeye göre daha kapsamlı ve güvenceli "lex specialis" kabul ederek, 6/1'nci maddeye aykırılık saptadığı durumlarda, ayrıca 13'üncü madde hakkında inceleme ve değerlendirme yapma gereği duymamaktadır.²⁴ Öte yandan, 13'üncü maddede tanımlanan milli makama başvurma hakkı, sadece Sözleşme'de tanımlanan haklarla sınırlıdır. Oysa 6'ncı maddenin kapsamı maddede yer alan "medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar" ve "suç isnadı" konularında olmak üzere 13'üncü maddeye göre daha geniş olan medeni haklar ile cezai alana girmekte ve Mahkemenin içtihatları ile giderek genişletilmiştir. Ancak bazı durumlarda, iç hukukun yorumu sonucu başvuru yolunun engellenmesi, mahkemeye başvurma hakkını ihlal etmemesine rağmen, 13'üncü maddeyi ihlal edebilmektedir.²⁵ Öte yandan, 13'üncü madde bağımsız bir varlığa sahip olmayıp, Sözleşmenin normatif hükümlerinden biriyle bağlantılı olarak uygulanmaktadır; başka bir deyişle 13'üncü maddenin sağladığı başvuru yolu, ancak Sözleşmedeki bir hak veya özgürlüğün ihlali olasılığı ve iddiasının varlığı halinde açık tutulmuştur. Bununla beraber, 13'üncü madde, kişinin ihlal iddiasını, hukuki veya fiili dayanaktan mahrum da olsa, Sözleşme düzeyinde ileri sürerek bir ulusal

²⁴ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.393; De Geouffre de la Piradelle/France davası, 16.12.1992, Seri A, No.253-B, para.37.

²⁵ Z. vd./İngiltere davası, a.g.k., para.108-111.

merci önüne götürebilme imkanına sahip “savunulabilir” bir şikayetin varlığıdır.²⁶

Bu nedenle, tek başına 13’üncü maddeye dayanılarak, ihlal iddiasıyla başvuru yapılamaz. Ancak diğer maddelerden birinin ihlali iddiasıyla ve o maddeyle birlikte başvurulabilir. AİHM’ye göre 13’üncü madde AİHS’den doğan hak ve özgürlükleri korumak için ulusal düzeyde bir iç hukuk yolunun mevcudiyetini garanti altına almaktadır ve bu hüküm sadece sözleşmeden öngörülen hakların ihlaline karşı iddialar söz konusu olduğunda uygulanır. Bu madde ile gerekli kılınan hukuk yolu özellikle devlet yetkililerinin ihmal veya davranışları nedeniyle, haksız bir şekilde engellenmemeli ve hukukta olduğu kadar pratikte de “etkili” olmalıdır. Başka bir deyimle, ihlal iddiasının götürüleceği merci, işin esasını inceleme ve iddianın doğruluğunun saptanması halinde de, ihlali düzeltici ve uygulanma yeteneği olan karar alma yetkisine sahip bulunmalıdır.²⁷ **Platform “Artze für das Leben”/Avusturya**²⁸ başvurusunda, AİHM gösteri yürüyüşü yapan başvuranların, karşı gösteri yapanlara karşı korunmaları konusunda başvuruda bulunmalarına rağmen, polisin gerekli korumayı sağlayamadığı iddiasıyla 11’inci maddenin yanında 13’üncü maddenin de ihlal edildiğinin ileri sürüldüğünü dikkate almış, güzergah değiştirilmesine rağmen göstericileri korumak için çok sayıda polisin tahsis edildiği ve gösteride ciddi bir olay çıkmadığını tespitle Avusturya makamlarının uygun önlemleri aldığı sonucuna vararak, 13’üncü maddeye aykırılık bulmamıştır.

²⁶ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.394.

²⁷ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.392

²⁸ Platform “Artze für das Leben”/Avusturya davası, 21/06/1988, A 139.

Sözleşmenin 6'ncı maddesi 1'inci fıkrasında, "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir." hükmü yer almaktadır. Strazburg makamları anılan hükümde kullanılan terimlerle, kişinin adil yargılama isteme hakkının "medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar" ve "cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar"a (yani medeni hak davaları ile ceza davalarına) inhisar ettirmek suretiyle söz konusu hakkı kısmen sınırlı tutmuştur. Örneğin idari davalar yahut disiplin hukuku veya anayasaya aykırılık iddiaları, kural olarak bu madde uygulamasının dışındadır.

AİHM öncelikle, uyuşmazlık konusu "hak veya yükümlülüğün" niteliğine bakmaktadır. AİHM açısından, ulusal hukuktaki yargılamanın (adli yargı, idari yargı, vs.) niteliği daha az belirleyici olmaktadır. Bununla beraber Komisyon ve Mahkeme "otonom kavramlar" doktrini uyarınca, maddedeki "medeni hak" ve "suçlama" deyimlerini maddi kriter esas alınmak suretiyle geniş şekilde yorumlanmış; böylece, şeklen kamu hukuku düzeyinde yer alan pek çok ihtilaf özü bakımından medeni haklara ilişkin niza telakki edilerek madde kapsamına sokulmuştur.²⁹ Bu bağlamda, 6/1'inci madde kapsamında, "cezai alanda suç isnatları" konusunda **Engel/Hollanda davası**, "medeni hak

²⁹ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e.,s.266-267.

ve yükümlülüklerle ilişkin niza” konusunda **König/Federal Almanya davası**, Sözleşmenin yorumlanmasında kaçınılmaz birliği sağlamak için, AİHM tarafından kullanılan “otonom kavramlar”ın tekniğini gösteren temel kararlardır.³⁰ Strazburg denetim organları bu otonom kavramları yorumlarken maddi kritere başvurmuş, yani yargılamaya konu teşkil eden hak yahut iddianın konusunu esas almıştır.³¹ Adı geçen kavramları anlamlandırırken Mahkeme tüm durum ve ihtimalleri kapsayacak soyut ve genel bir formül vermekten çok her somut olayı kendi özel koşulları içinde değerlendirerek bir sonuca varmıştır.

Metni 1950’lerde yazılan AİHS’nin zamanla değişen sosyal içtihatlarla ve gelişmelere göre AİHM ve Komisyon tarafından yorumlanması Sözleşmenin “canlı”, “yaşayan” niteliği ile organların “ilericiliğinden” kaynaklanmaktadır. Örneğin eskiden 6’ncı madde kapsamı dışında düşünülen sosyal güvenlik hakkı gibi konular artık genel anlamıyla medeni hak ve yükümlülükler olarak nitelendirilen kapsamın içine, otonom kavramlar sayesinde alınmıştır.

Sözleşme Organlarınca, “Haklar ve yükümlülükler” kavramı geniş yorumlanmaktadır. Hakkın, haklı olması gerekli değildir; bu, hukuki yargılamada ortaya çıkartılacaktır. Ancak geçerli şekilde savunulabilir olmalıdır. Bu, ulusal hukukta düzenlenmiş bulunan ve hukuki açıdan temsil

³⁰Sudre F., **Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, (GACEDH)** en collaboration avec Marguénaud J.P. Et al., PUF, Coll. “Thémis”, 2003, s.36.

³¹König/ Federal Almanya davası, 28/06/1978, A 27, para.90 ve 95; Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika davası, 23.6.1981, A 43, para.44-48.

edilebilir olmayı ifade eder. Niza, gerçekten bulunmalı ve ciddi olmalıdır. Niza, hakkın hukuken varlığına, kapsamına veya icrasına ilişkin olabilir.³²

Mahkeme, 6'ncı madde ye göre "medeni hak" ile ilgili yapılan başvurularda önkoşul bir başka deyişle uygulama koşulu olarak 2 unsurun mevcudiyetini aramaktadır³³:

a) Bir "hak"ın var olması : Ulusal hukukça "hak" olarak tanımlanmayan; başka bir deyişle, ulusal merciler önünde hak olarak ileri sürülüp "makul surette savunulamayan" bir iddia 6'ncı madde düzeyinde ele alınamaz.

b) Bir "niza"ya ilişkin olması : Ayrıca, söz konusu nizanın (uyuşmazlığın, iddianın), "gerçek ve ciddi" yani savunulabilir olması³⁴, sonucunun uzak ve dolaylı şekilde değil, fakat dolaysız ve doğrudan doğruya ilgilinin menî hakkına ilişkin, yani kişinin menfaatinin doğrudan etkileyen nitelikte olması gerekir.³⁵

AİHM, ***Bentham/Hollanda davasında***; "niza" (uyuşmazlık) kavramına ilişkin içtihadını özetlemiştir.³⁶ Bir petrol dağıtım tesisi lisansının kullanımıyla ilgili olarak, bir bireyle Devlet arasındaki bu anlaşmazlık, Sözleşmedeki anlamıyla niza, uyuşmazlık oluşturmaktadır. Hollanda hükümeti henüz hiçbir hakkın doğmadığını dolayısıyla da bir nizanın, uyuşmazlığın bulunmadığını

³² Ladewig H.M., a.g.m., s.246.

³³ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e, s.274.

³⁴ James vd./İngiltere davası, 21.02.1986, Seri A, No.98, para.81.

³⁵ Sudre F., **Droit Européen et International des Droits de l'Homme, (Droit Européen) 6.** genişletilmiş bası, PUF, Classiques, Paris, 2003 Eylül, s.301.

³⁶ Bentham/Hollanda davası, 23.10.1985, Seri A., No.97.,s.15, para.32.

belirtirken, AİHM, başvuruçunun tesisi kullanmak üzere belediyeden alınmış bir izninin var olduğunu belirtmiştir.³⁷ Buna göre, Sözleşmenin ruhuyla uygun düşmesi için “niza” sözcüğünün “aşırı teknik anlamda ele alınmaması” ve “şekli olmaktan çok maddi bir anlayışla” yorumlanması gerekir. Niza, uyuşmazlık gerek maddi konuları ve de gerekse hukuki konuları kapsayabilir. Niza “gerçekten var olmalı ve ciddi bir niteliğe sahip olmalıdır”.

AİHM, ilk olarak, medeni haklar ve yükümlülükler kavramının özerk olduğunu ve ulusal hukukun bu kavramın tanımlanmasında belirli bir rol oynadığını kabul etmekle birlikte, sadece davalı Devletin iç hukukuna bakarak belirlenip yorumlanamayacağını belirtmiştir.³⁸ Ayrıca, bir davanın bir medeni hakka ilişkin olup olmadığının değerlendirilmesinde, sadece söz konusu hakkın özelliklerini ele alır; “uyuşmazlığa ilişkin konunun nasıl karara bağlanacağını saptayan mevzuatın (medeni, ticari, idari hukuk vs.) ve konuyla ilgili yetkili kılınmış merciin niteliği (normal mahkeme, idari organ vs) fazlaca önem taşımayacağını” da kaydetmiştir.³⁹ Bundan hareketle, söz konusu hak ya da yükümlülüğün iç hukuktaki özellikleri belirleyici olmaktadır. Bir başka deyişle, 6’ncı maddenin uygulanabilirliğinin belirlenmesindeki kilit nokta yargılama sonucunun özel hukuk hak ve yükümlülükleri için belirleyici olup olmadığıdır. Bu kural, özellikle birey ile devlet arasındaki ilişkileri konu alan ve esasen kamu hukukuna daha dar anlamı ile İdare hukukuna giren konularda önem kazanır. Böyle bir durumda, AİHM, söz konusu yetkili kamu

³⁷ Dutertre G., a.g.e., s. 197.

³⁸ König/Federal Almanya davası, a.g.k., para. 88; Ringeisen/Avusturya davası, a.g.k., para.94.

³⁹ Ringeisen/Avusturya davası, a.g.k., para.94

merciin özel bir şahıs olarak mı hareket ettiğinin yoksa egemenlik yetkisini mi kullandığının sonucu etkilemeyeceğini belirtmiştir.⁴⁰

İkinci olarak, AİHM hakkın veya yükümlülüğün niteliğini belirlerken, bu konuda AİHS'ye taraf Devletlerin hukukunda benzer şekilde mevcut, bir “Yeknesak Avrupa Değeri”nin⁴¹ olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bir başka deyişle, Bu bağlamda ikinci kriter bir hakkın niteliğine ilişkin olarak AİHM’ ye taraf ülkeler arasında aynı nitelendirmenin yapıldığı bir kavram olmalıdır.⁴² Örneğin, **Feldbrugge/Hollanda davasında**⁴³ ve **Deumeland/Federal Almanya davasında**⁴⁴ Mahkeme, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan hakların kamu veya özel hukuk alanına konu olduğuna dair, ortak kabul gören, değişmez bir Avrupa bakış açısı, kavramı, yaklaşımı olmadığı sonucuna vararak; hakkın niteliğini kendi belirleyerek, özel hukuk niteliğinin ağır bastığına karar vererek, 6’ncı madde kapsamında görmüştür.

Üçüncü olarak, AİHM bu medeni haklar ve yükümlülükler kavramının özerk olduğunu belirtse de, ilgili devletin yasalarının önemsiz olmadığını belirtmiştir.⁴⁵ : “Bir hakkın Sözleşmede ifade edildiği anlamıyla medeni olarak görülüp görülmeyeceği, söz konusu hakkın ilgili devletin iç hukukundaki yasal sınıflandırılmasına göre değil, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine göndermeyle

⁴⁰ König/Federal Almanya davası, a.g.k., para.90; Harris D.J., O’Boyle M., Warbick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Butterworths, 1995, s.175.

⁴¹ Kavramın İngilizcesi : “uniform European notion”, Fransızcası : “notion Européenne uniforme”. Harris D.J., O’Boyle M., Warbick C., a.g.e., s.176; İnceoğlu S., a.g.e., s.23; Karahanoğulları Ö.E., “AİHM Kararlarında İdari Yargı”, **İnsan Hakları Yılı**, C.23-24, 2001-2002, s.45.

⁴² H./ Fransa davası, 24.10.1989, para. 47

⁴³ Feldbrugge/Hollanda davası, 29.05.1986, Seri A, No.99, para.29.

⁴⁴ Deumeland/Federal Almanya davası, 29.05.1986, Seri A, No.100, para.29.

⁴⁵ Harris D.J., O’Boyle M., Warbick C., a.g.e., s.175-176.

belirlenmelidir.”⁴⁶ Sonuç olarak; AİHM bir hakkın Sözleşmede ifade edildiği anlamıyla, “medeni” olarak görülüp görülmeyeceğinin söz konusu hakkın ilgili Devletin iç hukukundaki yasal sınıflandırmasına göre değil, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine göndermeyle belirleneceğini belirlemiştir.

AİHM’ye göre 6’ncı madde, “sonucu itibariyle, özel nitelikteki hak ve vecibeyi etkileyen her türlü yargılamayı kapsamaktadır; nizanın çözümünde uygulanacak mevzuat ile bu nizayı çözmek için yetkili kılınan organın niteliği hiç de önemli değildir”.⁴⁷

Bir davada 6’ncı madde ile güvence altına alınan adil yargılama hakkına uygun yargılama yapıp yapılmadığını saptayabilmek için, öncelikle, dava konusu idari işlem, eylem veya kararın “medeni hak” kapsamı içine girip girmediğinin değerlendirilmesi gerektiğinden, ancak, medeni hak ihlali ile ilgili idari işlemler, 6’ncı maddeye göre dava konusu yapılabilmektedir. Madde metninden anlaşılacağı üzere, “medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar” dan söz edilmekle, hak ve yükümlülüklerin kaynağında idare hukuku değil, medeni hukuk ilişkisi bulunmalıdır. Bu kapsamda, **Ünver/Türkiye başvurusunda**⁴⁸; başvuran, belediyelerin yerel mahkeme kararlarına uymamasını AİHS’nin 6’ncı maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştü ise de; Mahkeme, 6’ncı maddenin uygulanabilirliğinin iç hukukta tanınmış bir hakka yönelik bir ihtilaf vukuunda olabileceğini hatırlatarak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

⁴⁶ König/Federal Almanya davası, a.g.k., para.89.

⁴⁷ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e, s.270.

⁴⁸ Ünver/Türkiye başvurusu, 26/09/2000, başvuru numarası: 36209/97.

2-AİHM'nin İdari Uyuşmazlıklar Konusunda Yaklaşımı

Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1'inci maddesinde sözü edilen “medeni hak ve yükümlülükler” ve “ceza isnatları” kavramları, diğer kavramlar gibi, ulusal niteleme ve değerlendirmeden bağımsız, “otonom” kavramlardır. AİHM, AİHS'nin amacını göz önünde tutarak otonom kavram yoluyla AİHS ve Ek Protokollerinde korunan bir hak veya özgürlüklerle ilgili olduğu ölçüde idari uyuşmazlıkları da inceleyebilmektedir. Dolayısıyla idari bir faaliyet örneğinin yaşam hakkı, işkence yasağı, makul gözaltı süresi, özel yaşamın korunması, din ve düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyeti gibi hak ve özgürlükleri ihlal ediyorsa, AİHM, bu faaliyeti inceleme yetkisine sahip olacaktır.⁴⁹ AİHM, bu kavramları yorumlarken maddi ölçütlere başvurmaktadır. Buna göre yargılamanın konusunu oluşturan hak ya da iddia esas alınmaktadır. Bu nedenle, biçimsel olarak kamu hukuku alanında yer alan bazı uyuşmazlıklar bazen, özü itibarıyla medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin kabul edilerek 6'ncı madde kapsamında kabul edilmiştir.⁵⁰

Asıl tereddüt ve güçlük kamu hukukundan kaynaklanıp bireyi etkileyen tasarruf ve işlemler konusunda belirmiştir. Bir başka deyişle, idarenin, kanun tarafından, kişinin hak ve menfaatlerini etkileyen tasarruflarda bulunmakla

⁴⁹ Sancakdar O., “AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler”, **Amme İdaresi Dergisi**, 38/1, Ankara, Mart 2005, s.90; Gözübüyük-Gölcüklü, a.g.e., s.142-143.

⁵⁰ Harris vd, a.g.e., s.174 vd.

yetkili kılındığı hallerde; başka bir deyişle, kamu hukuku düzeyinde yer alan karar ve işlemler olduğunda güçlüklerle karşılaşmaktadır.

AİHM, öncelikle, özel şahısların kendi aralarındaki ilişkileriyle ilgili hak ve yükümlülüklerini tüm davalarda medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirmiştir. Özel şahısların kendi aralarındaki ilişkilerinde hakları, örneğin sözleşme hukuku⁵¹, ticaret hukuku⁵², tazminat hukuku⁵³, aile hukuku⁵⁴, iş hukuku⁵⁵, ve mülkiyet hukuku⁵⁶ çerçevesinde, daima “medeni haklar” kapsamında tutulmuştur.⁵⁷

Sözleşmenin 6’ncı maddesinde kullanılan “medeni” sıfatı, Sözleşmenin kaleme alanlarının, bu maddenin uygulama alanını kısıtlama arzusunda olduklarını göstermektedir. Sözleşmenin yazarlarının hiç şüphesiz ki 6/1’inci maddenin garantilerinin, ne kişilerin idare ile ilgili uyuşmazlıklarının tamamını ayırık tutmak, ne de tam tersine medeni konularda kamu ve idari uyuşmazlıkların bütününe Sözleşmenin içine katmak niyeti bulunmamaktaydı. Bu iki seçenek arasında, Mahkeme, en zor olanını seçti : kamu hukuku ve idare hukuku alanında sınırı çizmek, 6/1’inci maddesi anlamında medeni haklar çerçevesinde ağır basan ve kamu hukuku ile idare hukuku alanında sınır çizmek.⁵⁸ Bazen de uyuşmazlığın özel hukuktan mı kaynaklandığı, kamu hukukundan mı kaynaklandığını tespit etmek kolay

⁵¹ Ringeisen/Federal Almanya davası, a.g.k.

⁵² Edificaciones March Gallego SA/İspanya davası, 19.02.1998.

⁵³ Axen/Federal Almanya davası, 08.12.1983.

⁵⁴ Airey/İngiltere davası, 09.10.1979; Rasmussen/Danimarka davası, 28.11.1984.

⁵⁵ Buchholz/Federal Almanya davası, 06.05.1981.

⁵⁶ Pretto/İtalya davası, 08.12.1983.

⁵⁷ Mole N. ve Harby C., **Adil Yargılanma Hakkı, AİHS'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, AİHM İnsan Hakları El Kitapları no. 3, Avrupa Konseyi Yayınları, 2001, s.22.

⁵⁸ Sudre F., “GACEDH”, a.g.e., 2003, s.178.

olmamaktadır. Bunun temel nedeni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletlerin özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki sınırı belirlemedeki farklı düzenlemeleri, farklı uygulamalarıdır.

Bu nedenle özel kişilerin birbirleri arasındaki uyuşmazlıklara (ticaret hukuku, borçlar hukuku, aile hukuku gibi) göre özel kişiler ile devlet arasındaki uyuşmazlıklarda kapsamı belirlemek daha zor olmaktadır. Özel kişiler ile devlet arasındaki uyuşmazlıklarda, idari işlemin veya eylemin tesisi sırasında kamu idaresinin egemenlik yetkisini kullanıp kullanmadığı çoğu zaman belirleyici unsur olarak kabul edilmekle birlikte AİHS'in 6'ncı maddesinin amacı bakımından, devletin özel kişi gibi hareket etmesi ya da egemenlik yetkisinin kullanılması temel belirleyici olmamaktadır.⁵⁹ Zira, idari nitelikte bir kararın kişinin menfaatini veya kişiler arasındaki hukuksal işlemleri etkilemesi halinde, bu durumun 6'ncı madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, ancak AİHM'nin konu ile ilgili açılan davada yaptığı yoruma göre saptanabilmektedir.

Kamu hukukunun konusuna giren işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da Komisyon ve Divan tarafından daha başlangıçta reddolunmamaktadır. Komisyon ve Divan, şikâyet konusu uyuşmazlık, kamu hukukundan kaynaklanmakla birlikte "kişiyi etkiliyor" ise şikâyet konusunu incelemektedir. Örneğin, idarî yargının konusuna giren her işlem, şikâyet konusu yapıldığında incelenmemekte, bu işlemler sonucunda kişinin

⁵⁹ König/Federal Almanya, a.g.k., para.90.

temel hak ve hürriyetini etkileyen bir sonuç doğuruyorsa inceleme konusu yapılmaktadır. Zira, Komisyon ve Divana göre olaya uygulanan kanunun niteliği önemli değildir. Bu kanunlar ister hukukî, ister ticarî ve isterse idarî kanunlar olsun ve olaya idarî bir makam ya da mahkeme baksın, somut olayda kişinin özel hukuk alanını da ilgilendiriyor veya etkiliyorsa, 6'ncı maddenin uygulanması gerektiğine karar vermektedir.

Ancak, kural olarak kamu hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklara ilişkin idari davalar ile anayasaya aykırılık iddiaları madde kapsamı dışında tutulmuştur. Örneğin vatandaşlık hukuku, mülteci hukuku, oy verme hakkı Sözleşmenin 6'ncı maddesi kapsamı dışında bulunmaktadır. Buna göre Sözleşmenin bir şahsın ulusal hukukta uyuşmazlık konusu yaptığı bütün hak ve yükümlülüklerinin adil yargılamanın koruması altına alınmasını garanti etmediğini söylemek mümkündür.

Tarım alanı satış sözleşmesinin, geçerliliği için, ayrıca yetkili idari makam tarafından da onaylanması gerekirken, bu makamın adı geçen sözleşmeyi onaylamaması ve böylece satışın hükümsüz sayıldığı ***Ringeisen/Avusturya davasında***⁶⁰ Mahkeme, “medeni hak” kavramının klasik anlamdaki “özel hukuk nizaları”nı aşar şekilde, geniş surette yorumlamış; nizanın şekli kaynağına değil, sonucuna bakarak 6'ncı madde hükmünün bu olayda uygulanabilirliğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre 6'ncı madde “sonucu itibariyle, özel nitelikteki hak ve vecibeyi etkileyen her

⁶⁰ Ringeisen/Avusturya davası, 16/07/1971, A 13, para.94.

türlü yargılamayı kapsamaktadır; nizanın çözümünde uygulanacak mevzuat ile bu nizayı çözmek için yetkili kılınan organın niteliği önemli değildir".⁶¹

AİHM, **Le Compte/Belçika kararı** ile disiplin soruşturmalarına yönelik olarak, **Feldbrugge/Hollanda kararı** ile sosyal haklar alanına ilişkin olarak, Ruiz-Mateas kararı ile anayasal başvurulara ilişkin olarak, 6'ncı maddenin uygulama alanını idari yargıya genişletmiştir.⁶²

AİHM, İdarenin çeşitli işlem veya kararlarına karşı ulusal yargı yerlerinde dava açabilme olanağının mevcut olmaması halinde, bu durumu Sözleşmenin 6'ncı maddesine aykırı bulmaktadır. Sözleşmeye taraf olan ülkeler, Sözleşme ile güvence altına alınan haklar bakımından kişilere ulusal yargı sisteminde, en etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme olanağını sağlamakla yükümlüdür. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, gerektiğinde kişilerin hukuki yardımdan yararlanabilmeleri, yargısal prosedürün basitleştirilmesi, yargılamanın en az maliyetle yapılması gibi hususları da kapsamaktadır.

AİHM' ye göre, etkin bir şekilde mahkemeye başvurma hakkını ortadan kaldıran diğer bazı durumlar ise şunlardır : İdari bir işlem veya karara karşı yargıya başvurabilme olanağının bulunmaması⁶³, idari eyleme

⁶¹ König/Federal Almanya davası, a.g.k., para.89-90; Sramek/Avusturya davası, 22.10.1984, A84, para.34; Beaumartin/Fransa davası, 24.11.1994, A 296-B, para. 28.

⁶² Costa J.P., « **Le Droit au juge indépendant et impartial en matière administrative, le point de vue d'un juge de la Cour Européenne des droits de l'homme** », AJDA 2001, s.514-523.

⁶³ Benthem Davası, Pudas davası, Balmer-Schrafroth davası

karşı etkili bir yargı yolunun mevcut olmaması⁶⁴, idari para cezaları ile ilgili itiraz veya temyiz yolunun mevcut olmaması⁶⁵, silahlı soygun suçundan 12 yıla mahkum olan bir kişinin jandarmalar aleyhine ihbar ettiği suçların soruşturulabilmesi için kendisinden teminat yatırılmasının istenmesi, bu teminat için yaptığı adli yardım talebinin reddine ilişkin karara karşı yargıya başvurabilme olanağının bulunmaması.⁶⁶

Üzerinde idare mahkemesi tarafından karar verilmiş egemenlik tasarrufu söz konusu olduğunda devlet ve vatandaş arasındaki niza, medeni hukuk anlamında 6'ncı maddenin konusunu oluşturabilir. Nizanın, ekonomik bir anlam taşıması veya para alacağına ilişkin olması tek başına belirleyici değildir. Niza, kamu hukuku alanında düzenlenmiş olabilir. Örneğin, vergi hukukunda veya özellikle devlete karşı vatandaşların alışlagelmiş yükümlülüklerinde olduğu gibi, AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerin, 6/1'inci madde bakımından sınırlandırılmayacağını ifade etmemektedir.⁶⁷ Ancak Mahkemenin sınırlandırma kriterleri net değildir. Hiçbir zaman tutarlılık göstermez ve kazuistik yöntemle de bu kriterleri saymak mümkün değildir.⁶⁸

⁶⁴ Kaya davası, Aksoy ve Aydın davaları; bu davalarda A.İ.H.M., şikayete ilgili idari eylemi gerçekleştiren kamu görevlisi belirlenip yargı önüne çıkarılmadığı takdirde, sadece idari eyleme karşı tazminat davası açılabilmesini, mahkemeye başvurma açısından etkili bir yol olarak değerlendirmemiştir.

⁶⁵ Belilos/İsviçre davası a.g.k.

⁶⁶ Ait-Mouhoub/Fransa davası, 28/10/1998, başvuru numarası: 2924/93, Doğru, O.,a.g.e. s.1010.

⁶⁷ Ferrazzini/İtalya davası,12.07.2001.

⁶⁸ Ladewig H.M., a.g.m., s.247.

Ancak, AİHM'nin içtihatları incelendiğinde, medeni hak ve yükümlülükler niteliğinde kabul edilerek, 6'ncı madde kapsamına alınmış idari işlemler şu şekilde sınıflandırılabilir⁶⁹ :

a- Mülkiyet hakkı ve mamelek ile ilgili idari işlemler⁷⁰, istimlak, konsolidasyon ve planlama davaları, kamulaştırma⁷¹ veya müsadere işlemleri⁷², gayrimenkul tahliyesine ilişkin cebri icra yargılaması⁷³, tarım arazisinin birleştirilmesi⁷⁴, imar izinleri ve diğer emlak izinlerinin ilgili mülke ilişkin mülkiyet haklarını doğrudan etkileyen aşamaları⁷⁵ ve sonucu mülkün kullanımı ve faydalanılma durumunu etkileyen daha genel kapsamlı davalarda⁷⁶ adil yargılama güvenceleri uygulanmaktadır.

Ringisen/Avusturya davasında; üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunan bir taşınmazın, davacıya satışı sırasında yapılan sözleşme, Gayrimenkul İdaresi Bölge Komisyonunca geçersiz kabul edilmiş; davacı ulusal yargı yerlerinde yargılama sürecinin hakkaniyete uygun

⁶⁹ Bu konudaki sınıflandırma ve diğer kararlar için bkz. : Gözübüyük-Gölcüklü, a.g.e., s.271-272; Ladewig H.M., a.g.m., s.247-248; İnceoğlu S., a.g.e., s.52 vd.; Harris D.J., O'Boyle M., Warbick C., a.g.e., s.184-vd.; Sancakdar O, a.g.m., s.90; Karahanoğulları Ö.E., a.g.m., s.44-45.

⁷⁰ Winterwerb/Hollanda davası, 24.10.1970, Seri A No.33, para.73; Gillow/İngiltere davası, 27.11.1986, Seri A No.109, para.68; Lithgow vd./İngiltere davası, 8.7.1986, Seri A No.101, para.192; James vd./İngiltere davası, 21.2.1986, Seri A No.98, para 81; Baraona/Portekiz davası, 8.7.1987, Seri A No.122, para. 44; Erkner ve Hofauer/Avusturya davası, 23.4.1987, Seri A No.117, para 62; Poiss/Avusturya davası, 23.4.1987, Seri A No.117, para .48; Ettl vd./Avusturya davası, 23.4.1987, Seri A, No.117, para.32.

⁷¹ Procola/Lüksembourg, a.g.k.; Zanatta/Fransa davası, 28.03.2000.

⁷² Sporong ve Lönnroth/İsveç davası, 28.06.1990, Seri A, No.52, para.79; Raimondo/İtalya davası, 1994, Seri A, No.281, para.43.

⁷³ Immobiliare Safi/İtalya davası, 28.07.1999, No.18, para.35.

⁷⁴ Lughofer/Avusturya davası, 30.11.1999; Thery/Fransa davası, 01.02.2000, H.L./Fransa 2002.

⁷⁵ Hakansson ve Stuesson/İsveç davası, 21.02.1990; Mats Jacobsson/İsveç davası.

⁷⁶ Oerlamans/Hollanda davası, 27.11.1991; De Geoffre de la Pradelle/Fransa davası, 16.12.1992.

gerçekleşmediğini ileri sürerek, AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme, taşınmazla ilgili satış sözleşmesinde idare hukuku kurallarının uygulandığını gözardı ederek, sözleşme içeriğinin, kişilerin “medeni” haklarını ilgilendirdiği gerekçesiyle olayı 6'ncı madde kapsamında incelemiştir.

b- Bir meslek, san'at veya başka bir ekonomik faaliyetin yürütülmesi ile ruhsat⁷⁷, icazet, kabul, izinler⁷⁸, mesleki odalarınca verilen yapılan disiplin yargılaması sonucu verilen cezalar⁷⁹, meslekte veya mesleki faaliyetlerde ilerleme, ücret hakkı ile ilgili idari kararlar⁸⁰, kum ve çakıl ocağı işletme izninin iptali işlemi⁸¹, koruma alanı ve yeşil alan içinde kalan binalar için tadilat ve restorasyon izni verilmemesine ilişkin işlem⁸², avukatın baroya kaydedilmemesine ilişkin işlem⁸³ 6'ncı madde kapsamında görülmüştür.

Bu kararlardan bazı özellik arz edenler hakkında kısaca bilgi vermek gerekmektedir :

König/Federal Almanya davasında; doktor olan davacının mesleğini yapmasına ve klinik işletmesine ilişkin izin, Alman idare makamlarınca iptal edilmiştir. Bu işleme karşı açılan davanın ulusal mahkemelerde makul süre

⁷⁷ König/Federal Almanya davası, a.g.k.; sağlık kliniği işletme ruhsatı iptali; toplu taşımacılıkta ruhsatın idarenin iznine bağlı olması konusunda Pudas/İsveç davası, 27.10.1987, Seri A, No.125; likit gaz işletmeciliği ile ilgili uyumsuzluklar konusunda Benthem/Avusturya davası, 23.10.1985, Seri A.No.97.

⁷⁸ Jordebroy Vakfı/İsveç başvurusu, 06.03.1987 Komisyon Raporu, 51 DR 148, özel okul işletme iznine ilişkin.

⁷⁹ W.R./Avusturya davası, 21.12.1999, bir avukata yönelik verilmiş meslekten men cezası; Sere/Fransa, 14.09.1999; G.S./Avusturya davası, 21.12.1999.

⁸⁰ Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/ Belçika davası, 23.6.1981, Seri A, No. 43, para.44; Albert ve Le Compte/Belçika davası, 10.2.1983, Seri A, No. 58, para.28; Van Marie vd /Hollanda, 26.2.1986, Seri A, No. 101, para.35; Benthem/Avusturya davası, 23.10.1985, Seri A, No. 97, para. 30; Pudas/İsveç davası, 27.10.1987, Seri A, No.125, para 30.

⁸¹ Fredin /İsveç davası, 18.2.1991, başvuru numarası: 12033/86 sayılı karar.

⁸² Allan Jakobson davası, 25.10.1989 tarih ve 10842/84 sayılı karar

⁸³ De Moor/Belçika davası, 23.6.1994 tarih ve 16997/90 sayılı karar.

içinde sonuçlandırılmadığını ileri süren davacı, AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme söz konusu idari işlemin bir mesleğin icrasına yönelik olduğu, dolayısıyla “yönetmelik” niteliğinden çok, “medeni hak” yönünün ağır bastığı gerekçesiyle davayı 6'ncı madde çerçevesinde incelenabilir bulmuştur.

Tre Traktörer Aktielboag (TTA) davasında, İsveç'in Malmö kontluğunda Helsingborg yakınında, “Le Cardinal” isimli restoran işletmesinde, alkollü içecekleri satan işletmenin lisansının geri çekilmesi davası, AİHM'ye, idari izinlere ilişkin uyuşmazlıkların Sözleşmenin 6/1'inci maddesindeki medeni haklar kavramına kesin olarak katılması imkanı vermiştir.⁸⁴ 1989 tarihli Tre Traktör kararı, “mahkemeye erişim hakkının” idari yargıda da uygulanmasını sağlayan ilk kararlardan biridir.⁸⁵ Burada bahsi geçen ruhsat ve izinler, ilk bakışta kamu hukukuna ilişkin olmakla birlikte ticari etkinlikte bulunma hakkına bağlı olarak medeni hak kavramı içinde değerlendirilmektedir.

Bentham/Hollanda davasında, likit petrol gazı istasyonu işletmek için belediyeye başvuran davacıya, bazı tedbirlerin alınması koşuluyla ön izin verilmiştir. Ancak söz konusu işletmenin çevredeki yerleşim birimleri için tehlike arz etmesi nedeniyle çeşitli şikayetlere yol açması üzerine, görevlendirilen sağlık müfettişi, davacının işletmesine izin verilmemesi yolunda rapor düzenlemiştir. Sonuçta, belediye daha önce davacıya verdiği ön izni iptal etmiş, davacıya ait işletmenin faaliyetinin

⁸⁴ Sudre F, “Droit Européen”, a.g.e., s.178.

⁸⁵ Costa J.P., a.g.m, s.519.

durdurulmasına karar vermiştir. Davacı, AİHM'ye başvurarak, ulusal yargı yerlerinde, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanmadığını, adil bir yargılama yapılmadığını ileri sürmüştür. Komisyon söz konusu işlemi, "idari" nitelikte değerlendirerek, şikayeti medeni hak kapsamında görmemiştir. Dava, daha sonra Divanda ele alınmış; ancak, Divan, Komisyondan farklı bir yorum yaparak davacıya ait taşınmaz üzerinde kurulan işletme için yapılan başvurunun, mülkiyet hakkının kullanımıyla ilgili olduğu, dolayısıyla belediye tarafından yapılan işlemin, medeni hak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüyle, davanın altıncı madde açısından incelenebilir nitelikte olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Pudas/İsveç davasında, taksi işleten davacının belli bir bölgeyle sınırlı çalışma izni, idarenin ulaştırma ile ilgili bazı plan ve program düzenlemesi nedeniyle iptal edilmiş ve çalıştığı güzergah değiştirilmiştir. Davacı, söz konusu idari işleme karşı, ulusal yargı yerlerinde, mahkemeye başvurma olanağının mevcut olmadığını ileri sürerek, AİHM'ye başvurmuştur. Divan, çalışma izninin iptal edilmesine ve taksi işleten kişinin çalışabileceği güzergah değişikliğine ilişkin idari işlemi, kişinin ekonomik faaliyetini ilgilendirmesi nedeniyle "medeni hak" kapsamında değerlendirmiştir.

c- AİHM, aile hukukuna ilişkin hak ve yükümlülüklerin söz konusu olduğu davalarda 6'ncı maddenin uygulanabileceğini kararlaştırmıştır :

çocukların koruma altına alınması⁸⁶, anne-babanın çocukla görüştürülmesi⁸⁷, evlat edinmek⁸⁸, çocuğun bakımını üstlenmek ile ilgili idari kararlar.

d- AİHM, sosyal yardımı kapsayan yargılamaların 6'ncı madde kapsamına girmediğini belirtmiştir. Ancak sonuçta bir sosyal sigorta kurumu sağlık sigortasından faydalanma⁸⁹, çalışma hayatı, sosyal yardım (malullük)⁹⁰, Devletten emeklilik⁹¹, iş sözleşmesinin bozulması, işten çıkarılması durumları, özellikle bu idari işlemlerin parasal haklara ilişkin hususları 6'ncı madde kapsamında incelenmektedir. Malulen emeklilik ile ilgili, **Schuler-Zraggen/İsviçre davasında**, "hukuktaki gelişmeler ve muamelenin eşitliği ilkesi uyarınca 6'ncı maddenin günümüzde sosyal yardım dahil olmak üzere sosyal sigortanın tüm alanlarına uygulanacağı görüşünü benimsemek gerekir."⁹² diyerek kapsama alanına sokmuştur.⁹³

e- İdarenin kusurundan doğan zararın tazminine ilişkin nizalar, sözleşmeler⁹⁴, idari yargılamalar⁹⁵ veya ceza yargılamalarından⁹⁶ doğan zararlara ilişkin kamu idarelerine karşı açılan tazminat davaları, ceza yargılamasında beraat kararı verilmesi üzerine haksız tutuklamaya karşı

⁸⁶ Olsson/İsveç, 27.03.1988; Olsson 2./İsveç, 27.11.1992, Seri A,250, para.96.

⁸⁷ B./İngiltere, 08.07.1987, H./İngiltere, 08.07.1987, O./İngiltere, 08.07.1987, W/İngiltere, 08.07.1987.

⁸⁸ Keegan/İrlanda, 26.05.1994; Fretté/Fransa,

⁸⁹ Felbrugge/Hollanda davası, a.g.k., Deumeland/Almanya davası, 29.05.1986, Seri A, 249-B, para.60-73.

⁹⁰ Salesi/İtalya davası, 26.02.1993.

⁹¹ Lombardo/İtalya davası, 26.11.1992.

⁹² Schuler Zraggen/İsviçre davası, 24.06.1993, para.46..

⁹³ Dutertre G., a.g.e., s.204

⁹⁴ Philis/Yunanistan davası, 27.08.1991.

⁹⁵ Editions Périoscope/Fransa davası, 26.03.1992.

⁹⁶ Moreira de Azevedo/Portekiz davası, 23.10.1993.

açılan tazminat davaları⁹⁷, vergi olarak ödenen paraların sonradan geri alınması için açılan davalar⁹⁸, 6'ncı madde kapsamında değerlendirilmiştir. AİHM, maddi nitelikli menfaatleri genel anlamda özel hukuk nitelikli gördüğü için, devlet ile kişinin karşı karşıya geldiği, ceza veya idare mahkemelerinde karara bağlanan kamu hukuku davalarında tazminat talep edilmesini de 6'ncı madde kapsamında görmektedir.⁹⁹ AİHM'in bakış açısıyla, çok genel anlamda maddi yararın bulunduğu ve bu maddi yararın özel hukuk karakterli olduğu kabul edilen bütün tazminat davaları, bunlar kamu hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar olarak idare mahkemelerinde görülse bile 6'ncı madde kapsamında değerlendirilecektir.¹⁰⁰ Bu durum 6'ncı madde kapsamında kabul edilen kamu hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların çok geniş bir alana yayılmasına neden olmaktadır.

f- İdarenin takdir yetkisini kullanmasından doğan nizalar¹⁰¹ 6'ncı madde kapsamında kabul edilmektedir.

Böylece, idare hukuku alanında pek çok uyuşmazlık 6'ncı madde kapsamına girmekte ve 6'ncı maddenin güvencelerinden yararlanması gereken bir yargılama sürecini gerektirmektedir. AİHM'nin Sözleşmenin

⁹⁷ Georgiadis/Yunanistan davası, 29.05.1997; Göç/Türkiye davası

⁹⁸ National & Provincial Building Society vd./İngiltere davası, 23.10.1997.

⁹⁹ Inceoğlu S., a.g.e., s.34.

¹⁰⁰ Beaumartin/Fransa davası, Seri A, No. 296-A ; Ortenberg/Avusturya davası, Seri A, no. 295-B para 28.

¹⁰¹ Bu konuda Komisyon Raporu Kaplan/İngiltere 17.7.1980, no. 7598/76, DR 21, s. 5 ve aynı konuda Mahkemenin farklı kararı Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43; Belilos/İsviçre, 29.4.1988, Seri A, No.132; Eriksson/İsveç, 22.06.1989.

6/1'inci maddesini yorumlayış biçimi, sınırlı bir uygulama alanı da olsa, idare hukukuna yeni ve son derece önemli bir insan hakları temeli getirmiştir.¹⁰²

AİHM'nin içtihatları incelendiğinde, kamusal yönü ağır basan ve medeni hak ve yükümlülükler kavramı dışında kabul edilerek, 6'ncı madde kapsamı dışında kalan nizalar ve idari işlemler şu şekilde sınıflandırılabilir¹⁰³ :

a- Siyasi haklar¹⁰⁴, göç ve milliyet konuları¹⁰⁵, yabancıların ülkeye kabulü, sınırdışı etme, siyasi sığınma¹⁰⁶, pasaport vermeyi reddetmek¹⁰⁷ gibi Devletin egemenlik alanında, idarenin takdir yetkisi içinde olan karar ve işlemler.

b- Vergi uyuşmazlıkları, vergi değerlendirmeleri¹⁰⁸ ise, kamu hukuku alanına girdiği, vergi yükümlüsü için yarattığı maddi etkilere rağmen, bu tür işlemlerin "idari" nitelikte olduğundan medeni hak ve yükümlülük kavramının kapsamı dışında olduğu gerekçesiyle 6'ncı madde kapsamında

¹⁰² İnceoğlu S., a.g.e., s.55.

¹⁰³ Bu konudaki sınıflandırma ve diğer kararlar için bkz. : Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.272-273; Ladewig H.M., a.g.m., s.249-250; İnceoğlu S., a.g.e., s.58 vd.; Harris D.J., O'Boyle M., Warbick C., a.g.e., s.183-184.; Sudre F., "Droit Européen", a.g.e., s.302 vd.; Sancakdar O, a.g.m., s.90; Karahanoğulları Ö.E., a.g.m., s.44-45.

¹⁰⁴ Komisyon kabuledilmezlik kararları : Priorello/İtalya, 06.05.1985, başvuru numarası : 11068/84; IZ/Yunanistan, 28.02.1994, başvuru numarası : 18997/91.

¹⁰⁵ P./İngiltere davası, başvuru numarası: 13162/87 (1987), 54 DR 211 ve S. /İsviçre davası, başvuru numarası : 13325/87 (1988), 59 DR 256.

¹⁰⁶ Komisyon kabuledilmezlik kararları : Uppal/İngiltere başvurusu, 2.5.1979, başvuru numarası : 8244, DR 17, s. 149; X, Y, Z./İngiltere başvurusu, 6.7.1982, başvuru numarası : 9285/81, DR 29, s. 205; Agee/İngiltere başvurusu, 17.12.1976, başvuru numarası: 7729/76, DR 7, s. 164; Mahkeme kararı Skarby/İsveç, 28.6.1990, A 180-b.

¹⁰⁷ Peltonen/Finlandiya başvurusu, başvuru numarası: 19583/92 (1995), 80-A DR 38.

¹⁰⁸ X/Fransa başvurusu, başvuru numarası : 9908/82 (1983), 32 DR 266.

incelenebilmektedir.¹⁰⁹ Ancak, vergi cezaları veya parasal cezalar, ceza hukuku alanında ele alındığı için bu cezalarla ilgili başvurular¹¹⁰ 6'ncı madde kapsamında değerlendirilmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, bir kişiye "suç ithamı"nda bulunulması halinde, bu hususun Sözleşmenin 6/1'inci madde kapsamında ele alınması zorunluluğudur. AİHM'ye göre suç ithamı bir makamın kişiye işlediği bir suç dolayısıyla resmi bir bildiriye bulunmasıdır.

İtham konusunun suç olup olmadığı kuşkusuz milli hukuka göre belirlenir. AİHM'nin, **Engel vd./ Hollanda davasında**¹¹¹ belirttiği üzere, taraf Devletler kendi iç hukuklarında meseleleri cezai, disiplin veya idari olarak nitelendirmekte serbesttirler; yeter ki bu ayrımın kendisi Sözleşmeye ters düşmesin. Sözleşme haklarının normal kullanımı, örneğin konuşma özgürlüğü veya ifade özgürlüğü bir suç teşkil edemez. Buna ilişkin olarak, AİHM bir ithamın 6'ncı madde kapsamında "suça ilişkin" olup olmadığını belirleyecek kriterler geliştirmiştir. Bu ilkeler daha sonra içtihatlarla desteklenmiştir.¹¹²

Bu duruma göre, eğer itham, davalı devletin iç hukukunda suç olarak sınıflandırılmış ise, yargılamada 6'ncı madde otomatik olarak

¹⁰⁹ Ferrazzini/İtalya davası, 12.07.2001, başvuru numarası : 44759/98, para.30, AİHM "Sözleşmede yer alan özerk kavramların demokratik bir toplumdaki günün koşullarına uygun yorumlanmasına ilişkin ilke, Mahkemeye, 6/1'inci madde metninde yer alan "medeni" sıfatı yokmuş gibi yorum yapma yetkisini vermemektedir" demiştir.

¹¹⁰ Öztürk/Almanya davası, 21.2.1984, başvuru numarası : 8544/79.

¹¹¹ Engel ve diğerleri/ Hollanda davası, a.g.k., 81. paragraf.

¹¹² Mole N., Harby C., Adil Yargılanma Hakkı, AİHS'nin 6. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.3, Avrupa Konseyi Yayınları, 2001, s.15.

uygulanmaktadır; itham suç olarak sınıflandırılmamış ise, bu halde ihlal edilen normun kapsamı ve cezanın amacı kıstasları uygulanarak sonuca varılmaktadır. Cezanın amacı; cezai müeyyidelerini saf idari müeyyidelerden ayırmakta kullanılır. Cezanın amacı 6'ncı maddenin uygulanmasını gerektirmiyorsa, o zaman AİHM adil yargılama garantisinin uygulanmasını sağlayabilecek olan tür ve ağırlık kıstaslarına bakacaktır. Özgürlüğünden mahrum bırakılma ceza olarak uygulandığında, normu disiplinden ziyade suç kapsamına sokar. Hapis tehdidi de 6'ncı maddenin uygulanır hale gelmesine yol açabilir. Söz konusu ceza hapis veya hapis tehdidi değil de sadece para cezalarından ibaretse, AİHM bunların zarara karşılık maddi tazminat niteliğinde mi yoksa esas itibarıyla kusurun tekrarlanmaması için caydırıcı ceza niteliğinde mi olduğuna bakmaktadır. Sadece ikinci durum söz konusuysa, suç kapsamında değerlendirme yapılır.¹¹³

Ancak itham konusunun iç hukuk tarafından suç değil disiplin işlemini gerektiren bir ihlal olarak nitelendirilmesi halinde olayın sözleşme hükümlerinin ışığı altında kesin değerlendirilmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine aittir.

AİHM, **Engel vd./Hollanda davasında** askeri bir disiplin suçunun 6'ncı madde anlamında bir suç sayılıp sayılmayacağını incelemiş ve bu konuda uygulanmak üzere bazı kriterler geliştirmiştir. Burada geçerli olan üç husus vardır: iç hukuktaki sınıflandırma, suçun türü ile cezanın türü ve ağırlığıdır.

¹¹³ Örneğin Bendenoun /Fransa davası, 24.02.1994.

Buna karşılık **Öztürk/Federal Almanya davasında**¹¹⁴ Almanya'da suç kapsamından çıkarılmış bir dikkatsiz araç sürme sonucu trafik kazası dolayısıyla idari bir makam tarafından 60 mark para cezası kesilmiş, adı geçen bu cezayı ödememesi üzerine konu mahkemeye intikal etmiş, şikayetçi sonuçta para cezasını ödemiş ise de kendisine yüklenen mahkeme tercüman ücretini ödemeyi reddetmiş ve Komisyon'a şikayette bulunmuştur. Alman hükümeti olayın 6'ncı madde anlamında suç değil toplum düzenini ihlal niteliğinde basit bir eylem olduğunu ve 6'ncı madde kapsamına girmediğini savunmuşsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunu kabul etmemiştir. Bu normda halen bir cezayı gerektiren suç niteliğinin göstergeleri bulunmuştur. Ayrıca, "karayolunu kullanan herkese" uygulandığı için, uygulaması genel kapsamlı olup sadece belli bir gruba yönelik değildir ve cezalandırıcı ve caydırıcı türden bir müeyyide (para cezası) gerektirmektedir. AİHM ayrıca taraf Devletlerin büyük çoğunluğunda küçük trafik ihlallerinin suç kapsamında değerlendirildiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre bir suçun cürüm veya basit bir kabahat yada düzen ihlali olup olmadığının düzenlenmesi âkit devletlerin takdirine bırakılır ise Sözleşmenin temel hükümleri olan 6'ncı ve 7'nci madde uygulanması bertaraf edilmiş olur ki böyle bir sonucun da Sözleşmenin amacıyla bağdaştırmanın mümkün olamayacağına karar vermiştir.

¹¹⁴ Öztürk/Federal Almanya başvurusu, 21.02.1984.

Eğer söz konusu norm, örneğin bir meslek grubu gibi sadece belirli bir kişi grubuna uygulanıyorsa, bu normun cezaya değil disipline ilişkin olduğunu gösterir. Ancak, eğer norm genel bir etki yaratıyorsa, o zaman 6'ncı madde uyarınca cezai olabilir. **Weber/İsviçre davasında**, başvuru hakaret sebebiyle bir ceza davası açmış ve şikayetini kamuoyuna duyurmak için de bir basın toplantısı düzenlemişti. Bu nedenle, soruşturmanın gizliliğini ihlâlle itham edilmişti. Daha sonra verilen hükme karşı itirazı açık duruşma yapılmaksızın reddedildiğinde, başvuru 6'ncı maddenin ihlâli şikayetinde bulundu. Bu durumda, AİHM konunun cezai bir nitelik taşıyıp taşımadığını kararlaştırmak zorunda kaldı.¹¹⁵ Dolayısıyla, hüküm bir veya daha fazla belirli görevi olan kişi grubuyla sınırlı kalmadığı için, tabiatı itibariyle münhasıran disiplinle ilgili değildir.¹¹⁶

c- Askerlik hizmetine ilişkin uyuşmazlıklar¹¹⁷.

d- Kamu fonlarından yapılan ödemeler.¹¹⁸

¹¹⁵ Weber/İsviçre davası, 22 Mayıs 1990, 33. paragraf.: "Disiplin cezaları genellikle belli gruplara mensup kişilerin icraatlarıyla ilgili belirli kurallara uymalarını sağlamak için oluşturulmuştur. Ayrıca, Taraf Devletlerin büyük çoğunluğunda süren bir soruşturmaya ilişkin bilgi açıklanması böylesi kuralların dışında bir fiil teşkil eder ve çeşitli hükümler kapsamında cezalandırılabilir. Herkesten çok soruşturmanın gizliliği ile bağlanmış bulunan yargıçlar, avukatlar ve mahkemelerin işleyişiyle yakından bağlantılı olan kişiler, tüm cezai müeyyidelerden bağımsız olarak, meslekleriyle ilgili disipline ilişkin önlemlere tabidirler. Oysa, taraflar, mahkemelerin yetkisine tabi kişiler olarak yargılamaya sadece katılırlar, dolayısıyla da adli sistemin disiplin suçu kapsamına girmezler. Ancak 185. Madde tüm halkı etkileyebileceğinden, tanımlanan fiil ve buna ilişkin cezai müeyyide, ikinci kıstas uyarınca "suç" kapsamına girer."

¹¹⁶ Mole N., Harby C., a.g.e., s.17.

¹¹⁷ Komisyon kabuledilmezlik kararı Nicolussi/Avusturya, 08.05.1987.

¹¹⁸ Komisyon kabuledilmezlik kararı, X./İsveç, 9.7.1980, no. 8341/78, DR 20, s. 161; Rotenstein/Almanya, 10.12.1984, no. 10612/83, DR 40, s.276.

e- Eğitimnin devlet tarafından karşılanması hakkı¹¹⁹, medeni hukuk kapsamındaki davalarda yasal yardıma ilişkin konular¹²⁰, tıbbi tedavinin devlet tarafından karşılanması hakkı¹²¹, doğal afet kurbanlarına tek taraflı bir kararla Devlet tarafından yardım edilmesi¹²²

f- Patent bařvuruları¹²³. Ancak patent alındıktan sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklar, patent haklarının mülkiyeti uyuşmazlıkları, ticari ve mesleki bir faaliyetin icrasına ilişkin hakların kapsam içine alınmasından sonra, 6'ncı madde kapsamı içinde görölmüştür.¹²⁴

g- Kamu görevine seçilme hakkı¹²⁵,

h- AİHM, 6'ncı madde kapsamında ele alacağı idari işlem ve eylemlerde, davacı ile uygulanan idari işlem veya karar arasında "yakın, somut, güncel bir menfaat ilişkisi" bulunmasını aramakta olup; işlemle başvuran kişi arasında böyle bir bağ görmediği zaman, başvuruyu reddetmektedir. Nitekim, ***Athanassoglou vd./İsviçre davasında***¹²⁶ davacılar İsviçre'de 1971 yılından beri faaliyet gösteren ve nükleer yakıtla alışan

¹¹⁹ Komisyon kabuledilmezlik kararı, Simpson/İngiltere, başvuru numarası : 14688/89.

¹²⁰ Komisyon kabuledilmezlik kararı, X/Federal Almanya, başvuru numarası : 3925/69 (1974), 32 CD 123.

¹²¹ Komisyon kabuledilmezlik kararı, L/İsveç, başvuru numarası : 10801/84 (1978), 61 DR 62.

¹²² Komisyon kabuledilmezlik kararı, Nordh vd./İsveç, başvuru numarası : 14225/88 (1990), 62 DR 223.

¹²³ Komisyon kabuledilmezlik kararı, X/Avusturya, başvuru numarası : 7830/77 (1978), 14 DR 200.

¹²⁴ British American Tobacco/Hollanda, 20.11.1995, başvuru numarası : 19589/92.

¹²⁵ Komisyon kabuledilmezlik kararı Habsburg-Lothringen/Avusturya, 1989, başvuru numarası : 15344/89, 64 DR 210

¹²⁶ Athanassoglou vd/İsviçre davası, 6.4.2000, başvuru numarası : 27644/95.

bir fabrikanın yakınlarında oturmaktadırlar. 1991 yılında fabrika işletmesi, çalışma süresinin uzatılması için hükümete başvurmuştur. Davacılar ise, idareye başvurarak söz konusu fabrikanın insan sağlığı ve çevre koşullarını olumsuz yönde etkilediğini ileri sürerek, çalışma izninin yenilenmemesini istemişlerdir. Sonuçta, hükümet başvuru sahiplerinin itirazlarını kabul etmemiş ve fabrikanın faaliyet iznini, 31 Aralık 2004 tarihine kadar uzatmıştır. Davacılar, söz konusu idari işleme karşı, ulusal mevzuat bakımından etkili bir yargı yolu mevcut olmadığını ileri sürerek AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme, yaptığı yorumda davacıların genel olarak, nükleer enerji ile çalışan fabrikaların zararlarından bahsettiklerini, bu fabrikanın fiilen kendi kişisel durumlarını, sağlıklarını veya çıkarlarını etkileyen yakın bir tehlike oluşturma hususunu, somut olarak kanıtlayamadıkları; öte yandan, uzak menfaat ilişkisinin ulusal mevzuat açısından da bir hak olarak ileri sürülemediği; dolayısıyla, ulusal yargı yerlerinde "medeni hak" yönünden bir tartışma yaşanmadığı gibi, fabrikanın faaliyet süresinin uzatılması kararı ile başvurucular arasında güncel, etkin ve somut bir menfaat bağı bulunmadığı gerekçesiyle, başvuruyu 6'ncı madde kapsamında değerlendirmemiştir.

i- İdari makamlarla kamu hukuk kapsamında tanınan yetkilerin kullanıldığı silahlı kuvvetler, polis, hâkim vb gibi görevlerde çalışanlar arasındaki ihtilaflar, mesleğin saygınlığına zarar veren fiilleri nedeniyle uygulanan disiplin cezaları, AİHM tarafından "medeni hak" ihlali veya "suç isnadı" kapsamında görülmediğinden, bu tür şikayetler 6'ncı madde

kapsamında değerlendirmemektedir.¹²⁷ AİHM' ye göre memurluğa giriş, meslek (kariyer) ve memurluğun sona ermesine ilişkin düzenlemeler AİHS'nin 6'ncı maddesi anlamında medeni hak ve yükümlülük kabul edilmemektedir. Buna karşılık memur hukuku alanındaki bir uyuşmazlık, "açıkça maddi bir hak" yani doğrudan parasal sonuç doğuran bir hakka ilişkinse AİHS 6'ncı madde kapsamına girecektir.

Aralık 1999 tarihine kadar, AİHM'nin kamu kesiminde çalışanlara ilişkin kararlarında bazı çelişkiler bulunmaktaydı. AİHM devlet memurluğuna kabul, çalışma koşulları, memurların kariyerleri, işten çıkarılması ve emekliliğe sevkine ilişkin uyuşmazlıkların 6/1'inci maddenin kapsamı dışında olduğunu belirtmekteydi.¹²⁸ Öte yandan, maaşın ödenmesi gibi tamamen ekonomik nitelikli bir hakka ilişkin uyuşmazlıklarda 6/1'inci maddenin uygulanacağına karar vermişti.¹²⁹ Ancak tüm sorunlar ***Pellegrin/Fransa kararı*** ile aşılmıştır.

Pellegrin /Fransa davasında Mahkeme, devlet ile kamu görevlileri arasında ve bunların hizmet koşulları ile ilgili nizalarda 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasının uygulanabilirliği sorununu (medeni nitelikteki hak ve yüküm; bir mahkemeye başvurma hakkı) netlikten uzak bir içtihadı belirgin kılmak amacıyla etraflı olarak ele almıştır. Soruna cevapta Mahkemenin kullandığı yeni kriter, memuriyet görevi ve sorumluluklarının niteliğini esas alan ve

¹²⁷ Pellegrin/Fransa davası, 08.12.1999

¹²⁸ Bu konuda örnek kararlar için bkz. : Massa/İtalya davası, 24.08.1993, para.26; Giancarlo Lombardo/İtalya davası, para.16.

¹²⁹ Lapalorcia/İtalya davası, para.21; Abenavoli/İtalya davası, para.16.

fonksiyonel (işlevsel) kriter olarak adlandırılan kriterdir. Şöyle ki nizaya konu olan hizmet, görev; kamu yönetimine özgü faaliyetlere has nitelik taşıyorsa; devlet ya da öteki kamusal kolektivitelerin (cemaat, topluluk vb) genel yararlarının korunması görevine dahil ise ve bu hizmetin ifasında, kamu gücünü kullanan kişi olarak hareket edilmiş ise; niza 6/1'inci maddenin uygulama alanı dışındadır.¹³⁰ Bu tür görevin klasik ve uç örneği ordu veya polis tarafından görülen hizmetlerdir.¹³¹ Bu yeni içtihat sonucu devlet ile memur arasındaki görev ilişkilerinin konu olduğu geniş bir grup niza uygulama dışı kalmıştır.¹³² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6'ncı maddesi kapsamı dışında kalan tek uyuşmazlık türünün, kamu hizmetinin özel etkinlikleri ile görevlendirilmiş kamu görevlilerinin devletin ya da diğer kamu otoritelerinin genel yararını (kamu yararı) korumaktan sorumlu kamu otoritesi gibi davranmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar olduğunu belirtmektedir.¹³³

Özellikle kamu alanındaki memur ve hizmetlilere ilişkin, Mahkeme, olaylarda, ilgilinin memur veya hizmetli olup olmadığıyla ilgilenmemekte, bilakis kamusal görev kavramını ele alarak onu otonom şekilde tanımlamaktadır. Bununla birlikte hizmetli kavramını da aynı veya benzer ödevleri ifade eder şekilde değerlendirmektedir. Örneğin Fransa'da yabancı işlerden sorumlu görevli, hizmetli olarak çalışanlar, diplomatlar ve bunların yanında kamusal devlet ekonomisi alanındaki faaliyetlerde bulunanlar Pellegrin kararı ile kapsam dışı tutulmuştur. Genellikle ordu mensupları hariç

¹³⁰ Pellegrin/Fransa davası, a.g.k., para.70-71.

¹³¹ Pellegrin/Fransa davası, a.g.k., para.66.

¹³² Neigel/Fransa davası, 17.3.1997

¹³³ Pellegrin/Fransa davası, 08/12/1999, başvuru numarası : 28541/95, para. 66

tutulur,¹³⁴ haklarında hukuki düzenleme hazırlandığında veya var olanlar kullanıldığında polis, hâkim¹³⁵, finans memuru ve yönetimde istihdam edilenler için de durum bu merkezdedir.¹³⁶

B- Yargı Organına Başvuruda Sınırlamalar

1- Doğrudan Sınırlamalar

Her ne kadar idari yargı alanına giren uyuşmazlıkların büyük bir kısmı, otonom kavramlar yolu ile, Mahkemenin genişletici yorum ve içtihatları ile “medeni hak ve yükümlülükler” içersine katılarak, 6’ncı maddenin kapsama alanına dahil edilmiş ise de; İdarenin eylem ve işlemlerine karşı bir mahkemeye başvurma hakkının olmaması pek çok davanın konusu olmuştur.

Öte yandan, Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukukunda, gerek doğrudan gerek ise dolaylı engellerle; gerek milli mahkemelerin bazı kişilere veya idari işlemlere yönelik yargılama yetkisini sınırlandırarak gerek ise mahkemelere tam bir yargılama yetkisi vermeyerek; mahkemeye başvurma hakkının sınırlandırıldığı görülmektedir.¹³⁷

¹³⁴ R./Belçika davası, 27.02.2001, başvuru numarası : 33919/96

¹³⁵ Pitkevich / Rusya davası, 08.02.2001, başvuru numarası : 47936/99.

¹³⁶ Ladewig H.M., a.g.m., s.249.

¹³⁷ Inceoğlu S., a.g.e., s.120

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, örneğin hekimlerin disiplin yargılamalarına, çalışanın işten çıkarılmasına veya çocuğunu görme hakkına yönelik içtihatlarında, maddi ve hukuki yönden tam yargılama yetkisine sahip bir mahkemeye başvurma hakkını ararken, idari merci tarafından bir "yerindelik" değerlendirilmesi yapılarak alınan kararlar açısından, daha sınırlı bir yargı denetimini mümkün görmektedir. Davanın taraflarından birinin iddiasının maddi temelleri, örneğin milli güvenlik içeren bazı belgelerin yargı denetimi dışında tutulması gibi nedenlerle, ulusal mahkeme tarafından incelenemiyorsa, bu durumun mahkemeye etkili başvuru hakkını zedeleyeceği kabul edilmektedir.¹³⁸

a- Yargı Yolu Kapalı İşlemler

İdarenin eylem ve işlemlerine karşı bir mahkemeye başvurma hakkının olmaması söz konusu olabilmektedir. ***Hakansson ve Sturesson/İsveç davasında***¹³⁹; açık artırma yoluyla hacizli arazi satın alan başvuru sahiplerinin tescil talebinin arazilerin tarımsal reform kapsamında olması nedeniyle reddedilmesi ve 2 yıl içinde tescil edilmeyen arazinin Devlete zorunlu geri satışı nedeniyle uğradıkları maddi zararın ödenmesi, tescilin reddi kararına karşı mahkemeye dava açma imkanı bulunmaması, sadece Bakanlığa başvurabilme imkanı bulunması nedeniyle başvuru sahipleri AİHM'ye hem 6'ncı maddenin hem de Ek Protokol'ün 1'inci maddesinin ihlal edildiğini ileri

¹³⁸ Tinnelly ve Mc Elduff /İngiltere davası , 10.07.1998, Reports 1998-IV, para. 77-78; Devlin /İngiltere, 30.10.2001, para. 30-32.

¹³⁹ Hakansson ve Sturesson/İsveç davası, 21.02.1990, başvuru numarası : 11855/85.

sürmüşlerdir. İsveç hukukuna göre uyuşmazlık konusu sadece Hükümet tarafından karara bağlanmaktadır. Hükümet kararlarının da iç hukuk gereği, ne olağan mahkemeler ne idare mahkemeleri ne de Sözleşmenin 6'ncı maddesi kapsamında AİHM'nin "mahkeme" olarak kabul edebileceği bir "kurul" tarafından hukukiliğinin denetimi mümkün değildir. Bu nedenle AİHM, tescilin reddi kararına karşı mahkemeye, sadece Bakanlığa idari yoldan başvurabilme imkanı bulunması, mahkemelere dava açma imkanı bulunmaması nedeniyle 6'ncı maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkemeye başvurma hakkı, kişiler arasında uyuşmazlıklardan çok, idarenin işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlık konuları açısından nitelik kazanmaktadır. Şöyle ki, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargısal denetim, kişinin temel haklarından biri olarak kabuledile gelmiştir. Ülkelerin gerek anayasalarında¹⁴⁰ve de gerekse yasalarında, uluslararası sözleşmelerde koruma gören ve genellikle, kişi özgürlüğü, inanç özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü gibi hakların açık bir biçimde dahil edildiği temel haklar kataloguna idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargısal denetim hakkının da eklenmesi söz konusudur.¹⁴¹

AİHM, iç hukukta yargı yolunun kapalı olmasının, bir başka deyişle dava açma yetkisinin bir bütün olarak tanınmamasının, mahkemeye başvurma hakkının özüne zarar verdiğiinden bahisle, AİHS'nin 6'ncı maddesinin ihlal edildiğine karar verebilmektedir. ***Canea Catholic***

¹⁴⁰ 1982 Anayasasında 36'ncı maddesinde hak arama özgürlüğü, temel haklardan biri olarak yer almış; idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu da 125'inci maddede düzenlenmiştir.

¹⁴¹ Inceoğlu S., a.g.e., s.110.

Church/Yunanistan davasında¹⁴²; kilisenin yanındaki binada yaşayan kişilerin kiliseyle aralarındaki duvarı yıkıp, kendi binalarının duvarına bir pencere açmaları sonucu, Kilisenin duvarının kendilerine ait olduğundan bahisle, eski hale getirilmesi ve tazminat ödenmesi talebiyle açılan dava; Yunan Katolik Kilisesinin bir tüzel kişiliği bulunmadığından dava açma ehliyeti bulunmadığından bahisle reddedilmiştir. Hükümet, başvuru kilisenin tüzel kişilik kazanmak için gereken formaliteleri yerine getirmediğini ileri sürmüştür. AİHM, Yunan hukukunda, Katolik kiliselerinin ve diğer çeşitli kiliselerin tüzel kişiliğine ilişkin olarak bugüne kadar bir sorun olmadığını, kendi isimlerini aldıklarını, taşınır taşınmaz mal edindiklerini, sözleşme yapabildiklerini, kendilerine bu tür hukuki tasarruf yetkisinin her zaman tanındığını tespit etmiştir. Bu itibarla, Yunan Yargıtayı, kilisenin tüzel kişiliğinin olmadığını tespit ederek, kamu düzenini korumak için basit formaliteleri yerine getirmemeyi cezalandırmakla kalmayıp, aynı zamanda bu olayda ve gelecekte kendi mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklarının mahkeme tarafından karara bağlanmasını engelleyerek gerçek bir sınırlama getirmektedir. Dolayısıyla AİHM'ye göre, başvuru kilisenin mahkemeye başvurma hakkı ihlal edilmiştir.¹⁴³

Öte yandan, AİHM, mahkemeye başvurma hakkına ilişkin olarak devletlerin belirli bir takdir hakkına sahip olduğunu, fakat bu takdir hakkının AİHM'nin denetimi altında olduğunu belirtmiştir ve bu takdir hakkının sınırlarını da çizmiştir.

¹⁴² Catholic Church /Yunanistan davası, 16.12.1997, başvuru numarası : 25528/94.

¹⁴³ A.g.k., para.41-42.

Ashingdane/İngiltere davasında¹⁴⁴; suç işlemiş başvuru, paranoid şizofreni teşhisi sonrası, özel güvenli bir akıl hastanesine kapatılmıştır. Aradan geçen zaman sonrasında, durumunda değişiklik olduğu gerekçesiyle daha rahat koşullara sahip başka bir akıl hastanesine nakli talebi Bakanlık tarafından kabul edilmesine rağmen, anılan hastane tarafından kabul edilmemiştir. Başvuru, yüksek güvenli akıl hastanesinde kalmak istemediğinden, dava açmak istemiştir. İngiliz hukukunda hastalara bakmakla yükümlü olanlara, haksız baskılara karşı korumak için sınırlama getirilmiş ve sadece ihmal veya kötü niyetle yaptıkları eylemler aleyhine dava açılabilir. Bu iç hukuk düzenlemesini değerlendiren AİHM, dava açma hakkı bulunmadığından şikayet eden başvuruçunun iddialarını; dava açma hakkına getirilen sınırlamanın meşru bir amaç için, makul bir orantılılık içinde bulunduğundan, reddetmiştir. AİHM, mahkemeye başvurma hakkına ilgili devlet tarafından getirilen her sınırlamanın mahkemeye başvurma hakkını ihlal etmeyeceğini belirtmiş; getirilen sınırlamanın sınırını çizmiştir. Sınırlama, meşru bir amaca hizmet ediyorsa, hakkın özüne zarar vermiyorsa ve ulaşılmak istenen bu amaçla kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisi var ise, kabul edilebilir bir sınırlama olarak görülmektedir. Bu nedenle ihlal bulunmadığına karar vermiştir.

İdarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulması, mahkemeye başvurma hakkına aykırıdır.¹⁴⁵ Fakat, AİHM'nin **Pellegrin**

¹⁴⁴ Ashingdane/İngiltere davası, Başvuru numarası : 8225/78, 28.05.1985

¹⁴⁵ Pudas /İsveç davası, 27.10.1987, A, No.125, 10 EHRR 380 , para. 40-41.

kararındaki kriterler gereği, yargıç ve savcılar ile silahlı kuvvetler mensupları, devletin egemen gücünün kullanılmasına doğrudan katıldıkları için, bunların memurluğa kabul, kariyerleri, çalışma koşulları veya görevden alınmaları, emekliliğe sevkleri gibi konulardaki kararlar 6'ncı maddenin koruması altında değildir.

Türk hukukunda yargı yolu kapalı idari işlem ve eylemlerin neler olduğunu birinci bölümde incelenmiştir. Bu işlemler aleyhine AİHM'ye gidilmiş ve değerlendirmeye tutulmuş olanlar mevcuttur. AİHM'nin yargı yolu kapalı işlemler hakkında değerlendirmesine göz atacak olursak; ağırlıklı olarak Yüksek Askeri Şura kararları veya Olağanüstü Hal Bölge Valisi işlemlerine karşı başvuru yapıldığı; HSYK kararları aleyhine sınırlı sayıda yapılan başvurunun yanı sıra, yargı yolu kapalı disiplin cezalarının münferiden veya bir başka hakkın kullanımının ihlal edildiği iddiasıyla yapıldığı görölmektedir.

Bu konulardaki Mahkemeye yapılmış Türkiye ile ilgili başvurulardan önemli bir grup, YAŞ kararı ile ordudan uzaklaştırılan askerlerin durumuna ilişkin olarak verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Divanı, bu konuda ilk değerlendirmesini **Kalaç/Türkiye kararı**¹⁴⁶ ile yapmıştır. Yüksek Askeri Şura'ca 01.08.1990 tarihli kararıyla biri başvuru askerî hâkim Kalaç olmak üzere 3 subay ve 29 astsubayın "irticai faaliyetlere" karışmalarından bahisle disiplinsizlik sebebiyle emekliye sevk edilmeleri kararına karşı, Kalaç, dini inançları nedeniyle ordudan ihracının AİHS'nin 9'uncu maddesine aykırı

¹⁴⁶ Kalaç/Türkiye davası, 01.07.1997, başvuru numarası : 20704/92.

olduğu iddiasıyla başvuruda bulunmuştur. Başvuru; Komisyonun aksine, Divan tarafından, asker kişilerin tabii olduğu kuralların diğer kişilerden farklı olabileceğinin kabulü ile, dini inanç özgürlüğünün ihlal edilmediğinden bahisle 01.07.1997 tarihli kararla reddedilmiştir.

Aynı şekilde bir grup subay ve astsubayın, disiplin müeyyidesi olarak kendilerinin yargı yolu kapalı Yüksek Askeri Şura kararı ile ordudan ilişkilerinin kesilmesinin, AİHS'nin 6'ncı maddesi uyarınca mahkemeye müracaat haklarının engellendiğinden bahisle yaptıkları başvurularda; AİHM 04.07.2000 tarihinde 16 ayrı davada "kabuledilmezlik" kararı vermiştir.¹⁴⁷ Şöyle ki, Mahkemeye göre "Devletler 6'ncı maddenin konu ve amacına ters düşmemek kaydıyla, suç hukuku ile disiplin hukukunu birbirinden ayırmak hakkına sahiptirler. Bir nizanın bu iki hukuk alanından hangisine dahil olduğu, sonuç olarak 6'ncı maddenin uygulanabilirliği hususu keza, işlenmiş bulunan suçun niteliği ile birlikte buna karşılık olarak öngörülen müeyyidenin ağırlığına ve niteliğine bağlıdır. Bu dava, davacılara atfedilen fiiller, ulusal mevzuat uyarınca, disiplin hukukuna dahil eylemlerdir. Davacılar, orduya katılırken, hizmet gereği olarak, siviller için mevcut olmayan askeri disipline uymayı serbestçe kabul etmişlerdir. Kendine özgü bir statüye sahip bir grupla ilgili söz konusu ihraç kararı, bu özel disiplin rejiminin sonucu olup, Sözleşmenin 6/1'inci maddesindeki anlamında bir ceza müeyyidesi değildir. 08.12.1999 tarihli Pellegrin/Fransa kararından bu yana, yukarıda nitelikleri

¹⁴⁷ Batur/Türkiye başvurusu, 04.07.2000, başvuru numarası : 38604/97; Erbek/Türkiye başvurusu, 04.07.2000, başvuru numarası : 38923/97; Duran vd/Türkiye başvurusu, 04.07.2000, başvuru numarası : 38925/97; ART ve 10 kişi/Türkiye başvurusu, 04.07.2000, başvuru numarası : 38930/98.

belirtilen nizalar da “ratione materia” (konusu itibariyle) medeni hak ve yükümlülük teşkil etmeyecekleri için, bu açıdan da, 6’ncı madde uygulamasına girmemektedir ” diyerek, kabuledilmezlik kararı vermiştir.

Sonuç olarak, AİHM’ye göre, memuriyete son verme kararı özel statüye sahip bir grubun kendisine özgü disiplin rejimine girdiğinden Sözleşmenin 6/1 maddesi anlamında bir ceza yaptırımını oluşturmamakta olup; madde itibariyle “ratione materia” yetkisine girmediği yönündeki görüşünün bir yansıması niteliğindedir.¹⁴⁸ Her ne kadar, Anayasanın 125/2’nci maddesinde yer alan bu düzenleme, hukuk Devleti ilkesi gereğince idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmekle birlikte; AİHM’nin Pellegrin içtihadı ve yukarıda bahsedilen kararları doğrultusunda, 6’ncı maddenin ihlalinin söz konusu olması mümkün değildir.

Öte yandan, 1602 sayılı Kanununun AİHS’nin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrası yönünden en sorunlu düzenlemelerinden biri, gizli bilgi, belge ve dosyaların davacı ve vekillerine incelettirilmeyeceğine ilişkin 52’nci maddesidir. Öğretide, anılan düzenlemenin ileride incelenecek AİHM’nin “silahların eşitliği” ilkesine ters düştüğü, diğer yönü itibariyle “alenilik” kuralına da aykırı olan düzenlemenin “hakkaniyete uygun yargılanma hakkı” ile bağdaşmağı öne sürülmekte ve İdari Yargılama Usulü Kanunundaki 20’nci madde paralelinde bir düzenleme ideal görünmekle birlikte; askerlik

¹⁴⁸ Sancakdar O., a.g.m., s.94.

hizmetinin bünyesinde doğal olarak mevcut bulunan “gizlilik” ve “bilmesi gereken” prensipleri dikkate alındığında, dengeli ve adil yargılanma hakkının özünü de zedelemeyen yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır. Nitekim, AYİM Kanun Tasarısı Taslağı’nda bu konuda dengeli bir yaklaşımla “askeri hizmetin gerekli ve zorunlu kıldığı anlamda gizlilik” kriteri esas alınmak suretiyle, “silahların eşitliği” ve “hakkaniyete uygun yargılama” ilkeleri dikkate alınmıştır.¹⁴⁹

Bu çerçevede, bölücülük faaliyeti yaptıklarından bahisle haklarında disiplin işlemi uygulanarak görevlerine son verilen bir grup Gülhane Askeri Tıp Akademisi görevlisinin, haklarında memurluklarına son verilmeye sebep bilgilerin “gizli” kaydından dolayı kendilerine bildirilmemesinin 6’ncı maddenin ihlali olduğundan bahisle AİHM’ye yapılmış başvurular bulunmakta olup; halen görüşülme aşamasındadır.

1982 Anayasasına göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu adli ve idari yargıç ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama, nakletme, geçici yetki verme, yükseltme ve birinci sınıfa aktarma, kadro dağıtma,... işlemlerini yapmaktadır. Bu Kurulun başkanının Adalet Bakanı olması ve Kurul içinde Adalet Bakanlığı müsteşarının yer alması ve diğer üyelerin yargı mensuplarınca (Yargıtay-Danıştay) gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi, AİHM’nin yukarıda belirtilen yaklaşımı

¹⁴⁹ Özgüldür S., “Adil Yargılanma Hakkı Merceğinde Ele Alınması Gereken Bir Kod Kanun Hazırlık Çalışması Örneği: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanun Tasarısı Taslağı”, “Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Önünde Adil Yargılanma Hakkı” konulu seminerde sunulan bildiri, 23/05/2003 İstanbul., *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 18.

nedeniyle 6'ncı madde açısından "tek başına" mahkemelerin bağımsız olmadığını gösteren bir unsur olarak değerlendirilmemiştir. Anayasa 159/4'üncü maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının yargı denetimine tabi olmaması da, bu kurul tarafından yapılan atamaların bağımsız mahkeme kuralına aykırı olduğunu göstermemektedir. Örneğin, **Uslu/Türkiye kararında** Komisyon, Anayasanın 159'uncu maddesi gereğince kararları yargı denetimine tabi olmayan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Hâkimleri atamasını bağımsızlığından kuşku duymak için yeterli bir neden olarak görmemiştir.¹⁵⁰

HSYK'nın kararlarının yargı yoluna kapalı olması nedeniyle 6'ncı maddenin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvuran bir hâkimle ilgili olarak kabuledilmezlik kararı verilmiştir. **Muammer Yılmazoğlu/Türkiye davasında**¹⁵¹; başvuru, 6 Mayıs 1980 tarihinde üst dereceli yargıç olarak İzmir İş Mahkemesindeki görevinden emekli olur. 25 Mayıs 1987 tarihine kadar avukat olarak çalışır. Başvuranın talebi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 25 Mayıs 1987 tarihinde başvuruyu mesleğe yeniden kabul ederek Manisa İş Mahkemesine yargıç olarak atar. 21 Ocak 1991 tarihinde başvuru HSYK'ya başvurarak avukat olarak çalıştığı sürenin, maaşının hesaplanmasında memuriyet süresine dahil edilmesi ile maaşının arttırılmasını talep eder. Talebinin reddine ilişkin HSYK işleminin iptali istemiyle Ankara İdare Mahkemesine başvurur. 21 Mayıs 1991 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi yer bakımından yetkisizlik kararı vererek dosyayı

¹⁵⁰ Uslu/Türkiye başvurusu, Komisyonun 20.05.1998 tarihli kararı, başvuru numarası : 29860/96.

¹⁵¹ Muammer Yılmazoğlu/Türkiye başvurusu, başvuru numarası : 36593/97

İzmir İdare Mahkemesine gönderir. İzmir İdare Mahkemesi, HSYK kararları kesin olduğu ve herhangi bir yargısal denetime tabi olmadığı için başvuranın iddiasını inceleme yetkisine sahip olmadığına karar verir. Başvurucu, HSYK kararlarına karşı bir itiraz yolu olmadığı ve idare mahkemelerinin davasını makul bir süre içerisinde sonuçlandırmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 6/1'inci maddesi uyarınca; HSYK'nin başvuranın maaşının hesaplanmasıyla ilgili karar, yargısal denetime tabi olmadığı için etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 13'üncü maddesi uyarınca AİHM'ye şikayette bulunmuştur. AİHM, yetkililerle kamu görevlileri arasındaki istihdam uyumsuzluklarının Sözleşmenin 6/1'inci maddesi anlamında "medeni hak ve yükümlülükler" kapsamında bulunmadığını belirttikten sonra; "olağan kamu hizmetinin bir parçası olmasa da yargı yine de tipik kamu hizmetinin bir parçasıdır. Bir yargıç, Devletlerin egemen yetkiler kullandığı adalet dağıtılması alanında özel sorumluluklara sahiptir. Sonuç olarak yargıç kamu hukukuyla kendisine verilen yetkileri doğrudan kullanır ve Devletin genel çıkarlarını korumak üzere belirlenen görevleri yerine getirir. Bu davanın olgularına dönüldüğünde başvuranın adalet dağıtılması alanında yüksek dereceli bir görevi ifade eden bir iş mahkemesi yargıcı olduğuna dikkat çekilmelidir. Dolayısıyla başvuran kamu hukukunun kendisine verdiği yetkileri kullanmakta ve Devletin genel çıkarlarını korumak için görev üstlenmektedir. Dolayısıyla başvuranın maaşının hesaplanmasıyla ilgili uyumsuzluk Sözleşmenin 6'ncı maddesi anlamındaki "medeni" hak ve yükümlülüklerle ilgili bulunmamaktadır. Dolayısıyla anılan hüküm söz konusu davada uygulanabilir değildir." dedikten sonra; başvurunun bu kısmının Mahkemenin

konu bakımından yetkisi (ratione materiae) dışında kaldığına hükmetmiş; ana şikayetin Sözleşme kapsamı dışında olduğu durumlarda 13'üncü maddenin uygulanamaz olduğundan bahisle de başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

HSYK kararları doğrultusunda yapılan ve ilk kabuledilebilirlik kararının verildiği başvuru **Mehmet Emin Albayrak/Türkiye başvurusudur.**¹⁵² Tufanbeyli hakimi olarak görev yapmakta iken, Adalet Müfettişlerince yapılan teftiş sonucu, Özgür Ülke gazetesi okuduğundan, Med Tv'yi seyrettiğinden, Kürt kökenli olmasından dolayı aşırı Kürt yanlısı bir tutum izlediğinden bahisle 1996 yılında HSYK'nin yer değiştirme ve kınama cezası ile cezalandırılan, Mehmet Emin Albayrak, AİHM'ye, anılan cezalar aleyhine yargı yolu kapalı olduğundan başvurabileceği etkin ve etkili bir iç hukuk yolu olmamasından dolayı Sözleşmenin 13'üncü maddesinin, yer değiştirme cezası nedeniyle aile birliği bozulduğundan bahisle 8'inci maddesinin, görüşlerinden dolayı cezalandırıldığı için 10'uncu maddesinin, görüşlerinden dolayı uğradığı ayrımcılıktan dolayı 14'üncü maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM; etnik kimliği nedeniyle ayrımcılığa tabî tutulduğundan, farklı düşüncelerinden dolayı disiplin cezası verilmesi yönündeki iddialarını kabuledilebilir bulmuştur. Ancak, burada doğrudan doğruya HSYK tarafından verilen disiplin cezasının yargı yoluna kapatılması değil; AİHM'nin en hassas olduğu konulardan biri olan ifade ve düşünce özgürlüğüne aykırı disiplin yoluyla cezalandırılması hususundaki iddiaları kapsamında başvuru kabul edilmiştir. Ne var ki ve bugüne kadar başvurunun esası hakkında karar

¹⁵² Mehmet Emin Albayrak/Türkiye başvurusu, kabuledilebilirlik kararı, 16.11.2000, başvuru numarası : 38406/97

verilmemiş olması, AİHM'nin getireceği kriterler ile değerlendirmesini görme fırsatı vermemiştir.

Bu arada, 1996 yılında yapılan cezalandırma işlemine, 1997 yılında AİHM'de başvuru yapılması ve 2000 yılında kabuledilebilirlik kararı verilmesine rağmen, aradan geçen bunca süre içinde Strazburg Organlarıncı karara varılamamış olmasının Sözleşmenin 6'ncı madde sinde yer alan "makul süre" içinde yargılama kriteri ile ne kadar bağdaştığı ayrı bir husustur. AİHM'nin "makul sürede" bitmeyen davalarına karşı gidilebilecek bir başka merci bir gün olacak mıdır ?

Sacit Kayasu/Türkiye başvurusunda¹⁵³, Kenan Evren ve arkadaşları hakkında 12 Eylül 1980 tarihinde TBMM'ye ihtilal yapmak suçundan TCK'nın 146'ncı ve 147'inci maddelerinden iddianame düzenlemekten dolayı, anılan iddianamede görevi kötüye kullanmak ve devletin askeri kuvvetlerini tahkir ve tezyif etmekten bahisle hakkında TCK'nın 159'uncu ve 240'uncu maddelerinden dava açılan Adana Cumhuriyet Savcısı Sacit Kayasu; yargılanması sonucu TCK 159'uncu maddeden beraat, 240'ıncı maddeden 1 yıl hapis cezasına mahkum edilmiş; aldığı hapis cezasının Yargıtay tarafından bozulması üzerine para cezasıyla cezalandırılmış verilen cezası da ertelenmiştir. Başvurucu, hazırladığı iddianame nedeniyle mahkum edilmesinin Sözleşmenin 10., 17., 7. ve haksız yere yargılanması sebebiyle 6'ncı maddesinin ihlal ettiğini ileri sürmüştür. HSYK'nın vermiş olduğu bir

¹⁵³ Sacit Kayasu/Türkiye başvurusu, başvuru numarası : 76292/02, AİHM başvuru ile yaptığı ön incelemede başvuranın 7., 10. ve 17. maddeleri ile ilgili şikayetlerini incelemeye almış, 6. madde ile ilgili şikayetlerini reddetmiştir.

karar bu başvuru için söz konusu olmamakla beraber; AİHM tarafından henüz bir değerlendirme yapılmamıştır. Kamu görevini ifa eden ve yerine göre silahlı kuvvetler, polisler gibi ayrıcalıklı ama 6'ncı madde kapsamında koruma altına alınmayan kamu görevlilerinin disiplin yargılamasına ilişkin bu başvuruda, ağırlığın ifade özgürlüğünü düzenleyen 10'uncu madde çerçevesinde toplanacağı düşünülmektedir. Yine **Wille/ Liechtenstein başvurusunda**¹⁵⁴; AİHM, hâkimlerin ifade hakkı söz konusu olduğunda 10/2'inci maddede zikredilen, "görev ve sorumluluğun" özel bir önem taşıdığını, yargıda görev yapan kamu görevlilerinin, yargının otoritesine ve tarafsızlığına gölge düşebilecek her durumda ifade özgürlüklerinin kullanılmasında kendi kendilerini sınırlandırmalarının beklenmesinin makul olacağını belirtmiştir.

İç hukukumuzda yargı yolu kapalı işlemlerden bir diğer de Olağanüstü Hal Bölge Valiliğinin işlemleridir. Bu çerçevede kısaca hatırlatacak olursak; 285 sayılı "Olağanüstü Hâl Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenmiş olan "dava açılması" başlıklı 7'nci maddesinde ise bu KHK ile Olağanüstü Hâl Bölge Valisine tanınan "takdir yetkisinin" kullanılması ile ilgili idarî işlemler hakkında iptal davası açılmayacağı öngörülmüştür. 285 sayılı KHK'nin 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen 7'nci maddesi hükmünün Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davası; söz konusu 425 sayılı KHK'nin bir olağanüstü hâl KHK'si olan 285 sayılı KHK'de değişiklik yaptığı ve bu hâliyle Anayasanın

¹⁵⁴ Wille/Liechtenstein başvurusu, başvuru numarası : 28396/95, 28/10/1999 tarihli karar

121/3'üncü maddesi kapsamında olduğu, 148'inci madde uyarınca biçim ve öz yönünden Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılmayacağı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin 10.1.1991 gün ve E.1990/25 K.1991/1 sayılı kararıyla yetkisizlik yönünden reddedilmiş ve bu husustaki karar 5.3.1992 gün ve 21162 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Bu bağlamda KHK'nin 7'nci maddesi gereğince idarenin "takdir yetkisi" denetlenemeyecektir. Ancak, yapılan işlemin şekil ve yetki yönünden denetimi mümkün olabilmektedir. Bu durumda, örneğin olağanüstü hâlin bulunmadığı bir yerde çalışan bir memurun başka bir yere ataması 4 (g) maddesi uyarınca yapılırsa işlem iptal edilecek; olağanüstü hâl bölgesinde çalışan bir memurun ataması ise, şekil kuralları uygulanmazsa, örneğin olağanüstü hâl bölge valisinin imzası olmayan bir atama kararı durumunda, ya da yetki ihlâli yapıp olağanüstü hâl bölge valisi yerine il valisi atama teklifinde bulunursa, atama 4 (g) maddesi gereğince yapılmadığından iptale mahkûm olacaktır.

Ancak, yine de doğrudan doğruya OHAL Bölge Valisinin işleminin iptali isteğiyle açılan davalar İdare Mahkemelerince incelenmeksizin reddedilmektedir. Bu kapsamda AİHM'ye yapılan başvurular ağırlıklı olarak, düşünce ve ifade özgürlüğü veya dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün ihlali iddiası ana ekseninde açılmış olmakla birlikte, etkili ve etkin iç hukuk yolunun olmamasını da içermektedir.

Akat/Türkiye davası¹⁵⁵ **Bulğa vd./ Türkiye davası**¹⁵⁶, **Ertaş Aydın vd/ Türkiye davası**¹⁵⁷ hem kamu görevlilerinin OHAL Bölge Valiliğinin teklifi doğrultusunda tayin edilmeleri hem de memurların sendikal faaliyetlerinin değerlendirilmesi açısından son derece önemli içtihat getirmiştir. Şöyle ki; bu 3 davada da, 15 başvuru kamu görevlisidir. Akat, Bulğa vd davalarındaki tüm başvurucular öğretmen olup, Eğitim-Sen üyesi; Ertaş Aydın davasındakiler Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası üst düzey görevlileridir. Hepsinin OHAL Bölge Valiliğinin talebi ve 285 sayılı KHK'nin 4 (g) maddesine dayanarak Diyarbakır'dan başka illere tayin edilmişlerdir. Başvuranlar atanmalarının Kürt kökenli olmalarından, siyasi görüşlerinden ve sendika üyesi olmalarından dolayı yapıldığını ileri sürerek; Sözleşmenin 11'inci, 14'üncü ve OHAL Bölge Valisi kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasından dolayı 13'üncü maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

AİHM, kamu görevlilerinin tayin kararının uygunluğunu AİHS bakımından takdir etme hakkı bulunmadığını, başvuranların sendikal faaliyetlerde bulunma hakkına ilişkin böylesi bir kararın Sözleşmenin 11'inci maddesi bakımından sonuçlarını incelemek yetkisinin bulunduğunu belirttikten sonra; başvuranların kamusal görevli olma konularının, ilke olarak kamu hizmetinin ihtiyaçlarına göre başka bir şehre ya da başka bir göreve tayin edilebilme olasılığını öngörmekte olduğunu; bu bakımdan söz konusu tayin kararlarının ilke olarak ilgili kişilerin bir sendikaya katılma, sendika ve dernek kurma özgürlüğünü kullanma ya da bu haklardan

¹⁵⁵ Akat/Türkiye davası 20.09.2005, başvuru numarası : 45050/98.

¹⁵⁶ Bulğa vd./ Türkiye davası 20.09.2005, başvuru numarası : 43974/98.

¹⁵⁷ Ertaş Aydın vd/ Türkiye davası 20.09.2005, başvuru numarası : 43672/98.

faydalanma haklarına yönelik bir engel ya da sınırlama teşkil etmediğini belirtmiştir. Sendika ve dernek kurulmasına ilişkin bireysel özgürlükleri konusunda ise, dava konusu kararlara rağmen sendikalarına üyeliklerinin devam ettiği göz önüne alınırsa başvuruçuların bu haklarından faydalandıklarını; ayrıca yeni görevlerinde ya da tayin yerlerinde sendikal faaliyetlerde bulunmalarının engellenebileceği konusunda da ikna olmadığını ifade ederek; Ulusal makamların ilgili kişilerin başka bir bölgeye ya da başka bir şehre tayin kararlarını verirken takdir hakları çerçevesinde hareket ederek; kamu hizmetinin en iyi şekilde idare edilmesi ve başvuruların sendikal faaliyetlerde bulunma hakkı gibi mevcut farklı çıkarlar arasında dengeyi sağladıklarından bahisle Sözleşmenin 11'inci maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Ancak; OHAL Bölge Valisi'ne tayin konusunda geniş ayrıcalıklar tanıyan 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 (g) maddesine dayanarak, Valinin kamu sektörü personelinin başka bir bölgeye tayinini isteyebilmesine rağmen, Türk iç hukukunun anılan tayin kararlarına karşı ulusal mahkemeler önünde itiraz olanağı sağlayan bir iç hukuk yolunun bulunmayışından dolayı 13'üncü maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁵⁸

Erhan Karaçay/Türkiye başvurusunda¹⁵⁹, memur olarak çalışan ve aynı zamanda Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu'na (KESK)

¹⁵⁸ Tazminat olarak 15 başvuruçunun her birine 500 Euro manevi tazminat ile Akat başvurusunda 1000 Euro, Bulğa vd. başvurusunda 4000 Euro, Ertaş Aydın vd. başvurusunda 2000 Euro yargılama giderine hükmetmiştir.

¹⁵⁹ Erhan Karaçay/Türkiye başvurusu, başvuru numarası : 6615/03.

bağlı Yapı-Yol-Sen Sendikası İstanbul Şube Yönetim Kurulu Başkanlığı yapan başvuru; 3 Ekim 2002 tarihinde memur maaş artış oranının protesto amacıyla yapılan eyleme katıldığı iddiasıyla İstanbul Valiliği tarafından uyarma cezası ile cezalandırıldığını, karara karşı idari yargı yoluna başvuru olanağı bulunmadığından AİHS'nin 6'ncı maddesinde yer alan mahkemeye başvuru ile mahkemeye ulaşma haklarının, bununla bağlantılı olarak AİHS'nin 13'üncü maddesindeki etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü; ayrıca, AİHS'nin 11'inci maddesinde öngörülen dernek kurma ve toplantı özgürlüğü ile AİHS'nin 14'üncü maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağının gözetilmediğini ileri sürmüştür. Bir gösteriye katıldığı gerekçesiyle kendisine verilen disiplin cezası nedeniyle başvuranın bir sendikaya üye olma ve AİHS'nin 11'inci maddesinde öngörülen toplantı özgürlüğü ihlal edilip edilmediği ve başvuranın AİHS'nin 11'inci maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikayetini ileri sürebileceği ve AİHS'nin 13'üncü maddesi anlamında etkili bir iç hukuk yoluna sahip olup olmadığını araştıran AİHM, henüz bir değerlendirme yapmamıştır.

b- Kısıtlı Yargı Yetkisinin Bulunması

Bazı iç hukuk mevzuatlarında, milli mahkemenin önündeki yargılama sırasında davadaki olaylar ve hukuki konulara ilişkin tam bir yargılama yetkisinin bulunmaması mümkün olabilmektedir.¹⁶⁰ Bu şekilde milli mahkemenin kısıtlı yargı yetkisine sahip olması halinde Sözleşmenin 6'ncı

¹⁶⁰ Zupančič B., "Access To Court As A Human Right According To The European Convention Of Human Rights", Nottingham Law Journal, 2000, Vol.9 (2), s.8.

maddesi kapsamında mahkemeye başvurma hakkının ihlali ortaya çıkabilmektedir.

Terra Woningen B.V./Holanda davasında¹⁶¹; başvuruçunun dairesinin bulunduğu apartmanın toprağının kirliliği nedeniyle, başvuruçunun kiracısı da Kira Kuruluna başvurarak kirasının düşürülmesini sağlamıştır. Başvuruçucu bu karara, Kira Kanununun “Toprak Temizleme Kanunu çerçevesinde yapılan inceleme, ikamet edilen yerin yakınında toprağın çevre ve sağlık açısından ciddi tehlikeye neden olacak türde kirli olduğu belirlendiğinde” hükmüne dayanarak Bölge Mahkemesine itiraz etmiş, kira tespit davası açmıştır. Mahkeme, kararını verirken sadece bölgedeki toprağın temizlenmesi gerektiğine ilişkin Valilik kararının dayanağı olan raporunun içeriğinin doğru olup olmadığını araştırmadan toprak temizleninceye kadar kira indirimine karar vermiştir. AİHM, verdiği kararda 6/1’inci maddede yer alan “mahkeme” kavramının, önüne gelen uyuşmazlıkla bağlantılı hukuk ve olaya ilişkin bütün sorunları inceleme yetkisine sahip mahkeme demek olduğunu belirtmektedir.¹⁶² AİHM’ye göre Bölge Mahkemesi, Toprak Temizleme Kanunu çerçevesinde, toprağın çevre ve sağlık açısından ciddi tehlikeye neden olacak türde kirli olduğu sonucunu doğrulamak üzere değerlendirme yapmamış, bu şekilde çok önemli olayları değerlendirmekten kendisini mahrum bırakmıştır. Sonuç olarak milli mahkemenin davanın

¹⁶¹ Terra Woningen B.V./Hollanda davası, 17.12.1996, başvuru numarası : 20641/92.

¹⁶² A.g.k., para.52.

esasını oluşturan maddi olayın gerçekliğini araştırmadan karar vermesi nedeniyle mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁶³

Aynı şekilde **W/İngiltere davasında**¹⁶⁴, idari bir kurum tarafından çocuğu kamu bakımına alınan ve koruyucu aileye verilen annenin, çocuğuyla ilişkisinin geniş ölçüde kısıtlanmasına dair kararların alınma sürecine anne katılamamaktadır. Çocuğunu görme hakkı sınırlanan başvurucu mahkemeye başvurma hakkına sahiptir, fakat mahkeme sadece ilgili makamın kararının “hukuka aykırı”, “makul olmayan bir biçimde” veya “adil olmayan” bir biçimde hareket edip etmediğini denetlemektedir. AİHM'ye göre, böyle bir olayda konunun esasını inceleme yetkisine sahip bir mahkeme tarafından ilgili makamın kararının denetlenmesi imkanı verilmediği müddetçe ebeveynin çocuğuna ulaşma hakkının karara bağlanması mümkün değildir. Dolayısıyla İngiliz mahkemelerinin yetkilerinin bu gerekleri tam olarak yerine getirmemesi 6/1'inci maddesinin ihlaline neden olmuştur.¹⁶⁵ Bu tür davalarda belirtilen konularla sınırlı yargısal denetim yeterli görülmemiştir. AİHM'ye göre, 6/1'inci maddesi etkili bir yargı denetimi için işin esasına da girerek inceleme yapacak bir mahkeme tarafından yerel otorite kararlarının gözden geçirilmesini gerektirmektedir.¹⁶⁶

¹⁶³ A.g.k., para.53-54

¹⁶⁴ W/İngiltere davası, 08.07.1987, başvuru numarası : 9749/82.

¹⁶⁵ A.g.k., para.81-82.

¹⁶⁶ Inceoğlu S., a.g.e., s.134.

AİHM, **Boden/İsveç davasında**,¹⁶⁷ İsveç ulusal mevzuatının, kamulaştırma kararlarına karşı yargıya başvurabilme olanağının sınırlandırmış olmasını, 6'ncı maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. İsveç'in ulusal mevzuatına göre kamulaştırma kararı, ilgili belediyenin teklifi üzerine, hükümetçe verilen izne bağlıdır. Diğer idari işlem ve eylemlere karşı İdare Mahkemesi, Bölge Temyiz Mahkemesi, Yüksek İdare Mahkemesi şeklinde üçlü bir yargılama mevcutken, kamulaştırma kararına karşı, sadece sınırlı sebepler ve koşullar altında ilçe idare kuruluna ve Yüksek İdare Mahkemesine itiraz edilebilmektedir. Yüksek İdare Mahkemesinin incelemesinin işin esasına yönelik olmaması, şekli bir inceleme yapması ve başvuru koşullarının sınırlandırılması nedeniyle, AİHM, bu davada etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme olanağının mevcut olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

AİHM, başka bir konuda, bu defa mahkemenin kendisinin yargı yetkisinin kısıtlı olmadığına, fakat başvuru tarafından bu yolun etkin kullanılmadığını belirtmiştir. **British American Tobacco/Hollanda davasında**¹⁶⁸, başvuru hakkında karar veren ve memurlardan oluşan Patent Ofisi ve bu Ofisin itiraz merciinin bağımsız ve tarafsız olmadığından şikayetçi olunmuştur. Başvurucular patent talebinin reddedilmesi üzerine itiraz kurulunun kararına karşı hukuk mahkemelerine başvuru örneğinin bulunmadığından, mahkemeye başvuru haklarının ihlal edildiğini; İtiraz Kurulunun bağımsız ve tarafsız olmadığını, etkin ve etkili iç hukuk yolu

¹⁶⁷ Boden/İsveç davası, 27.10.1987, başvuru numarası : 10930/84

¹⁶⁸ British American Tobacco/Hollanda davası, 20.11.1995, başvuru numarası : 19589/92.

bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. AİHM, bu davada Patent Ofisi İtiraz merciinin bağımsız ve tarafsızlığını tartışmaksızın, bu idari merciin kararına karşı olağan mahkemelere başvuru hakkının olduğunu fakat başvuru tarafından kullanılmadığını dikkate alarak iddiayı haklı bulmamıştır. AİHM' ye göre, Hollanda hukuku çerçevesinde, "başvurucu söz konusu İtiraz Mercii'nin 6/1'inci maddedeki güvenceleri sağlamadığını olağan mahkemede iddia edebilirdi, olağan mahkeme gerçekten böyle olduğuna kanaat getirdiğinde ise esasa ilişkin karar vermeye tam yetkili olacaktır"¹⁶⁹ diyerek, ihlale hükmetmiştir.

Öte yandan; pek çok Avrupa ülkesinin hukuk sisteminde, kamu makamlarına karşı dava açılmasını önleyici bazı muafiyetler veya dokunulmazlıklar bulunmaktadır. Söz konusu koruma, muafiyet veya dokunulmazlıklar özel olarak bir yasada düzenlenmiş olabildiği gibi, içtihatlardan da bu sonuç çıkabilmektedir. Bu tür düzenlemeler bazı kamu makamlarının sorumluluğunu sınırlayarak, kişinin mahkemeye başvurma hakkını engelleyebilmektedirler.¹⁷⁰

Osman/İngiltere kararı da yargısal muafiyet ile ilgilidir. Başvuruculardan Ahmet Osman ve bir arkadaşı okullarındaki bir öğretmen tarafından rahatsız edilmişlerdir. Öğretmenin işten uzaklaştırılmasının ertesinde, Osman ailesinin çeşitli kereler evlerine ve arabalarına yönelik taciz edici saldırılar gerçekleşmiştir. Polisle çeşitli şekillerde irtibata geçilmiştir.

¹⁶⁹ A.g.k., para.84.

¹⁷⁰ Inceoğlu S., a.g.e., s.142.

Daha sonra, öğretmen tarafından yapılan bir silahlı saldırı sonucu baba Ali Osman öldürülmüş, oğul Ahmet Osman ise yaralanmıştır. Başvurucu Ahmet Osman ve Ali Osman'ın dul eşi, daha önceki saldırıları kimin yaptığı tahmin edildiği halde polisin önlemek için hareket etmediği ve görevini ihmal ettiği iddiası ile bir hukuk davası açmışlardır. Fakat iç hukuka göre, polislerin soruşturma ve suçun önlenmesine ilişkin ihmallerinden dolayı dokunulmazlıkları vardır. Bu nedenle başvuruları reddedilmiştir. AİHM, polisin haksız davalardan korunarak, işini etkili bir biçimde yapabilmesi için öngörülmüş bu dokunulmazlığın meşru bir amaca sahip olduğunu kabul etmekle birlikte "ölçülü" bulmamıştır. Mahkemeye göre, istinaf mahkemesi bu davada uygulanacak kuralın, polise aşılması mümkün olmayan bir savunma meşruiyeti verdiğini belirtmiştir. AİHM'ye göre milli mahkemeye, kuralı farklı bir biçimde uygulama yolunu açacak, diğer kamu yararı meselelerini dikkate alma imkanı sağlanmalıdır. Bunun yapılmaması halinde ihmalin veya meydana gelen zararın dereceleri arasında ayırım yapılamaz; belirli bir davada adaletin yerine getirilmesi dikkate alınamaz; dava bir çocuğun yaşamının korunmasının ihmali ile ilgilidir, ortaya çıkan zarar ise çok ciddidir; davada ileri sürülen iddialar, polisin dokunulmazlığına ilişkin kural uygulanarak otomatik olarak dışlanması gereken, davanın esası hakkında inceleme yapılmasını gerektiren iddialardır.¹⁷¹ Bu nedenlerle AİHM, başvurusunun mahkemeye başvurma hakkının orantısız bir biçimde sınırlandığı 6/1'inci maddenin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

¹⁷¹ Osman/İngiltere davası.

Yine benzer bir konuda ve mahkemeye erişim hakkının uygulanması alanında, parlamenter dokunulmazlığın yargısal bağımsızlığı **De Jorio/İtalya davasında**¹⁷² ele almıştır. Başvurucu 1996 seçimlerine aday olmuş, muhalif partiden senatör olmuş bir kişiye iftira ve hakaret etmekten hukuk ve ceza davaları açmıştır. Bu davaların sebebi, senatörün « *Il Messaggero* » isimli gazeteyle yapılan röportajında, başvurusunun P2 isimli gizli mason örgütündeki faaliyetlerinden dolayı soruşturma geçirmesi üzerine, emeklilerin partisi olan bağlı olduğu partiden atıldığını ileri sürmesidir. Açtığı davalarda yerel mahkemelerin Senatodan konuyla ilgili görüşünü sorması üzerine; Senato 11 Mart 1998 tarihli kararı ile, gazetede röportaj sırasında senatörün ileri sürdüğü sözlerin, parlamenter dokunulmazlık kapsamında yargı bağımsızlığında olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine mahkemeler davaları incelemeksizin reddetmişlerdir. AİHM başvuruyu incelerken, Senatonun kararı doğrultusunda konuşmalardan zarar gören başvurusunun konuşmaların sahibi hakkında cezai ve hukuki sorumluluğunun belirlenmesi ve gerektiğinde zararın giderilmesi için tazminat ödenmesi dahil her türlü hak arama yolunun kapatıldığını vurgulamıştır. Bu nedenle başvuranın hak arama hakkına bir müdahale olduğunu kabul eden AİHM, bu müdahalenin meşru bir amaca dayanması ve orantılılığını incelemiştir. Parlamento binaları dışında ve parlamenterlik görevini yerine getirirken değil de bir gazeteci ile röportaj yapılırken ileri sürülen konuşmaların parlamenter dokunulmazlık kapsamında yargı bağımsızlığı içinde olamayacağını belirten AİHM; bu konuşmaların daha çok “kişiler arasındaki tartışma” bir nevi rakip 2 kişi arasında oluşan niza

¹⁷² De Jorio/İtalya davası, 03.06.2004 tarihli karar, başvuru numarası : 73936/01.

olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu tartışmanın politik yönü olması ve politikacıların eylemi olması nedeniyle “yargılama muafiyetine” tabii tutulamayacağını ifade etmiştir. Senatörün parlamenterlik görevini içeren alanın dışına çıkarak daha kişisel bir alanda ileri sürdüğü bu konuşmalarından zarar gören başvuranın, Senatonun vermiş olduğu karardan sonra, temel haklarını koruyacak başka hukuki yollar bulunmamakla mahkemeye erişim hakkının yasaklanmasının Sözleşmenin 6/1’inci maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

2- Dolaylı Sınırlamalar

AİHM’nin kararları incelendiğinde, yukarıda bahsedildiği üzere, ***Golder/İngiltere davasında*** olduğu gibi başvurucuya dava açmak, mahkemeye başvurmak üzere avukatıyla görüşmek hakkının tanınmamasının, mahkemeye başvurmak hakkının elinden alınması olarak değerlendirildiği, bu durumun da 6’ncı maddenin ihlali ile sonuçlandığı yönünde kararları bulunduğu görülmektedir. Bunun gibi ayrıca, dava açma süresinin sınırlı tutulması veya dava açmak için gereken adli yardımın verilmemesi hallerinde de mahkemeye başvuru hakkının, bir başka deyişle dolaylı olarak etkili ve etkin bir yargılama denetimin sağlanamadığını kabul ettiği görülmektedir.

a- Dava Açma Süresinin Kısıtlılığı

Kişilere veya Devlete karşı haksız bir fiil veya işleminden dolayı dava açılması konusunda belirli sürelerin iç hukukta düzenlenmesi, hem adaletin iyi bir şekilde işlemesi hem de kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin yerine getirilmesi bakımından gerekli kabul edilmektedir. Belli konularda, insanlığa karşı işlenmiş suçlar, soykırım suçları gibi, uluslararası metinlerle belirlenmiş durumlar Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukukunda süre sınırlamasına tabii kılınmamıştır. Bu konuda özellikle cezaların yasallığı başlıklı suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesine yer veren Sözleşmenin 7'inci maddesine konu pek çok başvuruda, AIHM, suç ve cezanın uluslararası hukuk tarafından öngörülmüş olması halinde, bu hukukun kaynaklarını oluşturan sözleşmeler, gelenek ve uygar uluslarca benimsenmiş bulunan genel ilkelerin doğrudan doğruya, savaş suçları, insanlığa karşı suçları düzenleyen yasa metinleri olduğunu kabul etmiştir.¹⁷³

AIHM, incelediği olaylara göre, belli suçlar için öngörülen dava açma sürelerinde Avrupa Konseyine üye ülkelerde yeknesak bir uygulama olmamasından dolayı Devletlerin takdir hakkının bulunduğunu kabul edebilmektedir.¹⁷⁴

Ancak, AIHM, dava süresi ile ilgili başvurularda, iç hukukta öngörülen sürenin uygulamada davayı açmayı imkansız kılacak şekilde kısa tutulmuş ve

¹⁷³ Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya davası, 22.03.2001, K.H.W/Almanya davası, 22.03.2001.

¹⁷⁴ Stubbings vd/İngiltere davası, 22.10.1996, para.51 : Küçük yaşlarda yakınları tarafından cinsel istismara uğrayan başvuruçuların ruhsal sorunlarını yetişkin olduktan sonra ruhsal tedaviyle anlamaları üzerine tazminat almak için açtıkları hukuk davasında, başvuruçuların reşit olduktan sonra itibaren 6 yıl içinde açmaları gerektiğinden bahisle iç hukukta reddedilen davanın, mahkemeye başvurma hakkını ihlal etmediğine karar verilmiştir.

katı biçimde uygulanmış olup olmadığını incelemektedir. Örneğin, **Perez de Rada Cavanilles/İspanya davasında**,¹⁷⁵ mahkeme önünde başvuru sahiplerinin vardıkları sulh antlaşmasının süresi içinde icra edilmediği için iptaline başvurmak için kanunen 3 günlük süresi bulunmaktadır. Başvuru sahibi tebligat elinde geçtikten sonra yaptığı iptal davası dilekçesi, mahkeme kalemine 2 gün geç ulaştığından dolayı kabul edilmemiştir. Hükümet, başvuru sahibinin, başvuru için kendisine tanınan sürenin kısıtlılığını biliyor olmasına rağmen ihmalkar davrandığını ileri sürmüştür. AİHM, başvuru sahibinin ihmalkar davranmış olduğunun kabulü ile kabahatli görülmesinin kabul edilemeyeceğini belirttikten sonra; kısa bir süreye bağlı bir usul kuralının milli mahkemelerce bu kadar katı kullanılması sonucu başvuru sahibinin mahkemeye başvurma hakkının elinden alındığından bahisle ihlale hükmetmiştir.

Ancak AİHM'nin bu içtihadından yola çıkılarak, her süresini kaçıran başvuru sahibine sürenin geçmiş olmasına rağmen mahkemeye başvurma hakkının sağlanması amacıyla, dilekçesinin kabul edilmesinin gerektiğini kabul ettiğini belirtmek son derece yanlış olacaktır. Unutulmaması gereken en önemli şey, AİHM'nin her somut olayda, olayın içeriğine, başvuru sahibinin ve Devlet makamlarının tutumlarına göre değerlendirme yapmış olduğudur. Yukarıda bahsedilen **Perez de Rada Cavanilles kararında**, başvuru sahibi kendisine tanınan 3 günlük dava açma süresinin 3'üncü günü dilekçesini posta yoluyla göndermiştir.

¹⁷⁵ Perez de Rada Cavanilles/İspanya davası, 28.10.1998, 28090/95, para.47-50.

Bu çerçevede; davanın açılmamış olması başvuruçunun tavrından kaynaklanıyor ise, AİHM kısa usuli süreler bakımından ihlale hükmetmemektedir. ***Hennings/Almanya davasında***¹⁷⁶; başvuruçunun bindiği trende bilet denetçisine müessir fiilden 300 mark ön ödeme cezasıyla cezalandırılmış, ödemediği cezası önce 25 gün hapis cezasına dönüştürülmüş, akabinde günlüğü 25 marktan para cezasına çevrilerek hakkında ceza kararnamesi düzenlenmiştir. Ceza kararnamesi başvuruçunun evine gönderilmiştir. Evinde bulunamayan başvuruçunun kapısına, adına gelen tebligatı almak üzere postaneye gitmesi yazılmıştır. Başvuruçuya verilen ceza kararnamesine itiraz süresi tebliğinden itibaren bir haftadır. Başvuruçunun belirtilen sürede posta kutusunun anahtarı kendisinde olmadığından tebligatı alamadığını ve çok kısa olan yasal süresinde itiraz edemediğinden bahisle, mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur. AİHM, kararname öncesi savcılık işlemlerinden dolayı bu şekilde bir sonuçla karşılaşma olasılığını göz önünde tutması gerektiği, posta kutusuna bırakılan bir tebligat dahil her türlü postanın alınmak üzere posta kutusu anahtarının kendisinde olması gerektiğinden bahisle, başvuruçunun ihmalinden yetkililerinin sorumlu tutulamayacağından, 6'ncı maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

b- Adli Yardım Verilmemesi

AİHS'nin 6/3-c maddesinde, bir suç isnat edilen kişinin mali imkanları olmaması halinde ücretsiz avukat yardımı alması bir hak olarak

¹⁷⁶ Hennings/Almanya davası, 16.12.1992, başvuru numarası : 12129/86.

düzenlenmişken; hukuk davalarına ilişkin ücretsiz avukat yardımı hakkı mevcut değildir. Bununla birlikte yargılamaya ilişkin giderlerin yüksekliği mahkemeye başvurma hakkı açısından bir sorun olarak görülebilmektedir.

Özellikle mahkemeye başvuru hakkının özünü zedeleyecek şekilde bir engel yaratacak pahalı yargı, 6'ncı maddenin ihlaline neden olabilmektedir. Bu konunun ilk içtihadını AİHM 1979 yılında **Airey/İngiltere kararı** ile vermiştir.

AİHM'ye göre, etkin bir şekilde mahkemeye başvurma hakkını ortadan kaldıran diğer bazı durumlar ise şunlardır : İdari bir işlem veya karara karşı yargıya başvurabilme olanağının bulunmaması¹⁷⁷, idari eyleme karşı etkili bir yargı yolunun mevcut olmaması¹⁷⁸, idari para cezaları ile ilgili itiraz veya temyiz yolunun mevcut olmaması¹⁷⁹, silahlı soygun suçundan 12 yıla mahkum olan bir kişinin jandarmalar aleyhine ihbar ettiği suçların soruşturulabilmesi için kendisinden teminat yatırılmasının istenmesi, bu teminat için yaptığı adli yardım talebinin reddine ilişkin karara karşı yargıya başvurabilme olanağının bulunmaması.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Benthem Davası, Pudas davası, Balmer-Schrafroth davası

¹⁷⁸ Kaya davası, Aksoy ve Aydın davaları; bu davalarda A.İ.H.M., şikayetle ilgili idari eylemi gerçekleştiren kamu görevlisi belirlenip yargı önüne çıkarılmadığı takdirde, sadece idari eyleme karşı tazminat davası açılabilmesini, mahkemeye başvurma açısından etkili bir yol olarak değerlendirmemiştir.

¹⁷⁹ Belilos/İsviçre davası.

¹⁸⁰ Ait-Mouhoub/Fransa davası, 28/10/1998, başvuru numarası: 2924/93, Doğru, O.,a.g.e. s.1010.

AİHM, idarenin çeşitli işlem veya kararlarına karşı ulusal yargı yerlerinde, dava açabilme olanağının mevcut olmaması halinde, bu durumu Sözleşmenin 6'ncı maddesine aykırı bulmaktadır. Sözleşmeye taraf olan ülkeler, Sözleşme ile güvence altına alınan haklar bakımından kişilere ulusal yargı sisteminde, en etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme olanağını sağlamakla yükümlüdür. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, gerektiğinde kişilerin hukuki yardımdan yararlanabilmeleri, yargısal prosedürün basitleştirilmesi, yargılamanın en az maliyetle yapılması gibi hususları da kapsamaktadır.

Hukuk davalarında ücretsiz avukat yardım, bazı koşullarda, mahkemeye ulaşma hakkının varlığı açısından, zorunlu kabul edilmektedir. Örneğin davanın duygusal bir katılım gerektirmesi, hukuki ve maddi açıdan, davada uygulanan usul açısından karmaşıklığı nedeniyle kişinin davasını kendi kendine etkili bir biçimde savunamaması¹⁸¹ veya iç hukukun avukat ile temsili zorunlu kılması¹⁸² gibi durumlarda başvuru avukat masrafını ödeyemeyecek mali şartlar altında ise, ücretsiz avukat yardımı zorunludur. Devletlerin sınırlı kaynakları sonucu adli yardım olanağının mevcut olmaması dikkate alınarak, bazı durumlarda, adli yardım verilmemesi haklı ve meşru görülmektedir. Örneğin, adli yardım verilebilmesi için davanın dayanaklarının iyi olması, diğer bir deyişle makul bir başarı şansının olması gibi şartlar

¹⁸¹ Airey/İrlanda davası, a.g.k., para. 24.

¹⁸² Airey/İrlanda davası, a.g.k., para. 26; Aerts/Belçika davası, 30.07.1998, para. 60.

aranabilir. Keyfi bir karar sonucu adli yardım verilmemesi söz konusu olmamalıdır.¹⁸³

Yargı makamlarının davaya bakmak için aldıkları mahkeme masrafları ile başvuru kanalıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında iyi bir denge sağlanmalıdır. Dava masrafı çok yüksek tutularak, mahkemeye ulaşma hakkının özü zedelenmemelidir, mahkemeye ulaşma hakkına ölçsüz bir sınırlama getirilmemelidir.¹⁸⁴

II- İdari Yargı Organlarınca Yapılan Denetimin Etkinliği ve Etkileri

A- Adil Yargılama Bağlamında Etkili Bir İdari Yargı Denetimi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde "adil yargılama (hakkaniyete uygun yargılama; doğru yargılama) isteme hakkı" düzenlenmiştir. Maddenin 1'inci bendine göre, her şahıs gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar gerek cezai alanda kendisine

¹⁸³ Batum, S. Koordinasyonunda, Yenisey F., Erkut C., İnceoğlu S., "AİHS ve Adil Yargılama İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından", **TÜSİAD Yargı Reformu**, Aralık 2003, (Yayın No. TÜSİAD-T/2003/12-369), s.27

¹⁸⁴ Kreuz/Polonya davası, 19.06.2001, para. 62-67.

yöneltilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkına sahiptir. AİHM'ye göre, 6'ncı madde, sonucu itibarıyla özel nitelikte hak ve yükümlülükleri etkileyen her türlü yargılamayı kapsamaktadır. Uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak mevzuat ile uyuşmazlığı çözmek için yetkili olan yargı organının niteliği dikkate alınmamaktadır.

Öngörülen bu kavramlar, Mahkemenin özellikle idari yargı yerleri ile ilgili olarak verdiği içtihatları ile ele almaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, yargılamanın açık duruşma ile aleni yapılması gerekliliği, yargılamanın hakkaniyete uygun yapılması, diğer adil yargılama güvencelerinin sağlanması ve yargılamanın makul sürede yapılması başlıkları altında inceleme yapılacaktır.

1- Aleni Yargılama Yapılması

Bilindiği gibi, yargılama hukukunun evrensel ilkelerinden birini oluşturan bu hükmün amacı yargılamada "saydamlık"; başka bir deyimle adalet dağıtımında, adli mekanizmanın işleyişinde kamu denetimini sağlamak, "keyfiliğe" müsait gizli yargılamayı önlemektir. Yukarıda da işaret edildiği gibi yargılamada adil olduğu gösterilmek suretiyle bir yandan mahkemelere olan güven korunacak; öte yandan da gizlilikten

kaynaklanabilecek keyfi işlemler önlenerek 6'ncı maddenin amacı "adil yargılama" gerçek kılınacaktır.¹⁸⁵

Aleniyet ilkesiyle, yargılamanın kamuya açık bir şekilde gerçekleşmesi ve böylece gizli yargılamanın sakıncaları ortadan kaldırılarak kamuoyunun yargıya güveni sağlanmış olmaktadır. Aleniyet ilkesi, özellikle, sözlü yargılamanın esas olduğu adli yargıda geçerli olup; yargılama, tarafların katıldığı, kamuya açık duruşmalarda yapılan sözlü açıklamalarla gerçekleşmekte ve dava dosyası duruşmalarla tekemmül ettirilmekte; karar, kamuya açık oturumda taraflara bildirilmektedir. Ancak, Sözleşmenin 6'ncı maddesinde, duruşmaların hangi koşullarda dinleyicilere ve basına kapalı olacağı belirtilmiştir. Bu konudaki karar ve takdir hakkı, yargılamayı yapan mahkemeye bırakılmıştır. Öte yandan; temyiz mercileri, yargılamada, kontrol ve denetim fonksiyonu üstlendiğinden, duruşma yapma zorunlulukları bulunmamaktadır.

Aleniyet ilkesi, öncelikle tarafların mahkeme huzurunda açık duruşmada dinlenilmeleri ve kararın açıkça verilmesi, isteyenlerin de yargılamayı izleyebilmelerini kapsar. AİHS'nin 6/1'inci maddesine göre, hüküm açık celsede verilir. Alenîlik, evrensel hukukun ilkelerindedir¹⁸⁶; ancak demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve millî güvenlik yararı veya küçüklerin korunması ya da dava taraflarının özel hayatlarının gizli tutulması gibi nedenlerle veya davanın açık celsede görülmesinin

¹⁸⁵ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.288.

¹⁸⁶ Inceoğlu S., a.g.e., s.327-329.

adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. Yargılamanın ilke olarak kamuya açık olması, adil yargılanma hakkı açısından dava tarafları için bir güvence olduğu kadar, kamuoyunun yargıya olan güven, saygı ve bağlılığını da arttırır¹⁸⁷.

Aleniyet ilkesi geniş anlamıyla, yukarıda sayılanlara ek olarak tarafların dosyada mevcut, her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilmelerini kapsar. Sözleşmenin 6/1'inci maddesi ile geniş anlamda aleniyetin sağlanması, yani duruşmaların taraflara ve kamuya açık bir şekilde yapılması, hükmün açık celsede verilmesi, bilgi ve belgeye ulaşılması koruma altına alınmıştır.¹⁸⁸

Komisyon ve Mahkemeye yapılan başvurularda, şikâyetler çoğunlukla kanun yollarına başvurulması halinde, üst mahkemelerdeki incelemelerin de duruşmalı ve kamuya açık yapıp yapılmayacağı konuları üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu ilkelerden ilk derecede mahkemelerinde sapılması ise hiçbir şekilde kabul edilmemektedir. Komisyon ve Mahkeme, istinaf ve temyiz gibi kanun yollarına başvurulduğu durumlarda, üst mahkemelerdeki incelemenin duruşmalı ve kamuya açık olup olmayacağını yapılan incelemenin niteliğine göre belirlemektedir. İnceleme sadece hukukî sorunlara inhisar ediyorsa, duruşma yapmaya gerek yoktur. Buna karşılık, hukukî sorunlarla birlikte işin esası da inceleme konusu yapılıyorsa, dava

¹⁸⁷ Ünal Ş., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, No:89, Ankara, TBMM Basımevi, 2001, s.178.

¹⁸⁸ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.290.

duruşmalı ve kamuya açık olarak görülmelidir¹⁸⁹. Genellikle bu hak, sözlü duruşma hakkını da içerir ki, bu durum başvuruçunun karakterini veya davranışlarını içeren davalarda önem kazanır. Böylelikle 6'ncı madde ile sanığa, hakkındaki bir davaya fiilen ve gerçek bir şekilde katılma hakkı tanımaktadır. Ancak, ilgilinin açık duruşmadan bir beyan ile veya zımnen vazgeçmesi mümkün olabilir. Açık duruşmadan vazgeçmek, duruşmanın kapalı yapılması anlamında olmayıp, duruşmadan vazgeçmek demektir.

Sözleşmenin 6/1'inci maddesinde yer alan "hakkaniyete uygun" (adil) deyimini 6'ncı maddenin özünü oluşturmaktadır ve "dava" olgusunun bütünü, tüm aşamalarını kapsar. Bu husus fıkranın "... davasının ... hakkaniyete uygun olarak görülmesini" diyen ibaresinden de açıkça anlaşılmaktadır. Mahkeme "adil", "hakkaniyete uygun" yargılamanın genel ve nesnel bir tarifini vermiş değildir. Bunun yerine, önüne gelen her davada, pragmatik bir yaklaşımla, yargılama faaliyetinin bütünü inceleme altına alarak davanın adil surette görülüp görülmediğini araştırmıştır. Böylece adil yargılamanın unsur ve gereklerini içeren bir koşullar listesi oluşagelmiştir. Bunlara bir anlamda 6'ncı maddenin zımni gerekleri de denebilir.¹⁹⁰ Özet olarak diyebiliriz ki bir bütün olarak yargılamanın adil niteliği; gerek içeriği ve gerek kapsam ve unsurları bakımından, davanın özel koşullarına bağlı olarak, farklı ve değişik şekilde ortaya çıkabilmektedir.¹⁹¹ Bu cümleden olmak üzere "özel" hukuk davaları ile "suç" davaları arasında bu bağlamda farklılıklar

¹⁸⁹ Ünal Ş., a.g.e., s.178.

¹⁹⁰ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.290.

¹⁹¹ Örneğin Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya davası, 6.12.1988, A 146, para.67 ve son.; Kostovski/Hollanda davası, 20.11.1989, A 166, para.39; Helmers/İsveç davası, 29.10.1991, A 212-a, 3 para.6.

olabileceğini belirtmek isteriz. 6'ncı maddenin 2'nci ve 3'üncü fıkralarında sıralanan koşullar da (ya da güvenceler) adil yargılama kavramına dahil; yani bu kavramı oluşturan unsurlar; başka bir deyişle 1'inci fıkranın uzantısıdır. Bunlar, bir anlamda, adil yargılamanın suç davasındaki çeşitli yönlerine ilişkin minimum ve maddede sarıh ifadesini bulmuş gereklerdir.¹⁹² Bu duruma göre adil yargılama kavramının içeriği belirlenirken maddenin her üç fıkrasını birlikte mütalaa zorunludur. Hemen belirtelim ki, 2'nci ve 3'üncü fıkralar ifade şekli itibariyle suç davasına yönelik görünmekteyseler de; ruh itibariyle aynı kavrama dahil bulduklarından “*mutatis mutandis*” “medeni nitelikte hak ve yükümlülüklerle ilişkin nizalar” konusunda da uygulanacaklardır.¹⁹³

Bu nedenle AİHM'nin ağırlıklı olarak içtihatları ceza yargılamasına konu sanık haklarının sağlanması açısından getirildiğinden dolayı yer yer cezai konularla ilgili örnekler verilirken; bu bölümde çalışmamızın konusu nedeniyle özellikle idare hukukuna ilişkin uyumsuzlıklara değinilecektir.

Yargılamada 6'ncı madde koşulları, her ne kadar yargılamanın her derecesinde geçerli ise de, istinaf ve temyiz incelemelerinde söz konusu madde gerekleri daha bir esnek uygulanabilecektir. Bu nedenledir ki, “açık duruşma” gereğine uyulup uyulmadığı hususu ilk derece mahkemesinin kararına yapılan itirazın konusu ve önemi; ve aynı zamanda, yargılama

¹⁹² Colozza ve Rubinat/İtalya davası, 12.12.1985, A 89, para.26; Goddi/İtalya davası, 9.4.1984, A 76, para.28.

¹⁹³ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.290-291; bu konuda ilgili kararlar için bkz.: Deweer/Belçika davası, 27.2.1980, A 35, para.56; Albert ve Le Compte /Belçika davası, 10.2.1983, A 58, para.30; Dombo Beheer B. V./Hollanda davası, 27.10.1993, A 274, para.32 ve son.; James vd./İngiltere davası, 21.2.1986, A. 98, para.81 ve son.; Bendenoun / Fransa davası, 24.2.1994, A 284, s. 21-22.

faaliyetinin bütünü göz önünde tutulmak suretiyle ele alınacaktır.¹⁹⁴ Eğer duruşma birinci derece mahkemesinde yapılmamışsa, bu bir üst mahkemede açık duruşma yapılarak düzeltilebilir. Ancak üst derece mahkemesinin dava konusu olayı tüm boyutlarını değerlendirecek yetkiye sahip olması gerekir. Üst derece mahkemesinin böyle bir yetkisinin olmaması halinde Sözleşme'nin açık duruşma hakkını düzenleyen 6/1'inci maddesi ihlal edilmiş olur. Eğer birinci derece aşamasında bir açık duruşma yapılmamışsa, bunun haklılığını gösterecek istisnai sebepler olmalıdır.¹⁹⁵

Açık duruşma hakkı aynı zamanda sözlü duruşma hakkını da kapsar. Temyiz mahkemesinde ilgilinin katılacağı açık bir duruşma yapılmasına gerek yoktur. AİHM, **Axen/Federal Almanya davasında**¹⁹⁶ davasında, ceza davalarında ilgili temyiz mahkemesi temyiz talebini hukuki gerekçelere dayanarak reddederse ilgilinin katılacağı açık duruşmanın gereksiz olduğunu kararlaştırmıştır. Buna karşılık ilk derece yargılamasını izleyen derecelerde inceleme, davanın hukuki yönü yanında maddi yönünü de içeriyorsa, veya sanığın suçlu mu suçsuz mu olduğuna karar verileceği durumlarda ilgilinin katılımı ile açık duruşma yapmak gerekecektir.

Medeni hukuk kapsamındaki davalarda temyiz aşamasında sözlü duruşmaya gerek yoktur. 6'ncı maddenin temel hükümlerinden biri olan "açık duruşma hakkından" başvuru sahibinin açık bir beyan ile veya zımnen

¹⁹⁴ Artico / İtalya davası, 13'üncü 05.1980, başvuru numarası : 6694/74

¹⁹⁵ Stallinger ve Kuso /Avusturya davası, 23.04.1997, başvuru numarası : 21830/93

¹⁹⁶ Axen/Federal Almanya davası , 8.12.1983, A 72, para.25

vazgeçmesi mümkündür. AİHM, **Hakansson ve Sturesson davasında**¹⁹⁷ “Açıkça görülüyor ki, bu hüküm ne yazılışında ne ruhunda kişinin kendi özgür iradesiyle açıkça veya zımnen duruşmasının açık yapılması hakkında feragat etmesini önleyecek bir şey yoktur. Ancak, feragatin sarih bir şekilde yapılması ve hiçbir önemli kamu menfaatine aykırı düşmemesi gerekir.” demek suretiyle üst mahkemede duruşma talebinde bulunmayan başvuruçuların açık duruşma haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme **Weber/İsviçre davasında**¹⁹⁸; para cezasına mahkum edilen başvuruçunun, duruşma yapılmaksızın ve taraflar dinlenmeden mahkum edilmesini, **Stefanelli/San Marino davasında**¹⁹⁹; yasaya aykırı pazarlama suçundan üç ay hapisle sonuçlanan ceza davasında sanığı görmeden ve duruşma yapmadan ceza verilmesini, aleni yargılama hakkının ihlali olarak görmüştür.

Yargılamanın açıklığı prensibinin istisnaları var ise de, hükmün her halde açık duruşmada okunacağı sözleşmeyle belirlenmiştir. Bu suretle, karara erişim yönünden açıklık olduğu sürece, söz konusu hak mutlaka kararın mahkemede okunmasını gerektirmez. Mahkeme kararlarının, ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla mahkeme kalemine bırakılması ya da mahkeme binasının uygun yerine asılması ve isteyenlerin bir örneğini alabilmesinin sağlanması, bu kurala uygunluk yönünden mahkeme içtihatlarında yeterli

¹⁹⁷ Hakansson ve Sturesson/İsveç davası, 21/02/1990, Seri A.171-A

¹⁹⁸ Weber/İsviçre davası, 22/05/1990,A.177

¹⁹⁹ Stefanelli/San Marino davası, 08/02/2000, başvuru numarası : 35396/97

sayılmıştır. AİHM, **Pretto vd./İtalya davasında**,²⁰⁰ ve **Axen/İtalya davasında**²⁰¹, temyiz mahkemesinde, hukuk davasında kararın başvuruca tebliğ edilmeyip bilahare yazı işlerinden alınması, aleni karar hakkının ihlali sayılmamıştır. Buna mukabil, **Szücs ve Werner/Avusturya davasında**²⁰², mahkeme kararlarının aleni olarak tefhim ve tebliğ edilmemesi ihlal sayılmıştır.

Sözleşme'nin 6/1'inci fıkrasında sözü edilen yargısal organlar önünde görülen bir dava aleniyeti, davanın taraflarını kamu denetiminin bulunmadığı gizli adalet dağıtımına karşı korur; bu aynı zamanda, ister alt derece olsun isterse üst derece olsun, mahkemelere olan güvenin sürdürülmesini sağlama yollarından biridir. Aleniyet, adalet dağıtımını görünür kılmakla Sözleşme'nin 6/1'inci fıkrasındaki amaçlardan birinin, yani Sözleşme anlamında her demokratik toplumun temel prensiplerinden biri olan adil yargılanma güvencesinin gerçekleştirilmesine de katkıda bulunur." demek suretiyle aleni yargılamanın gerekliliğine vurgu yapmıştır.²⁰³

Serre /Fransa davasında,²⁰⁴ meslek kurallarını ihlal eden veteriner Serre hakkında yerel bir disiplin komisyonunca 3 yıl meslekten men cezası verilmiş, bu ceza itiraz üzerine üst disiplin kurulunca incelenmiş ve aynı şekilde gizli bir oturumda onaylanmıştır. Serre'in Fransız Danıştayına yaptığı

²⁰⁰ Pretto vd/İtalya davası, 08.12.1983, A, No.71, para.21

²⁰¹ Axen/Almanya davası, 08.12.1983, A, No.72, para.25.

²⁰² Szücs ve Werner/Avusturya davası, 24 .11.1997,

²⁰³ Sudre F., "GADECH", a.g.e., s.261 vd.; İnceoğlu S., a.g.e., s.328; Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.288;

²⁰⁴ Serre/Fransa davası, 29/09/1999, başvuru numarası : 29718/96,

itiraz da mahkemece geri çevrilmiştir. Bunun üzerine AİHM'ye yapılan başvuruda, AİHM, duruşmaların kamuya açıklığı ilkesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

AİHM, cezaevi disiplinine ilişkin duruşmaların kapalı yapılabileceğini belirtmiştir.²⁰⁵ Ayrıca koşullara bağlı olarak meslek disiplinine ilişkin davalar da kapalı yürütülebilecektir. Ancak açık duruşmanın gerekli olup olmadığına karar verirken mesleki sırlar ve müşterilerin veya hastaların özel hayatları gibi faktörler etkili olacaktır.

Alenî yargılama kuralının istisnaları da aynı fıkranın son cümlesinde belirtilmiştir. Buna göre; “kamu düzeninin veya millî güvenliğinin veya ahlâkın veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verecek hâllerde, mahkemece zorunlu görülen ölçüde, aleniyet dâva süresince tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında kısıtlanabilir”. Bununla birlikte hüküm, mutlaka alenî olarak verilir²⁰⁶. Taraf devletlerce yapılan yargılamanın kısmen veya tamamen kapalı olmasına dair verdikleri kararlar, Divan ve Komisyonca, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmektedir.

İdarî organların uyuşmazlıkları çözmeleri her zaman bir yargılama faaliyeti olmadığından, bu ilkenin uygulanması aranmamaktadır. Ancak, idarî organ da bir yargılama faaliyetinde bulunuyorsa, Komisyon ve Divan bu

²⁰⁵ Campbell ve Fell / İngiltere davası, a.g.k.

²⁰⁶ Inceoğlu S.,a.g.e., s.352.

konudaki şikâyetleri incelemekte ve bu ilkenin uygulanmasının gerekli olup olmadığını araştırmaktadır.

İdari yargıda ise, yazılı yargılama esas olduğundan, aleniyet ilkesinin uygulanması çok sınırlı bir şekilde gerçekleşmektedir. Bu nedenle, idari yargı alanında AİHM'ye duruşmalarla ilgili yapılan başvurular, fazlaca bir yer tutmamaktadır. Bu konu hakkında iki karara kısaca değineceğiz.

AİHM, **Fredin/İsveç davasında**²⁰⁷, ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Yüksek İdare Mahkemesinin, davacının duruşma talebini dikkate almadan, davayı sonuçlandırmasını Sözleşmenin 6'ncı maddesine aykırı bulmuş; adil yargılama ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Hele/Finlandiya davasında²⁰⁸, ise, temyiz mercii olarak görev yapan Yüksek İdare Mahkemesinin, davacının duruşma talebini dikkate almadan temyiz incelemesini sonuçlandırmasını Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin ihlal edilmediği olarak değerlendirmiştir. **H/Belçika davasında**²⁰⁹ ise, barodan kaydı silinen bir avukatın kaydının yenilenmesi için yaptığı başvuruyu reddeden ve idari, düzenleyici görevleri yanında yargısal fonksiyonu da bulunan Baro Konseyinin, kamuya açık duruşma yapmadan verdiği kararı Sözleşmenin 6'ncı maddesine uygun bulmamıştır.

²⁰⁷ Fredin II /İsveç davası, 23.2.1994, başvuru numarası: 18928/91.

²⁰⁸ Hele/Finlandiya davası, 19.12.1997, başvuru numarası : 20772/92.

²⁰⁹ H/Belçika davası, 30.11.1987, Seri A, No.127, başvuru numarası : 8950/80.

Kanun yolu aşamasında sadece hukukilik denetimi yapılıyorsa, duruşma yapılması veya sanığın avukatı ile birlikte duruşmada bulunması zorunlu değildir, yazılı usul izlenmesi yeterli olmaktadır.²¹⁰ Üst mahkeme hem hukuk hem de maddi denetim yapsa da, duruşmanın aleni ve yargılanan kişinin huzurunda yapılması gerekmebilir. Kanun yolu sisteminin niteliğine, olayların belirlenmesi açısından üst derece ulusal mahkeme yetkilerinin kapsamına, varılacak sonucun ilgili kişi için taşıdığı öneme ve sanığın menfaatlerinin korunma biçimine bakılması gerekmektedir.²¹¹ Fakat, bu tür bir istisna, ancak, ilk derece yargılaması sırasında sanığın duruşmada bulunma hakkı güvence altına alınmışsa, söz konusu olabilir. İdari Yargılama Hukukunda duruşmalarda zabıt tutulmaması, şahitlerin, konunun uzmanının ya da bilirkişinin dinletilememesi gibi hususlar da duruşmaya tarafların etkili katılımının sağlanamaması bakımından AİHM tarafından bir ihlal nedeni sayılabilecek niteliktedir.

Ülkemiz açısından konuya bakacak olursak, Anayasamızın 141'inci maddesine göre "mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır." Türkiye'de ilk derece mahkemelerinde yargılama kamuya açık olarak yapılmaktadır. HUMK' un 149 ve CMUK'un 373'üncü maddelerine göre de duruşmanın herkese açık olduğu belirtilmiştir.

Yine ceza davaları açısından 15 yıl gibi belirli bir süreyi aşan cezalarla ilgili davaların re'sen Yargıtay'a intikal ettirilebilmesi ve talep üzerine

²¹⁰ Axen/Almanya davası, 08.12.1983, Ser. A, No. 72, 6 EHRR 195.

²¹¹ Kremzow/Avusturya davası, a.g.k., para. 58, 67.; Ayrıca bkz. Monnell ve Morris/İngiltere davası, a.g.k., para. 56-58.

davaların duruşmalı ve kamuoyuna açık görülmesi, hukuk davalarında ise periyodik olarak belirlenen meblağları aşması halinde talep üzerine duruşma yapılabilmesi hususlarının sözleşmenin 6/1'inci maddesiyle bağdaşır bağdaşmadığı tartışma konusu olup; ancak somut bir olayda AİHM'ye başvurulması halinde konu aydınlanacaktır.

AİHM (ve eski Komisyon ve Divan) kararlarına göre,"hükmün muhakkak açık duruşmada verilmesi" mahkeme kararının her zaman ve muhakkak açık duruşmada okunacağı anlamına gelmez. Bu ilkedan, Sözleşmede öngörüldüğü gibi, ancak genel ahlâk ve kamu güvenliği ve küçüklerin korunması gibi nedenlerle vazgeçilebilir. Sözleşmede öngörülen istisnalara, Anayasanın anılan maddesinde de yer verilmiştir. Türkiye'de istinaf mahkemeleri bulunmadığı için kanun yoluna Yargıtay nezdinde başvurulmaktadır²¹².

Öte yandan 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 17/1'inci maddesi hükmü uyarınca idari davalarda tek hakim tarafından karara bağlanan ve Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve 5 milyar 950 milyon TL'yi aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı 5 milyar 950 milyon TL'yi aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılacağı hükme bağlanmıştır. Belli bir miktar parasal sınırı aşmayan davalarda taraflar istemde bulursa dahi duruşma yapılmaması

²¹² Ünal Ş., a.g.e., s.179.

veya yapılıp yapılmaması konusunda hakimin takdir hakkının bulunması Sözleşmenin 6/1'inci maddesine uygun düşmemektedir.

İdari Yargılama Hukukunda uyuşmazlıkların görülmesi ve çözümlenmesinde yazılı yargılama usulü öngörülmüş olup; yargıç tarafından incelemenin dosyadaki evraklar üzerinden yapılacağı, 2577 sayılı yasanın 1'inci maddesinde düzenlenmiş bir kuraldır. Bununla birlikte yine yasanın 17'inci, 18'inci ve 19'uncu maddelerinde idari yargılama hukukunda yapılacak duruşmalara ilişkin ilke ve esaslar da belirlenmiştir. Buna göre, idari yargıda duruşma son derece istisnai bir durumdur ve tüm yargılama safahatı boyunca ancak bir kereye mahsus duruşma yapılabileceği öngörülmüştür. Her ne kadar yasanın 20'inci maddesi uyarınca yargıcın her çeşit incelemeyi kendiliğinden yapabileceği hükmünden yola çıkarak; mahkemelerce gerekli görüldüğü takdirde birden fazla duruşma da yapılabileceği söylenebilirse de uygulamada taraflardan herhangi birinin talebinin bulunmaması halinde yargıcın re'sen duruşma açtığı durumlar dahi çok nadirdir. Ancak, iptal davaları bakımından yargılamanın tüm safahatı boyunca tarafların duruşma talebinde bulunmamaları halinde, yargıcın re'sen duruşma kararı vermemiş olması bu uyuşmazlıkların niteliği bakımından kabul edilebilir bir durumdur. Buna karşılık kamusal nitelikteki sübjektif hakların ihlali iddiasının dile getirilmiş olduğu tam yargı talepleri -bazen bu talepler iptal davası formatında yapılmış olsa bile- karşısında, maddi olayların da her açıdan değerlendirilebilmesi için yargıcın tarafların talepleri ile bağlı olmaksızın duruşma açması gerekir. Dolayısıyla da 2577 sayılı Yasanın 17'nci

maddesinin 1'inci ve 3'üncü fıkraları "aleniyet" ilkesi dikkate alınarak bu esaslara göre yeniden düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

2- Hakkaniyete Uygun Yargılama Yapılması

Yargılama sürecinde taraflara eşit bir şekilde davranma, iddialarını kanıtlama ve savunmalarını yapmaları için fırsat eşitliği sağlanması, ayrıca, karşı taraf iddiaları hakkında bilgi sahibi olunması hakkaniyete uygun yargılamanın temel unsurlarıdır. İdari yargıda, idaredeki bazı belge ve bilgilerin gizli tutulması ve inceleme yasağı gibi sınırlamalar hakkaniyete uygun bir yargı süreciyle bağdaşmamaktadır.

a- Silahların Eşitliği İlkesi

Hukukta, her zaman bir üstün taraf var olmuştur. İnsanlık tarihi bu örneklerle doludur. Monarşi, halk egemenliği, sınıfsal diktatörlükler, ekonomi dışı şiddet ve günümüzün sınır tanımayan uluslararası tekelleri gibi... Bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesi gerekir. Taraflar arasında adil bir denge kurulmalıdır.²¹³

²¹³ Ruiz-Mateos/İspanya davası, 23.06.1993

Mahkeme'ye göre, adil (doğru) yargılamanın ilk ve önemli gereği taraflar arasında "silahların eşitliği" ; yani mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümler bakımından taraflar arasında (iddia ve savunma; dayalı ile davacı) tam bir eşitliğin gözetilmesi; ve bu dengenin yargılama boyunca korunması; başka bir deyişle mücadelenin eşit silahlarla yapılmasıdır.²¹⁴ Adil yargılama hakkında nizalı dava hakkı da bulunur, yani prensipte bir ceza ya da hukuk davasında tarafların gösterilen tüm delillerden ve sunulan tüm mütalaalardan haberdar olması ve görüş bildirebilme²¹⁵ olanağı bulunmalıdır. Bu bağlamda adaletin adil idaresi görünümüne özellikle önem verilmelidir.²¹⁶

Silahların eşitliği ilkesi olarak belirtilen hakkın ihlaline görünürdeki en yaygın uygulama olarak ceza yargılamasında yargıçların ve savcılarının aynı kürsüyü paylaşmaları ve bazı durumlarda avukatları duruşma salonundan çıkarak kendi aralarında görüşme yapmaları gösterilebilir.

Delcourt/Belçika davasında²¹⁷, başvuru, Yargıtay Başsavcılığından bir savcının (Procureur générale du Parquet Générale) duruşmada mütalaasını bildirdikten sonra heyetin kapalı müzakeresine katılmasının iç hukuka uygun olduğunu ancak iç hukukta buna imkan veren sistemin Sözleşme'ye aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Komisyon ve Hükümet sorunu sadece silahlarda eşitlik ilkesi bakımından ele almışlarsa da, Divan'a göre Sözleşmenin 6/1'inci maddesi sadece "silahlarda eşitlik ilkesi"nden

²¹⁴ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.291.

²¹⁵ Ruiz-Mateos/İspanya davası, 23.06.1993, para. 63.

²¹⁶ Borgers/ Belçika davası, 30.10.1991, para.24.

²¹⁷ Delcourt/Belçika davası, 17.01.1970, başvuru numarası : 2689/65, para.29-35.

ibaret olmayıp, bu ilke adil yargılanma hakkının sadece bir unsurunu oluşturmaktadır. Divan Yargıtay'da temyiz aşamasındaki yargılamaya katılan *procureur general*'in yani savcılığın kovuşturma yapmadığını, bir tür danışman olarak hareket ettiğini tespit ettiğini, bu nedenle onun nötr ve tarafsız olduğuna karar vererek, silahların eşitliği ilkesinin , adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.²¹⁸ Ancak, ***Pakelli/Almanya kararı***²¹⁹ ile AİHM, bu kararından dönmüştür. Anılan kararda Yargıtay'da duruşmasız yürütülen yargılamalarda Başsavcılık tebliğnamesinin sanığa gönderilip yanıtlanma olanağı tanınması gereğini ortaya koyduğu gibi, duruşmalı incelemelerde sanık ve avukatının son karar öncesinde tebliğnameyi tartışıp yanıtlanma hakkına sahip bulunmadıklarını belirterek ihlalin bulunduğuna karar vermiştir.

Borgers/Belçika davasında²²⁰, AİHM; yargılamada, “görüntüye yüklenen önem ve halkın adil yargılama güvencelerine karşı artan duyarlılığı ışığında başvurucuya, kamu adına görev yapan savcılığın mütalaasını yanıtlanma olanağının sağlanmamasını, Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin ihlali olarak değerlendirdi. Böylece ***Delcourt/Belçika kararının*** sakıncaları yine bir Belçika mevzuatının uygulamalarından kaynaklanan uyuşmazlık vesilesiyle büyük ölçüde giderilmiş oluyordu.

Ayrıca Sözleşmenin 6'ncı maddesinin 3'üncü bendinin (a) fıkrasında yer alan “sanığın bilgilendirilme hakkı” ile aynı bendin (d) fıkrasındaki “tanık

²¹⁸ Kararın Türkçesi için bkz. Doğru O., a.g.e., s.64-67.

²¹⁹ Pakelli/Almanya davası, 25.04.1983, başvuru numarası : 8398/78.

²²⁰ Borgers/Belçika davası, 30.10.1991, başvuru numarası : 12005/86

dinletme ve tanıkları sorgulama hakkı” silahların eşitliği ilkesinin uygulanışıyla doğrudan bağlantılıdır. Yine sanığın tercüman hizmetinden faydalanma hakkı da silahların eşitliği ilkesiyle yakından ilgilidir.

Amaç, sav ve savunma arasında hakkaniyete uygun, adil bir dengenin gerçekleştirilmesi olunca, silahların eşitliği kavramı, her somut olayda, uyumsuzluğun niteliğine göre değişimler göstermektedir. Örneğin, yargılama işlemleri arasında yer alan kanıt ve karşı kanıtların sunulup tartışılması, ilgilinin yargıç önüne çıkarılma istemi, dava dosyasının özgürce incelenip gerekli görülecek belgelerden örnekler alabilme olanağı, bilirkişi raporlarının taraflara gönderilmesi ve yargılama sürecindeki bir kamusal organdan da gelse, yargıçların kararını etkilemeyi amaçlayan her türlü görüş ve açıklama konusunda bilgilendirilip bunları yanıtlama olanağının taraflara tanınması silahların eşitliği kapsamında değerlendirilen uygulamalardır. Taraflar arasındaki denge çekişmeli yargılamanın sağlanması ilkesi ile de yakından ilgilidir. Çekişmeli yargılama ilkesi bir davada tarafların bir karşı tarafın sunduğu delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkanına sahip olması demektir. O halde çekişmeli bir yargılama yapılmadığı zaman taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanması da güç olacaktır.

Silahların eşitliği ilkesinin ve savunma hakkının temel unsuru sanığın tanık dinletme ve sorgulama hakkıdır. Bu husus Sözleşmenin 6/3-d maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde sanığa iki hak sağlamaktadır.

Bunlardan ilki sanığın aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama, diğeri ise kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit şartlar altında davet edilmesi ve dinlenmesini isteme hakkıdır. Ancak bu haklar mutlak bir hak değildir. İç hukuk tanıkların kabul edilmesine ilişkin bazı kurallar koyabilir ve özellikle yetkili yargı makamı delilin ilgisiz olduğu nedeniyle tanığın dinlenilmesini reddedebilir. Delillerin ilgili veya ilgisiz olduğunu, gerçeği aydınlatmaya yardımcı olup olmayacağını değerlendirmek konusunda asıl yetkili milli mahkemedir. Sözleşme organları bu konuda çok sınırlı bir denetim yapmaktadır.²²¹

Mantovanelli/Fransa davasında²²² 20 yaşındaki kızının geçirdiği ameliyat sonrası ölmesi üzerine babanın açtığı tazminat davasında doktorların tıbbi sorumluluğu bulunmadığı sonucuna varan bilirkişi raporunun hazırlanması sürecinde doktorların dinlenmesine rağmen başvuru dinlenmemiş; başvurucuların bilirkişi tarafından yapılan görüşmelere katılmaları engellenmiş, davanın diğer tarafı olan hastane lehine, tahmin edilen şekilde, delil veren 5 kişiyi çapraz sorgulama imkanına sahip olmamışlardır. Davacıya tebliğ edilmeyen dolayısıyla, itiraz hakkı tanınmayan bilirkişi raporunu kararında esas alan ve davacının ikinci bir bilirkişi raporu hazırlanması talebini reddeden mahkemenin, izlediği yargılama süreci AİHM tarafından hakkaniyete uygun bulunmamıştır. Bu kararda, taraflara iddialarını delillerle kanıtlama fırsatı yanında, olayı aydınlatma bakımından bunları yorumlayabilme ve karşı taraf iddialarını

²²¹ Inceoğlu S., a.g.e., s.206.

²²² Mantovanelli/Fransa davası, 18.3.1997, başvuru numarası : 21497/93.

çürütebilme olanağı verilmesinin önemi vurgulanmıştır. Bu husus terminolojide “silahların eşitliği” kavramıyla açıklanmaktadır.

De Haes ve Gijssels/Belçika davasında²²³, 2 yargı mensubu, bir velayet davasında verdikleri karar nedeniyle gazetecilerin bir gazetede yazdıkları makalede kendilerini ağır surette eleştirmeleri nedeniyle, kendilerini küçük düşürdükleri gerekçesi ile gazeteciler aleyhine hukuk davası açmışlardır. Gazeteci başvurucular, makalelerdeki bilgilerin ve yorumların bazı mahkeme dosyalarında bulunan uzman raporlarına dayandığını savunmuşlar, bu belgelerin mahkeme tarafından istenerek değerlendirilmesini istemişlerdir. Bu talep gerek ilk derece mahkemesi gerekse temyiz mahkemesi tarafından reddedilmiştir. AİHM, ispat talebinin kabul edilmemesini, davanın bir tarafını dezavantajlı duruma soktuğundan, silahların eşitliği ilkesinin zedelenmiş olduğuna karar vermiştir.

AİHM, ***Foucher/Fransa davasında***²²⁴; memura hakaret suçundan 3.000 Fransız Frangı para cezasına mahkum olan başvurucunun avukatsız savunma yapılan davada, dosya incelemesine savcılık tarafından izin verilmemesi, hazırlık soruşturmasının yapılmadığı resmi tutanağa dayanan ve doğrudan mahkemeye sevk olunan sanığın savunmasını yeterince hazırlayamamasının 6'ncı maddenin 3'üncü fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde silahların eşitliği ilkesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

²²³ De Haes ve Gijssels/Belçika davası, 24.02.1997, başvuru numarası : 19983/92.

²²⁴ Foucher/Fransa davası, 18.03.1997, başvuru numarası : 22209/93.

Yine AİHM, **Bulut/Avusturya davasında**²²⁵, temyiz mahkemesini savcısının görüşüne karşı görüş belirtme imkanı bulunmaması nedeniyle silahlarda eşitlik ilkesi bakımından adil muhakeme hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir : “Divan, silahların eşitliği ilkesi ve adil yargılama konseptinin özelliği nedeniyle, her iki tarafa davasını sunarken, hasmı karşısında dezavantajlı olmayacak şekilde, eşit koşulların sağlanması gerektiğini hatırlatır. Bu bağlamda, dış görünüşün yanı sıra adaletin adil tecellisine yönelik duyarlılığa da önem atfedilmektedir.”²²⁶ diyerek bu konudaki prensibini netleştirmiştir. Aynı ilkeyi **Öcalan/Türkiye davasında**²²⁷ da tekrar eden AİHM, “...iddianamenin dışında dava dosyasındaki hiçbir belgeye başvuranın uygun bir biçimde erişememesi, Sözleşme’nin 6/3-b hükmüyle birlikte 6/1’inci fıkrasına da aykırı olarak başvuranın savunmasını hazırlarken karşılaştığı güçlüklerin yoğunlaşmasına katkıda bulunduğu...” sonucuna vararak Sözleşme’nin 6/3-c maddesiyle birlikte silahların eşitliği ilkesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme, yargılamada silahların eşitliğinin sağlanıp sağlanmadığı denetiminde her davanın özel koşullarını inceleyerek sonuca varmaktadır. Böylece “silahların eşitliği” genel deyimiyile tanımlanan bu ilke davanın çeşidine veya görülme şekline göre pek değişik durumları içerebilecektir.

²²⁵ Bulut/Avusturya davası, 22.02.1996, başvuru numarası : 17358/90

²²⁶ A.g.k. para. 47.

²²⁷ Öcalan/Türkiye davası, 12.05.2005, başvuru numarası : 46221/99, para. 138 vd.

Yol gösterici bir başka içtihat AİHM'nin **Niederöst-Huber /İsviçre kararıdır.**²²⁸ Bu olayda şikayetçi önceki firmasına karşı ücret talebinde bulunmuştu. Kanton Mahkemesi, istinaf mahkemesine bir mütalaa sundu. Ancak mahkemenin bu görüşü şikayetçiye tebliğ edilmedi. AİHM, kanton mahkemesinin görüşünün karşı tarafa bildirilmemesini, 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasının ihlali olduğuna karar verdi. Adil yargılanmanın bir alt görünümü olan silahların eşitliği, tüm dokümanların tarafların tümünün bilgisine sunulmasını ve buna cevap vermeye bir fırsat verilmesini gerektirir.²²⁹

Ceza davalarında sanık ile savcı eşit durumda olacaktır. Savcılıkça mahkemeye sunulan tüm belgeler; karşı görüşünü bildirebilmesi için sanığa verilecek ya da tebliğ edilecektir. Ayrıca AİHM,devletin resmi yasama meclisi tarafından,davası ulusal mahkemede görülmekte olan başvurucunun,davayı kaybetmesini sağlayacak bir yasal düzenlemenin kabul edilmesini silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.²³⁰

Divan'ın 1991 yılında verdiği **Borgers/Belçika kararında** temyiz incelemesinde kararın daire tarafından müzakeresi sırasında Yargıtay Başsavcısının hazır bulunması silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunmuştu. **Göç/Türkiye davasında**, AİHM,Yargıtay Başsavcılığı tebliğnamesinin başvurucuya tebliğ edilmemesinin silahların eşitliği ve çekişmeli dava hakkını

²²⁸ Niderost-Huber/İsviçre davası, 18.02.1997,

²²⁹ Peters A., "Adil Yargılanma (m 6, f.1 ve 2)", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Nurullah Kunter'e Armağan, no:3, Seçkin, Ankara, 2004, s.121-122.

²³⁰ Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis / Yunanistan davası, 09.12.1994, başvuru numarası : 13427/87.

ihlal edip etmediğini tartışmıştır. Bu davada başvuran iki gün haksız olarak gözaltında kalması sebebiyle 466 sayılı Yasa uyarınca Hazine aleyhine tazminat davası açmış, ulusal mahkemece tazminata hükmedildikten sonra karar taraflarca temyiz edilmiştir. Yargıtay Başsavcısı her iki tarafın temyiz taleplerinin reddi ile kararın onanmasını talep eden tebliğnamesini ilgili daireye sunmuş ancak bu tebliğname başvurana tebliğ edilmemiştir. Olay tarihinde yürürlükte bulunan 466 sayılı Yasa'nın 3'üncü maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca Hazine aleyhine açılan tazminat davalarında, Cumhuriyet Savcısının yazılı görüşü alınıp duruşmasız olarak karar verilmekte idi. AİHM, **Göç/Türkiye davasında** ilk önce Yargıtay Başsavcısının tebliğnamesinin başvuruca tebliğ edilmemesini çekişmeli dava hakkının ve silahların eşitliği ilkesine aykırı bularak ihlal kararı²³¹ verdikten sonra Türk Hükümetinin 3 aylık süre içinde Büyük Daireye yaptığı itirazın kabul edilmesiyle başvuruyu en başından ele alarak inceleyen AİHM'nin Büyük Dairesi, 11.07.2002 tarihli kararı ile hem Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinin tebliğ edilmemesini hem de 466 sayılı Yasanın bu konuda açılan davalarda duruşma yapılmaksızın karar verilmesine yönelik hükmünü Sözleşme'nin 6/1'inci maddesine aykırı olduğu sonucuna vararak ihlal kararı vermiştir.

Bu karardan sonra Türk hukukunda mevzuat değişikliğine gidilerek 19.03.2003 tarih ve 4829 sayılı Yasa ile eski CMUK'un 316/3'üncü maddesi değiştirilerek bu tür tebliğnamelerin ilgililere tebliğ edilmesi hükmü getirilmiştir. 1.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza

²³¹ Göç/Türkiye davası, başvuru numarası : 36590/97, Daire Kararı 9.11.2000.

Muhakemesi Kanununda aynı düzenleme 278'inci maddede "Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname ilgililere de tebliğ olunur" 297'inci maddede de "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi hâlinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunur." denilmek suretiyle aynen korunmuştur.

Kendisine verilen vergi cezasına itiraz eden başvurucunun ilk derece mahkemesince para cezasına mahkum edilmesi üzerine, Yüksek Mahkemeye yaptığı başvuru hakkında savcının görüşünün başvurucuya iletilmemesi ve başvurusunun üst mahkemeye başvuruda harcın ihmal sonucu yatırılmaması nedeniyle reddedilmesine ilişkin **J.J./Hollanda davasında**²³², AİHM çekişmeli yargılanma bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM'nin, aynı gün verdiği **K.D.B./Hollanda kararında**²³³ ise, çiftçi olan başvurucu, sığırlarının müsaderesine karar verilmesi üzerine, Yüksek Mahkeme'ye itirazda bulunmuştur. Ancak, bu davada da Başsavcılık, itirazın reddini talep etmiştir. Bununla beraber, Başsavcılığın mütalaası şikayetçiye veya avukatına tebliğ edilmediği gibi, kendilerine duruşma günü de bildirilmemiştir. AİHM duruşma gününün bildirilmemesi ile savcı görüşüne karşı görüş bildirememesi nedeniyle çekişmeli yargılanma hakkı bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

²³² J.J./Hollanda davası, 27.03.1998, 21351/93,

²³³ K.D.B./Hollanda davası, 27.03.1998, 21981/93.

Bu anlamda; AİHM, ceza davalarında; iddia makamı tarafından üst mahkemede ki dava dosyasına karardan önce sunulan belgenin sanığa verilmemiş olmasının delil gösterme yönünden eşitsizlik olduğuna, (**Kuopila-Finlandiya**²³⁴, **Atlan/İngiltere**²³⁵), savcının görüşüne karşı savunmanın görüşünü almama yönünden (**Bulut/Avusturya, Reinhardt ve Slimane-Kaid/Fransa**²³⁶); hukuk davalarında; zamanaşımında devlet lehine farklılık (**Platakou/Yunanistan**²³⁷), kamu makamlarının iddialarına karşı delil sunamama (**Hentrich/Fransa**²³⁸), temyiz dilekçesine karşı dava tarafının görüşünü almama (**Beer/Avusturya**), tanığa karşı tanık dinletememe (**Dombo Beheer B.V./Hollanda**) konularında silahlarda eşitlik bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Hukuk davalarında, 6'ncı madde kapsamında bazı durumlarda taraflara tanıkları çapraz sorgulama hakkı tanınması gerekir.²³⁹ Taraflardan birinin ulusal mahkemeye Devletin vekili tarafından sunulan yazılı lâyihaya yanıt vermesinin önlenmesi durumunda da silahların eşitliği ilkesi ihlâl edilmiş olur.²⁴⁰ **Dombo Beheer B.V./ Hollanda davasında**²⁴¹ limitet şirket olan başvuru, bir bankaya karşı, kendisiyle banka arasında belirli kredi imkânların sağlanmasına dair şifahi bir anlaşma bulunduğunu kanıtlamak üzere hukuk davası açmıştı. İddia edilen anlaşmaya varılan toplantıda sadece iki kişi hazır bulunmuştu, birisi

²³⁴ Kuopila/Finlandiya davası, başvuru numarası : 27752/95, 27.04.2000.

²³⁵ Atlan/İngiltere davası, başvuru numarası : 36533/97, 19.06.2001.

²³⁶ Reinhardt ve Sliman Kaid /Fransa davası, 31.03.1998, başvuru numarası : 23043/93, 22921/93,

²³⁷ Platakou/Yunanistan davası, 11.01.2001, başvuru numarası : 38460/97.

²³⁸ Hentrich/Fransa davası, 22.09.1994, başvuru numarası : 13616/88.

²³⁹ X /Avusturya davası, 42 CD 145.

²⁴⁰ Ruiz-Mateos/ İspanya davası .

²⁴¹ Dombo Beheer B.V./ Hollanda davası, 27.10.1993.

başvurucunun diğeri ise bankanın temsilcisiydi. Ancak yerel mahkeme sadece bankayı temsil eden kişinin tanık olarak dinlenmesine izin vermişti. Başvurucu şirketin kendisini temsil eden kişiyi çağırmasına imkân tanınmamıştı, çünkü mahkeme bu kişiyi başvuru şirketle özdeşleştirmişti. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu müzakereler sırasında her iki temsilcinin de eşit şartlarda hareket ettiğini, her ikisinin de ilgili tarafların namına müzakere yetkisiyle donatılmış olduğunu belirlemiş ve neden her ikisinin de tanıklık etmesine izin verilmediğini anlamakta zorlandığını belirtmiştir. Bu nedenle başvuru şirket banka karşısında önemli ölçüde dezavantajlı bir duruma düşmüş, dolayısıyla da 6/1'inci maddenin ihlâli oluşmuştur.²⁴²

Van Orshoven/Belçika davasında²⁴³, bir tabiple ilgili disiplin davası söz konusuydu. Başvurucu kendisinin meslek odası kaydının silinmesine ilişkin bir karara itiraz etmiş, ancak başvuru mahkeme tarafından reddedilmişti. Şikayetinde, temyiz mahkemesinde görülen davanın hiçbir aşamasında başsavcı tarafından sunulan lâyihalara yanıt vermesine imkân tanınmadığını ve bunların kendisine iletilmediğini belirtmiştir. AİHM, başvuru kişinin yitirecekleri ve başsavcının sunduğu lâyihaların içeriği düşünüldüğünde, başvuru kişinin duruşmanın sona ermesinden önce bu lâyihalara yanıt vermesine imkân tanınmamasının nızalı dava hakkının ihlâli olduğuna karar vermiştir. AİHM bu hakkın, bir davadaki her iki tarafın da sunulan deliller ve mütalâalara ilişkin bilgilendirilmesi ve görüş belirtme

²⁴² Mole N. ve Harby C., a.g.e., s.41-42.

²⁴³ Van Orshoven/Belçika davası, 25.06.1997.

imkânına sahip olması anlamına geldiğini vurgulamıştır. Bu kapsamda 6/1'inci madde ihlâl edilmiştir.

Silahların eşitliği ilkesi 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasında öngörülen adil yargılama gereğinin merkezi bir tamamlayıcı parçasıdır ve aynı zamanda eşitlik ilkesinin özel bir biçimini oluşturmaktadır. Buna göre her bir tarafa, kendi olgularını kanıtlarıyla birlikte, hasmının aleyhine bir sonuç doğurmama koşuluyla, sunma şansı tanınmalıdır.²⁴⁴ Yani birbirlerine karşı duran tarafların usul hukuku bakımından, kural olarak eşit konumda olmaları sağlanmalıdır. Karşı tarafın bu olanaktan fiili olarak yararlanıp yararlandığı değil, aksine bu tür bir olanağın soyut olarak mevcut olup olmadığı ve bu olanağın hasım tarafından kullanılabilip kullanılamayacağı esas alınır. Özel hukuk süjesi ile iddia makamı temsilcisi ya da kamu yararı temsilcisi arasında bir silahların eşitliği söz konusu olduğunda, özel sorunların baş göstereceği ortadadır. AİHM Yüksek Mahkeme Başsavcısının ceza davalarına katılması²⁴⁵ ile farklı sistemlerde hükümet komiserlerinin etkisini Fransız Conseil d'Etat'sında olduğu gibi adil yargılama hakkının ihlali olarak saptamıştır.

Conseil d'Etat'da sorun, hükümet komiserinin görüşünün karardan önce açıklanması, bunun ancak daha sonra Mahkemenin bir parçası olarak görüşmelere katılması olmaktadır. Bu durumun yargılamanın birliği yönünden ortaya çıkan yararları, AİHM'nin görüşüne göre, hükümet komiserinin

²⁴⁴ Dombó Beheer B.V./ Hollanda davası, a.g.k., para.33.

²⁴⁵ Borgers/Belçika davası, a.g.k., para.22.

mevcudiyetinin kararı kendi aleyhine etkilemeyeceği yönünde sahip olması gereken davalının uğrayacağı zarardan daha önemli olamaz.²⁴⁶

AİHM davaların büyük çoğunluğunda Danıştay'da yer alan "Commissaire du Gouvernement" yani "Hükümet komiserinin"²⁴⁷ görüşlerinin yazılı olarak sunulmadığını, görüşlerin ilk kez sözlü olarak duruşmada ifade edildiğini saptamıştır. Bu bağlamda, **Kress/Fransa davasında**²⁴⁸ başvuranın duruşmada temsil edilmiş olmasının adaleti sağladığını ve adil yargılanma bakımından bir sorun yaratmadığını belirtmektedir.

Kress/Fransa davasında, başvuru, Fransız idari yargı organları önünde 3 nedenden dolayı adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü : birincisi, duruşmadan önce Kanunsözcüsünün değerlendirmelerini elde etme olanağının bulunmaması, ikincisi duruşma sırasında bu görüşlere cevap verme imkanının bulunmaması; üçüncüsü, kanunsözcüsünün, oy hakkı olmamasına rağmen müzakerelere katılması. İlk 2 şikayet Strazburg mahkemesince reddedildi ancak kararın oluşum için yapılan müzakerelerde Danıştay Kanunsözcüsünün yer almasının ihlali oluşturduğuna karar verdi. Mahkeme, diğer taraftan yargılamanın uzunluğunun makul olmadığına da hükmetmiştir²⁴⁹. Anılan karar sadece Strazburg Hâkimlerince tartışılmakla

²⁴⁶ Grabenwarter C., a.g.m., 215.

²⁴⁷ Terimin Fransızcası : "Commissaire du Gouvernement" olup, "Hükümet Komiseri" olarak dilimize çevrilmiş ise de, görevin niteliği ve işlevi doğrultusunda, "Danıştay Kanunsözcüsü" teriminin çok daha uygun olduğu düşünülmektedir.

²⁴⁸ Kress /France davası, 07.06.2001, başvuru numarası : 39594/98

²⁴⁹ Bertrand F.G., "Le rôle du Commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat" (arrêt Kress du 7 juin 2001), Actes de la huitième Session d'information du CREDHO (Cahiers du CREDHO n° 8) ; <http://www.credho.org/cedh/session08/session08-04.htm>

kalmamış²⁵⁰, kararın verildiği tarihten hemen sonra Fransa'da hukukçular ikiye bölünerek ardı ardına makalelerinde görüşlerini savunmuşlardır.²⁵¹

AİHM, Commissaire de Gouvernement'in müzakereye iştirakini 10'a karşı 6 oyla 6/1'inci maddenin ihlali olarak değerlendirdi. Bu kararda mahkemenin temel görüşü, tarafsızlığın dış görünümünün de mevcut olması gerektiğiydi. Fakat olayda, eğer Komiser, Hâkimlerle müzakeresinde duruma göre davacı için olumsuz görüşünü geri alsaydı, bu durum gerçekleşmiş olmazdı. Bu argüman özel oylamada hakim Wildhaber, Costa, Pastor Ridruejo, Kuris, Birsan, Botoucharova ve Ugre tarafından eleştirildi. Azınlıktaki Hâkimlerin görüşüne göre, çoğunluk, adil bir yargılama için aleniyetin anlamını çok fazla genişletmektedirler. Özellikle somut olayda Kanunsözcüsünün sübjektif bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphelenilemezdi. Ayrıca Conseil d'Etat ve özellikle Komiser, hukuk Devleti ilkesinin ve insan haklarının uygulanmasını gerçekleştirmek bakımından oldukça gereklidir.²⁵²

²⁵⁰ Kararda 17 kişilik Büyük Daire Hâkimlerinden 7 hakim kısmen muhalefet oyu kullanmışlardır.

²⁵¹ Bu konuda bakınız Genevais B., "Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable", *Revue française de droit administratif* 17 (2001), s.991 vd.; Andriantsimbazovina J., "Savoir n'est rien, imaginer est tout, libre conversation autour de l'arrêt *Kress* de la Cour européenne des droits de l'Homme", D., 2001, chroniques, s. 2611 ; Chabanol D., "Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt *Kress*", *AJDA*, 2002, s. 9 ; Drago R., "Le Conseil d'Etat français et la Convention européenne des droits de l'Homme", D., 2001, J, s. 2619 ; Flauss J.-F., "La double lecture de l'arrêt *Kress/France*, *Les petites affiches*, 2001, n° 197, s. 13 ; Rolin F., "Le rôle du Commissaire du gouvernement du Conseil d'Etat au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme", *AJDA*, 2001, s. 675 ; Sudre F., "La compatibilité de l'institution du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : l'arrêt *Kress c/France* ou le triomphe des "apparences", *JCP*, 2001 II 10578 ;

²⁵² Peters A, a.g.m., 120-121.

Fretté/Fransa davasında²⁵³, başvuru, evlat edinme başvurusu ile ilgili araştırma sırasında eşcinsel olduğunu açıkça ifade etmiş ve bu durum nedeniyle davalı idare evlat edinme talebini reddetmiştir. Başvuran, duruşma tarihinin kendisine bildirilmemesinden dolayı Danıştay'daki duruşmaya katılamaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek AİHM'ye dava açmıştır.

AİHM, olaydaki gibi 1 Ocak 2001 tarihinden önceki uyuşmazlıklar bakımından durumun farklı olduğunu, yapılan değişiklik ile artık davanın bütün taraflarına duruşma gününün duyurulduğunu, bu nedenle bu davanın **Kress davasından** farklı olduğunu ifade etmektedir. AİHM'ye göre, başvuranın, davasının ne durumda olduğunu öğrenmek için her gün Danıştay'a gidip yazı işlerinden duruşma gününü kontrol etmesi beklenemez. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletlerin 6'ncı maddenin garanti ettiği hakların etkin bir biçimde korunmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁵⁴Bu bağlamda AİHM, başvuranın duruşma günü bildirilmediği için Hükümet komiserinin değerlendirmelerini öğrenemediğini²⁵⁵ ve Fransız Danıştay'ı önünde adil olarak yargılanmadığını

²⁵³ Fretté/Fransa davası, 26.02.2002.

²⁵⁴ Karahanoğulları Ö.E.,a.g.m., s.60-61.

²⁵⁵ Fransız Danıştay'ında, genel olarak duruşmalarda, Hükümet komiserinin görüşleri, taraflar arasındaki tartışma kapandıktan sonra açıklanmakta ve tarafların onun düşüncelerine karşı söz alıp konuşabilmesi mümkün olmamaktadır.

belirterek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.²⁵⁶

AİHM, bu görüşünü **APBP/Fransa** ve **Immeubles Groupe Kasser/Fransa kararlarıyla** desteklenmiştir. Çok yeni tarihli **Loyen vd./Fransa kararında**²⁵⁷ da, Commissaire du Gouvernement'nin (Kanunsözcüsünün), İdari İstinaf Mahkemesi ile Danıştay'da müzakerelere katılmış olmasını 6/1'inci maddenin ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, Türkiye ile ilgili vermiş bulunduğu **Hulki Güneş** kararında²⁵⁸; 19 Haziran 1992'de bir askerın ölümü, 2 askerın de yaralanmasına neden olmaktan sanık başvuranın; suç faili olarak teşhis eden jandarmalarla mahkemede yüzleştirilmemesini ve bu konudaki isteğinin reddedilmesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur. Kararda "İşin esasını çözen mahkemenin önünde tanıkların hazır bulunmaması ve bunların istinabe yoluyla dinlenilmesiyle yetinmek, Hâkimlerin tanıkların ifadelerinin alınması sırasındaki davranışlarını gözleme olanağından mahrum kılar" denilmiştir.

²⁵⁶ Olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan 30 Temmuz 1963 tarihli Danıştay'ın örgütlenmesi ve işleyişi ile ilgili Kararnamenin 55. maddesi uyarınca, duruşmadan en az dört gün önce avukatların bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ancak 16 Mart 1966 tarihli bir Danıştay kararında, yukarıda sözü edilen hükmün, avukatlar dahil davanın taraflarının duruşmaya otomatik olarak (kendiliğinden) çağırılmasını öngörmediği belirtilmiştir. Öte yandan, yapılan bir değişiklik uyarınca 1 Ocak 2001 tarihinden beri Fransız Danıştayı önündeki davalarda, tarafların tümü duruşma gününden otomatik olarak (kendiliğinden) haberdar olmaktadır.

²⁵⁷ Loyen vd/Fransa, 05.07.2005, başvuru numarası :

²⁵⁸ Hulki Güneş/Türkiye davası.

Öte yandan; AİHM'nin benimsediği "Silahların eşitliği" ilkesinin Danıştay'ımızın bir kararına da gerekçe teşkil ettiğini görüyoruz. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 9.7.1996 tarih ve 8-59 sayılı Genelgesinin sevkle ilgili esaslara ilişkin II.fıkrasının 3 numaralı bendinde yer alan "İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yetki alanına giren Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki tutuklular, Kartal'da yapılan 500 kişi kapasiteli özel tip cezaevi inşaatı tamamlanıncaya kadar İzmit Kapalı, Sakarya (E) tipi ve Eskişehir Özel Tip Cezaevlerine konulacaklardır." şeklindeki düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Danıştay 10. Dairesi, 03.11.1998 tarihli, E.1996/7166, K.1998/5511 sayılı kararıyla; İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde yer alan, mahkeme önünde hazır bulunma ilkesi, iddia ve savunmanın eşitliği ilkesi ve bunların sonucu olarak adil yargılanma ilkesinin ihlali niteliğinde olan tutuklu sanığın yargılandığı mahkemenin yargı çevresi dışına sevkini öngören dava konusu Genelge'de hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir.²⁵⁹

AİHM'nin aynı konudaki içtihatları doğrultusunda, Danıştay savcısının düşüncesinin savunma dilekçesiyle birlikte davacıya ve ayrıca davalıya

²⁵⁹ Anılan kararın gerekçesinde:" Tutuklu sanığın mahkeme önüne çıkmasının engellenmesinin anılan Sözleşmenin (AİHS) 6'ncı maddesinde yer alan 'Adil yargılanma hakkı' ile de doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Adil yargılanma hakkı; ceza yargılaması açısından, sanık ve iddia makamı arasında bir fark gözetmeksizin, karşılıklı olarak iddialarını ileri sürebilmeleri ve savunmalarını yapabilmeleridir. İddia ve savunmanın yapılabilmesi, yargılamada hazır bulunma hakkını da beraberinde getirmektedir. Sanığın hazır bulunması, adil yargılanma hakkının ikinci görüntüsü olan 'silahların eşitliği' yani iddia ve savunmanın eşit olması ilkesi içinde değerlendirilmelidir... İnsan Hakları Ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde yer alan ve yukarıda aktarılan mahkeme huzurunda hazır bulunma ilkesi; iddia ve savunmanın eşitliği ilkesi ve bunların sonucu olarak adil yargılama ilkesinin ihlali niteliğinde görüldüğünden, tutuklu sanığın yargılandığı mahkemenin yargı çevresi dışına sevkini öngören dava konusu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır." denilmiştir. Karara erişim için bkz. www.danistay.gov.tr adresinden Danıştay Bilgi Bankası.

gönderilmesi gerektiği düşünülmektedir. Böylece idari yargıda silahların eşit olmadığına yönelik şüpheler giderilmiş olacaktır. Çünkü Danıştay'daki duruşmalı işler dışında, savcı düşüncesi davanın taraflarınca bilinmemekte, taraflar Danıştay savcısının düşüncesini Danıştay kararı ile birlikte öğrenmekte ve bu düşünce üzerine karşı bir görüş ileri sürememektedirler.

b- Avukat Yardımı

Sözleşmenin, 6/3-c maddesine göre, sanık, kendi kendisini savunmak veya seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için malî imkânlardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanabilmek hakkına sahiptir.

Bu hüküm, ceza yargısının temel ilkesi olan adil yargılanma hakkının doğal bir sonucudur. Buna göre, sanık kendisini bizzat veya tutacağı bir avukat aracılığıyla savunmak gibi mutlak bir hakka sahiptir. Ancak, bunun için malî imkânları olması gerekir. Sanığın avukat tutmak için parası yoksa, savunmasını ilke olarak kendisi yapmak durumundadır. Çünkü bu gibi durumlarda, yukarıda ki hükme göre parası olmayan sanığa, ancak adaletin selameti gerektiriyorsa avukat atanabilecektir.

Öte yandan, Sözleşme, sadece bir cürümlü itham edilen kişilerin avukatın yardımından yararlanma hakkını güvence altına almıştır. Bu

durumda dahi, avukat ücretini ödeyecek malî imkânlardan yoksun olması ve adaletin selametinin de avukat atanmasını gerektirmesi gibi iki ön koşulun daha gerçekleşmesi gerekir. Sözleşme ancak bu şartlar altında bir avukat güvencesi sağladığı için, bu şartları taşımayan birisinin talebinin reddedilmesi, Sözleşmenin ihlâli olarak nitelendirilemez.

Nitekim Komisyon ve Mahkeme içtihatlarında, avukat tutamayacak durumda olan yoksul sanıklara sadece ağır suçlarda avukat atanması zorunlu kabul edilmekte ve aksine davranış Sözleşmeyi ihlâl olarak nitelendirilmektedir.

Komisyon, yoksul olan sanığın talebine rağmen, ilk soruşturmada kendisine avukat atanmayarak savunma delillerinin yeterince toplanmamasını ve son soruşturma sırasında da talebinin yeniden reddedilerek kısa bir duruşma sonucu kendisinin mahkûm edilmesini, Sözleşmenin 6/3-c maddesi hükmü anlamında savunma hakkının ve adil yargılama ilkesinin ihlâli olarak nitelendirmiştir²⁶⁰.

Sözleşme, avukatın adlî yardımından yararlanma hakkını güvence altına aldığından, yetkili makamın öngörülen şartları taşıyan bir sanığa sadece avukatı atamakla yetinmesi yeterli değildir. AİHM'nin, **Daud-Portekiz davasında** belirttiği gibi, Sözleşme avukat atanma hakkını değil, onun yardımından etkin bir şekilde yararlanma hakkını sağladığı için, atanan

²⁶⁰ Ünal, Ş., a.g.e., s.196-197.

avukatın savunma için bilfiil sanığın yanında yer alması zorunludur. Bununla beraber, Devlet, bu şekilde atanan bir avukatın meslekî yeteneksizliklerinden de sorumlu tutulamaz.

Komisyon, avukatın yardımından yararlanma hakkının kanun yolları da dahil ceza yargısının bütün aşamalarını kapsadığı görüşündedir. Aynı şekilde AİHM de, **Imbrioscia davasında**²⁶¹ avukatın adlî yardımından yararlanma hakkının, hazırlık soruşturması da dahil, ceza yargılamasının bütün aşamalarını kapsadığını ve akit devletlerin hukuk sistemlerinde bu hakkın kullanılmasını güvence altına almak zorunda olduklarını belirtmiştir.²⁶²

AİHM'ye göre, avukatın hukukî yardımından yararlanma hakkı hiç bir şekil şartına bağlanamaz. Komisyona göre de, mutlak olan avukattan yararlanma hakkı, hiç bir gerekçeyle ortadan kaldırılamaz. Örneğin, **John Murray/İngiltere başvurusunda**, İrlanda Cumhuriyet ordusu (IRA) mensubu olan şikâyetçi, polisin yapacağı terörle ilgili operasyonlara zarar verebileceği endişesiyle 48 saat süreyle avukatıyla görüştürülmemiştir. Şikâyetçi avukatı hazır bulunmadan ifade vermeyi reddetmiş ve yapılan yargılama sonucu, sorgulamadaki engelleyici tutumu da göz önüne alınarak 8 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Komisyon Sözleşmenin 6/3-c maddesinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir. Daha sonra davayı inceleyen mahkeme de aynı sonuca varmıştır.

²⁶¹ Imbroschia/İsviçre davası, 24.11.1993

²⁶² Ünal Ş., a.g.e., 198.

Hazırlık soruşturmasının polisteki başlangıç aşamalarından itibaren sanığın üçüncü kişilerin duymayacağı bir biçimde müdafî ile görüşme hakkı 6/3-c maddesinin gereğidir, bu hak sanığın açıkça, çekinmeksizin müdafîye danışma imkanını sağlamakta²⁶³ ve ayrıca kendi kendini suçlamama hakkının da güvencesini oluşturmaktadır²⁶⁴. Mahkeme sanığın müdafî ile sadece ilk görüşmesi sırasında polis memurunun bulunmasını dahi savunma haklarını etkili bir biçimde kullanma hakkına aykırı bulmuş ve 6/1'inci madde ile birlikte 6/3-c maddesinin de ihlali olarak görmüştür.

Müdafî ile temsil hakkı sınırsız değildir. **Can/Avusturya kararında** Komisyon, açık bir hüküm olmamasının, 6/3-c maddesinde güvence altına alınan bu hakkın hiçbir şekilde sınırlanamayacağı anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir²⁶⁵. Önemli olan, yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında, başvuruçunun müdafî yardımından etkili bir biçimde yararlanmış olmasıdır.

Sanığın avukattan yararlanma hakkı mutlak olmakla beraber, devlet bu hakkın kullanılmasının sınırlarını çizerek avukatların mahkemelerde mesleklerini nasıl icra edeceklerini serbestçe düzenleyebilir ve bazı durumlarda da kısıtlamalar koyabilir. Örneğin, sanığın savunmasının 3 avukatla sınırlandırılması, sanığın mensup olduğu suç örgütlerini destekledikleri doğrultusunda kuvvetli şüpheler bulunan bazı avukatların

²⁶³ Brennan/İngiltere davası, 16.10.2001

²⁶⁴ Magee/İngiltere davası,06.06.2000

²⁶⁵ Can/Avusturya Komisyon kararı, 12.07.1984

duruşmaya kabul edilmemesi gibi bazı uygulamalar, Sözleşmeye uygun bulunmuştur. Ancak bu tür uygulamalar makul gerekçelere dayanmalıdır²⁶⁶.

Mahkemeye göre, tutuklu sanığın avukatıyla temasının önlenmesi (c) bendi yanında 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasında yer alan dâva hakkının da ihlâlidir. Delillerin karartılması gibi bir tehlike yoksa, sanık ve avukatın konuşması, özel ve gizlidir²⁶⁷.

Sanığın kendi kendini bizzat savunması için mahkeme önünde bizzat hazır bulunması gerekir. Sanığın, mahkeme önünde şahsen hazır bulunması hususuna kural olarak istinaf ve temyiz yargılamalarında da riayet edilecektir. Duruşmada hazır bulunmak için kendine düşeni yerine getirmeyen sanığın bu hakkından zımnen vazgeçtiği düşünülerek gıyabında yargılamaya devam edilebilir. Ancak, söz konusu hakkın savunma ve dolayısıyla, âdil yargılamadaki önemi nedeniyle bu "vazgeçme"nin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması ve aynı zamanda kamu yararına aykırı bulunmaması gerekir. Kendi kusuruyla savunma hakkını şahsen kullanmaktan mahrum kalan sanık konusunda Sözleşmenin 6/3-c maddesi hükmü çiğnenmiş olmaz. Sanığın kaçak olduğu veya başka bir nedenle kendisine ulaşmanın mümkün bulunmadığı durumlarda ulusal mevzuatın gıyapta yargılamayı kabul etmesine bu bent hükmü engel değildir. Fakat bu gibi hâllerde, sanığı

²⁶⁶ Ünal Ş., a.g.e., s.200-201.

²⁶⁷ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., s.305.

durumdan haberdar etmek için resmî görevlilerin her yolu ciddî surette denemiş ve her türlü tedbiri almış olmaları gerekir²⁶⁸.

c- Gerekçeli Karar

Komisyon ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını da Sözleşmenin 6/1'inci maddesi kapsamında olduğunu kabul etmektedir.²⁶⁹ “Gerekçeli karar” kuralı da bazı hallerde, özellikle kanun yollarının mevcut bulunduğu durumlarda, adil yargılama kavramının diğer önemli bir unsurunu teşkil eder.²⁷⁰

Adil yargılanma hakkı, mahkemenin kararının, mutlaka ve otomatik olarak bir veya diğer tarafın yaptığı beyanlara dayandırılmasını değil, mahkemeye taraflarca sunulmuş olan bütün fiil ve hukuki delillerin tarafsız bir şekilde göz önüne alınmasını gerektirir. Mahkeme taraflarca kendisine sunulan bütün delilleri, hüküm açısından önemli olsun olmasın, önyargısız olarak değerlendirmelidir. Sözleşmenin 6/1'inci maddesine göre, mahkemeler kararlarını gerekçeli olarak yazmak yükümlülüğü altında olmakla beraber, bundan, tarafların her iddiasına karşı ayrıntılı cevap verilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır.²⁷¹

6'ncı madde uyarınca yerel mahkemeler hem ceza hem de hukuk davalarında kararlarının gerekçelerini belirtmelidir. Mahkemeler tüm sorulara

²⁶⁸ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.302-303.

²⁶⁹ Ünal Ş., a.g.e., s.187.

²⁷⁰ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.293. H./Belçika davası, 30.11.1987, A No. 127-b, s. 35, para.53; Hadjianastassiou/Yunanistan davası, A No.252, para. 32

²⁷¹ Ünal Ş., a.g.e., s.188.

ayrıntılı cevap vermek zorunda değildir,²⁷² ancak davanın sonucunu temelden etkileyecek bir lâyiha varsa mahkeme kararında özellikle bunun üzerinde durmalıdır.

Hiro Balani İspanya davasında²⁷³ başvuru ulusal mahkemeye belirli ve süratli cevap gerektiren bir mütalaa sunmuştu. Mahkemenin bu talebi cevaplandırmamış olması, meseleyi ele almayı ihmal mi ettiği yoksa talebi reddetmeyi mi düşündüğü, eğer böyleyse reddetme nedenlerinin ne olduğunu anlamayı imkânsız hale getirmiştir. AİHM bunun 6/1'inci maddesinin ihlâlini teşkil ettiği kararlaştırılmıştır.

Mahkemenin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğü, 6'ncı maddede açıkça öngörülmemekle birlikte hakkaniyete uygun yargılama ilkesi çerçevesinde Mahkeme tarafından tanınmaktadır. Gerekçeli karar ilkesi, özellikle kanun yollarının mevcut bulunduğu durumlarda, hakkaniyete uygun yargılama kavramının en önemli unsurunu oluşturur. Sanık ancak bu şekilde kendisine tanınmış olan temyiz hakkını işlevsel olarak kullanabilir²⁷⁴.

6'ncı madde, millî mahkemelerin gerekçe vermelerini gerekli kılmakta ise de kararın gerekçesini belirtirken ileri sürülen bütün savları detaylı olarak cevaplamak zorunluluğu yüklememektedir. AİHM, **Van De Hurk/Hollanda davasında**, bu yorumu açıkladıktan sonra, Avrupa Mahkemesinin rolünün milli mahkemenin gösterdiği gerekçelerin iç hukuka görülen dava sırasında

²⁷² Van de Hurk /Hollanda davası, 19 .04.1994, para. 61.

²⁷³ Hiro Balani /İspanya davası, 9.12.1994.

²⁷⁴ Inceoğlu S., a.g.e., s.309

ileri sürülen savları karşılayıp karşılamadığını denetlemek olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte, eğer milli mahkeme, davanın sonucu ile doğrudan ilgili ve sonucu belirleyici savları cevaplamamışsa ihlal oluşabilmektedir.

Kraska/İsviçre davasında,²⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesinde yapılan bir duruşmada, Hâkimlerden birisi, zaman kıtlığından şikayetçinin temyiz dilekçesinin ancak yarısını inceleyebildiğini açıklamıştır. Başvurucu, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına karşı Divan, kendisinin talebinin Kanton hükümeti ve idare mahkemeleri tarafından titizlikle incelendiğine işaretlerle, tutumu şikayet konusu olan hakimin duruşmada oynadığı aktif rolü göz önüne alarak Sözleşmeye herhangi bir aykırılık görmemiştir.

Gerekçeli karar ilkesi öncelikle (a fortiori) ceza hukukunda uygulanmaktadır. Bununla beraber, gerekçeli karar sadece sanıklar için bir güvence değil, aynı zamanda medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda da geçerli olan bir ilkedir.²⁷⁶

Türk hukukunda yasal düzenlemeler açısından yargı kararlarının gerekçeli olacağı yolunda bir kuşku yoktur. 1982 Anayasasının 141'inci maddesinde, "bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli" olması öngörülmüştür. Keza Hâkimler ve Savcılar Kanunu ve 1412 sayılı CMUK'da da benzer hükümlere yer verilmiştir. CMUK'un kaldırılması ile yerine kabul

²⁷⁵ Kraska/İsviçre davası, 19.04.1993,

²⁷⁶ H/Belçika davası, 30.11.1987, Ser A, No. 127, 10 EHRR 339, para. 53.

edilen 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununun “**Kararların gerekçeli olması**” başlıklı 34’üncü maddesinde “Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230’uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir” denilmektedir. Anılan Yasanın 230’uncu vd maddelerinde ayrıntılı olarak düzenleme getirilmiştir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 388’inci maddesinde, Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin Kanunun kabulünden sonra 01.04.2005 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla eklenen 426/T maddesinde, mahkeme kararlarının gerekçeli olacağı hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı İYUK’un “Kararlarda Bulunacak Hususlar” başlıklı 24’üncü maddesinin (e) bendinde, kararlarda, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hükmün yer alacağı belirtilmiştir.

Ancak bütün bu emredici hükümlere rağmen, uygulamada mahkemelerimiz bu kurala tam anlamıyla uymamakta, kararlar genelde gerekçesiz veya yeterli gerekçeden yoksun olarak alınmaktadır²⁷⁷.

3- Adil Yargılama Güvencelerinin Tanınması

²⁷⁷ Ünal Ş., a.g.e., s.188.

AİHM'nin yerleşmiş içtihatları uyarınca adil yargılanma hakkının tam olarak sağlanabilmesi için özellikle ceza hukukunda suç isnadına ilişkin olarak sanık durumunda bulunan kişilere sağlanması gereken bazı hakların yerine getirilmiş olması gerekmektedir : susma hakkı ve kendi kendini suçlayama zorlama yasağı, sözlülük, suçsuzluk karinesi, tüm delillerin davanın tarafına gösterilmesi, bilirkişi raporlarının verilmesi vb gibi konular hakkaniyete uygun yargılama açısından değerlendirilmiştir.²⁷⁸

Feldbrugge/Hollanda davasında, malullük aylığı kesilen başvurusunun dosyadaki uzman raporlarına ulaşma ve yorum yapma imkanının tanınmaması, yargılamaya etkili katılımını engeller nitelikte görülmüştür.

Kerojarvi/Finlandiya davasında²⁷⁹, Savaş sırasında ortaya çıkan bedensel sağlık sorunları nedeniyle kendisine aylık bağlanması talebinde bulunan başvurucuya Finlandiya Sigorta Mahkemesinde bulunan savaş zamanına ilişkin tıbbi raporların verilmemesi Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin ihlali olarak kabul edilmiştir.

4- Makul Sürede Yargılanma Hakkı

²⁷⁸ Bu konularda bkz. : Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F. A.g.e., s. 294 vd.; İnceoğlu S., a.g.e., s. 319 vd., Ünal Ş., a.g.e., s.189 vd.

²⁷⁹ Kerojarvi/Finlandiya davası,19.7.1995, başvuru numarası : 17506/90.

Adil yargılanma hakkının ihlali ile ilgili en yaygın yakınma, yargı sürecinin uzaması ile ilgilidir. Davalar uzamakta, gecikmiş adalet, adaletsizlikle eş anlamlı zararlı sonuçlar getirmektedir. 6'ncı maddeye göre, yargılamanın makul bir süre içinde tamamlanması gerekir. Bu tamamlanma, tüm aşamaların geçilmesi anlamındadır.

Makul süreye ilişkin Sözleşme organları önünde hak iddia etmek için başvuruçunun iç hukukta tüketilmesi gereken yolları tüketmiş olması gerekmektedir. Fakat bu koşul, makul sürenin üzerinde bir süre geçmesine rağmen davanın sonuçlanmasını beklemek anlamına gelmemektedir. Henüz dava sonuçlanmamış olmasına rağmen makul olmayan gecikme ortaya çıkmışsa, süreyle ilgili şikayetler, yargılamalar devam ederken de ileri sürülebilmektedir.

AIHM, **Konig kararında** da belirttiği gibi cezai konularda makul sürenin, temyiz aşaması dahil, tartışma konusu yargılamanın bütününe kapsadığını kabul etmektedir. Kişisel haklar ve yükümlülükler bakımından da durumun farklı olmadığını, çünkü 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasının ilk derece, üst (istinaf) veya temyiz olsun bir ayırım yapmaksızın makul sürede karara bağlanmayı gerektirdiğini kabul etmektedir.

Her dava için, aynı veya bir tek "makul süre" ölçütü koymak olanaksızdır. Makul sürenin saptanması ve takdirinde, her somut olayın (davanın) özellikleri, öğeleri nazara alınmalıdır. Her ne kadar makul süre, her

somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenmekte ise de yine de bu konuda genel ilkeler belirlenmiştir. Buna göre medeni haklara ilişkin davalarda süre, davanın yetkili yargılama makam önüne götürüldüğü tarihte başlamaktadır. Eğer dava açılmadan önce özel bir koşul öngörülmüşse, bir idari makama başvuru zorunluluğu gibi, süre bu tarihten işlemeye başlayacaktır.

Sürenin başlamasında ceza ve hukuk davalarındaki özelliklerden yola çıkarak farklı saptamalar yapılabilir. Sürenin sonu ise, mümkün ve olası kanun yollarının kullanılması, tüketilmesi sonucunda kesin hükmün ortaya çıktığı tarihtir. Divan, makul sürenin değerlendirilmesinde; Davanın konusunun niteliği, yargılama sırasında yakınının tutumu ve nihayet ulusal yargılama makamlarının tutumu olarak üzere, üç temel ölçüt kullanmaktadır.²⁸⁰ Bu üç ölçütten her birinin değerlendirmedeki etki derecesi, her somut olayda değişmektedir.

Makul sürenin sonu ise, mümkün ve olası kanun yolları dahil, yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihtir. Medeni hak davalarında süre kural olarak, davanın yetkili yargılama makamının önüne götürülmesi ile başlar.²⁸¹ Mahkemeye başvurmak için idari bir makama başvurarak bir karar alınması gerekiyorsa, süre bu tarihten itibaren de işlemeye başlayabilir.²⁸² Ceza davalarında ise ilgilinin “ suç işlediği şüphesi altında” olması ile süre

²⁸⁰ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F. A.g.e., s. 285.

²⁸¹ Bucholz/Almanya davası, 06.05.1981, para 47-48.

²⁸² Golder/İngiltere davası, a.g.k., para.32.

başlar.²⁸³ Makul süre çoğu zaman olayın ceza yargıcının önüne götürülmesinden belki çok önce, polis ya da savcılık soruşturmasına başlanıldığı tarihte işlemeye başlayacaktır.²⁸⁴ Sürenin sonu, olası kanun yolları dahil yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihtir.²⁸⁵ Asıl davanın esasını etkiler nitelikte ise Anayasa Mahkemesinin önünde geçen süre makul sürenin hesabına dahil edilir.²⁸⁶

Makul sürenin aşılp aşılmadığı her davada olayın özelliklerine göre değişiklik göstermektedir. Kesin bir zaman sınırlaması bulunmamaktadır. Olayın karmaşıklığı, başvuranın tutumu ve idari ve yargısal otoritelerin tutumları makul sürenin tespitinde dikkate alınmaktadır. Bu unsurların her biri ayrı ayrı dikkate alınmakta ve bunlar dolayısıyla oluşan toplam etkiye bakılmaktadır. Örneğin idari otoriteler arasındaki koordinasyon eksikliğinden kaynaklı gecikmeler²⁸⁷ ya da idarenin delilleri sunuşu²⁸⁸ sürenin uzamasına etki eden hususlar olarak görülmüştür.²⁸⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletler yargı teşkilatlarını davaları makul sürede bitirecek şekilde örgütlemek ve teşkilatlarının düzenli olarak çalışmasını sağlamak yükümlülüğü altındadır. Yargılamanın sürüncemede kalmasına karşı önlemler almak, özellikle ceza davalarında, suçlanan kişinin uzun süre davanın nasıl sonuçlanacağı endişesi ve

²⁸³ Deweer/Belçika davası, 27.02.1980, A 35, s.23, para.44.

²⁸⁴ Foti/İtalya davası, 10.12.1982, a 56, para.52..

²⁸⁵ Eckle/Almanya davası.

²⁸⁶ Poiss/Avusturya davası, 23.04.1987, A 117, para.50..

²⁸⁷ Wiesinger /Avusturya davası, 1991, A 213

²⁸⁸ H/İngiltere davası, 1987, A 120.

²⁸⁹ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s. 285.

toplumda suçlu savı altında yaşamasına yol açmayacak önlemleri almakla yükümlüdürler. Yargıç açığı, siyasi ortam, ulusal hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı, fiziki koşulların yetersizliği gibi nedenler Devleti sorumluluktan kurtarmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki kararlarında, yerleşiklik mevcuttur. Özellikle İtalya'ya karşı vermiş olduğu ihlal kararları içtihat hukukunun gelişmesini sağlamıştır. Gerçektende İtalya'da bir dönem yargılamalar 15, 20, 25 yıl sürmekte idi. Ard arda gelen İhlal kararlarının sebebi, yeterince mahkeme teşkilatının kurulmamış olması ve yargıya ayrılan kısıtlı ödenekler olarak görmekteydi²⁹⁰. İtalyan Hükümetinin savunmalarında da bu durumu dile getirmelerine karşın; AİHM bu gerekçeleri kabul etmeyip öne sürdükleri eksiklikleri gidermenin ülkelerin kendi uhdesinde olduğunu belirtmişti. Gerçektende bu süreçten sonra İtalya'da yargı alanında köklü değişiklikler yaşandı. İtalyan devleti yaptığı yargı reformu ile yeni mahkemeler ihdas edip, bütçeden yargı için ayırdığı payı artırmaya başladı. Bugün için "Makul sürede yargılama" ilkesinin ihlaline ilişkin aldığı ihlal kararlarında büyük oranda azalma görülmektedir.

Pizzetti/İtalya davasında, şikayetçi ve 4 arkadaşının hizmet ilişkisinden kaynaklanan alacakları ile emekli ve sakatlık aylıklarına ilişkin uyuşmazlıkların, 4 ila 16 yıl arasında sonuçlandırılması; **Scuderi/İtalya**

²⁹⁰ Giannalia/İtalya davası, 16.11.2000, başvuru numarası : 46528/99, 14 yıl 8 ay; Comella ve diğerleri/İtalya davası, 09/11/2000 , başvuru numarası : 45857/99, 24 yıl 11 ay; Motta/İtalya başvurusu, 26/04/2001, başvuru numarası : 47681/99, 13 yıl 20 gün; P ve M.O/İtalya davası, 11.12.2001 başvuru numarası : 51692/99, 37 yıl 1 ay.

olayında, terfide maaş hesaplanması dolayısıyla memurla Maliye Bakanlığı arasında çıkan uyuşmazlığın 4 yıl 5 ay sürmesi; **Massa-İtalya olayında** aynı işi gören kadın ve erkeğin emekli maaşları arasındaki farklılık dolayısıyla açılan davanın Sayıştayda 6 yıl sürmesi; **Pailot, Richard Henra ve Leferme/Fransa davalarında** kan hastası olan şikayetçilere kan nakli sırasında AIDS virüsü bulaştırılması ve bu yüzden Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan tazminat davalarının ancak 4-6 yıl arasında sonuçlandırılabilmiş olması Sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Hatta AİHM kan nakli sırasında AIDS hastalığı bulaşan bir hastanın davasının 21 ay sürmesini dahi, davanın makul sürede sonuçlanmaması kabul ederek Fransa'yı mahkum etmiştir. AİHM hastanın durumunu ve kısa yaşama olasılığının yüksekliğini gözönüne alarak süreyi makul bulmamıştır. Aynı şekilde, **Doudaly/Fransa davasında** istisna akdinden kaynaklanan bir alacak davasının idare mahkemelerinde 8 yıl sürmesi, Sözleşmeye aykırı sayılmıştır.²⁹¹

Komisyon ve Mahkeme, başvuruçunun davadaki tutum ve davranışını da özel olarak değerlendirmekte ve yerine göre başvuruyu reddetmektedir. Örneğin, **Monnet/Fransa olayında**, şikayetçinin açtığı ayrılık davası 7 yıl 1 ayda sonuçlanmıştır. AİHM, başvuruçunun davanın karmaşık hale gelmesine ve uzamasına, sayısız dilekçe vermek suretiyle bizzat sebebiyet verdiğini tespitle Sözleşmeye aykırılık görmemiştir.

²⁹¹ Ünal Ş., a.g.e., s.182.

Zimmerman Stiner/İsviçre davasında ²⁹²İsviçre federal mahkemesinin uzun bir süre dava dosyası üzerinde işlem yapmadan hareketsiz kaldığını tespit etmiş, İsviçre hükümeti federal mahkemenin ağır bir iş yükü altında olduğunu istatistikler ile ortaya koyması ve mahkemenin bu yüzden davaları önemlerine göre sırasıyla incelediği şeklindeki savunması geçerli mazeret olarak görmemiş ve 6/1'inci maddesinin ihlaline karar vermiştir.

Türkiye'deki uygulamada, davaların makul veya belirli sürelerde sonuçlandırılmasına ilişkin somut herhangi bir hüküm bulunmadığından, özellikle hukuk davalarının yıllarca sürdüğü bilinen bir gerçektir. Buna karşın, usul kanunlarında zaman zaman yapılan değişiklikler dışında, etkin önlemler alınamamıştır. Aynı şekil ceza davalarının da çok uzun sürmesi ve bunun tutuklu yargılanan sanıkların mağduriyetine sebep olması karşısında, 1412 sayılı CMUK'nda değişiklik yapan 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı Kanunla, ceza yargılamasının hızlandırılmasına yönelik bir önlem olarak tutukluluk süresine tavan getirilmiştir.

Anayasa'nın 141'inci maddesinin son cümlesi "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" biçimindedir. Anayasa'nın "**mümkün olan sürat**" deyimini ile gecikmeleri önleme amacını vurguladığı açıktır. Başka bir anlatımla yargılamada gecikme olduğu, olabileceği Anayasa tarafından da kabul edilmekte, bunun mümkün olan

²⁹²Zimmermann-Steiner/İsviçre davası,13'üncü07.1983, A 66, para.24; aynı şekilde Martins Moreira/Portekiz davası, 26.10.1988, A 143, para.52.

ivedilikle giderilmesi istenmektedir. Aynı endişe Sözleşmenin 6'ncı maddesinde de hissedilmektedir : “Herkesin...davasının **makul bir süre** içinde, hakkaniyete uygun, açık olarak görülmesini isteme hakkı vardır”.²⁹³

AİHS'nin getirdiği “**makul sürede yargılanma hakkı**”, Anayasa'nın 141'inci maddesine benzemekle birlikte nitelikçe farklıdır. Zira 141'inci maddede öngörülen “**mümkün olan süratle yargılama**” Anayasa'nın yargıya verdiği bir görev niteliği taşıdığı halde, AİHS'in 6. maddesinin öngördüğü “makul sürede yargılanma”, ilgili kişi bakımından dava edilebilir bir hak niteliği taşır. Nitekim bu hakka dayanılarak açılan idari yargılama süresini konu alan bir davada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'nin AİHS'in 6'ncı maddesinin öngördüğü makul süre koşuluna uymadığı sonucuna varmıştır. Bu dava idari yargımızdaki tıkanıklığı gösteren örneklerden biridir, önlem alınmadığı takdirde bu yöndeki başvuruların artacağı söylenebilir.²⁹⁴

Divan, **Yağcı – Sargın / Türkiye kararında** Türkiye'deki yargılamanın 4 yıl 8 ay sürdüğünü Türk Hükümetinin sanık sayısının fazlalığı ve sanıklar hakkında itham edilen suçlar sebebiyle davanın aşırı şekilde karmaşık olduğunu ayrıca sanık avukatlarının duruşmada konulan güvenlik tedbirlerini protesto için duruşma salonunu birkaç defa terk ettiklerini ve dosyada ki deliller hakkında görüşlerini bildirmek için verilen mehillere uymayarak davanın uzamasına neden oldukları itirazına rağmen, Sözleşmenin 6'ncı

²⁹³ Gülan, A., “Fransa’da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, 11 – 12 Mayıs 2001, Danıştay Yayınları No: 63, Ankara, 2003.

²⁹⁴ Yet O., “İlk Derece Mahkemelerinin Kuruluşlarının 17. Yılında İdari Yargının Sorunları ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay Dergisi**, yıl 29, sayı 99, 1999.

maddesinin bir suçtan itham olunan sanığın adli merciiler ile işbirliği yapmasını gerektirmediğini belirterek Avukatların davranışlarının yargılamayı engelleyici nitelikte gözükmediğini belirterek Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Türk idari yargısında hem ilk derece mahkemeleri nezdinde hem de Danıştay'da davaların oldukça uzun sürdüğü bilinen bir gerçektir. Gerek ilk derece mahkemelerinde bakılan davalar gerekse Danıştay'ın ilk derece olarak veya temyiz mercii sıfatıyla baktığı davalar, AİHS 6/1'inci maddede sözü edilen ve aşılması halinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlali sonucunu doğuran “**makul süre**” içerisinde sonuçlandırılmamaktadır.

Yargılama sürecinin uzun sürmesi dolayısıyla kamu görevlileri ‘açıkça maddi hakları’na ilişkin olarak, 6/1'inci madde kapsamında Türkiye aleyhine dava açabileceklerdir ve büyük olasılıkla da bu davalar AİHS'nin 6/1'inci maddesinin ihlal edildiği yönündeki kararlarıyla sonuçlanacaktır. Nitekim **Büker/Türkiye kararı** da bunun ilk örneği olmuştur.²⁹⁵

Büker/Türkiye kararında²⁹⁶ başvuru Üniuersitede sözleşmeli olarak öğretim üyesi iken kendisine haber verilmeksizin sözleşmesinin iptal edildiği, idare mahkemesine açtığı davayı kazanmasına karşın, üniversite yönetimi tarafından göreve iade edilmediği, açtığı diğer davalar ve bu davaların Danıştay'da ki temyiz süreci sonucunda uzun bir zaman sonra görevine iade

²⁹⁵ Karahanoğulları Ö.E.,a.g.m., s.56.

²⁹⁶ 24 Ekim 2000 29921/96

edildiğini belirterek makul sürede yargılanmadığını ileri sürmüştür. AİHM, başvuruçunun sözleşmesinin feshedilmesi ile görevine mahkeme kararıyla geri döndüğü süreçte emeklilik hakkını kazanıp uğradığı maddi kaybın telafi edilmesine rağmen 7,5 yıl süren idari yargılamada geçen sürenin makul olmadığına karar vererek, 6/1'inci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

İdari davalarda davacının usul üzerinde özel hukuk yargılamasında olduğu gibi etken bir işlevi olmadığı için, davacının işi geciktirmesinden söz edilemez. Buna karşılık idarenin ve idare yargıcının yükümlülükleri söz konusudur. Gecikmelerin bu iki ögeden kaynaklanması beklenebilir. İdare ve yargılama makamlarının ihmal veya kusuru görülmüşse, makul süre aşımından Devlet sorumlu tutulacaktır.

Bazı durumlarda ise yöneticilerin olumsuz tavırları belirleyici olmaktadır. **Büker/Türkiye davasında**, rektörün bir türlü atama yapmak istememesi gibi. İdari yargı yerinin iptal kararından sonra ortaya çıkan yeni durumu, iptal kararının benzerini alarak sürdürmesi de çok rastlanan örneklerdendir. Kuşkusuz ülkemiz açısından olumsuz çevre koşullarının başında iş yükünün giderek artması gelmektedir.²⁹⁷

B- AİHM Kararlarının Etkili İdari Yargı Denetimine Etkileri

²⁹⁷ Başpınar, A., "İdari Yargıda Makul Süre İçin Öneriler", 2004 İdari Yargı Sempozyumu Bildirisi.

1- AİHM Kararlarının Hukuki Sonuçları

Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler, Sözleşmenin 46'ncı maddesi uyarınca²⁹⁸, AİHM'nin kendileriyle ilgili kararlarını uygulamakla yükümlü bulunmaktadır. Kararların ulusal hukuktaki etkileri, başvuruçuların istemlerinin karşılanmasıyla sınırlı kalmamaktadır. Çözümüne bağlanan sorunlar ulusal yasaların Sözleşmeye aykırılığında ileri gelmiş ise, böyle durumlarda yasaların da yenilenecek Sözleşmeye uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar esas itibariyle iç hukukta yapılan işlem veya eylemin Sözleşme hükümlerini ihlal edip etmediğine ilişkindir. Bu bakımdan AİHM, üye ülkelerüstü bir Temyiz mahkemesi değildir. Taraf devletin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiğine karar verildiği takdirde tazminata hükmedebileceği gibi iç hukuk kuralının Sözleşme kuralları ile bağdaşmadığını da kararlarında vurgulayabilir.²⁹⁹ Bu sonuncu durumda ilgili Devlet, söz konusu iç hukuk kuralını Sözleşme ile uyumlu hale getirmediği takdirde, benzeri her başvuru konusunda ilgili Devletin Sözleşmenin aynı kuralını ihlal ettiğine karar verir. Bu nedenle konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararların içeriğine göre tasnif edip, kararların yaptırım gücünü açıklamak gerekir.

²⁹⁸ Anılan madde uyarınca taraflar davanın Büyük Daireye gönderilmesini istemediklerini bildirirlerse, veya kararın verilmesinden itibaren 3 ay içinde davanın Büyük Daireye götürülmesi istenmezse, veya tarafların, Sözleşmenin 43. maddesi uyarınca davanın Büyük Daireye gönderilmesi talebi reddedilirse; karar kesinleşir.

²⁹⁹ Sudre F., "Droit Européen", a.g.e., s.569.

AİHM, başvuruyu kısmen veya tamamen haklı bulup, hakkında başvuruda bulunulan devletin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiğine karar verirse, 11 nolu Protokolden önceki dönemde 50'nci ve yeni 41'inci maddeye göre ihlal kararının sonuçlarını ilgili devletin iç hukukunun tam olarak gideremeyeceği kanaatine varırsa, maddi ve manevi tazminata ve ayrıca dava masrafları ile avukatlık ücretlerinin ödenmesine karar verir.

Maddi tazminat konusunda zararın kanıtlanması gerekir. Manevi tazminat istemlerinde ise. Mahkeme hal ve şartlara göre ya bir miktar tazminata karar verir, ya da örneğin **TBKP/Türkiye davasında**³⁰⁰ olduğu gibi, Türk Anayasa Mahkemesi kararının 11'inci maddeyi ihlal ettiğine karar verilmesinin davacılar bakımından yeterli bir manevi tazminat sayılabileceğine hükmedebilir.

Mahkeme masraflarının da belgelenmesi gerekir. Avukatlık ücretine gelince, başvuranın davasını kaybetmesi halinde hakkında yargılama yapılan Devlet lehine bir avukatlık ücreti tahakkuk ettirmemektedir. Buna karşılık, başvuran kişiler için kabul etmekte ve fakat bunun kimileri için ek gelir kaynağı olmaması için özen gösterilmektedir. Nitekim, AİHM, Türkiye'de davayı kaybeden tarafın örneğin Danıştay'da duruşmalı ya da duruşmasız dava türlerine göre ödeyeceği avukatlık ücretini esas alması yönünde Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin avukatı olan Hükümet Ajanının yaptığı savunmayı ve Türk Avukatların döviz bazında

³⁰⁰ TBKP/Türkiye davası, 30.1.1998,

büyük rakamlar içeren ücret sözleşmelerini kabul etmemekte, kendi ölçülerine göre, davanın özelliklerini ve Türkiye koşullarını da dikkate alan makul bir avukatlık ücreti ödenmesine karar vermektedir. Ayrıca Mahkemece, bu rakam belirlenirken başvuranın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru öncesi iç hukuk yollarını tüketmek amacıyla Türkiye'deki avukatına ödediği ücret dikkate alınmamakta, sadece AİHM'deki davayla ilgili olarak avukatlık ücreti belirlenmektedir.³⁰¹

Kesinleşmiş Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı nisbîdir; yani yalnız dava konusu ve davanın tarafları ile sınırlıdır. Aynı durumda olan başkaları Mahkemenin kesin hüküm niteliğini kazanmış olan bu kararından hukuken sonuç doğurur şekilde, yani somut surette yararlanamazlar. Başka bir deyişle, bunların “erga omnes” (herkes için geçerli) etkisi yoktur.³⁰²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği karar bazen iç hukuk hükmünün Sözleşmeye aykırı olduğu gerekçesine dayanabilir. Bu ise, aynı nedenle her defa mahkum olmamak için mevzuat değişikliğini gerektirebilir. Nitekim Türkiye, 18.11.1992 tarihli 3842 sayılı Kanunla CMUK da yaptığı birçok değişiklik ile mevzuatını Sözleşmeye uygun hale getirmeye çalışmıştır. Tutuklama süresinin makul süreyi aştığı iddiası ile açılan ve Mahkemenin 5'inci maddenin ihlal edildiğine karar verdiği 8.6.1995 tarihli **Mansur kararı** vesilesiyle CMUK'un 110'uncu maddesine 3842 sayılı

³⁰¹ Tezcan D., “**Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi**”, Mayıs 2001, Danıştay Sempozyumunda sunulan yayınlanmamış Tebliğ, Ankara, 2001.

³⁰² Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.123.

Kanunla yedi yıldan az cezayı gerektiren suçlar bakımından tutukluluğa iki yıllık bir üst sınır getirilmesi ve daha fazla cezayı gerektirenlerde de durumun özel şartlarının dikkate alınacağına vurgulanması; 8.6.1995 tarihli **Yağcı ve Sargın kararına** konu teşkil eden başvuruda yer alan komünizm propagandaları iddiasının başvurudan sonra 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile kaldırılması da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukuklara olumlu etkisi olarak vurgulanmaktadır.

AİHM kararlarının Türk iç hukukuna etkisi konusunda bir başka gelişme ise, sivilleri yargılayan bir mahkemede Hâkimlerden birinin asker olmasının sivil sanıklar bakımından en azından görünürde yarı bağımsızlığı ve tarafsızlığını bozduğu gerekçesiyle Sözleşmenin 6/1'inci maddesini ihlal ettiğini oy çokluğu ile hüküm altına alan yukarıda ayrıntılı olarak bahsedilmiş Büyük Dairenin **Incal kararı** ve bunu oybirliği ile teyit eden **Çiraklar kararı** ile, önce askeri hakimın Devlet Güvenlik Mahkemelerinden kaldırılması devamında Devlet Güvenlik Mahkemelerinin tamamen kaldırılması ile sonuçlanmıştır.

Öte yandan 11 nolu Protokol ile sonrası Sözleşmenin 46/1'inci maddesinde, "*Yüksek Taraf Devletler, taraf oldukları davalarda Mahkemenin nihai kararlarına uymayı taahhüt ederler*" hükmü yer almakla birlikte, AİHM kararlarının kesinleşmiş iç hukuk yargı kararları üzerindeki etkisi konusunda çeşitli ülkelerde benimsenen çözümler konusuna gelince,

mukayeseli hukukta değişik ölkelerde değişik çözümler üretildiği görölmektedir.

Genellikle Avusturya, İsveç, Norveç ve bazı İsviçre Kantonları bu konuda AİHM kararlarının uygulanmasını sağlamak için değişik yollar izlemekte olup, buna göre, ya İsveç modeli türünde yeniden yargılamanın yenilenmesi sebebi sayarak, ya Avusturya modelinde olduğu gibi, Cumhuriyet Başsavcısının mahkeme kararının görüşülmesini Yargıtay'dan istemesini sağlayacak yazılı emir yolunu yeniden şekillendirerek veya karar düzeltme kanun yoluna ekleme yaparak gidermektedirler. Hatta İspanyol Yüksek Mahkemesi daha da ileri gidip, ulusal yasalar yerine AİHM kararlarını esas almayı içtihatlarla sağlamaktadır. Bu çözümler içinde Lüksembourg ise, 30.4.1981 tarihli Ceza Davalarının Yeniden Görülmesi ve Adli Hata Mağdurlarına Verilecek Tazminata İlişkin Kanununun 443/5'inci maddesiyle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bir kararıyla veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir hükmüyle bir mahkumiyet kararının Sözleşmeye aykırılığının saptanması halinde bunun yargılamanın yenilenmesi sebebi saymayı ve sorunu böylece çözüme kavuşturmayı tercih etmiştir.³⁰³

2- AİHM Kararlarının Türk İdari Yargısına Etkileri

³⁰³ Ünal Ş., a.g.m., s.409; Tezcan D., a.g.m..

Türk idari yargısında hem ilk derece mahkemeleri nezdinde hem de Danıştay'da davaların oldukça uzun sürdüğü bilinen bir gerçektir. Gerek ilk derece mahkemelerinde bakılan davalar gerekse Danıştay'ın ilk derece olarak veya temyiz mercii sıfatıyla baktığı davalar, Sözleşmenin 6/1'inci maddesinde sözü edilen ve aşılması halinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlali sonucunu doğuran “makul süre” içerisinde sonuçlandırılmamaktadır.

Türk hukukundaki idari uyuşmazlıklar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne fazla götürülmemiştir. Bu nedenle AİHM'nin Türk idari yargısı hakkında içtihadı çok fazla bulunmamaktadır. Ancak bu durum ilerleyen zaman içerisinde değişebilir, AİHM önündeki idari uyuşmazlıklar artabilir. Hangi hallerde AİHM tarafından ihlal kararları verildiğini bilmek, ihlali önlemenin yollarından biri olacaktır. Bu nedenle, özellikle Sözleşmenin 6'ncı maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı”nın ihlal edilmemesi için idari davaların “makul süre” içerisinde sonuçlandırılması ve bir tarafı idare olan uyuşmazlıklarda da, “silahların eşitliği” ilkesine uyulması muhtemel ihlalleri azaltacaktır.

AİHM'nin, Türk idari yargısının etkili ve etkin bir iç hukuk yolu olmadığını vurguladığı ilk karar **Jabari/Türkiye davasıdır**³⁰⁴. İran vatandaşı olan yirmi iki yaşındaki başvuru bayan Jabari, İran'da bulunduğu sırada aşık olduğu bay X ile evlenmek istemiş, X'in ailesinin muhalefet etmesine

³⁰⁴ Jabari/Türkiye davası, 11.07.2000; başvuru numarası : 40035/98

rağmen ilişkisini sürdürmüş ve cinsel ilişkide bulunmuştur. Bu olay nedeniyle gözüaltına alınan başvurucu, Ekim 1997'de yaşa dışı yollardan Türkiye'ye girmiş ve sahte pasaportla İstanbul'dan Fransa üzerinden Kanada'ya giderken Fransız polisi tarafından Fransa'da yakalanarak İstanbul'a geri gönderilmiştir. Sahte pasaportla yurda girmesi nedeniyle sınırdışı edilmek üzereyken sığınma talebinde bulunmuştur. Sığınma talebini beş günlük yasal süre içinde yapmadığı gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğince başvurucuya, İran'a geri gönderilmesi halinde taşlanma suretiyle öldürülme veya kırbaçlanma cezası gibi insanlıkdışı bir cezayla karşılaşma riski bulunduğu gerekçesiyle 16 Şubat 1998 tarihinde sığınmacı statüsü verilmiştir. Başvurucunun 8 Mart 1998 tarihinde sınırdışı edilme kararı aleyhine Ankara 4. İdare Mahkemesine yürütmeyi durdurma talebi 16 Nisan 1998'de, iptal talebi de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne göre 26 Şubat 1998 tarihinde yaptığı başvuru nedeniyle geçici oturma izni verildiği gerekçesiyle 4 Kasım 1998'de reddedilmiştir.

AIHM'ye göre Sözleşme'nin 13'üncü maddesindeki etkili hukuk yolu kavramı, Sözleşme'nin 3'üncü maddesine aykırı bir muameleden korkulması halinde bu konudaki bir talebin bağımsız ve dikkatli bir biçimde incelenmesini gerektirir. Ankara 4. İdare Mahkemesi bu güvenceyi sağlayamadığından, etkili hukuk yoluna ulaşma hakkı ihlal edilmiştir.

Gerek öğretide gerek içtihatlarda en tartışmalı sorunlardan birisi haline gelen kazanılmış haklar ve idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkelerinin kapsam ve içeriğindeki belirsizlikler, uygulamada idari işlemlerle bir hak ya da statüden yararlananlar bakımından doğan hukuki sonuçların kaldırılması, değiştirilmesi ya da geri alınması esasları bakımından kendini göstermekte ve bu konudaki belirsizlikler kamu kudreti ayrıcalıkları lehine sonuçlar doğmasına dayanak yapılırken, bireylerin hukuk güvenliği sürekli bir tehdit ile karşı karşıya kalmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Genel Kurulu, 28.10.1999 tarihli ***Brumarescu/Romanya kararında;***

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "başlangıç" bölümünde yer alan ilkelerin Sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak tüm imzacı devletleri bağladığını;

- Sözleşmenin "başlangıç" bölümünde yer alan ilkelerin esas itibarıyla, "hukuki ilişkilerde istikrar" ve "hukuk güvenliği" ilkelerini teminat altına aldığını;

- Hukuk güvenliğini sağlayamayan ve gerekli teminatlarla donatmayan Hükümetlerin, Sözleşmenin başlangıcında yer alan bu ilkeler uyarınca sorumlu tutulması gerektiğini;

- Yargı organlarına başvuru hakkının Hükümetin bir kararı ile ortadan kaldırılmasının ya da kişisel sonuçlar doğurmuş hukuki ilişkilere bağlı hakların daha sonradan geri alınmasının, hukuki ilişkilerde güvenlik ilkesini ihlal ettiğini ve hakları bu şekilde ihlal edilmiş kişilerin, Sözleşmenin 6'ncı

maddesinin birinci paragrafında teminat altına alınmış haklarından yoksun bırakıldığını; ortaya koymuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yaklaşımı sonucunda, Türk İdare Hukuku bakımından, idari işlemler sonucunda doğan hakların geri alınabilmesi ya da geleceğe yönelik kaldırılabilmesi yönünde idareye bırakılan takdir yetkisini kısıtlayacak düzenlemelerin hayatiyete geçirilmesi büyük önem taşımaktadır. Konuyla ilgili olarak, yasa koyucunun hareketsiz kalması ve yargı yerlerinin içtihatlarının da belirsiz bir nitelik arz etmesi ileride bu konuda yapılacak başvurularda, Mahkemece, Türk Devleti'nin bu kapsamda AİHS'nin başlangıç bölümündeki ilkeleri ve dolayısıyla da AİHS'nin 6'ncı maddesinin 1'inci paragrafını ihlal ettiği yönünde kararlar verebileceği değerlendirilmektedir.

2577 sayılı Yasanın Yargılamanın Yenilenmesi başlıklı 53'üncü maddesinin (i) bendine³⁰⁵ Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, "Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" halinde de yargılamanın yenilenmesi istenebileceği hükmü eklenmiştir. Yargılamanın yenilenmesi süresi, belirtilen bentte yazılı sebep için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır.

³⁰⁵ 15/07/2003 tarihli 4928 sayılı Yasanın 6. maddesi ile eklenen Ek Bent.

Bu hüküm ile de açıkça Anayasanın 90'ıncı maddesinde yapılan değişiklik ile AİHS'nin ihlal edildiğine ilişkin AİHM kararları sonrasında, tespit edilen zararın iç hukukta yeniden yargılama yolu ile tazmini yolunun adli yargıya ilişkin olarak ceza ve hukuk davalarında tanınması ile birlikte idari yargı alanında idare ve vergi davalarında da tanınması söz konusu olmuştur. Böylece 23/1/2003 tarihinde kabul edilen 4793 sayılı Yasa ile adli yargı alanında yapılan yasal değişikliğin idari yargı ile eşleştirilmesi sağlanmıştır.

Anılan yasal değişiklik ile idari yargı denetimi yapan organların, niteliklerinin, oluşumunun, yargılama denetimlerine ilişkin usulün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından denetlenmesi sonrasında verilecek bir ihlal kararının kesinleşmesinden sonra 1 yıllık süre içinde yeniden idari yargı yerlerine başvurulması ile, tespit edilen ihlallerin giderilmesi ile yargılamanın yenilenmesi zorunluluğunun kabul edilmesi göz önüne alındığında; Sözleşmenin de 1'inci maddesi uyarınca öncelikle Türk idari yargı yerlerinin AİHM içtihatlarına uygun yargı denetimini sağlamakla sorumlu oldukları kuşkusuzdur. Bu itibarla, Türk idari yargısının sorunlarını tespitle çözümlerini bir an önce üretmek ve uygulamaya koymak suretiyle harekete geçmesi temenni edilmektedir.

SONUÇ

Hukuk Devleti kavramının en önemli unsuru, bireylerin temel haklarının korunmasına yönelik olmasıdır. Günümüzde devletler, bu korumayı anayasalarında temel hakları detaylı düzenlemek suretiyle ya da Anayasa Mahkemelerinin içtihatlarında hukuk Devleti ve demokrasi kavramlarını genişletici yorumlanması yolu ile gerçekleştirmektedirler.

Anayasa Mahkememiz 1982 Anayasası döneminde verdiği birçok kararda hukuk Devletini tanımlamak için şu formülü kullanmaktadır: “Hukuk Devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir”¹

Anayasa Mahkemesine göre, hukuk Devleti kavramı içinde, insan hakları, adalet, eşitlik, Anayasaya saygı, hukukun üstün kurallarına saygı,

¹ Anayasa Mahkemesi, 27 Mart 1986 tarih ve E.1985/31, K.1986/11 sayılı karar, AMKD, S. 22, s.120.

evrensel hukuk kurallarına saygı, yargı denetimine tâbi olma gibi unsurlar bulunmaktadır.

Bu ilke ve düşüncelerden hareketle, hukuk Devletine ilişkin yaklaşımlar değerlendirildiğinde; devletin hukuka bağlılığının güvencelerinin sağlanması, bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunması, güçler ayrılığı ilkesi, yasallık ilkesi, hukuk önünde eşitlik, hak arama yollarının açık olması, yönetimi ve kamu görevlilerini (cezai ve hukuki sorumluluk) eylem ve işlemlerinde sorumlu tutmak, kazanılmış haklara saygı gösterilmesi ve hukukun evrensel ilkelerine itibar edilmesi gibi hususları hukuk Devletinin gerekleri arasında sayabiliriz.

Yargının temel görevi ve yargılama süreci sonucunda beklenen “adaletin tecellisi”dir. Bu tecelli, haklı ve haksızın ayırt edilmesi, sakat işlemin ortadan kaldırılması, uğranılan zararın tazmini veya sanığın cezalandırılması şeklinde ortaya çıkabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, adli yargı önünde görülen uyuşmazlıklar yanında idari yargı önünde görülen uyuşmazlıklar da karara bağlanmakta, ancak bunlar ülkemizde pek bilinmemektedir. İnsan hakları ihlallerinin adli uyuşmazlıklar kadar olmasa da idari uyuşmazlıklarda da karşımıza çıkması nedeniyle böyle bir çalışma yapma gereği ortaya çıkmıştır.

Elimizdeki bu çalışmanın sonucunda; AİHM'nin kararları doğrultusunda Türk idari yargı organlarının etkin ve etkili bir yargı denetiminin

çoğunlukla sağlandığı, ancak bazı konulardaki mevcut uygulama ve düzenlemenin sorun teşkil ettiği değerlendirilmiştir.

Türk hukukundaki idari uyuşmazlıklar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne fazla götürülmemekte ise de, ağırlıklı olarak makul sürenin aşılmış olması halinde başvuruların yapıldığı gözlemlenmektedir. Ancak bu durum ilerleyen zaman içerisinde değişebilir, AİHM önündeki idari uyuşmazlıkların hem niteliği hem sayısı artabilir. Hangi hallerde AİHM tarafından ihlal kararları verildiğini bilmek, ihlali önlemenin yollarından biri olmakla kalmayacak, hukuk sisteminin eksikliklerini, uygulamadaki hataları ortaya çıkaracak, daha etkili ve etkin bir idari yargı denetiminin sağlanmasına imkan tanıyacaktır.

Sözleşmeye taraf ülke vatandaşlarının her türlü haklarını Mahkeme önünde arama isteğinin günden güne artış gösterdiği bu durumun ülkemiz için de geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Basına da yansıyan ülkemiz ile ilgili birkaç başvuruyu aktarmak gerekir ise; İzmir'den Hakan Çağlar Ülkü çamurdan kullanılamaz hale gelen pantolonunun tazmini için belediye aleyhine açtığı davada Bölge İdare Mahkemesinin zararın tam olarak kanıtlanamadığı yönünde verdiği ret kararı aleyhine AİHM'ye başvurmuştur. Eskişehir'den Seyfettin Aydınoglu ise oğlunun sünnet esnasında devlet hastanesinde cinsel organının yanlış kesilmesi sebebi ile yaptığı başvurunun savcılıkça takipsizlik kararı ile sonuçlanması üzerine, yine

bir başka kişi köpeğinden dolayı oturduğu apartmandan tahliye edilmesine yönelik kararı AIHM gündemine taşıdığı görölmektedir.²

İdari yargıda ağırlıklı olarak adil yargılama ilkesi ile ilgili düzenlemeleri içeren 6'ncı madde, ki bu madde Sözleşmenin köşe taşlarından birisini oluşturmaktadır, kapsamında başvuruların bulunduğu gözlemlenmektedir. Bu durum, 6'ncı maddenin yargılamada izlenecek usulü belirlemesinden, yargı organının etkin ve etkili olmasını zorunlu kılmasından kaynaklanmaktadır.

Sözleşmenin 6'ncı maddesiyle ilgili davalar, medeni hak ve yükümlölükler ile ceza hukuku alanına giren konularda, etkili bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, mahkemelerin yapısı, mahkemelerde izlenen yargılama yöntemleri, duruşmalar, mahkeme kararlarının gerekçeli olup olmadığı, davaların sonuçlanma süreleri, savunma hakkının ihlal edilip edilmediği ve hukuki yardım gibi hususlardan doğmaktadır³. Öte yandan, adil yargılama hakkının, sadece yargısal sürecin işlerliğini ve işleyişini değil, yapısallığını, yani doğrudan doğruya yargının organizasyonunu da içerdği kabul edilmektedir.

Bu maddenin birinci fıkrası hem cezai hem de hukuki uyumsuzlukları kapsarken, ikinci ve üçüncü fıkralar sadece cezai işlemlerle ilgili başvurularda uygulanırlar. Altıncı maddenin hayati önemine rağmen, Sözleşmenin 15'inci

² Akşam Gazetesi, 19 Şubat 2004 nüshası. <http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2004/02/19/gundem/gundem1.html>; ayrıca bkz. : Milliyet Gazetesi 11 Mart 2004 tarihli nüshası.

³ Çiftçi, E., "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi Ve İdari Yargı", Danıştay Dergisi, 106 sayılı Dergi, s.78, bkz. www.danistay.gov.tr.

maddesi uyarınca, olağanüstü durumlarda uygulanması askıya alınamayacak haklardan birisi olarak sayılmamıştır.

AİHS'nin 6'ncı maddesinde tanınan hakları herkese tanınan haklar ve yalnız sanıklara tanınan haklar olarak bir ayırıma tabi tutmak mümkündür. Herkese tanınan haklar, “adil yargılanma hakkı”, “yasal ve bağımsız bir mahkemede makul sürede yargılanma hakkı”, “masumluk karinesinden yararlanma hakkı” olarak belirtilebilir. Sanığa tanınan haklar ise, “isnadı öğrenme hakkı”, “savunmasını yapmak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak hakkı”, “kanuni temsil edilme ve adli yardım talep hakkı”, tercüman yardımından yararlanma hakkı”, “tanıkları davet ettirme ve soru sorma hakkı” olarak belirtilebilir.

AİHS'nin 6'ncı maddesinde yer alan hükümler, 1982 Anayasasının 36'ncı, 138'inci, 140'inci ve 14'inci maddeleri hükümlerinde, esas itibariyle yer almaktadır. Sözleşmenin anılan maddesinin kimi hükümleri ise, ceza hukukunun (ceza yasası ve ceza muhakemeleri usulü hukukumuzun) temel ilkeleri olarak ifadelendirilmişlerdir.

Bu konuyla ilgili olarak Türk Hukuku bakımından önemli bir adım olarak 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 36. maddesinde bir değişiklik yapılarak “adil yargılanma hakkı” açıkça anayasal bir hak olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Değişiklik gerekçesine göre, *“bu değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence*

altına alınmış olan adil yargılama hakkı metne dahil edilmektedir.” Gerekçede açıkça yapılan atıf nedeniyle adil yargılanma hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumu büyük önem taşımaktadır.

İdari yargıda da, adli yargıda olduğu gibi davaların makul bir sürede sonuçlandırılmadığı bilinen bir gerçektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin her geçen gün idari uyuşmazlıkları “medeni hak ve yükümlülükler” başlığı altında genişleterek 6'ncı maddenin kapsamına sokması, özellikle **Büker** kararında olduğu gibi birçok memur uyuşmazlığının AİHM önüne götürülmesine neden olabilir. Yargılama sürecini kısaltmak, makul bir sürede idari davaları sonuçlandırabilmek için gerekli çalışmaların yapılması gerekmektedir.

İdarenin işlem ve eylemlerinin kişisel değerlendirmelere bırakılmaması için bunların yargı yoluyla somut ve etkili bir denetime bağlı tutulmaları zorunludur. Bu doğrultuda önde gelen araçlardan birisi iptal davasıdır. İdarenin yasalara aykırı işlemlerinin somut yaptırımını sayılan iptal davaları, yetkili organ ya da kişilerin kişisel değerlendirmeleriyle doğacak sakıncaları, önlemektedir. İdari yargıda etkin denetim aracı olarak iptal davaları önde geldiğine, yöntemi de idari yargının özellikleri gözetilerek düzenlendiğine göre her türlü idari işlem için uygulanabilecek, koşulları ve kapsamı belirsiz yeni bir yöntem üzerinde önemle durmak, özellikle, mahkemelerde başvurma süresinin çok kısa tutulmasını, itiraz dilekçesinin karşı tarafa tebliğinden ve

karşı tarafın cevabından hiç söz edilmeksizin incelemenin yalnızca evrak üzerinde yapılmasının önüne geçilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, ikinci dilekçe (replik) ve ikinci savunma (düplik) kaldırılarak, mahkemece gerek görülmesi halinde olanak tanınması ama mutlaka ilk derece mahkemesince mutlaka duruşma yapılmasının sağlanması, dosyanın tekemmül etmesi ve yargılamanın hızlanması ile birlikte, adil yargılama ilkesinin etkili ve etkin yerine getirilmesini sağlayacaktır. Ayrıca, Tekemmül etmiş dosyaların İdare Mahkemesinde 1 yıl içinde, Danıştay'da temyiz aşamasında en geç 2 yıl içinde sonuçlandırılması kuralının getirilmesinin yargılama süresini makul sürede sonuçlandırmayı sağlayacağı düşünülmektedir.

İdari yargıdaki "re'sen araştırma ilkesi" genelde taraflara (özellikle idare karşısında zayıf durumda bulunan bireylere) faydalı olmakla birlikte zaman zaman da aleyhe durumlar doğurmaktadır. Bu çerçevede davalı idareler, davaya karşı yaptıkları savunmalarda bilgi ve belge saklama yoluna gitmekte, mahkemelerce istenmesi üzerine dosyaya sunulan bilgi ve belgeler davacılar tarafından incelenmeden, değerlendirilmeden karar verilmektedir. Kanımızca bu durum da, "silahların eşitliği" ilkesine aykırılık oluşturabilir.

Öte yandan, idari yargıdaki uyuşmazlıkların Danıştay aşamasında bulunan savcılık kurumu da, silahların eşitliği ilkesi bağlamında tartışılabilir. Çünkü duruşmalı işlerdeki savcı düşüncesinin duruşmada açıklanması

dışında savcı düşünceleri davanın taraflarınca bilinmemekte, taraflar bu düşünceleri kararlarla birlikte görmektedir. Bu da tarafların bu düşüncelere karşı bir görüş ileri sürememeleri ve Danıştay dava dairesince bu karşı görüşler bilinmeden karar verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak, AİHM önünde ileride öne sürülecek bir uyuşmazlıkta incelenerek AİHM tarafından değerlendirilmesi sonrasında bu konuda bir içtihat oluşabilecektir. Türk idari yargısında ilk derece mahkemelerinde savcılık müessesinin bulunmadığı ve Danıştay savcılarının duruşmalar dışında Dairelerin müzakerelerine katılmadığı göz önüne alındığında; Fransız, Belçika ve Lüksembourg Danıştay'larındaki savcılık müessesinden farklılığı ile ihlal kararlarına konu oluşturacağı düşünülmemektedir. Yine de savcı düşüncelerinin davanın taraflarınca önceden bilinmesinde hiçbir sakınca olmadığı düşünülmektedir.

İdari yargılama hukuku enstrümanlarının ve yargılama usulünün “*silahların eşitliği*” prensibine göre yeniden düzenlenmesi ve en önemlisi birey haklarının yürütme karşısında etkin koruma ilkelerinin ve savunma hakkının güçlendirilmesi gereklidir. Bu bağlamda, bireylerin haklarının teminatı olan geçici yargısal koruma mekanizması “*yürütmenin durdurulması*” kurumu yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır.

Hakkaniyet uygun yargılamanın gerçekleşebilmesi için, tüm bilgi ve belgelerin davacıya da verilmesi gerekmektedir. İdari yargılama usulünde, tarafların kanunda öngörülen dilekçe veya cevaplarının karşılıklı olarak bildirimini içermekle birlikte, daha sonra verilen bilgi ve belgelerin karşı tarafa

tebliği öngörülmemiştir. Bununla birlikte davacıdan veya avukatından sürekli mahkemeye gelerek dosyaya bakarak bundan bilgi sahibi olması beklenemez. Bu durumda dava dosyalarının istenildiği zaman davacı veya avukatı tarafından incelenmesinin yanı sıra, sonradan verilen bilgilerin tebliği düzenlenmelidir.

Bu bağlamda, 2577 sayılı Kanunun 20'nci maddesindeki "Dosyaların incelenmesi" ile ilgili kural düzenlemelerden "gizli belge ve dosyalarının taraf veya vekillerince incelenememesi yasağı" bilindiği gibi 4001 sayılı yasanın 10'uncu maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olmakla beraber, bu maddenin 3'üncü bendindeki kural varlığını sürdürmektedir. "Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez" ise de, devletin güvenliğine veya yüksek yararlarına, hatta yabancı devletlere de ilişkin olsa, bu belgelerin verilmemesi halinde, adil yargılanma hakkının gereklerinin nasıl yerine getirilebileceği tartışmalıdır.⁴

Adil yargılamanın tam olarak gerçekleşebilmesi için "tanık dinlenmesi" imkanı sağlanmalıdır. İdari yargının yasal temeli bulunmayan tanık dinlememe konusundaki direngenliğine son verilmesi gerektiği düşünülmektedir. İdare Mahkemeleri ve Danıştay'da tanık dinlenmemenin hukuksal dayanağı bulunmamaktadır. 2577 sayılı Yasanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamalarda bulunduğu 31'inci maddesinde tanıklıktan söz edilmemesi yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır.

⁴ Toklu H., "İdari Yargıda Adil Yargılanma İlkesi", http://www.emniyet.gov.tr/StratejiGelistirmeDB/dergi/37/web/makaleler/Hakan_TOKLU1.htm

İdari Yargılama usulünde tanık dinlenmesi müessesesi mevcut olmamakla beraber; yazılı olarak temin edilip mahkemeye ibraz edilen tanık beyanlarının diğer delillerle birlikte takdiri bir delil olarak değerlendirilmesi mümkündür. (AYİM 1. Daire, 20.9.1994, E.1994/958, K.1994/991)

Aleniyet ilkesi uyarınca duruşma yapılması zorunluluğu getirilmelidir; Her ne kadar Türk idari yargısında yazılılık ilkesi yargılama sürecini hızlandırmak için getirilmiş bir düzenleme ise de, 2. savunma ve 2. dilekçenin kaldırılarak bunun yerine duruşma zorunluluğunun getirilmesi ile hızlılığın sağlanmasının yanı sıra aleniyet ilkesinin de yerine getirileceği düşünülmektedir.

İdari yargıda duruşma istisnai bir durumdur ve bütün yargılama safahatı boyunca ancak bir kereye mahsus duruşma yapılabileceği öngörülmüştür. Oysa gerçeğin, maddi olayların ortaya çıkması bakımından açık duruşma yapılarak tarafların dinlenmesi ve delillerin çelişmeli bir biçimde duruşmada tartışılması hakkaniyete uygun yargılamanın önemli bir unsurudur.

Türkiye'nin idari yargılama yöntemlerinin saptanmasında, Fransız Danıştay'ının önemli etkileri olmuştur. Oysa günümüzde, Fransız Danıştay'ı da içtihat değişikliği yaparak idari davalarda tanık dinleme yolunu açmış, mevzuat değişikliği ile duruşma yapılması zorunluluğunu getirmiştir.

Yargılama yasalarının değişmesini beklemeden Türkiye'de de aynı yöntemle bu sakıncayı giderme olanağı vardır.

Öte yandan, Danıştay'ın verdiği tüm kararların Internet sitesinde yayımlanması zorunluluğunun getirilmesi ile aleniyet ilkesinin daha teminatlı hale getirileceği düşünülmektedir.

Anayasa ve kanunlarda düzenlenen haklar, uygulayıcıların yorumuyla gerçek değerlerini bulur. İdare hukukunun bir içtihat hukuku olduğu unutulmamalıdır. İctihatların da herkes tarafından erişilebilir olması gerekmektedir.

AİHS ile bireylere tanınan hakları korumakla birinci derecede ulusal yargı organları sorumludur. Bu durumun hukuk uygulayıcılarınca özümsemesi, yargılamanın daha güvenli yürütülmesine katkıda bulunacaktır. Günümüzün değişen hukuk anlayışı içinde, adil yargılanma ilkesinin eksiksiz uygulanması yoluyla yargısal dengelerin kurulması, adaletin özde ve görüntüde gerçekleşmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Bölge İdare Mahkemeleri'nin tam anlamıyla istinaf mercii haline getirilmesinin de sorunun önemli bir bölümünü çözeceği kanısındayız. Somut durumda İdare ve Vergi Mahkemeleri'nin yürütmenin durdurulması hakkındaki kararlarıyla, bazı nihai kararlar itiraz yoluyla Bölge İdare Mahkemeleri'ne götürülmekte, nihai nitelikteki kararlar ise doğrudan temyiz

yoluyla Danıştay'a gitmektedir. Bu durum Danıştay'ın iş yükünü bir yüksek mahkemede olmayacak oranda arttırmaktadır. Bölge İdare Mahkemelerinin yetkilerinin artırılarak İstinaf İdare Mahkemeleri statüsünde görevlendirilmeleri, İdare ve Vergi olmak üzere iki dairesel çalışarak, diğer Bölge İdare Mahkemeleri arasında oluşacak içtihat ayrılığını giderecek bir mekanizmanın oluşturulmasının yargılamanın makul sürede sonuçlanmasına da katkıda bulunacağı düşünülmektedir.

Öte yandan mevcut uygulamada, Bölge İdare Mahkemeleri'nce verilen kararlar hiçbir şekilde Danıştay'ca denetlenememekte bu ise içtihat birliği sağlanmasını güçleştirmektedir. Aleniyet ilkesi doğrultusunda Danıştay kararlarının tümünün Danıştay'ın internet sitesinde yayınlanması zorunluluğunun getirilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Kanımızca adil yargılanma hakkının ihlali konusunda en önemli öge, idari yargısında özellikle en başta aranması gereken husus, "yargılamanın hakkaniyete uygunluğu"dur. Özellikle iptal davalarında iptal sebebi olarak ileri sürülenlerin her birinin ele alınıp neden kabul edilmediği ya da geçerli olmadığı açıklanmalıdır. Bu yola her zaman gidildiği söylenemez. Hakkaniyete uygunluk, kararların gerekçeli olması ile bütünleşmektedir. Ancak özü itibarıyla hakkaniyete uygunluk, yargılama sürecinde yargılama işlemlerinin (kanıt toplanması, inceleme ve araştırma yapılması, yaptırılması, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması dahil) bu ilkenin kapsamında cereyan etmesini zorunlu kılar.

İdari yargı sorunlarının önünü açacak, etkin ve etkili bir idari yargı denetimini sağlayacak diğer bir çözüm önerisi de, İdari Mahkemeler arasında, tıpkı Danıştay'da dava daireleri arasındakine benzer şekilde uzmanlaşmaya gidilmesidir. Özellikle idari davaların yoğun bulunduğu Ankara ve diğer büyük kentlerde bu uygulama çok yararlı olacaktır. Örneğin kamu görevlileri konusuna, belediye, imar ve şehircilik konularına, ekonomik konulara bakacak idare mahkemeleri ayrılabilir. Böyle bir yapıda uzmanlaşma sağlanacağından, dava dosyalarının daha sağlıklı incelenmesi yanında, davaların sonuçlanma süreleri hızlı incelenme nedeniyle de kısalmış olur.

Gerekçesizlik ise, özellikle idare yargısının geleneksel bir eksiği olarak çeşitli sempozyumlarda dile getirilmekte ise de; AİHM'nin içtihatları incelendiğinde, hüküm mahkemesi kararının gerekçesine atıfta bulunmak veya onun benimsenmesi "gerekçe" olarak kabul edilmediği görülmektedir. Mahkemelerin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğü, 6'ncı maddede açıkça öngörülmemekle birlikte hakkaniyete uygun yargılama ilkesi çerçevesinde Mahkeme tarafından tanınmaktadır. Gerekçeli karar ilkesi, özellikle kanun yollarının mevcut bulunduğu durumlarda, hakkaniyete uygun yargılama kavramının en önemli unsurunu oluşturmaktadır. AİHM, **Van De Hurk/Hollanda davasında**, 6'ncı maddenin, millî mahkemelerin gerekçe vermelerini gerekli kılmakta ise de kararın gerekçesini belirtirken ileri sürülen bütün savları detaylı olarak cevaplamak zorunluluğu yüklediğini belirtmiştir.

İdarenin ve hatta yerine göre yürütme organının işlemlerinin yargısal denetimini gerçekleştiren idari yargı mensuplarının, adli yargıya göre yürütme organına karşı daha güvenceli bir statüye kavuşturulmaları düşünülmelidir.

Yürütme ve idarenin kimi eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılması, hak arama özgürlüğüne ve bunun doğal sonucu olarak mahkemeye başvurma hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, getirilen bu tür ayrıcalıkların, AİHM'nin de içtihatları ile belirlediği üzere; hak arama özgürlüğünü zedelememesi, meşru bir amaca hizmet etmesi ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir.

Bütün bunların dışında, bazı uyuşmazlıkların öncelikle bağımsız, teminatlı ve uzman yüksek kurullar aracılığıyla yarı yargısal usuller ile çözümlenmesi yöntemlerinin getirilmesinin, idari yargıya intikal eden davaların sayısını azaltmakla birlikte, açılan davaların makul sürede sonuçlanmasına olanak sağlayacağı kuşkusuzdur.

Bu bağlamda, idari uyuşmazlıkların çözümünde yargılama dışı usullerden dahili inceleme, uzlaştırma, arabuluculuk, müzakere ve tahkim usulleri yanında, işlevi itibarıyla idareyle vatandaşları uzlaştıran, gerçek anlamda, bağımsız ombudsman kurumlarının da hukukumuza kazandırılmasıyla, uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunun, mahkemelerin

dışında; fakat, hukuk kurallarına uygun bir süreçte çözülmesinin sağlanabileceği düşünülmektedir.

Sözleşme tarafından güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin gerçekten korunmuş olmaları için, devletin bunlara müdahaleden kaçınması, diğer bir deyişle bunların kullanımını engellememesi yetmemekte; fazla olarak kullanımlarını sağlayacak uygun önlemleri alması da gerekmektedir. Dava hakkı, bir niza nedeni ile mahkemeye başvurabilme olanağına sahip olmaktan ibaret değildir. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının, gereğinde cebri icra yoluyla yerine getirilmesi de bu hakka dahildir. Böylece, bir mahkeme kararının yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılmasını isteyen kişinin bu talebini red, adı geçen hakkın ihlalidir. Keza görülmekte olan bir davaya yasa yolundan müdahale de dava hakkının çiğnenmesidir.⁵

AİHM'nin pek çok kararında yer verdiği meşhur aforizmasında konunun önemi açıkça vurgulanmaktadır : **“adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir.”**⁶

İdari yargılamada bunlar gerçekleştirildiği takdirde ana hedef olan *“etkili ve etkin bir şekilde adil yargılanma hakkına”* ulaşmanın daha kolay olacağı değerlendirilmektedir.

⁵ Gözübüyük A.Ş.-Gölcüklü F., a.g.e., s.279

⁶ “Justice must not only be done, it must be seen to be done”

KAYNAKÇA

I - KİTAP

- Akıllıoğlu, T., **İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara,1995.
- Balta, T.B., **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1970-1972.
- Chapus, R., **Droit du Contentieux Administratif**, 7. Baskı, Paris, Montchrestien, 1998.
- Derbil, S., **İdare Hukuku**, 5.baskı, Ankara, 1959.
- Doğru, O., **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi**, Cilt 1, 1, bası, Beta, İstanbul, Ekim 2002.
- Duran L., **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982.
- Duran L., **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, Ekim 1988.
- Dutertre G., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayını, Strasbourg, Nisan 2005.
- Erkut, C., **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990
- Gomien, D., **Short Guide to European Convention on Human Rights**, 2. baskı, Strasbourg, 1998

- Gözler, K., **İdare Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, Cilt I, s.41-112'den alınmıştır. (www.idare.gen.tr/idarehuk.htm ; 15 Aralık 2005).
- Gözler, K., **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000.
- Gözübüyük, A.Ş., Gölcüklü, A.F., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 6.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- Gözübüyük, A.Ş., **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 18. Baskı, 2003.
- Gözübüyük, A.Ş., **Yönetmelik Yargısı**, Ankara, S Yayınları, 6.Baskı, 1983
- Grabenwarter, C., "Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılanma Hakkı(İHAS Md.6)", (çev: Osman CAN), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seri: 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Grewe Constance, Fabri H.R., **Droits Constitutionnels Européens**, 1. baskı, PUF, Paris, Ocak 1995.
- Gustave, P., **Droit Administratif**, 19. baskı, Paris, Dalloz, 1998.
- Günday, M., **İdare Hukuku**, 9.baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2004.
- Haris, D.J., O'Boyle M., Warbick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Butterworths, 1995.
- İnceoğlu, S., **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta, 1. Bası, İstanbul, Mayıs 2002.
- Karavelioğlu C., **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4.baskı, Akçaabat, 1999.

- Ladewig, H.M., “Adil Yargılanma Hakkı-1”, (çeviren: Yenerer, Ö.), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seri: 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.245-264.
- Leigh, L.H., “Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması”, (çeviren : Dursun S., **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seri: 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.335-357.
- Mole, N., Harby C., **Adil Yargılanma Hakkı, AİHS'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz** , AİHM İnsan Hakları El kitapları no. 3, Avrupa Konseyi Yayınları, 2001.
- Onar, S.S. , **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.1, 3.baskı, İstanbul, 1966.
- Özay, İ.H., **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul, 1986.
- Özbudun, E., **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- Özeren, A.Ş., **Fransız Anayasası**, çeviri, Danıştay Yayınları no.58, Danıştay Matbaası, Ankara, 1994.
- Peiser G., **Droit Administratif**, Dalloz, 19. baskı, Paris, 1998
- Peters, A., “Adil Yargılanma (m.6.f.1 ve 2)”, (çev: Mahmut KOCA), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seri: 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.121-128.
- Pettiti, L.E. Et al., **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, 2. baskı, Paris, Economica,1999.
- Reid K., **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, Çev.: Bahar Ö. Düzgören, Scala Yayınları, İstanbul, 2000.
- Ricci, J.C, **Droit Administratif**, Hachette Supérieur, Paris, 1996.

- Robert J., Dufaut J., **Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales**, Paris, Monchrestien, 1988.
- Sudre, F., **Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme,(GACEDH)** en collaboration avec Marguénaud J.P. Et al., PUF, Coll. "Thémis", 2003.
- Sudre, F., **Droit Européen et International des Droits del'Homme**, 6. genişletilmiş bası, PUF, Classiques, Paris,Eylül 2003.
- Şakar, M., **1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar (Değişiklikler İşlenmiş, Karşılaştırmalı-Notlu-Gerekçeli)**, Beta, İstanbul 1989, s.125.
- Tezcan, D., Erdem M.R., Sancakdar O., **AİHS ışığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 1. baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002.
- Ünal, Ş., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, No:89, Ankara, TBMM Basımevi, 2001.
- Wigny, P., **Droit Administratif Principes Généraux**, Bruxelles, Edition Bruylant,1953.

II - MAKALE

- Açar, Serdar, "İdari İşlem Kuramı Perspektifinden Verginin Tarhı", www.idare.gen.tr/tarh.htm (26/12/2005)
- Akıllıoğlu, T., "İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü", <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm> (26/12/2005)

- Aksoylu, İ., “Milli Savunma Bakanlığı İle Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku” **AYİM Dergisi** Sayı .19
Anılan makale için bkz. İnternet adresi :
http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=60
(20/01/2006)
- Alan, N., “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, 10-11-12 Haziran 1982, Ankara, Danıştay Başkanlığı Yayını No.33, s.60.
- Alan, N., “Anayasanın İdari Yargıda Somutlaştırılması”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 92, Ankara, 1997, s.1-36.
- Altıparmak K., Karahanoğulları O., “Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın Zimnen İptali”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 19-20, 1997-1998, s.233
- Aliefendioğlu, Y., “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, C.7, S.2, 1981, s.1-4.
- Bertrand F.G., “Le rôle du Commissaire du gouvernement devant le Conseil d’Etat” (arrêt Kress du 7 juin 2001), Actes de la huitième Session d’information du CREDHO, **Cahiers du CREDHO**, n° 8 ;
<http://www.credho.org/cedh/session08/session08-04.htm>
- Başpınar, A., “İdari Yargıda Makul Süre İçin Öneriler”, **Danıştay İdari Yargı Sempozyumu Bildirisi**, 2004.
- Batum, S. Koordinasyonunda, Yenisey F., Erkut C., İnceoğlu S., “AİHS ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu,

Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından”, **TÜSiAD Yargı Reformu**, Aralık 2003, (Yayın No. TÜSiAD-T/2003/12-369)

- Bereket, Z., Demirkol, S., “İdari Yargıda Savcılık Kurumu – İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 90, Ankara, 1996, s.25-52
- Costa, J.P., “Le Droit au juge indépendant et impartial en matière administrative, le point de vue d’un juge de la Cour Européenne des droits de l’homme”, **AJDA** 2001, s.514-523.
- Çavuşoğlu, N., “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.14, 1992, s.131-146.
- Çiftçi E., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi Ve İdari Yargı”, **Danıştay Dergisi**, 106 sayılı Dergi,(www.danistay.gov.tr 26/12/2005).
- Elveriş, İ.,”Hakim Atama Sistemi ve Yargı Bağımsızlığı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 78, Sayı 2004/2 s. 409-443.
- Er S., Karahanoğulları Ö.E., “İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylarının Eğitimi” Türkiye Barolar Birliği tarafından 9 – 11 Ocak 2003 tarihleri arasında Ankara’da düzenlenen “**Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi**” konulu uluslararası toplantıda sunulan bildiri, <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/saliher.doc> (10 Şubat 2006)
- Gölcüklü, A.F., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma”, **AÜSBF Dergisi**, İlhan Öztrak’a Armağan, Ocak-Haziran 1994, C.49.No.1-2, s.199-223.

- Gülan, A., “Fransa’da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, 11 – 12 Mayıs 2001, Danıştay Yayınları No: 63, Ankara, 2003.
- Günday, M., “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve sınırları”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Danıştay Yayınları.
- Karahanoğulları, O., “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80) 2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 45, sayı 1-4, 1996, sayfa 323-341.
- Karahanoğulları, Ö.E., “AİHM Kararlarında İdari Yargı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.23-24, 2001-2002, s.31-63.
- Karahanoğulları, Ö.E., “Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku”, **Danıştay Dergisi**, S.106,(www.danistay.gov.tr 26/12/2005).
- Kıratlı, M., “Yargının Sorumluluğu”, **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, C.III, S.3,.Kasım 1995, s.3-4
- Kuntbay, İ., “İdari İşlemler Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında (77) 31 sayılı Bakanlar Komitesi Kararı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.11, S.4
- Kuzu, B., “Hukuk Devleti ve Re’sen Emeklilik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LIV, 1994, s.71-101.

- Kuzu, B., “Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LIV, 1994, s.103-123.
- Özay, İ.H., “Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Mahkemesinin 29. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, 25-27/04/1991**, Anayasa Yargısı, Ankara, 1991,s.103-116.
- Özay, İ.H., “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, Haziran 1992, s.27.
- Özdeş, O., “İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 12-13, Ankara, 1974, s.9-18.
- Özgüldür S., “Adil Yargılanma Hakkı Merceğinde Ele Alınması Gereken Bir Kod Kanun Hazırlık Çalışması Örneği: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanun Tasarısı Taslağı”, “Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Önünde Adil Yargılanma Hakkı” konulu seminerde sunulan bildiri, 23/05/2003 İstanbul., **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Sayı 18 .internet erişim adresi : 18 numaralı Dergi
- Özgüldür S., Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdari İşlem-İdari Eylem Kavramları Ve İdari İşlemin Yargısal Denetiminde Anayasal Ve Yasal Sınırlar, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi** 19 numaralı sayı.

http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=58

- Sancakdar, O., "AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler", **Amme İdaresi Dergisi**, 38/1, Ankara, Mart 2005, s.89-112.
- Şahin İ. V., "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin Görev Alanı Üzerine Bir İnceleme" **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi** sayı :18 makalenin internet adresi :
http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=55
- Şaştım, F., "İdari Yargılama Hukuku Ve İdari Davalar Açısından Uygulama", <http://www.hukukcularder.org/makaleler/avfig1.htm>
- Tan, T., " İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri", **II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdare Hukukunun Dünyadaki Bugünkü Yeri**, Ankara, 1993, s.195
- Tezcan, D., "Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", Mayıs 2001, **Danıştay Sempozyumunda sunulan Tebliğ**, Ankara , 2001.
- Yenice K., "Hak Arama Özgürlüğü ve Danıştay", **İnsan Hakları Yıllığı**, Yıl:2, 1980, s.111-.
- Yet, O., "İlk Derece Mahkemelerinin Kuruluşlarının 17. Yılında İdari Yargının Sorunları ve Çözüm Önerileri", **Danıştay Dergisi**, Yıl 29, Sayı 99, 1999.
- Yet, O., "İdari Yargının Etkinliğine İlişkin Sorunlar", **2000 Yılı Danıştay Sempozyumu**.

- Zabunoğlu, Y., “İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler Pozitif Düzenlemeler”, **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 10-11-12 Haziran 1982**, Danıştay Yayınları No.33, Ankara, 1982, s.87-102.
- Zupančič, B.M., “Access To Court As A Human Right According To The European Convention Of Human Rights”, **Nottingham Law Journal**, 2000, Vol.9 (2), s.1-16’da yayımlanmış olmakla birlikte, yazarın kendisinden elektronik ortamda alınmıştır.

III - ELEKTRONİK KAYNAKÇA

- Actualité et Droit International Dergisi sitesi :
<http://www.ridi.org/adi/rgdip/home.htm>
- Adalet Bakanlığı Sitesi : www.adalet.gov.tr
- Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankası sitesi AİHM kararları
www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmturkiye.htm
- AİHM Sitesi : www.echr.coe.int
- AİHM, HUDOC, kararlara erişim adresi :
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>
- Anayasa Mahkemesi sitesi : www.anayasa.gov.tr
- Centre de Recherches et d’études sur les droits de l’Homme Sitesi :
www.credho.org.
- Danıştay Başkanlığı sitesi : www.danistay.gov.tr

- L'Europe des Libertés Dergisinin sitesi :
<http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/>
- Revue trimestrielle des droits de l'homme Dergisi
<http://www.ridi.org/adi/revtrdrh/home.htm>
- Yargıtay Başkanlığının Sitesi, AİHM Kararları bölümü
www.yargitay.gov.tr/aihm/aihm.php

IV - SÜRELİ YAYINLAR

- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD),
- Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD)
- Amme İdaresi Dergisi (AİD)
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi (AYİMD)
- Danıştay Dergisi (DD)
- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM)
- L'Actualité Juridique du Droit Administratif (AJDA)

ÖZET

Türkiye'nin 1949 yılında üye olduğu Avrupa Konseyi'nin en önemli ve ilk eseri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. 1949 yılında Sözleşmenin 6. maddesi hazırlanırken, çalışma grubu çeşitli sebeplerle vergi hukuku, askerlik hukuku ve takdir yetkisi gerektiren idari işlemlere konu kamusal alana ait idare hukuku konularını Sözleşme kapsamı dışında bırakmıştır.

Toplumda oluşan teknik ve sosyal değişimlere uyumlu olmak üzere, Sözleşmede yer alan hakları teorik ve soyut değil, pratik ve etkili olarak ele aldığını belirten AİHM, 1970'lerden sonra, kamu hukuku uyumsuzluklarında Sözleşmedeki bir terime yönelik olarak kendisi ile savunmayı yapan Devlet arasında yorum uyumsuzluğu olması halinde, bu hakkın niteliğinin "Yeknesak Avrupa değeri" olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Mahkemenin Sözleşmenin kavramlarına kendine has yorumunu vermeye başladığı tarihten sonra Sözleşmenin orijinal halinde yer verilmesine gerek görülmemiş pek çok durumu dahil edebilmiştir. AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen medeni hak ve yükümlülükler Mahkeme tarafından getirilen maddi tanımlamalar sayesinde, Sözleşmenin uygulama alanı içtihat yoluyla « otonom kavramlar » ile idari yargıya genişletilmiştir.

Bu araştırma ile idari yargıya ilişkin uyumsuzluklarda Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında kabul edilen hakkaniyete uygun yargılamanın yapılacağı yargı organlarının oluşumu, nitelikleri, çalışma usulü ele alınmıştır. AİHM'nin kamusal işlemlerin denetim yolu idari yargılamanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, hakkaniyete uygun, kamuya açık aleni bir duruşmada, makul sürede yapılıp yapılmadığını denetleme kriterleri ile değerlendirilmeleri incelenmiştir.

AİHM'nin özellikle 6. madde kapsamında verdiği içtihatları doğrultusunda Türkiye'de yargı yolu açık idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli idari yargı mercilerinin oluşumu, üyelerinin nitelikleri, bu organların yaptığı denetimin etkin ve etkililiğinin tahlil ve eleştirisi yapılmıştır.

ABSTRACT

Le premier et le plus important oeuvre du Conseil de l'Europe dont la Turquie est membre depuis 1949, est la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Pendant les travaux préparatoires de l'article 6 de la Convention en 1949, le Groupe de Travail a exclu du champ d'application de la Convention pour le contentieux militaire, pour le contentieux fiscale et pour le contentieux administratif dont les sujets de la sphère publique, les procédures de nature administrative et discrétionnaire.

La CEDH affirmant que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs pour avoir l'harmonisation avec les changements sociaux et techniques réalisées dans les sociétés, a confirmé après les années 1970, qu'il est nécessaire de qualifier la notion de droit, pour dégager en la matière « une notion européenne uniforme », lorsqu'il existe un conflit d'interprétation entre elle-même et le gouvernement d'un Etat défendeur, à propos d'un terme de la Convention.

A partir du moment où la Cour donne sa propre interprétation des notions de la Convention, elle peut y faire entrer de nombreuses situations qui n'étaient pas nécessairement prévues à l'origine. Grâce aux définitions matérielles données aux « contestations sur des droits et obligations en matière civile » citées dans l'article 6, par la Cour, le champ d'application de la Convention en est substantiellement élargi par la voie de jurisprudence au contentieux administratif par les « notions autonomes ».

Par l'intermédiaire de cette recherche, on a examiné la procédure, la nature et l'organisation de l'organe juridictionnel compétente qui décidera équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, sur des contestations des droits et obligations du contentieux administratif.

On a analysé l'organisation et le fonctionnement de la juridiction administrative compétente pour contrôler les décisions administratives faisant sujet au recours contentieux en Turquie, commenté et critiqué l'effectivité et l'efficacité de voie de recours faite par ces organes, selon la jurisprudence de la CEDH concernant particulièrement l'article 6.