

DANIŞTAY TASNİF VE YAYIN BÜROSU YAYINLARI NO: 79

**DANIŞTAY VE İDARİ
YARGI GÜNÜ
141. YIL**

SEMPOZYUM

11 MAYIS 2009

DANIŞTAY MATBAASI - 2010

İÇİNDEKİLER

Sayfa

Danıştay Başkanı Mustafa BİRDEN 'in Sempozyum Açış Konuşması.....	1
---	---

BİRİNCİ OTURUM

Danıştay Başsavcısı Yılmaz ÇİMEN 'in Oturumu Açış Konuşması.....	5
--	---

Prof. Dr. Süheyl BATUM Genel Hatları ile Yargı Reformu.....	7
---	---

Prof. Dr. Celal ERKUT İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar.....	21
---	----

Dr. Rıza TÜRME Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Uyuşmazlıklar.....	41
---	----

Tartışmalar	51
--------------------------	----

İKİNCİ OTURUM

Danıştay Başkanvekili Semra KAYIR 'ın Oturumu Açış Konuşması.....	69
--	----

Prof. Dr. A. Ülkü AZRAK İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri.....	71
--	----

E. Fahrünnisa TUNCA İdari Yargıda İstinaf	87
---	----

Nurben ÖMERBAŞ İdari Yargılama Usulünde Hızlandırıcı Mekanizmalar.....	95
--	----

Tartışmalar	102
--------------------------	-----

SEMPOZYUM İZLENCESİ

11 MAYIS 2009, PAZARTESİ

10.00 – *Danıştay Başkanı Mustafa BİRDEN'in Açış Konuşması*

Birinci Oturum : 10.10 – 12.30

Oturum Başkanı: *Yılmaz ÇİMEN*
Danıştay Başsavcısı

10.20 – 10.45 **Genel Hatları ile Yargı Reformu**
Prof. Dr. Süheyl BATUM
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

10.45 – 11.10 **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar**
Prof. Dr. Celal ERKUT
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

11.10 – 11.20 **ARA**

11.20 – 11.45 **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Uyuşmazlıklar**
Dr. Rıza TÜRMEŒ
Eski Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı

11.45 – 12.30 **TARTIŞMA**

12.30 – 14.00 **ÖĞLE YEMEĞİ**

İkinci Oturum : 14.30 – 17.00

- Oturum Başkanı:** *Semra KAYIR*
Danıştay Başkanvekili
- 14.40 – 15.05** **İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık
Çözme Usulleri**
Prof. Dr. A. Ülkü AZRAK
- 15.05 – 15.30** **İdari Yargıda İstinaf**
E. Fahrünnisa TUNCA
Danıştay Yedinci Daire Üyesi
- 15.30 – 15.40** **ARA**
- 15.40 – 16.05** **İdari Yargılama Usulünde Hızlandırıcı
Mekanizmalar**
Nurben ÖMERBAŞ
Danıştay İkinci Daire Üyesi
- 16.05 – 17.00** **TARTIŞMA**

AÇIŞ KONUŞMASI

Mustafa BİRDEN*

Değerli konuklar,

Sevgili arkadaşlarım,

Danıştayımızın 141'inci Kuruluş Yıldönümü ve İdari Yargı Günü nedeniyle düzenlediğimiz sempozyuma hoşgeldiniz.

Yıllardır kuruluş yıldönümü kutlamalarımızın ayrılmaz bir parçası olan bilimsel toplantı için biraraya geldik. Düzenlediğimiz bilimsel toplantılar idari yargı dünyası ile bilim dünyasını biraraya getirmekte, uygulama ile teorinin karşılıklı görüş alışverişinde bulunduğu verimli ortamlar yaratmaktadır. Bu yıl düzenlediğimiz sempozyumun da böyle verimli olmasını, Türk hukukuna ve Türk idari yargısına katkı sağlamasını ve yeni bakış açıları kazandırmasını umut ediyorum.

Yıllar içinde, hak arama bilincinin giderek arttığı, insanların hukuka ve adalete daha fazla ihtiyaçları olduğu bilinciyle gerek adli ve gerekse idari yargıda dava sayısında olağanüstü artışlar meydana gelmiş ve bu durum açılan davaların daha geç sonuçlanmasına, adaletin daha geç tecelli etmesine sebep olmuştur. Yargının türlü sebeplerle geç karar vermesinin, yeni toplumsal sorunlar yaratmanın yanında insanların adalete güven duygusunu da sarsacağı şüphesizdir.

Artan iş yüküne çözüm üretebilmek, daha hızlı bir yargılama usulü geliştirebilmek, yapılan yargılama sonucu verilen kararların uygulanmasını güçlendirici önlemler alabilmek, çıkan uyuşmazlıkları idari yargı mercileri önüne gelmeden de çözebilmek için yapılabilecekleri tartışmak üzere, düzenlediğimiz sempozyumun konusunu "İdari Yargının Etkinliğini Arttırmak İçin Yeniden Yapılanma" olarak belirledik.

Böylece uygulamada karşılaştığımız sorunlara çözüm yolları üretebilmenin yanı sıra, konuyla ilgili olası yasa değişikliği çalışmalarında burada ileri sürülen görüşlerden ve önerilerden yararlanmayı arzu ettik.

Sempozyumun ana temasına en uygun başlangıcın da son zamanlarda değişik platformlarda tartışmaya konu edilen yargı reformu

* Danıştay Başkanı

2 Danıştay 141. Yıl Sempozyumu

konusu ile olacağını düşündük. Genel hatları ile yargı reformu üzerinde konuştuğuktan sonra yargı kararlarının uygulanmasında yeni görüşleri ve ardından da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında idari uyumsuzlukları tartışmayı istedik.

Sempozyumun sabah oturumunu bu üç konuya ayırdıktan sonra, idari yargıda alternatif çözüm arayışları, yine son günlerde sıklıkla üzerinde durulan istinaf sistemi ve son olarak da idari yargılama usulünde ve uygulamada uyumsuzlukların daha çabuk sonuçlanması için alınabilecek tedbirleri bugünkü sempozyumumuzun diğer alt başlıkları olarak tespit ettik.

Sempozyumda Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Ülkü AZRAK, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Süheyl BATUM, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Sayın Celal ERKUT, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önceki yargıcı Sayın Rıza TÜRMEK, Danıştay Yedinci Daire Üyesi Sayın Fahrünnisa TUNCA ve Danıştay İkinci Daire Üyesi Sayın Nurben ÖMERBAŞ konuşmacı olarak yer alacak, bizlere değerli bilgilerini sunacaklardır.

Sempozyumun sabah oturumunu Danıştay Başsavcımız Sayın Yılmaz ÇİMEN, öğleden sonraki oturumunu ise Danıştay Başkanvekilimiz Sayın Semra KAYIR yönetecektir. Meslektaşlarıma bu katkılarından dolayı teşekkürü bir borç biliyorum.

Öte yandan, bilimsel toplantımıza katılmayı kabul ederek çalışmalarını bizlerle paylaşan konuşmacılara ve siz değerli katılımcılara teşekkür ediyor, başarılı bir toplantı olması dileğiyle saygılarımı sunuyorum.

BİRİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI: Yılmaz ÇİMEN*

Sayın Başkan, değerli konuklar, değerli meslektaŐlarım,

Danıştayımızın 141'inci Kuruluş Yıldığnümü nedeniyle dzenlenen ve konusu idari yargının etkinliğini artırmak için yeniden yapılanma olan bu panele katıldığımız için hepinize teşekkür ediyorum.

Panelimizin konularına baktığımız zaman, gerçekten idari yargının son zamanlarda g¼ncel hale gelen konularının ve idari yargının bizim tarafımızdan da tespit edilen bazı sıkıntılarının bu panelde tartışma konusu yapıldığını, yapılmak istendiğini g¼r¼yoruz. Bu konuda değerli hocalarımızın katkılarının bize ve uygulamaya çok b¼y¼k faydalar sağlayacağı bilinciyle bu toplantıyı dzenleyen, bu toplantıda emeği geçen, başta baŐkanımız olmak üzere t¼m arkadaŐlarımıza teŐekk¼r ediyorum.

Hepimizin bildiği bir s¼z var, adalet m¼lk¼n temelidir. Ama bu m¼lk çıkarıcıların veya rantiyecilerin anladığı anlamda bir m¼lk kavramı değil. Bu m¼lk devlet, bu m¼lk devlet dzeni anlamındadır. Yani adaletin olmadığı yerde devlet de ¼ker, devlet dzeni de ¼ker. Bu s¼z bunu anlatmak içindir. Dolayısıyla, adalet herkese lazım s¼z¼ son zamanlarda çok kullanılan bir s¼z haline geldi. Evet, adalet herkese lazım, ama adalet herkesin iÇine geldiği Şekilde olursa mı acaba kabul g¼recek, yoksa gerçek anlamda evrensel hukuk ilkelerine ve anayasamızın ¼ng¼rd¼đ¼ temel niteliklere ve yargı bağımsızlığı ilkelerine tamamen sadık kalınarak gerçekleŐtirilmiŐ olunca mı adalet s¼z konusu olacak? İŞte bu noktada toplumda son zamanlarda bazı ayrıŐmalar izliyoruz, g¼z¼yoruz. Ben, işte bu ayrıŐmalarda hukuk gerçeğinin ve doğrunun nerede olduğunu bu sempozyumda sayın katılımcılarımızın da katkılarıyla bir kere daha saptayacağımız inancındayım. Bu inanç ve d¼Ő¼ncelerle toplantıyı açıyorum.

İlk konuşmacımız genel hatları ile yargı reformu konusunda tebliğini sunacak olan Bahçeşehir ¼niversitesi Hukuk Fak¼ltesi ¼đretim ¼yesi Sayın Profes¼r Doktor S¼heyl BATUM.

Buyurun hocam, s¼reniz 25 dakika olarak ¼ng¼r¼lm¼Ő. Bir de Şu hususu hatırlatmak istiyorum dzen bakımından, konuŐmacılarımız konuŐmalarını bitirdikten ve ara verip ¼¼nc¼ tebliğimizi de Sayın Rıza T¼RMEN sunduktan sonra tartışma b¼l¼m¼ne geçeceğiz. Tartışma b¼l¼m¼nde sorularımızı eğer m¼mk¼n ise, rica ediyorum yazılı olarak ve hangi konuşmacımıza sunmak istediğinizi l¼tfederseniz memnun olurum.

* Danıştay Başsavcısı

6 *Danıştay 141. Yıl Sempozyumu*

Daha pratik bir şekilde, daha kısa bir şekilde birinci oturumu bu şekilde sonlandırırız düşüncesindeyim.

Buyurun hocam, teşekkür ederim.

GENEL HATLARI İLE YARGI REFORMU

Prof. Dr. Süheyl BATUM*

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Efendim ben de bir kere yargı reformunu ve yargı reformunun özünde de hukuk devleti ilkesini, Danıştay'ın 141'inci kuruluş yıldönümü nedeniyle bu salonda çok değerli yargı mensupları ile ve çok değerli hukukçularla konuşmaktan çok büyük onur duyuyorum. Herşeyden önce bunu söyleyerek sözüme başlamak istiyorum.

Şimdi, yargı reformu, son dönemlerde çok sık duyduğumuz bir konu veya kavram. Bunu uzun süreden beri tartışıyoruz. Esas itibarıyla iktidar olgusu ile ve iktidarların üstün gücüyle, bu iktidarın çerçevelenmesi, denetlenmesi arasındaki uzlaşmazlıklar, tartışmalar hukuk öğretisinin temelinde yer alan bir sorun. Ve sadece öğreti ile de sınırlı değil. Malum “iktidarların, iktidarı elinde tutan yüce kralların sınırlanması, iradelerine çerçeve çizilmesi” arayışı Sophocles'in ünlü Antigone'unda da var. Ve bu sorun yani iktidarın üstün gücü ve onun denetlenmesi zorunluluğu, genelde iktidar ile onu denetleyen ya da denetleyecek organlar, kurumlar arasında ciddi hukuksal ve felsefi tartışmalara yol açmaktadır. Öyle ki bu tartışmalar, bazen neredeyse kurumlar ya da organlar arasında sıcak savaşa bile dönüşebilmektedir. Bu sıcak savaşın ortaya çıktığı bir yer ve döneme örnek olarak Amerika Birleşik Devletlerini ve 1929 ekonomik krizinden sonraki yılları gösterebiliriz. Yani 30'lu yıllarda Roosevelt'in New Deal politikasıyla başlayan süreçte. Bir başka örnek, hatta sıcak savaşın açıkça yaşandığı bir dönem ve yer de Rusya'dan verilebilir. Biliyorsunuz, 1993 yılında, o dönemin Rusya Devlet Başkanı Yeltsin parlamentosuyla ihtilafa düştükten sonra Anayasa Mahkemesinin parlamentoyu hukuksal yönde desteklemesi nedeniyle, Yeltsin bu kez, Anayasa Mahkemesi ile açık bir savaşa girişti ve 1995 yılında Anayasa Mahkemesinin kompozisyonunun değiştirilmesi, üye sayısının ve iktidarı denetleme imkânlarının sınırlandırılması biçiminde yetkilerinin azaltılmasıyla sonuçlandı. Benzer krizleri başka ülkelerde de yaşadık. Örneğin Ekvator'da yaşadık. Gerçi bize uzak bir ülke ama, bizdekinin de çok benzeri bir gelişme yaşandı Ekvator'da. Çünkü orada da iktidar aynen şöyle diyordu; “aşırı derecede taraflı hale gelmiş bir yargıyı

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

bağımsızlaştırmamız gerek". Ve Gutierrez'in "sözüm ona yargıyı bağımsızlaştırma" hareketi, Yüksek Mahkeme'nin 31 üyesinden 27'sini ve dolayısıyla Yüksek Mahkemeyi görevden alarak, yaptığı yargı reformu (!) ile sonuçlandı. Bu reformun (!) "aşırı taraflı bir yargıyı bağımsızlaştırma" amacına ve hedefine yönelik yapılp yapılmadığı, oldukça kuşkuluydu. Ama iktidarın mutlak gücü ile onun sınırlanması arasındaki uzlaşmaz çelişkinin, açık savaşa dönüştüğü örneklerden biri olduğu hiç tartışmasızdı.

Şimdi, bizde de yargı reformu denince, bunun ne anlama geldiği, boyutlarının ne olması gerektiği üzerinde duracağız. Ve esas itibarıyla da, şu soruya ya da sorulara bir yanıt aramaya çalışacağız; bundan sonraki anayasal ve yasal tartışmalara da dayanak oluşturması açısından yargı reformu ne boyutlarda ve nasıl yapılmalı, hangi yönlerde yapılmalı?

Ama çok açık söyleyeyim, günümüzde yargı reformu derken ya da bu kavram üzerinde düşünürken korkmuyorum da değil. Çünkü belirli partilerin, belirli siyasal görüşlerin son dönemlerdeki beyanları, aleni değerlendirmeleri ve üstelik çabaları çok açık, tamamı ile ortada. Bunları görünce gerçekten korkuyorum. Ve Türkiye'deki bu yönelimi göz önüne almadan bir değerlendirme yapmanın da çok zor ve hatta anlamsız olduğunu düşünüyorum. Çünkü hepimiz hatırlıyoruz, biz yargı reformundan söz ederken, evrensel hukukta yargı reformunun ne anlam taşıdığını tartışırken, demokratik ülkelerin bu yönde neler yaptığını araştırırken, bir milletvekilimiz, Anayasa Mahkemesinin bir kararı üzerine Anayasa Mahkemesi kararlarının yasamanın onayına sunulması yönünde bir kanun teklifi hazırlamıştı. Yani bir tür hukuk dilinde yasama vetosu diyebileceğimiz bir öneri hazırlamıştı. Allahtan bu geçerli olmadı. Sayın milletvekilimiz bunu çok istemesine ve böyle bir değişikliğin yapılmasının gerekli olduğu yönünde bizleri ikna etmeye çalışmasına karşın, bu yapılamadı. Tabii sözüm ona yargı reformu yönündeki ilginç çaba ve girişimler, bu öneri ile, bir milletvekilinin bu ilginç önerisi ile de sınırlı kalmadı. Örneğin yeni hazırlandığı söylenen bir taslak var. Bu taslağı gerçi görmedik ama basından duyduğumuz kadarıyla şöyle bir şey var, siyasal partilerin kapatılması konusunda, yargı organı yani Anayasa Mahkemesi kapatma kararını verdikten sonra, bu yargı kararının, Meclisin onayına sunulması yönünde bir anayasa değişikliği yapılacağı ileri sürülüyor. Hatta bu yönde bir değişikliğin gerekli, hatta zorunlu olduğu türünde görüşler ileri sürülüyor. Ve Türkiye'de yargı reformu, işte bu tür tartışmalar çerçevesinde süregidiyor.

Esas itibarıyla şunu söylemek istiyorum, burada Sayın Rıza Türmen'in bulunması da çok iyi oldu, çünkü bu tarz "reform önerileri" ileri

sürülürken yani yargı kararının, Anayasa Mahkemesi kararının, Meclis tarafından onaylanmasının gerekliliği ileri sürülürken, şöyle söyleniyor; “bu değişiklik, Venedik ilkeleri açısından zorunludur” deniyor. Venedik ilkeleri diye, demokratik ülkeler açısından bağlayıcı, uyulması zorunlu bir takım ilkeler olduğu iddia ediliyor. Oysa çok açık olarak söylemek gerekir ki, bu tür, “demokratik ülkeler için zorunlu, bağlayıcı nitelikte “Venedik ilkeleri” diye bir şey kesinlikle yoktur. 1990 yılında Sovyetler Birliği yıkıldıktan sonra, birçok orta ve doğu Avrupa ülkesi hukuk sistemlerini yeniden kurarken ve anayasalarını özgürlükçü liberal demokratik esaslara uygun olarak yeni baştan yaparken, bu ülkelerin, genel olarak, liberal anayasa birikimleri olmadığı için böyle bir komisyon oluşturulmuştur danışma niteliğinde. Ve esas adı Hukuk Yoluyla Demokrasi olan bu Venedik Komisyonunun böyle uyulması zorunlu, bağlayıcı ilkeleri kesinlikle yoktur. Ve daha da ötesi Venedik Komisyonu ilkeleri diye bir şey yoktur. Venedik Komisyonu denilen komisyon, belirli bir ülke için tavsiye niteliğinde görüşler ileri sürerken ya da raporlar hazırlarken, bu görüşlerini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına referanslar yaparak hazırlar. Birazdan da bazı noktalarda görüşlerinden yararlanacağım, ama bu Komisyon, öneriler, görüşler ileri sürmekte, ve belirli ülkeler için, istekleri üzerine incelemeler yapmaktadır. Eğer bu görüşlerden “ülkeler için uyulması zorunlu genel ilkeler” çıkartılıyor ise, aynı komisyonun kadın erkek eşitliği konusunda, dokunulmazlıklar konusunda, seçimler konusunda, referandumların düzenlenmesi konusunda, partilerin mali denetimi konusunda da görüşleri vardır, raporları vardır, o zaman bunların da ilkeler olarak kabul edilmesi, ve tüm diğer ülkeler gibi, Türkiye için de “uyulması zorunlu ilkeler” olarak iktidar partisi tarafından bu görüşlere uygun değişiklikler önerilmesi ve gerçekleştirilmesi gerekirdi. Oysa böyle bir girişimin ve durumun hiç bir zaman geçerli olmadığı ortadadır.

Şimdi özellikle bunu vurguluyorum, neden, çünkü bu Komisyon’un ilginç bir özelliğini bilmemiz, öğrenmemiz gerekir. Yarın da bizlerin özellikle değerli yargı mensuplarının ve hukuk camiasının karşısına gelecektir. Çünkü bu Komisyonun ilginç bir raporu ve bu raporun yine çok ilginç bir süreci vardır. 1999 yılında bu Komisyon, partilerin kapatılması konusunda görüşlerini açıklamıştır. Ancak Komisyon 13 Mart 2009 tarihinde, Türkiye için yeni bir rapor hazırladı, siyasal partilerin kapatılması konusunda. Bunu özellikle vurguluyorum. Çünkü 13 Mart tarihindeki raporun 34’üncü paragrafına sizlerin bakmanızı istirham ediyorum. Çünkü bu 34’üncü paragrafta 1999 Raporunda olmayan bir şey eklemiştir. Siyasal partilere kapatma davasının açılabilirdiği ülkelerde, gerek adli yargı, gerek anayasa yargısı önünde, kimin ya da hangi kurumun kapatma davasını

açmaya yetkili olduğu konusunu incelerken, “bazı ülkelerde bu yetki doğrudan savcılara tanınmıştır” diyor. “Nitekim İspanya’da savcı dava açar” diyor. (Bu son derece doğal çünkü İspanya’da, parti kapatmaya karar veren kurum, adli yargı ve Temyiz Mahkemesi bu konuda yetkili). Yani Anayasa Mahkemesi önünde görülmesi gerekli değil. Ve Komisyon, “Türkiye’de de, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından dava açılıyor” diye devam ediyor.

Ancak Komisyon’un bu tespiti yaptıktan sonraki cümlede söylediği çok önemli ve aynı zamanda son derece ilginç. Çünkü Komisyon’un bu noktada, 2009 raporunda söylediği bu husus, 1999 raporunda kesinlikle yok. Nitekim Türkiye’ye ilişkin 2009 raporunda, aynen şunu ekliyor; “fakat diyor, İspanya gibi ülkelerde bilindiği gibi diyor, aynen böyle yazmış, “hükümetin politikasına uygun olarak dava açılıp açılmamasına karar verilir” diyor. “Oysa bu görüşü yani hükümetin bu konudaki görüşünü göz önüne almadan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, hatta savcıların dava açmaları, demokrasiye aykırıdır”. Komisyon 2009 Raporunda aynen bu ifadeyi kullanmış ve bu cümle 1999 raporunda kesinlikle yok. İşte bunu söyleyen, o bizim üzerinde tartıştığımız, ilkeleri olduğu söylenen Venedik Komisyonu. Ve bu söylenen bana göre, eskilerin deyimi ile, sadece doğu toplumları için geçerli olması istenen bazı kural ve işleyişler konusunda söylendiği gibi, “bon pour l’Orient” deyiminin ifade etmek istediğine aynen uyuyor. Yani sadece Türkiye için iyi olan, geçerli olan ya da öngörülen bir kriter. Ben bunun üzerinde çok önemle duruyorum. Çünkü eğer Komisyonun 2009 Türkiye raporuna eklenen bu cümle, tüm ülkeler için geçerli bir genel tespit ya da ilke olsaydı, neden 99 raporunda yoktu? Yok eğer “genel bir tespit ya da ilke” değil ise, neden sadece Türkiye için geçerli? Üstelik demokratik bir Hukuk Devletinden söz ediyorsak, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, parti kapatılması davasını açarken, önce bu davanın, hükümetin politikasına uygun olup olmadığını belirlemek ve sonra o duruma göre dava açabilmek durumundadır” biçiminde bir ilkenin geçerli olacağını düşünmek mümkün müdür? Eğer mümkünse, aynı değerlendirme, neden 1999 raporunda yer almamaktadır?

Şimdi oradan şuna geleceğim. Yine yargı reformu deyince, Prof. Dr. Özbudun ve arkadaşları tarafından hazırlanan ve iktidar partisinin temsilcileri ve hukukçuları tarafından incelenip kabul edilen 2007 taslağını da biliyoruz. Bu taslak da, “yargı reformundan” söz edince, bir kez daha düşünmemizi ve hatta maalesef biraz da korkmamızı zorunlu kılıyor. Aynı şekilde, bir reform olarak, bir yargı reformu olarak, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8 ve 9/a maddelerinde 5720 sayılı Kanunla 2007 yılında yapılan ve şu anda Anayasa Mahkemesinin önünde bekleyen yasa

değişikliğini de hatırlamanızı istirham ediyorum. İşte bu yasa değişikliği de, reform deyince, en azından benim korkmama neden olan bir değişiklik, diğer bir söyleyişle beni korkutan bir reform.

Şimdi demek ki yargı reformu dediğimiz zaman, Türkiye’de ciddi anlamda hangi boyutlarda olacağı konusunda çok önemle üzerinde durmamız gerekiyor. Acaba bu reformlar bugün olduğu şekilde mi olacak, söylediğim gibi 2802 sayılı Kanunda yapılan değişiklik çerçevesinde mi olacak, yoksa başka bir yargı reformunun olması mı gerekli?

Birazdan tekrar söyleyeceğim ama yargı reformu dediğimiz zaman anlaşılması gereken, bana göre, “yargı bağımsızlığını sağlayan ve yargının etkin, etkili ve kaliteli bir biçimde işlemlerini gerçekleştiren ve bu yönde etkin, etkili ve süratli bir yargı denetimini sağlayan değişiklikler” olmalıdır. Yani bu noktada gözden kaçırılmaması gereken en önemli nokta, hukuk devletinin varlığı ya da geçerliliği için, sadece yargı denetiminin olması, tek başına yeterli değildir. Bu husus, tek başına yeterli bir güvence değildir. Hukuk Devletinden söz edebilmek için, “etkin ve etkili bir yargı denetiminin bulunması” zorunludur. Ve yargı denetiminin etkin ve etkili olabilmesi için de, “bu denetimin, gerçek, güvenceli, süratli olması, savunma haklarına en geniş biçimde saygı gösterilmesi, taraflar arasında eşitlik ilkesinin korunması ve bu görevi üstlenen organların bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını koruyacak biçimde düzenlenmiş olmaları” zorunludur. Bunun dışında bugüne kadar söylenen, bu biraz önce örneklerini verdiğim yönde bir yargı reformunun kesinlikle yapılmaması gerekli diye düşünüyorum.

Şimdi, demek ki bir yargı reformundan söz ederken ya da edeceğiz, “yukarıda belirttiğim hususları” gözönüne almamız ve bu unsurların tümünü gerçekleştirebilecek değişiklikleri yapmamız gereklidir. Ve bu değişikliklerin, hem anayasal düzeyde, hem de yasal düzeyde yapılması gereklidir. Şimdi, bunu söylerken özellikle şunu vurgulamak lazım, günümüzdeki devlet anlayışımız artık günümüzdeki devlet anlayışı, bundan yüzyıl öncesinin devlet anlayışından farklı. Eskiden biz devlet nedir derken, üç tane klasik unsuruyla sayıyorduk; insanlar olacak, yani bir nüfus olacak, toprağı olacak bir de egemen güç olacak diye. Bugün çağdaş idare hukuku ve anayasa hukuku kitaplarına baktığımızda ve öğretilerine baktığımızda şunu görüyoruz ki artık bu tanım eskisinden farklı olarak yapılıyor. Ve bunun sonucunda, günümüzde anayasa ve idare hukuku kitapları ve öğretisi eskisinden farklı olarak, “hukukla bağılı devlet, hukukla çerçevelenmiş devlet” kavramı ile başlıyor. Yani bugünkü devletin unsurları içerisinde esas birinci planda alınan, eskiden olduğu gibi, ülke ya da nüfus değil, artık önemli olan “bu devletin hukuka bağılı olması, hukukla çerçeveli

olması". Ve bu günümüz devletinin, çağdaş Devletin birinci unsuru. Ve dediğim gibi öğretide de bunu görüyoruz; hukuk devleti anlayışı.

Şimdi, hukuk devleti deyince de, hem tarihsel gelişmeye baktığınız zaman, hem Anayasa Mahkemesinin kararlarına baktığınız zaman, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına baktığınız zaman, bu hukuk devleti anlayışının veya hukukun üstünlüğü kavramının bir takım kurucu unsurları var. Ve bu unsurların en önemlisi de "devlet de, bireyler de hukuk kuralları ile bağlı olacak; bu hukuka bağlılık yani devletin ve bireylerin hukuk kurallarına uyması, insanların hatta devletin iyi niyetine ve vicdanına bırakılmayıp yargı organları tarafından denetlenecek".

Demek ki biz bir yargı reformundan bahsederken yargı denetiminin ön plana alındığı bir reformdan söz etmek zorundayız. Bunun tersine, yargı denetiminin bir şekilde güçsüzleştirildiği veya siyasallaştırıldığı ya da siyasal iktidarların uygun gördüğü bir çerçeve içerisine alındığı bir hukuk reformundan ya da yargı reformundan değil. Nitekim, yargı reformunun tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesi, kısaca bir yargı reformunun, gerçek anlamda bir reform olabilmesi için yargı denetiminin iyileştirilmesine, hatta mükemmelleştirilmesine yönelik değişiklikleri anlamamız ve gerçekleştirmemiz gereklidir. Nitekim Anayasa Mahkememiz de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu konuda çok açık olarak, "yargı denetimini, hukuk devletinin en önemli unsuru olarak görmekle birlikte, yargı denetiminin olmasını, tek başına yeterli bir güvence olarak kabul etmiyorlar". Demek ki biz anayasal veya yasal değişiklikleri yaparken de, bu güvenceleri ön plana çıkartmamız gerekir. Peki nedir bu güvenceler? Yukarıda da söyledim, bir hukuk devleti uygulamasında yargı denetiminin etkin olabilmesinin temel koşulları bu denetiminin gerçek olması, güvenceli olması, süratli olması, savunma haklarına en geniş anlamda saygı göstermesi, taraflar arasındaki eşitliğe saygı göstermesi ve bu görevi üstlenen organların bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını koruyacak biçimde örgütlenmiş olmalarıdır. Demek ki yargı reformundan söz ettiğimizde, bizim anladığımız veya anlaşılması gerektiğini söylediğimiz boyutu, Anayasa Mahkemesinin kararlarına da, evrensel hukuk ilkelerine de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına da aykırı değil.

Oysa son dönemlerde yargı reformu söylemi altında, farklı bir yol izlendiğini de görüyoruz. Yargı denetiminin etkin ve etkililiğine yönelik ilke, kural ve kurumlar yerine, bunlardan sadece bir tanesinin, o da tamamen yanlış bir biçimde ön plana çıkartılmaya çalışıldığını görüyoruz. Örneğin "tarafsızlık ilkesi" gibi bir ilkenin ortaya çıkartılarak, üstelik bu ilkenin içi tamamen boşaltılarak ve anlamsızlaştırılarak, yargı kararlarının, siyasal

iktidarın etki alanına ve bir siyasal çember içerisine alınması gibi bir isteğin ortaya koyulduğunu görüyoruz.

Ve yargı reformu söylemi altında, böyle bir istek ve irade geçerli olduğu takdirde, demokratik hukuk devleti anlayışının, hukukun üstünlüğü anlayışının ve bu alandaki tüm evrensel ilke, kurum ve kuralların dışında kalacağını unutmamamız zorunludur. Bu durumda, bir yargı reformunun, gerçek anlamda bir reform olabilmesi için zorunlu boyutlarını ve yönlerini hiç bıkmadan tekrarlamamız ve gerçekleştirmemiz gereklidir. Hatta zorunludur. Neymiş, etkin olacak, etkili olacak. Bunun için de ne lazım süratli olacak, eşit olacak, gerçek olacak, güvenceli olacak, savunma haklarına yer verecek ve bunu sağlayan organların bağımsızlığını mutlaka sağlayacak.

Şimdi, bir örnek vermek istiyorum, Fransa'da biliyorsunuz yargı özellikle idari yargı "justice retenue" olarak tanımlanırdı, yani bağlı bir yetki olarak öngörülmüştü. Ve Fransız yargısında veya hukuk devleti anlayışında bu anlayış günümüze kadar devam etmişti çok etkin bir şekilde. Nereden görüyorduk bunu, günümüze kadar? Hakimler Yüksek Kurulunun kuruluşuna bakıyordunuz, bunu görüyordunuz; anayasalarına bakıyordunuz bunu görüyordunuz; Cumhurbaşkanının yetki alanına, yargı gücünün güvencesi ve başlıca koruyucusu görevini üstlenmiş olmasına bakıyordunuz, Danıştay'da görüyordunuz; idari yargının hatta bütün yargının kuruluşuna bakıyordunuz, hep aynı şeyi görüyordunuz. Hatta Anayasa Konseyi de, Fransa'da, bir Anayasa Mahkemesi olarak kurulmamıştı. Bir yarı siyasal, yarı yargısal kurum olarak kurulmuştu, ve zaten bu nedenle Anayasa Mahkemesi değil, Anayasa Konseyi olarak adlandırılmıştı. Ve görevi de Anayasa Mahkemesinin yaptığı anayasal düzenin korunması ve aynı zamanda da temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması iki boyutundan sadece bir tanesine yönelik olarak kurulmuştu. Hangisine yönelik olarak? Anayasanın normatif yapısının getirdiği yasama ve yürütme arasındaki dengenin sadece korunmasına yönelik kurulmuştu, 1958 Anayasası ile. (Ama Anayasa Mahkemesi tabii ki orada kalmadı, özellikle 1971 kararı ve 1974 anayasa değişikliği ile).

Şimdi, bu Fransa'da yargıçlar 97 yılında bir deklarasyon yayınladılar ve dediler ki, "artık yargının bu işleyişi üzerinde bir tartışma açmalıyız ve bir reform yapmalıyız" dediler. "Fransa'nın klasik adalet anlayışını, idari yargı anlayışını, hukuk devleti anlayışını, bunların tümünü tekrardan tartışmaya açmamız gerek, saydamlık, denetlenebilirlik, erişilebilirlik, yargılamanın yürütmenin ne koruması ne müdahalesi altında olmaması, açıklık, hakimlerin bağımsızlığı, yargılamanın hızlı işlemesi,

teknik altyapı noksanlarının giderilmesi hususlarının tümünün tartışılması ve değiştirilmesi zorunludur” dediler. Bunu özellikle söylüyorum. Çünkü bugün bunların bir bölümü Fransa’da uygulamaya girdi. En sonunda da 2009 yılında, daha bundan iki ay önce bazı hükümleri yürürlüğe giren büyük anayasa değişikliğinde, 2008 Temmuz’unda yapılabazı hükümleri yeni, 2009’da iki ay önce yürürlüğe giren büyük değişiklikle de yargıda bu yönde ciddi anlamda bir reform yapıldı.

Şimdi, Türkiye’de kuşbakışıyla baktığımızda yargı reformunda birtakım şeylerin yapılması gerektiği konusunda, hepimiz hemfikiriz. Yargı bağımsızlığı sorunu, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve diğer buna bağlı anayasal düzenlemeler, iş yükü, temel altyapı sorunları, eleman yetiştirmedeki bazı koşullar, bazı sorunlar, bunlar Türkiye’de yargı reformunda mutlaka, demin sayın başkan da söyledi, ön plana geçirilmesi gerekli bazı temel değişiklikler.

Ve bu alanda, yapılmasının zorunlu olduğunu söylediğimiz bu hususlar, sadece bize özgü de değil. Avrupa’da Avrupa Konseyine üye ülkelere yönelik olarak 34 ülkede yapılan bir araştırmada, yani Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin bünyesinde Avrupalı Hakimlerin ve Venedik Komisyonunun beraber yaptığı bir çalışmada, Avrupa’da özellikle orta ve doğu Avrupa ülkeleri liberal demokratik esaslara göre yeniden örgütlendikten sonra, ortaya yargı gücünün nasıl düzenlenmesi ve hangi esaslara göre çalışması gerektiği tartışması yani kısaca yargı sorunu ortaya çıktığı için, yargı reformunda temel alınması gerekli noktaları şöyle belirlemişler. Diğer bir söyleyişle, yargı reformu yapıldığı zaman, ele alınması gerekli ana başlıkları tespit etmişler. Bu çalışmada tespit edilen ana başlıklar şunlar;

- 1) Anayasa Mahkemelerinin yetkileri ve üyelerinin belirlenmesi,
- 2) Yargı bağımsızlığı kavramı, bütünü ile atamalar, sicil, özlük işleri dahil, disiplin işleri dahil, tümü ile yargı bağımsızlığı sorunu,
- 3) Yargının en üstünde yer alan ve yargı mensuplarının özlük işleri hakkında karar verme yetkisine sahip olan bir yüksek kurul olmalı mıdır, olmamalı mıdır, nasıl olmalıdır, kimler olmalıdır sorunsalı,
- 4) İdarenin yasallığı ilkesinin nasıl geçerlik kazanacağı sorunu ve yargısal denetim, ve
- 5) İç hukukla uluslararası hukuk bağlantısının bu ülke anayasal ve yasal düzenlerinde veya siyasal düzenlerinde nasıl kurulduğu sorunu.

İşte bu çalışmada Avrupalı hakimler ve akademisyenler, ortak olarak şunu söylüyorlar; yargı reformu yapacaksanız bu beş unsurda yapacaksınız. Ve böylece, yargının demin söylediğim gibi etkin, etkili çalışmasını gözetebilirsiniz. Bana göre, Türkiye için özellikle bir unsur daha katmamız gerekir. Çünkü bizim hukuk devleti olmamızı önemli ölçüde etkilediğine inandığım bir husus daha var; o da Türk hukukunda “denetlenmeyen normlar ve denetlenmeyen kişiler” konusu. Bu nedenle, Avrupalı meslektaşlarımızın belirlediği beş unsur dışında, bir altıncı unsuru daha katarak, yargı reformu konusuna eğilmemiz gerekir diye düşünüyorum.

Şimdi, Anayasa Mahkemelerinin yetkisi ve üyelerinin seçimi dediğinizde, 34 ülke üzerinde 1997’de hazırlanan görüş son derece açık ve belirgin. Bazı ülkelerde Anayasa Mahkemeleri siyasetçiler tarafından da seçilebiliyor, üyeler parlamentolardan seçilebiliyor. Burada birçok örnekleri var. Almanya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Rusya, Bulgaristan gibi ülkelerde, Anayasa mahkemelerine seçilecek üyeler, sadece hukukçular arasından seçilebiliyor. Bazı ülkelerde istisnalar da var, hukukçu olmayanlar da Anayasa Mahkemesinin içinde yer alabiliyorlar. Fakat ilginç olan yön şu; bu 34 ülkenin ve diğer ülkelerin de hepsinin anayasalarının aşağı yukarı tamamına baktım, bunların hiçbirinde, 2007 AKP veya 2007 Ergun Özbudun taslağında olduğu gibi 17 üyeden 9’unun doğrudan doğruya iktidar partisi tarafından seçilmesi, aynı siyasal parti, aynı çoğunluk tarafından seçilebilmesi, iktidar partisinin bu üyelerin çoğunluğu üzerinde egemen olması gibi bir durum hiç yok. Ve 2007 taslağındaki bu durum, inanılması mümkün olmayan bir öneri. Bugün bu çok söyleniyor, “bazı ülkelerde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin siyasal organlar tarafından seçildiği” söyleniyor. Ama dikkat edelim, bunların tümünde de, burada raporda da var, bu üyeler değişik siyasal organlar arasında çoğulculuk gözönüne alınmak suretiyle seçiliyor. Ve ciddi çoğunluklarla, üçte iki gibi çoğunluklarla seçiliyor, örneğin Almanya’da, Macaristan’da olduğu gibi. Ve tekrar ediyorum, AKP taslağındaki olduğu gibi 17 üyeden 9’unun tek bir siyasal parti tarafından seçilebilmesi gibi bir durum, kesinlikle sözkonusu değil. Üstelik böyle bir durum, hiç kuşkusuz, en azından Türkiye açısından son derece tehlikeli ve yargı bağımsızlığı ile aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin etkinliğini ve etkililiğini ortadan kaldıracabilecek niteliktedir.

Bu konuda, Anayasa Mahkemesinden söz ederken, bir noktaya daha açıklık getirilmesinin gerekli olduğunu düşünüyorum. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin işlevi üzerinde kısaca bir şey eklemek istiyorum. Türkiye’de yine yargı bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesinin işlevi konusunda, çok sık söylenmeye, dile getirilmeye başlanan bir şey, Türk Anayasa Mahkemesinin “anayasal yetkilerini aştığı, kendisine tanınmamış

olan yetkileri kullandığı” suçlamasıdır. Oysa dünyada yargı organları, hukuk devletinin korunması yönünde daima kendi yörüngelerini bırakıp hukuk devletinin gelişmesi yönünde yörüngesinden taşan eğilimler göstermektedir. Dünyanın her yerinde bu böyledir. Fransa’da kurulduğu gün Anayasa Konseyi, yukarıda da söyledim, temel hak ve özgürlükleri de denetleyen bir mahkeme niteliğinde kurulmamıştı. Oysa Mahkeme 1971 Dernekler Yasasını denetlediği kararı ile, tamamıyla içtihat yoluyla, bu yetkiyi kendisine tanıyarak, “ben artık bir Anayasa Mahkemesi oldum” dedi ve o günden beri de anayasanın normatif yapısında olmayan yetkiler üstlenerek, bu yapının tamamıyla dışına taşarak, örneğin özerk kararnamelerin yasalara uygun olması sonucunu doğuran kararlar verdi. Oysa Anayasa Konseyine, anayasanın normatif yapısı içinde bu yetkiler tanınmamıştı. Aynı şey, hiç tartışmasız, Almanya, İtalya, ve Amerika Birleşik Devletleri için de geçerlidir ve tüm bu ülkelerde, gerek Anayasa Mahkemeleri, gerek Yüksek Mahkeme, kendilerine Anayasa ile tanınan alanı aşarak, yeni içtihadi yetkiler kazanma yolunu seçmiş ve böylece yargısal denetimin alanını genişletmişlerdir. Bu nedenle, son dönemlerde, özellikle iktidar partisine yakın çevrelerde dile getirilen, “Türkiye’de bu Anayasa Mahkemesi yetkisini aşmıştır, dolayısıyla artık siyasal iktidarın, Mahkeme’yi gerçek yörüngesine oturtacak değişiklikler yapması, bu bağlamda da iktidar çoğunluğu ile Mahkeme arasında demokratik meşruluğu tesis edecek biçimde ve sayıda üyenin iktidar partisi tarafından seçilmesine imkan tanıyacak bir anayasa değişikliğini gerçekleştirmesi zorunludur” görüşünün, bana göre tamamıyla, dünyadaki anlayışa, uygulamalara ve evrensel hukuk anlayışına ters ve aykırı olduğunu düşünüyorum.

Yargı bağımsızlığı ve özellikle son dönemde sıkça dile getirilen yargı tarafsızlığı konusunda da, gerçi herhalde Sayın Türmen de çok ayrıntılı olarak açıklayacaktır, kısa bir değerlendirme yapmak istiyorum. Yargı tarafsızlığı diye bir şey, bugün söylenen şekli ile, mevcut değildir. Tabii ki tarafsız olacaktır yargı. Yargının iki anlamda tarafsızlığı vardır. Bir tanesi subjektif tarafsızlık, tarafsız olup olmama. Yani “bir yargılamada hakimin birey olarak taraf tutup tutmaması” sorunu, “kişisel tarafsızlığının olup olmadığı” sorunudur. Yani diğer bir söyleyişle, “hakimin önünde görülmekte olan ya da görülecek bir davada, önyargılı ve taraflı bir tutumu, kişisel bir kanaati olup olmadığıdır”.¹ Bunun dışında objektif tarafsızlık olarak da, “o mahkemenin veya yargıya sağlanan güvencelerin, hakimin taraflı olabileceği konusunda kişilere güvencesiz bir görünüm verip vermediği”² sorunudur ki,

¹ **İnceoğlu, Sibel**, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı”, ikinci bası, Beta Yayınları, 2005, İstanbul, sayfa 188 ve devamı

² **Ibid**, sayfa 189

bu da bağımsızlığa doğrudan doğruya bağlıdır. Türkiye’de son dönemlerde bu zorunlu bağı birbirinden koparıp, “Türkiye’de verdikleri bazı belirli kararlar (367 kararı, türban kararı gibi) nedeniyle, Danıştay’ın ya da Anayasa Mahkemesi’nin tarafı olduğu, zaten belirli bir görüş doğrultusunda kararlar verdiği” gibi bir yanlış anlayış ve değerlendirme yapılmak ve yayılmak istenmektedir. Oysa söylediğim gibi, tarafsızlık kavramı, mahkemelerin bağımsızlığı kavramının bir uzantısı niteliğindedir. Ve bu bağlantısından kopararak, ve “bağımsız olma” zorunluluğunu gözden kaçırarak, mahkemelerin tarafsızlığını sağlama gibi bir yöneliş ve anlayış, hiç kuşkusuz, evrensel hukukla, anlayışla ve uygulamalarla bağdaşmayan bir anlayıştır.

Avrupalı meslektaşlarımızın raporunda yer alan unsurlar arasında yer alan, idarenin yasallığı ve yargısal denetimi ile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının iç hukuktaki yeri ya da iç hukuk ile uluslararası hukuk bağlantısı konularında, bizim Anayasamızın 90’ncı maddesinde yapılan değişiklik gibi değişiklikler, birçok anayasada, Polonya, Hırvatistan, Bulgaristan, Romanya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, İspanya anayasası gibi birçok anayasada yapılarak, iç hukuk ve uluslararası hukuk bağlantısı devreye sokulmuştur.

Ancak bu raporda yer alan bu beş unsurun, bana göre en önemlisi ile bitirmek istiyorum; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile. Nitekim “Conseil Consultatif des juges européens” yani Avrupa Yargıçlar Danışma Kurulu oturdu ve 2007 yılında bir rapor yazdılar ve raporda şu hususlara yer verdiler; “bu tür Yüksek Kurulların üyeleri, en azından çok önemli bir bölümü ya da çoğunluğu, hakimlerin kendileri tarafından seçilmelidir. Geri kalan üyelerin seçimi parlamentodan olabilir, ama adaylar mutlaka parlamento dışından ve belirli kurumlar tarafından gösterilmek zorundadır. Adalet Bakanının, kurumun içinde yer alması konusunda da, ülkeler arasında bir görüş ve uygulama birliği olmamakla birlikte; disiplin kararları ve sicile ilişkin kararlarda Bakan kesinlikle yer almamalıdır. Ve bu tür disiplin kararları için, sadece yargıç üyeler karar vermelidir, ya da karma üyeler de karar verseler bile, bu durumda da, bu kararlara karşı yargı yolu açık olmalıdır. Ve idari işler ve gereksinimlerinin karşılanması konusunda da yargıçlar birliği tümünü yargıçların oluşturduğu heyet ya da doğrudan doğruya bu yüksek yargı kurulu karar vermelidir”. İşte bu danışma kurulu, yargıçların bağımsızlığını doğrudan etkileyecek Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi kurullar için, yukarıda yer verdiğimiz bu tür önemli önerilerde bulunmuşlardır.

Ve örneğin Fransa'da bu yönde yapılan değişiklik inanılmazdır. Fransa gibi bir ülkede 2008-2009'da yürürlüğe giren Anayasanın 65'inci maddesini değiştiren değişiklik ile Hakimler Yüksek Kurulu ve Savcılar Yüksek Kurulu ikiye ayrılmıştır. Ve Hakimler Yüksek Kurulu, Yargıtay Başkanının başkanlığında beş üye Yargıtay'dan, bir üye Danıştay'dan, bir üye Baro temsilcisi ve bunun dışında Meclis Başkanı, Senato Başkanı ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilen ikişer üyeden oluşturulmaktadır. Savcılar Yüksek Kurulunda da bu sefer Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başkanlığında, bu sefer tam tersi beş Yargıtay savcısı ve bir Yargıtay hakimi, bir Danıştay üyesi, bir baro temsilcisi ve Meclis Başkanı, Senato Başkanı ve Cumhurbaşkanı tarafından yine aynı şekilde seçilen ikişer üye yer almaktadır. Bu üyeler, her iki heyet için de, genel olarak Genel Kurul halinde toplanırlar. Disiplin konularında Adalet Bakanı kesinlikle oylamalara ve tartışmalara katılmamaktadır. Onun dışındaki konularda ise tartışmalara katılabilmekte, ancak oy hakkı bulunmamaktadır.

Son olarak şunu söylemek istiyorum. Yargı bağımsızlığını, etkinliğini ve etkililiğini hedef alan bir yargı reformu çerçevesinde, biz de 2007 yılında Barolar Birliği için hazırladığımız Anayasa Taslağında ya da Önerisinde birtakım düzenlemeler getirdik. Ama özellikle söylüyorum ki, Türkiye'de bir yargı reformu öngörüldüğü takdirde, bu reformun, dünyada ve evrensel hukukta yargı bağımsızlığına veya yargı reformuna yönelik anlayışlara ve uygulamalara kesinlikle ters düşmeyen bir nitelikte olması hiç tartışılmayacak bir zorunluluktur. Ve bir yargı reformu dendiği takdirde, bu reformun sadece Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi ile sınırlı olarak algılanmaması, tam tersine, yargı bağımsızlığını (tarafsızlığı değil), Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumu ve yetkileri sorununu, idarenin yasallığı ve yargısal denetimi sorununu, iç hukuk ve uluslararası hukuk bağlantısını ve tabii bir de Türkiye'ye özgü olarak, denetlenmeyen normların ve denetlenemeyen kişilerin (örneğin geniş dokunulmazlık zırhı gibi) denetime açılması sorununu içeren ve bunun dışında yargılama faaliyetine yönelik tüm maddi iyileştirme çabalarını da kapsam içine alan bir değişiklikler bütünü olarak ele alınması gereklidir. Bu esaslar dışında bir yargı reformunun Türkiye için uygun ya da yararlı olabileceği kanaatinde değilim. Bütün anayasal ve yasal değişikliklerin bu boyutta yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Saygılar sunuyorum.

Yılmaz ÇİMEN - Değerli hocam saatini önüne koydu ve zamanı çok iyi bir şekilde kullandı, teşekkür ediyorum.

Şimdi ikinci konuşmacımız Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Profesör Doktor Celal ERKUT. İdari yargı kararlarının uygulanmasını güçlendirici mekanizmalar konusundaki tebliğini sunacaklar.

Buyurun efendim.

İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMASINI GÜÇLENDİRİCİ MEKANİZMALAR

Prof. Dr. Celal ERKUT*

Fransa'da de Gaulle döneminde referandum sonucunda onanan bir kanunla, Devlet Başkanına veya Bakanlar Kuruluna kararname yoluyla Cezayir'de kamu düzeninin sağlanması konusunda her türlü tedbiri alma yetkisi tanınmış; kendisine tanınmış bu yetki üzerine de hem bu kanuna hem de arkasındaki halkoyu desteğine güvenerek, de Gaulle'ün talimatları ile hazırlanan 1 Haziran 1962 tarihli bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile, bazı suçlara ilişkin davaları görmek üzere, "Askeri Adalet Divanı" ismiyle bir mahkeme kurulmuştur. Fransa tarafından bir terör örgütü olarak kabul edilen ve Cezayir'in kurtuluşunu savunmakta olan bir örgüte (O.A.S.) üye olan André Canal ve iki arkadaşı bu askeri mahkeme tarafından acele yargılama usulüyle yapılan bir yargılama neticesinde idama mahkum olmuşlardır. Bunun üzerine, Canal ve iki arkadaşı, söz konusu bu askeri mahkemeyi kuran 1 Haziran 1962 tarihli Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptali için Fransız Devlet Şurası önünde dava açmışlardır. Fransız Devlet Şurası, Fransız idare hukukunda "Canal" kararı diye ünlenmiş olan kararıyla, davayı açanlardan André Canal'ın idam cezasının icra edilmesine bir gün kala 19 Ekim 1962 tarihinde söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesini iptal ederek, aynı gün bu kararı derhal kamuoyuna duyurmuştur¹.

Devlet başkanı de Gaulle tarafından Fransız Devlet Şurasının bu kararı derhal yerine getirilmekle birlikte; "Canal" kararının en önemli iki gerekçesinden birinin "*kuvvetler ayrılığı ilkesinin gözetilmemesi ve yasama yetkisinin gaspı*" olarak irdelenmesi karşısında, de Gaulle tarafından, bu kez de Fransız Devlet Şurasının, Hükümet otoritesine karşı çok fazla üstün yetkilere sahip bulunduğu ve bu yetkilerin sınırlandırılması gerektiği görüşüyle², Yüksek Mahkemenin bu yapısının değiştirilmesi konusunda bir

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Söz konusu karar metni ve düşünceler için bkz. **LONG-WEIL-BRAIBANT-DELVOLVÉ-GENEVOIS**, "Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative", 15 ème édit., Dalloz, Paris, 2005, sf.556 vd.

² Benzer yaklaşım, ülkemizde de yargı kararlarının yerine getirilmesi gereğini hazmedemeyen siyasi iktidarlar tarafından – hem de yaklaşık aynı dönem içinde - gösterilmiştir. 12 Mart Muhtırasının hemen akabinde 1961 Anayasasının öngördüğü

Danışma Kurulu oluşturulmuştur. Bu Kurulun başına ise 1958 Anayasası kapsamında yeni kurulan Anayasa Konseyi'nin başkanı da olan Léon Noël getirilmiştir. Noël, böyle bir Danışma Kurulunun çok sesli olmasından yana tavır koymuş ve ünlü idare hukukçusu Jean Rivero'nun da Kurul üyesi olmasını sağlamıştır.

Danışma Kurulu üyeleri, *“Fransız Devlet Şurasının, devletin üstün çıkar ve politikalarını gözardı ettiği, gerçekçi olmayan bir yargılama faaliyeti içinde hareket ettiği, Devlet Şurası üyelerinin kendilerini sadece yargı yapısının fildişi kulelerine hapsetmiş oldukları ve böyle bir bakış açısı ile yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sorunların gözardı edildiği”* görüş ve sitemlerini dile getirince, Fransız Devlet Şurasının bağımsız ve güçlü yapısından ödün verilmemesi gerektiğini savunmakla bilinen Rivero şu sözleriyle önemli bir makyavelist yaklaşım³ sergilemiştir: *“Evet, haklısınız, idare yargıçları yargılama faaliyetinin soyut dünyası dışına pek çıkmazlar ve hatta vermiş oldukları kararların hukuk düzeni bakımından ne tür bir etki yaratacağı konusunda da fazla bir bilgi sahibi değillerdir. Çünkü bu kararları İdare yerine getirecektir. Nasıl yerine getireceği de doğal olarak yargıcın sorunu değildir. Bu bakış açısıyla da idare yargıcının gerçekçi bir yargılama çizgisi içinde olmadığı söylenebilir. Ama onları gerçekçi bir yargılama çizgisi içine sokmak istiyorsanız, o takdirde yargıçların yargılama yetkilerini kısıtlamak yerine, onlara kendi vermiş oldukları kararların icrasını da izleme imkanı tanınmalıdır. Böylelikle de yargıçlara **“verecekleri kararların icra edilebilir nitelikte olmasını gerçekçi olarak düşünme”** yönünde bir anlayış kazandırılacaktır”⁴.*

Rivero, o toplantıda yapmış olduğu bu konuşma üzerine, Fransız idari yargı sistemi bakımından bir reform sayılabilecek nitelikte yeni bir

temel hak ve özgürlükler rejiminin Türk insanı için lüks olduğu ve Devletin, dolayısıyla da İdarenin birey karşısında güçlendirilmesi düşüncesi ile idare yargıcının yargılama yetkilerinin kısıtlanması gereği zamanın Siyasal İktidarı tarafından son derece sık biçimde telaffuz edilmeye başlanmış ve bu kapsamda nihayet dönemin Başbakanı tarafından şu söylemde bulunulmuştur: *“...1961 Anayasası ile Türkiye idare edilemez; kuvvetler dengesinin yeniden gözden geçirilmesi lazımdır. Rejimin kalbi olan hükümet zaafa uğratılmıştır...Anayasada değişiklik yapılması gereklidir...Meclislerin üzerinde Anayasa Mahkemesi, Hükümetin üzerinde Danıştay olamaz.”* (bkz. ÜLGEN İsmail Hakkı, “1976, Danıştay Günü Açış Konuşması”, 10.05.1976, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1976, s.3-4).

³ Bu, Rivero'nun kendi tavrı için kendisinin yapmış olduğu bir nitelemedir. Bkz. **RIVERO** Jean, “Une crise sous la Vème République : De l'arrêt Canal à l'affaire Canal”, in: Le Conseil d'Etat, De l'An VIII A Nos Jours, 1999, sf.34.

⁴ Rivero'nun kendisiyle ilgili olarak aktardığı bu anekdot için bkz. **RIVERO** Jean, “Une crise sous...”, sf.32 vd.

enstrüman yaratılarak; idari yargı kararlarının İdare tarafından yerine getirilip getirilmemesi sorunu bağlamında önemli bir adım atılmış olduğunu ve 1963 yılında bir kararname ile Fransız Devlet Şurası içinde, idari yargı kararlarının icrasını izleme temel amacını taşıyan bir Komisyon (Commission du Rapport) kurulmasının o toplantının sonucu olduğunu belirtmektedir⁵.

Söz konusu bu Komisyon, 24 Ocak 1985 tarihli bir kararname ile, doğrudan Başkan'a bağlı bir Daire'ye (Section du Rapport et des Etudes) dönüştürülmüştür ve bugün Conseil d'Etat organigramı içinde bir Daire yapısı altında ve **“yargılama faaliyetinin önemli bir parçası olarak”** görevini yerine getirmektedir. Conseil d'Etat bu Daire marifetiyle idari yargı kararlarının yerine getirilmesi sorununu her yıl sonu hazırlamış olduğu raporlarla mercek altına almakta ve daha da önemlisi yargı kararlarını yerine getirmeyerek hukuka saygıyı inkar eden İdare birimlerini (ve dolayısıyla İdare ajanlarını) bu raporları yayımlayarak kamuoyu önünde mahkum etmektedir.

Öte yandan, Danıştay bünyesindeki bu Daire tarafından hazırlanan bu raporların gösterdiği etkiyle birlikte, Fransız hukuk düzeninde 08.02.1995 tarihli ve 95-125 sayılı bir yasa ile idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi halinde idare yargıcına yargısal emir (injonction) yetkisi ve gerektiğinde de İdare'ye yönelik olarak para cezası yaptırımını (astreintes) uygulama yetkisi tanınmıştır. Söz konusu yasa ile İdarenin kötü niyetli olarak bir yargı kararını yerine getirmemesi halinde idare yargıcının “yargısal emir” verme yetkisi ve koşulları düzenlenmek suretiyle; “yargısal emir (injonction) yetkisi” genel bir yargılama usulü müessesesi haline getirilmiştir. Esasen, Fransa'da Fransız Devlet Şurasının 27 Ocak 1933 tarihli “Le Loir” kararıyla birlikte, uzun yıllar kendi kendine yarattığı bir “otosansür” yaklaşımı içinde ve bir “tabu” olarak benimsediği **“İdare yargıcının İdare'ye ve Yürütmeye karşı bir yargısal emir verme yetkisi bulunmadığı”** yönündeki anlayış, **“yargı kararlarının icrasını izleme ve denetleme”** görevini yerine getiren bu Dairenin düzenli biçimde yayımladığı yıllık raporlar sayesinde ve fakat yine de **Kanun koyucunun açık iradesi** sonucunda – *yaklaşık altmış yıllık bir sürecin sonucunda*- yıkılmıştır.

Söz konusu yasal düzenlemenin yürürlüğe girmesi öncesindeki son üç yıla yani 1993-1995 yıllarına özgü olarak, Conseil d'Etat bünyesindeki Raporlama ve İnceleme Dairesi tarafından hazırlanan bir rapora göre, yargı kararlarının yerine getirilmemesi sorununa ilişkin olarak yılda ortalama 1250

⁵ id., s.35-36.

şikayet gerçekleşmiştir. Şikayet sayısı ise, o yıl içinde verilmiş olan tüm idari yargı kararları bağlamında %1 oranına ve bireyler lehine verilmiş olan yargı kararları bağlamında ise %2,5 oranına tekabül etmektedir. Bir başka deyişle, idari yargı mercileri tarafından verilmiş olan iptal ve tam yargı kararlarının %97,5 gibi çok büyük bir kısmının İdare tarafından yerine getirilmesinde hiçbir sorun yaşanmamıştır⁶. Bugün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başkanı olarak görev yapmakta olan yargıç COSTA, o dönemde bu istatistikten hareketle, şikayet konusu yapılan hallerle ilgili olarak, yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesi olgusunun birkaç boyutu olduğunu; genellikle yerel yönetimlerin yargı kararlarının gereğini değerlendirmedeki yetersizlikleri ve bunu önemsememeleri yönündeki anlayıştan kaynaklandığını; ancak bazen İdarenin maddi imkanlarının yetersizliği bazen İdarelerin bütçe ve kadrolarından kaynaklanan yetersizliklerin varlığının yargı kararının yerine getirilmesinde sorunlar yarattığını; bazen yargı kararının gereğinin yerine getirilmesinde İdarenin yeni işlem tesis ederken olayın kendine özgü koşulları nedeniyle tereddütler yaşadığı ve nihayet bazen de İdarenin kötü niyet içinde hareket ettiğini ifade etmektedir⁷. COSTA tarafından yapılan bu tespitleri de dikkate aldığımızda esas itibarıyla Fransız idari yargı ve idare hukuk sisteminde, esas itibarıyla bir yargı kararının yerine getirilmemesi yönünde İdarenin kötü niyetinin çok sınırlı bir olgu olduğunun kolaylıkla saptanabildiği ve fakat buna rağmen idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi halinin ve özellikle de İdarenin bu konudaki –sınırlı da olsa- kötü niyetli yaklaşımının hukukla bağlı devlet anlayışı bakımından “kabul edilemez” görülerek yasakoyucunun inisiyatifi neticesinde 08.02.1995 tarihli yasanın yürürlüğe konulduğu tespit edilmektedir.

Fransız kamu hukukunda da yargı kararlarının idare ajanlarınca kasten (kötü niyetle) yerine getirilmemesi hali ceza hukuku bakımından bir suç teşkil etmekte ve aynı zamanda idare ajanının –hizmetten ayrılabilir nitelikte- şahsi kusuru olarak kabul edilmesine rağmen; bu konuda idare ajanlarına yönelik olarak ilgililerin yapacakları ceza hukuku ve tazminat hukuku bağlamındaki yargısal başvuruların, “idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi” sorununu tam anlamıyla çözmediği inancı içinde hareket eden kanun koyucu tarafından yürürlüğe konulmuş olan 08.02.1995 tarihli bu yasal düzenleme sonucunda bu sorun hemen hemen tamamen hukuk kamuoyunun gündeminden kalkmıştır. Bu yasal düzenleme sonucunda, bir idari yargı kararının çeşitli nedenlerle yerine getirilmemesi, eksik yerine

⁶ Bkz. CHAPUS René, “Droit du Contentieux Administratif”, Montchrestien, 12 ème édition, 2006, s. 1126.

⁷ COSTA Jean Paul, “L’exécution des décisions de justice”, in. AJDA-6, 1995, s.227 vd.

getirilmesi veya zamanında ya da gereği gibi yerine getirilmemesi hallerinde o yargı kararının etki ve sonuçlarından tam anlamıyla tatmin olmamış ilgililerin idare yargıcına başvurarak “*yargı kararının gereğinin yerine getirilmesinin sağlanması konusunda yargısal emir verilmesi*”ni ve/veya “*İdare’ye para cezası yaptırımını uygulanması*”ni talep etme hakkı tanınmıştır.

Bireyler bir tür şikayet mekanizması niteliği taşıyan bu başvuruları sadece Conseil d’Etat kararlarının değil, idare mahkemeleri ile istinaf mahkemelerinin kararlarının yerine getirilmemesi kapsamında da yapma hakkına sahip olup; Conseil d’Etat, idare mahkemeleri ve istinaf mahkemelerinin başkanları ya da başkanların görevlendirdiği naip üyeler tarafından başvuru -acele iş sayılarak- incelenip, bir karara varılmaktadır. Kanun bu konuda yetkili yargıca çok geniş yetkiler tanımıştır. Yargıç bireyler tarafından başvurularında dile getirilen şikayetlerin içeriğini incelerken, yargı kararı karşısında İdarenin ne tutum aldığını da sorgular. Temel amaç, yetkili yargıcın yargı kararının gereğinin yerine getirilmesini sağlayıcı tedbirler almasıdır ki, bu tedbirler İdareden alınacak bilgiler kapsamında, yargıcın “yargı kararının gereğini ilgili İdare’ye hatırlatma”dan başlayan ve şayet bu fayda sağlamazsa günlük para cezası uygulamaya ve nihayet “yargı kararının yerine getirilmesi” yönünde yargısal emire kadar uzayan çeşitli aşamalar içerebilmektedir. Ancak söz konusu yasal düzenlemede “*idare yargıcının İdareye ne yönde bir işlem tesis etmesi gerektiği konusunda açık bir talimat verebileceği*” yönünde bir hüküm yer almamıştır.

Fransız kamu hukukunda kanun koyucunun iradesi ile ortaya konulmuş olan bu rejim, yargı kararlarının yerine getirilmemesi halinde idare yargıcının kendisine bu konuda yapılmış olan başvuruları hangi şekilde değerlendireceğini ve ne gibi yetkilere sahip olduğunu açıklığa kavuştururken; esas itibarıyla da kanımızca idare yargıcının sahip olduğu yargılama yetkisinin kapsam ve içeriğinin salt hukukun ne olduğunu söylemekten ibaret olmadığını; bir yargı kararının hukuk düzeninde etkilerini göstermesini izleme ve denetleme yetkisinin de yargıcın yargılama faaliyetinin bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.

Bireylerin Kamu İktidarından ve idare yargıcından beklentileri evrensel ve çağdaş hukuk düzenlerinde olması gereken temel hakların, hukuksal ilişkilerde istikrarı sağlayacak biçimde güvence altına alınmasıdır. Kamu İktidarlarının idare yargıcından beklentisi ise tek yanlı olarak tesis etmiş olduğu tasarruflara bağlı düzenin korunmasından ibarettir. İdare yargıcının varlık sebebi ise, bu beklentilerden birisine üstünlük tanımak

yönünde bir yargılama faaliyeti gerçekleştirmek değil; idari tasarrufların hukuka uygun olup olmadıklarını değerlendirirken, uygulanması gereken hukukun ne olduğunu ifade etmektir.

Bu kapsamda, Kamu İktidarının uygulaması gereken hukukun ne olduğunu açıklayan idare yargıcının bu iradesine itibar edilmemesi, savsaklanması ya da saptırılması halinde, artık idare yargıcının bu aşamada başka bir yetki kullanması imkanının bulunmadığı ve “yargı kararının gereklerinin ihlal edildiği” yönünde kendisine yapılan başvuruları değerlendiremeyeceği yönündeki bir yaklaşımın kabulü mümkün olmamak ve aksine, “yargı kararının gereklerinin ihlal edilip edilmediği” yönünde idare yargıcı tarafından yapılacak bir inceleme ve tespit de **“yargılama faaliyetinin önemli bir parçası olarak”** değerlendirilmek gerekir.

Fransız kamu hukukunda bu husus öğreti düzeyinde önemli tartışmalara konu olmuştur. İdare yargıcının “hukukun ne olduğunu tespit ettiği” ve neticede de idari işlemlerin iptali yönündeki kararlarıyla sona erdirmiş olduğu yargılama süreci bağlamında; İdarenin bu kararlar karşısındaki hareketsiz kalması ve hatta bazen de bu kararlara yönelik “bilinçli direnç” göstermesi durumunda acaba yargı kararlarının yerine getirilmemesinden dolayı hakları ihlal edilen bireyler açısından ne gibi koruma mekanizmaları getirilmeli ya da bir başka deyişle idari yargı kararlarının yerine getirilmesini güçlendirici ne gibi enstrümanlar ya da mekanizmalar geliştirilmelidir yönündeki arayışlar Fransız hukuk düzeninde 08.02.1995 tarihli ve 95-125 sayılı yasanın yürürlüğe girmesine önemli katkılar sağlamıştır.

Geleneksel yaklaşım içinde İdare yargıcının –bugün dahi- İdare’ye yargı kararını ne şekilde yerine getirmesi gerektiğine yönelik emir ya da talimat niteliğinde bir karar vermekten özenle kaçınması ve adeta *“ben bir yargısal tespitle tesis etmiş olduğunuz idari işlemlerden birini hukuka aykırı kabul ettim ve benim bu işle ilgili yargısal görevim sona erdi; artık İdare olarak bu karar uyarınca gerekli adımı siz atacaksınız”*⁸ yaklaşımı ile hareket etmesi, hiç şüphesiz İdare ve Yargı Kudretlerinin ayrılığı ve bağımsızlığı esasına uygunsuz da, bu yaklaşımın bireylerin etkin yargısal denetimden beklentilerine cevaz vermediği ve hatta bireylerin hukuk güvenliğinin son çare olarak yargıç eliyle korunması üzerine bina edilmiş olan “hukukla bağlı devlet” anlayışının zedelenmesi sonucunu yarattığı da

⁸ **WEIL** Prosper, “Les conséquences de l’annulation d’un acte administratif pour excès de pouvoir”, s.61’den naklen **BON** Pierre, “Un progrès de l’Etat de droit: La loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et l’exécution des jugements par la puissance publique, in RDP 1981, s.19.

tartışmasız bir gerçektir. Bununla birlikte, İdare yargıcının “hukukun ne olduğu”nu belirlerken vermiş olduğu kararlar sonucunda İdare’ye ne yönde işlem yapması gerektiği yönünde talimat vermesinin ise İdare Kudretini “bir yargıçlar sultanı” altına sokabileceği inancı da öğretide yaygın bir kanaattir.

Oysa idare yargıcının hukukla bağlı devlet anlayışını toplumun her katmanına ve doğal olarak da İdare Cihazına kabul ettirme yaklaşımı ile “hukukun ne olduğu”nu söyleme güç ve iktidarına sahip olduğunda hukuk öğretisinde bir tartışma bulunmamaktadır. İdare yargıcının “yargıç” kimliği ile idare hukukunun yanı sıra yargılama hukukunun çağdaş temel ilkelerini de yaratmış olduğu yargılama işlevinde, artık son yıllarda ve günümüzde hukuk yaratma işlevinin ikinci planda kaldığını, çünkü idare yargıcının “hukuk yaratıcısı” karakterinin yerini “kamu hukukunun pozitif normlarını yorumlama işlevi”nin aldığını⁹ saptayan PEISER’ye katılarak; diyebiliriz ki, **idare yargıcı günümüzde “hukukla bağlı devlet” anlayışının yerleşmesine engel gördüğü yargılama anlayışını da yeniden gözden geçiren ve bu konuda “hukukla bağlı devlet” anlayışına uygun yorum ve uygulamalar geliştirebilme güç ve iktidarına sahiptir.** İdare yargıcının yargı yetkisini kullanırken, pozitif hukuk normlarını, “hukukun üstünlüğü” prensibine uygun olarak yorumlayıp değerlendirmesi etkin bir yargısal denetimin kaçınılmaz gereğidir. Kaldı ki, günümüzde idare yargıcının uygulamış olduğu yorum teknikleri ile hukukun üstünlüğünü koruyucu yaklaşımı bağlamında “hukukun ne olduğu”nu söylerken, aynı zamanda gerektiğinde “hukuk yaratma” misyonunu da üstlenmesi; **idare yargıcının “yargıçlar sultanı ya da oligarşisi”ne duymuş olduğu özleminden değil, tam aksine İdare Kudretinin hukukla bağlılığını sağlamak için etkin bir yargısal denetimi tüm gerekleriyle yerine getirmek düşüncesinden kaynaklanmaktadır**¹⁰.

Yargıç, imperium yetkisinin kendisine tanıdığı kudret kapsamında, ancak ve sadece toplumun adalet idesine duymuş olduğu güvenin zedelenmemesi titizliği ve özeni içinde hareket ederek, bireylerin sahip oldukları temel hakların varlığının tespiti, sağlanması ve korunması yönünde kendisine tanınan her türlü yargılama enstrümanlarını kullanma ayrıcalığından da yararlanarak etkili, kararlı, zorlayıcı, buyurucu ve her türlü

⁹ PEISER Gustave, “Le bilan jurisprudentiel des dix dernières années”, in Le Juge Administratif à l’Aube de XXIème Siècle, Presses Universitaire de Grenoble, 1995, s. 27-28.

¹⁰ ERKUT Celal, “Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı”, İst., 2004, s.203.

tartışma, tereddüt ve endişeye kapalı “**tam bir yargılama**” faaliyetini yürütmek yükümü altındadır.

Danıştay Başkanı **ALAN** da, Yüksek Yargı Organınının 135’inci yıldönümü dolayısıyla yapmış olduğu konuşmada¹¹, “**etkili bir yargı denetimi, buna olanak tanıyan hukuksal araçların kullanıma açık tutulması ile sağlanabilir. Yargı denetimine getirilecek her türlü sınırlama onun özüne dokunur ve anayasal dengede bozulmaya neden olur. Bu nedenlerle, yargısal denetim olabildiğince sınırsız tutulmalı, yurttaşlar hukuka aykırı ve keyfi her türlü idari işleme karşı yargısal korumaya alınmalıdır. Hukukun üstünlüğü, ancak, sınırlandırılmamış ve etkili bir yargı denetimi ile gerçekleştirilebilir. Kurucu nitelik taşısa dahi, yargının denetim alanının sınırlarının siyasal iktidarlarca belirlenmesi çağdaş hukuk düzeni ile bağdaşmaz. Çağdaş devlette bu sınırları belirleyen siyasal iktidarların takdiri değil, hukuk devletinin içeriği ve bu içeriği belirleyen ilkelerdir**” şeklindeki değerlendirmesi ile aslında bu hususlara vurgu yapmıştır.

Strasbourg yargıci da, “tam yargılama yetkisi” ile, “**uyuşmazlığın görülüp, çözümünde yargıç tarafından hem maddi olguların hem de hukuksal sorunların tartışıldığı ve denetlendiği bir yargılama işlevinin yerine getirilmesi iktidarı**”nı ifade etmekte¹² ve yine bu yargılama faaliyeti sonucunda verilmiş olan hükmün yerine getirilmesi konusunda ise ulusal hukuk sistemlerinin gerekli tedbirleri almış olmasının “adil yargılama hakkı”nın bir uzantısı olarak değerlendirmektedir.

Bu kapsamda, ülkemizde Yasama Kudreti, 2001 ve 2003 yıllarında idari yargılama hukuku bakımından büyük önem taşıyan bir anlayışı, pozitif hukuk düzenimize aktararak yeni bir yaklaşım sergilemiştir. Bu bağlamda, önce 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri sonucunda Anayasanın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesi metnine “**adil yargılanma hakkı**” ibaresi de eklenmiştir¹³. Söz konusu bu değişiklik neticesinde, AIHM’nin bakış açısıyla hak arama özgürlüğünün tümünü en geniş anlamıyla kapsayan “adil yargılanma

¹¹ Bkz. Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl 1, S.2, 2003, s.1 vd.

¹² **POTVIN (SOLIS)** Laurence, “L’Effet des Jurisprudences Européennes sur la Jurisprudence du Conseil d’Etat Français”, Paris, LGDJ., 1999, s.300.; ayrıca bkz. **İNCEOĞLU** Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı”, 1.bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.133.

¹³ Madde yeni hali ile “**Herkes, meşru 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 kaçınamaz**” şeklinde düzenlenmiştir.

hakkı'nın, ulusal hukuk düzenimiz bakımından da aynı perspektif içinde göz önüne alınması gereği ortaya konulmuştur. Bir başka deyişle, daha önce **AİHS'nin öngördüğü bu genel ilke, anayasal pozitif hukuk normuna dönüştürülmek suretiyle, hem Kamu Kudreti hem de idare yargıcı açısından Strasbourg yargıcının belirlediği içerikte bir hukuksal güç ve değere ulaşmıştır.** Bu kapsamda, AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen ve adil ve dürüst bir yargılamanın sağlanması için hem usul alanında hem de kurumsal alanda gerekli ilke ve esasları belirleyen "adil yargılanma" hakkının zorunluluklarının iç hukuk düzenimize tam anlamıyla aktarılması yükümü bulunmaktadır ki, Siyasi İktidarların artık Strasbourg yargıcının belirlediği "adil yargılanma hakları"nın ihlali olgularına kayıtsız kalamayacağı değerlendirilmektedir¹⁴.

Bu kapsamda, özellikle idari yargılama hukuku bağlamında "adil yargılanma ilkesi"nin en önemli parçasının idari yargı kararlarının yerine getirilmesi konusu olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim, bu husus kamuoyunda AİHM'nin "Eurogold" kararı diye bilinen 10 Kasım 2004 tarihli "Taşkın Ve Diğerleri c/ Türkiye" kararında AİHM tarafından şu ifadelerle açıklanmıştır:

"...(124). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İdarenin hukuk devletinin bir unsuru olduğunu ve bunun da en önemli ögesinin "yargının iyi yönetimi" ilkesi olduğunu ve yargı kararlarının İdare tarafından yerine getirilmesinin reddedilmesi ya da geciktirilmesi durumunda, yargılama sürecinde kişilere tanınan güvencelerin varlık nedenlerini kaybettiğini özellikle hatırlatır. (karşılaştırma için bk. Yunanistan'a karşı Horsnby davası, 19 Mart 1997 tarihli karar, Kararlar Derlemesi 1997-II, S. 510-511, § 41)

(125). Olayda sadece Türk yasal mevzuatı tarafından değil ayrıca idari yargı kararlarıyla da belirlenmiş olan davacıların prosedüral güvencelerinin, Nisan 2001 tarihinde çalışmaya başlayan altın madeni ocağı faaliyetlerinin sürdürülmesine yönelik olarak Bakanlar Kurulu tarafından verilen ve kamuya açıklanmayan 29 Mart 2002 tarihli bir karar neticesinde ortadan kaldırıldığı tespit edilmiştir (yukarıda 75. paragraf).

¹⁴ Bkz. **ERKUT** Celal, "Kamu Kudreti Ayrıcalıkları...", s.216 vd.

Böylelikle, yetkili idari makamlar, davacıların sahip olduğu tüm prosedür güvencelerini bertaraf etmişlerdir...

(137). Mahkememiz, önceki belirlemeleri de dikkate alarak, ulusal makamlarca, Danıştay tarafından 1 Nisan 1998 tarihinde onanan İzmir 1. İdare Mahkemesinin 15.10.1997 tarihli kararına makul bir süre içinde riayet edilmeyerek, Sözleşmenin 6. maddesinin öngördüğü etkili koruma anlayışının bertaraf edildiği kanısına ulaşmıştır.

138. Dolayısıyla Sözleşmenin 6. maddesinin 1. paragrafı ihlal edilmiştir..."

AİHM'nin bu kararından da anlaşılacağı üzere, yargı kararlarının yerine getirilmesi bakımından güçlü ve güvenceli bir hukuki rejim ihdas edilmediği takdirde bireylerin hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından yargılama sürecinde sağlanan güvencelerin içi boşaltılmaktadır.

Bir başka deyişle, AİHM, "adil yargılama hakkının, sadece yargılama süreci içinde bireylerin güvenceli bir statü içinde haklarını savunmalarının sağlanmasını değil ve fakat aynı zamanda yargı kararlarıyla tespit ve teslim edilen birey haklarının yetkili idari otoriteler tarafından da korunması ve güvence altına alınmasını, yani yargı kararlarının yerine getirilmesi konusunda güçlü ve koruyucu mekanizmaların öngörülmesi gereğini ifade ettiği" hususunun altını çizmektedir.

Anayasanın 36. maddesinde düzenlenmiş bulunan "adil yargılanma hakkı" ilkesinin kapsamının belirlenmesinde yasakoyucu ve yargı mercilerinin AİHS ve AİHM kararlarını birer "destek ölçü norm" olarak değerlendirmeleri gerektiğinden; gerek yasa koyucunun gerek yargı mercilerinin, "yargı kararlarının yerine getirilmesi" bakımından "koruyucu mekanizmaların geliştirilmesi" yükümü altında oldukları kabul edilmelidir.

AİHM'nin "yargı kararlarının idare tarafından yerine getirilmesi" zorunluluğunu, bireylerin yargılama süreci sonunda elde ettikleri haklarının kullanılabilirliği bağlamında en temel güvence olarak kabul etmesi; Mahkemece, "yargı kararlarının yerine getirilmesini sağlama yükümü" "adil yargılama hakkı" ilkesinin odağını oluşturmaktadır" anlayışının vurgulanmasından ibarettir. Nitekim, AİHM'ne göre, yargı kararlarının yerine getirilmesi konusunda güvenceli bir hukuk rejiminin kurulmamış olması, yargılama sürecinde birey açısından öngörülmuş tüm güvencelerin içinin boşaltılması ve bunların varlık sebebinin ortadan kalkması sonucunu

yaratmaktadır ki, AİHM'nin yapmış olduğu bu tespit “hukuka bağlı devlet” anlayışı açısından da büyük önem taşımaktadır.

AİHM'nin, Sözleşme Hukukunu uygulayarak belirlemiş olduğu bu açık yaklaşım ve iç hukuk düzenimizde Anayasanın 36. maddesinde, 2001 değişikliği sonucunda, “hak arama özgürlüğü” bağlamında yer verilmiş olan “adil yargılama hakkı”nın gereği doğrultusunda, “yargı kararlarının yerine getirilmesi”, hukukla bağlı Devlet anlayışının en önemli unsurlarından birisi olarak yasa koyucu tarafından çok daha güvenceli bir hukuki rejime oturtulması gerekirken, bugüne kadar yasa koyucunun hareketsiz kalmasının birkaç sebebi olabilir.

Bunlardan birincisi, yasa koyucunun hukuk sistemimizde böyle bir sorun bulunmadığı ve mevcut düzenlemelerin bu konuda yeterli bir koruma sağladığı düşüncesiyle hareketsiz kaldığı yönündeki yaklaşımı olabilir.

İkincisi, -az bir olasılık olmakla birlikte- yasa koyucunun daha güvenceli bir hukuki rejim getirmeyi istemekle birlikte; bu konuda bugüne kadarki çalışmaların yetersiz olduğu düşüncesiyle bu konuda hareketsiz kalmış olabileceğidir.

Üçüncüsü ise, yasa koyucunun bu sorunu “yasa” ile çözümlenecek bir sorun olarak görmemesinden ve sorunun Yürütme (İdare) ve Yargının uygulamaları nedeniyle halen çözümlenememiş olduğu yönündeki bir düşünceden kaynaklanmış olabileceğidir.

Ancak, -bunların dışındaki sübjektif başka sebepler de dahil- hangi nedenle olursa olsun, yasa koyucunun 25 yılı aşkın bir süredir (2001 Anayasa değişikliği sonrasında da yaklaşık 8 yıldır) bu konuda suskun kalması; kanımızca, idare yargıcının Yürütme – İdare üzerinde etkin yargısal denetim enstrümanlarını kullanmasının istenmemesi yönündeki genel eğilimin bir uzantısından ibarettir. 12 Eylül 1980 darbesiyle birlikte Güçlü Hükümetler (ve Güçlü İdare) ile güçsüzleştirilmiş (sinmiş) bir İdari Yargı manzumesi yaratma istenci ve planı 25 yıldır, -kendini hep en demokratik sayan- tüm hükümetler tarafından kesintisiz biçimde yürürlükte tutulmuştur. Dolayısıyla da 1982 Anayasası ile birlikte salt “görev” olmaktan çıkarılıp başlı başına “Yetki” ye dönüştürülen Yürütme (İdare) Kudreti, 2001 yılına kadar yasa koyucuya “yargısal faaliyetlerin etkinleştirilmesi” yönünde tek bir yeni enstrüman dahi gündeme alabilme imkan ve fırsatı sunmamıştır.

2001 yılındaki anayasa değişiklikleri sonucunda ise, “adil yargılama hakkı” -anayasa değişikliği gerekçesinde de altı çizildiği gibi- AİHM kapsam ve uygulamaları gözetilerek iç hukuk düzenimize aktarılmıştır. Bir başka deyişle, yasa koyucuya, “adil yargılama hakkı” ilkesinin iç hukuk

düzenimizde de, AİHS uygulamalarının öngördüğü kapsamda düzenlenmesi direktifi verilmiştir.

Ancak, yasa koyucu, idari yargı kararlarının gerekleri hilafına işlem ve uygulamalar gerçekleştirildiğinde, böyle bir durumda hakları ihlal edilmiş olanlar tarafından ne gibi usuller izlenerek, hangi mercilere ne tür başvurularda bulunulacağı ve bu başvurular neticesinde yapılacak inceleme, tespit ve uygulanacak yaptırımları içerecek kapsamda bir düzenleme getirmekten kaçınmış; AİHS'nin (ve dolayısıyla da 6. maddesinin) kabulü ile birlikte aslında iç hukuk düzenimizdeki bu tür ihlallerin incelenmesi, tespiti ve yaptırımı konusunda AİHM yargıcına tanımış olduğu bir yetkiyi, kendiliğinden kendi ulusal yargıcına açık bir yasal rejim içinde tanımayı ihmal etmiştir.

Halbuki, kanımızca iç hukuk düzenimizde zaten konuyla ilgili olarak öteden beri kabul edilen pozitif normlarda basit bir-iki değişiklik neticesinde sorun kolaylıkla çözüme kavuşturulabilir özelliktedir. Bu kapsamda, örneğin Anayasanın 125. maddesinin son fıkrası olarak **“İdari yargı kararlarının icrasının Danıştay ve İdari mahkemelerce izlenmesine ve gerektiğinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin usul ve esaslar Kanunla düzenlenir.”** şeklinde bir ek hüküm getirilmesi neticesinde, konu yasa koyucu tarafından ayrıntılarıyla düzenlenebileceği gibi; aslında yasa koyucunun bu konuda harekete geçmesi için anayasal bir düzenlemeye de gerek bulunmamaktadır. Çünkü Anayasanın 138. maddesinin 4. fıkrasında yer alan **“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”** hükmünden hareketle yasa koyucu zaten bu alanda gerekli yasal düzenlemeleri yürürlüğe koymak yetkisini haizdir.

Hukuk düzenimizde idari yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi sorununun düzenlendiği 2577 sayılı Yasanın 28'inci maddesi¹⁵,

¹⁵ Söz konusu madde aynen şu hükmü içermektedir:

1. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin **kararlarının icaplarına göre** idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya **mecburdur**. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili vergi davalarında vergi mahkemelerince verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.
2. Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktar içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.
3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem

hukukla bağılı İdare anlayışı uyarınca, kanımızca yargı kararlarının yerine getirilmesini sağlamak bakımından, **“yasal bir emir” niteliğindeyse de bireyler açısından tam bir güvence ve koruma yönünden yetersiz kalan eksik bir düzenlemedir.** Özellikle T.C. İdaresi'nin “hukukla bağılılık” düşüncesine yaklaşımındaki hazımsızlıklar, söz konusu maddenin dolanılması sonucunu yaratmakta; yargı kararlarının gereği doğrultusunda işlem tesis etme yükümü altında bulunan İdare, bazen bir yargı kararının uygulanmasını, itiraz ve temyiz gibi kanun yollarına başvurulduğu bahanesiyle geciktirip, savsaklayabilmekte; bazen yargı kararının gereklerini değerlendirerek tesis etmiş olduğu işlemler sonucunda yargı kararının gereklerini uygulamada farklılaştırmakta; bazen de yargı kararlarını kısa süreler için uyguladıktan sonra yeniden aynı işlemleri tesis etme cihetine gidebilmektedir.

Her ne kadar İdarenin bu yöndeki tutum ve uygulamaları 28'inci maddenin amir hükmüne açık bir ihlal oluşturmakla birlikte;

- a) yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmesini izleme ve denetleme konusunda açık bir yasal düzenleme bulunmaması;
- b) bireylerin bu konuda haklarını aramak bağlamında idari yargı mercilerinin önüne hangi usullerle gideceğinin belirsizlik taşıması;
- c) idari yargı kararlarının içeriğinin ve maksadının İdare tarafından değerlendirilerek tesis edilen işlemlerin uygulamada yeniden bir “iptal davası” formatında açılıp, yargıç tarafından da bu format içinde değerlendirilmesi;
- d) yargı kararlarının yerine getirilmediği iddiasıyla bireyler tarafından kamu görevlileri hakkında yapılan “suç duyurusu” başvurularının da, mevcut “izin” rejiminin amirlerce işletilmemesi nedeniyle, akamete uğraması;

tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

4. Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.

5. Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

6. Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödenir.

idari yargı kararlarının yerine getirilmesi sürecinin gereği gibi ve zamanında işletilememesi ve bazen de hiç işlememesi sonuçlarını yaratan bireyler açısından “eksik güvenceli” bir rejim oluşturmaktadır.

Diğer taraftan bazen de İdare açısından, bir yargı kararının ne yönde yerine getirilmesinde -iyiniyet içinde- tereddüt yaşanması halinde de İdarenin kararı veren idari yargı merciine başvurması konusunda gerekli bir düzenlemenin de bulunmaması bu konuda bir başka eksikliği oluşturmaktadır.

Tüm bunlar dikkate alındığında söz konusu 28. maddenin yeniden formüle edilmek suretiyle çok daha güvenceli bir hukuki rejim ihdas edilmesi zarureti bulunmaktadır. Hiç şüphesiz, bu halde, konu, yasa koyucunun “güvenceli” sistem anlayışına bağlı kalınarak çözüme kavuşacaksa da 28. madde ile her halükarda Danıştay ve idari mahkemelere kendi vermiş oldukları kararların icrasını izleme ve denetleme yetkisi tanınarak; bu konuda idare yargıcına başvuru mekanizmaları, karar usul ve süreçleri ve hatta İdare ve/veya ajanları hakkında uygulanabilecek yargısal yaptırımlar yasal düzenleme altına alınabilmelidir.

Öte yandan, Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasının açık hükmü karşısında, yargı kararlarının gereğinin dolanılmak suretiyle ve yeni işlemler tesis edilerek, yargı kararından beklenen amaç ve sonuçları ortadan kaldırmaya yönelik tutum ve davranışların özendirilmesine yönelik yasal düzenlemelerin hukuk düzeninden ayıklanmaması hem bu anayasa normunun hem de AİHS'nin 6. maddesinin açıkça ihlalidir. Bu bakımdan da İdare ve ajanları üzerinde bu nitelikteki uygulamaları caydırıcı nitelikte yeni bir düzenleme getirilmesi zorunluluk arz etmektedir. Bu kapsamda, kanımızca, mevcut 28. maddede öngörülecek bir değişiklik, özellikle kamusal nitelikteki subjektif hakların ihlal edildiğini belirleyen yargı kararlarının gereklerinin makul süreler içinde yerine getirilmemesi halinde kamu ajanının kasten hareket ettiği karine teşkil etmeli ve bu konudaki ihlallerin dile getirildiği başvurular bağlamında bu yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesinin denetim ve gözetimini sağlayıcı yönde ve idari yargı bünyesinde yeni bir yapılanmaya gidilerek “yargısal emir” yetkileriyle de donatılmış bir “Koruyucu Daire” oluşturulmalıdır. Mevcut 28. madde hükmünde bu yönde yapılacak bir değişiklik de;

- a) İdari yargı mercilerince verilmiş kararların yerine getirilip getirilmemesi ile ilgili olarak diğer idari yargı mercilerinin, davanın taraflarının, müdahillerin ve hatta Baroların bu Daireye başvuruda bulunabilecekleri;

- b) Bu Daire tarafından “İdarece yargı kararlarının gerekleri doğrultusunda hareket edilmediğinin tespiti” halinde “yargısal emir”(injonction) de dahil her türlü tedbirin alınabileceği;
- c) Yine, bu Daire tarafından “yargı kararlarının gereğinin dolanılmak suretiyle yargı kararının neticelerinin etkisiz bırakıldığı” hususunun tespiti halinde; bu Daire tarafından ilgili kamu görevlileri hakkında Cumhuriyet savcılıklarına suç duyurusunda bulunulacağı;
- d) Yine Başbakanlık ve ilgili Bakanlıkların hukuk müşavirlikleri kanalıyla doğrudan kendi bakanlıklarını ilgilendiren ya da kendilerine bağlı kuruluşların başvurusu üzerine ve ilgili yargı kararının yerine getirilmesi konusunda düşünülen tereddütün giderilememesi halinde, tesis edilmesi düşünülen işlem ve işlemlerin yargı kararının gereğini karşılayıp karşılamadığı konusunda bu Dairenden görüş talep edilebileceği;

Yönünde düzenlemeler getirilebileceği değerlendirilmektedir.

Ancak, yasa koyucunun mevcut koruma rejimini güçlendirici yeni bir düzenleme getirmemesi halinde; “idari yargı kararlarının gereğinin icrası” konusunda 138. maddedeki anayasal buyruk uyarınca bu konudaki güçlendirici tedbirleri alma konusundaki yetkinin “Yargı Organı”na ait olduğu düşüncesi ile hareket ettiği değerlendirilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir yargı kararının gereğinin icra edilip edilmediği konusunda değerlendirme yapma yetkisinin AİHM yargıcında dahi olduğunu kabul eden yasa koyucunun, bu konuda yetkili ulusal yargıç olan idare yargıcında böyle bir yetkinin bulunmadığını düşünebilmesi dahi mümkün değildir.

Kaldı ki, yargı kararlarının icrasının izlenmesi ve denetlenmesi yetkisi – Yasama ve Yürütme Kudretlerinin değil- Yargılama Kudreti ve Yetkisinin en önemli ve doğal unsurudur.

Diğer taraftan, idare yargıcı, kamu hukuku yargıcı olarak, sadece hukukun ne olduğunu söyleyen değil, hukuku yaratan ve adaletin tam anlamıyla gerçekleşmesini temin edici her türlü yargılama enstrümanını kullanabilen bir kudrete sahiptir. Nitekim Anayasa Mahkemesi yargıcının ki, 21.10.1993 gün ve E.1993/33;K.1993/40-2 sayılı kararında¹⁶ ortaya koymuş olduğu bu kudret “hukukla bağlı devlet” anlayışının bir sonucudur.

¹⁶ Bkz. RG. 6.11.1993/21750, s.13 vd.

Yüksek Mahkeme, söz konusu kararıyla, ilk kez “yürürlüğün durdurulması” müessesesini uygularken; böyle bir koruma mekanizmasının, yargılama yetki ve işlevinin özünde var olduğunu açıkça ortaya koymuş¹⁷ ve

¹⁷ Yüksek Mahkeme, söz konusu kararında şu çarpıcı gerekçeleri ortaya koymuştur: “...Anayasa yargıcı, Anayasa'nın, yasaların, hukukun ve yargı işlevinin özünü gözardı edip, kendini yalnız yazılı kuralların sözüyle bağlı sayamaz..... Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimleri sırasında insan yaşamının, Devlet'in ve Ulus'un yüksek çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda, vermiş olduğu kararlarla gerekli önlemi alma yükümlülüğündedir. Tersi durumda, kişiler, toplum ve kamu düzeni, Anayasa korumasından yoksun bırakılmış olur. Çünkü, toplumsal yaşamın giderek karmaşıklaşması ve ilgililerin artan olası hukuk dışı davranışları yargının yükünü artırabilir, bu da karar sürecini uzatabilir. Bu durumun doğuracağı olumsuz sonuçların giderilmesi ise, geçici önlem alınmasını zorunlu kılmaktadır. Aslında bu zorunluluk, kararların etkinliği yönünden de geçerlidir. Gerçekten bir yandan iptal kararlarının gerekçeleri yazılmadan açıklanamaması ve geriye yürümemesi, öbür yandan da Anayasa Mahkemesi'ne uygulamayı durdurma yetkisinin bulunmadığını savunmak, önemli konularda kararların kimi zaman sonuçsuz kalmasına neden olmaktadır. Ayrıca, Yasama Organının, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşın, aynı konuyu, benzer içerikte yeniden yasalaştırması sıklıkla rastlanılan bir olgudur. Yabancıya taşınmaz mal satışı, imar affı, milletvekillerinin emekli aylığı ve KHK çıkarma yetkisinde durum böyle olmuştur. Bütün bunlar, uygulamayı durdurma önleminin önemini göstermektedir. Anayasa yargısı, Yasama Organını anayasal sınırlar içerisinde tutarak, demokrasinin sağlıklı işleyişini sağlayacak bir denetim türü olarak öngörülmüştür. ... Anayasa'nın üstünlüğü, yasama yetkisinin Anayasa kurallarıyla sınırlandırılmasını gerektirmiştir. Anayasa yargısı, yasamanın “üstün gücüne” karşı “anayasal denge aracı” olarak getirilmiştir. Bu denge işlevinin etkin biçimde yerine getirilmesi, ‘yargılama kapsamı içinde gerekli önlemleri alma’ yetkisinin kullanılmasına bağlıdır. Tersi durumda Anayasa Mahkemesi, anlamsız bir denetim yapma durumuna düşer ki, bu da denetimin “özü”nde kısıntı anlamına gelir. Oysa bu uygulamayı durdurma, yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araçtır... Anayasa yargısının görevi anayasal denetim süreci içinde yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu etkin biçimde kollamaktır. Bunun da yolu yürürlüğün durdurulması kararı verebilmesinden geçer. Bu yönden “yürürlüğün durdurulması” yargısal işlev ve yargı yetkisinin bütünü içinde yer alır; yargı yetkisini kullanma araçlarından birini oluşturur... Diğer taraftan,...Ulusal Egemenlik kapsamındaki yargılama yetkisini ulus adına kullanan bağımsız mahkemelerin davaları çözümlerken durumuna göre zorunlu gördükleri önlemleri alabilmeleri, hem kurumsal yapılarının hem de ‘İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ ile ‘İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin vurguladığı hukukun genel ilkelerinin ve adaletli yargılamayı da içeren hak arama özgürlüğünün doğal sonucudur. Bu olgular, Anayasa'nın ilgili maddeleriyle kurumlaştırılan hukuksal yöntemlerde dayanağını bulmaktadır. Sonuç olarak, yukarıda açıklanan gerekçelerle, Anayasa'nın özüne ve amacına uygun olarak, hukukun üstünlüğünü, kararlarının etkinliğini korumak zorunda olan Anayasa Mahkemesi'nin bir yasa, kanun hükmünde kararname ya da Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün yürürlüğünü durdurma kararı verebileceği kanısına varılmıştır.”

kamu hukuku yargıcı olarak “*Anayasa’nın özüne ve amacına uygun olarak, hukukun üstünlüğünü ve kararlarının etkinliğini korumak zorunda olduğu*” hususunun altını özenle çizmiştir.

Bu bağlamda, kamu hukuku yargıcı olarak, idare yargıcının, - “*İdare’ye yönelik yargısal emir (injonction) vermek ve para cezası ve sair yaptırımlar uygulamak*” dışında- yargı kararlarının icrasının izlenmesi ve denetlenmesi ve yargı kararlarının yerine getirilmediğinin tespiti halinde, bir zabıtla birlikte durumu ilgili İdarenin hiyerarşik amirine (ya da merkezi İdare bakımından Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’na) bildirme ve benzeri diğer tüm yargısal tedbirleri uygulayabilme yetkisini haiz olduğu kanısındayız.

Yine bu kapsamda;

- a) Danıştay Başkanlar Kurulu’nun alacağı bir kararla “*yargı kararlarının icrasının izlenmesi ve denetlenmesi*” konusunda, Başsavcılığın da görüşüyle, **Başsavcılığa bağlı bir Komisyon** oluşturulabileceği;
- b) Bu Komisyonda Başsavcının her Daireye görüş veren savcılar arasından görevlendirilecek birer savcının yer alabileceği;
- c) Bu savcıların, Başsavcılık tarafından kendilerine intikal ettirilen şikayet başvurularına ilişkin dosyadaki iddiaların araştırılması kapsamında Danıştay Kanununun 61. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*savcılar, ilgili yerlerden Danıştay Başkanlığı aracılığı ile her türlü bilgileri isteyebilecekleri gibi işlem dosyalarını da getirebilirler*” hükmü uyarınca ilgili İdareden yargı kararı uyarınca ne gibi işlem ya da işlemler yapıldığı hususunda bilgi talep edebilecekleri ve bunun sonucunda hazırlayacakları raporu Başsavcılık’ın başkanlığındaki “*Yargı Kararlarının İcrasının İzlenmesi Ve Denetlenmesi Komisyonu*”na sunabilecekleri;
- d) Bu Komisyon tarafından bir “*Tespit Kararı*” verilebileceği ve bu tespit kararının da ilgili İdare’ye ve *-hatta yargı kararının sonuçlarının uygulamada değiştirilmesi ya da etkisinin bertaraf edilmesi gibi uygulamaların varlığının saptanması durumunda TCK. 157/1. ve 2. fıkraları gereğince* Cumhuriyet Başsavcılığına¹⁸- gönderilebileceği;

¹⁸ TCK’nun 157. maddesinin 1. ve 2. fıkraları “(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin

- e) Başsavcılığın Danıştay Kanunu'nun 60. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "**Başsavcı her takvim yılı sonunda, işlerin durumu ve bunların yürütülmesinde aksaklık varsa sebepleri hakkında Danıştay Başkanlığına bir rapor verir ve alınmasını lüzumlu gördüğü idari tedbirleri bildirir**" hükmü uyarınca bu konuda her yıl sonunda bir "İnceleme ve Değerlendirme Raporu" hazırlayarak, Başkanlık makamına sunabileceği ve Başkanlık makamının bu raporu kamuoyuna açıklayabileceği;

hususlarında hiçbir yasal engel bulunmadığı düşünülmektedir.

Yılmaz ÇİMEN - Evet, değerli konuşmacımıza bu bize biraz da görev yükleyen açılımı dolayısıyla teşekkür ediyorum.

Şimdi 10 dakikalık bir ara veriyoruz. 10 dakika sonra tekrar buluşmak üzere.

ARA

Yılmaz ÇİMEN - Değerli katılımcılar sorularınızın yazılı olarak ve hangi konuşmacımıza tevcih edildiğini de belirtmek suretiyle ve soruyu soran kişinin adı soyadı ve eğer belirtmek istiyorsa elbette ki görevi, unvanı vesairesi şeklinde bir uygulamayı yapmak istiyoruz.

Şimdi, iki tebliğ sunuldu. Zaman bakımından, zaman tasarrufu bakımından en azından bu iki tebliği sunan konuşmacımızla ilgili sorularınızı şimdiden de hazırlayabiliriz. Son tebliğ bittikten sonra da o

mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...
(2) *Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...*" hükmünü amirdir.

konuşmacımızla ilgili sorular hazırlanır ve böylece bu soruları toplayarak bir arada cevaplandırma imkânı buluruz.

İkinci oturumu, pardon ara verdiğimiz toplantıyı tekrar açıyorum.

Şimdi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önceki yargıcımız Sayın Rıza TÜRMEEN. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında idari uyuşmazlıklar konulu bildirisini sunacaklar. Kendilerine söz veriyorum.

Buyurun efendim.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İDARİ UYUŞMAZLIKLAR

Dr. Rıza TÜRMEŒ*

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Başkan, Yüksek Mahkemenin Değerli Üyeleri, Danıştay'ın bu önemli gününde beni konuşmacı olarak davet edilmem benim için büyük bir onur kaynağı. Bunun için çok teşekkür ederim.

Ben Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında idari uyuşmazlıklar konusuna değineceğim. Bunu yaparken, daha çok mahkeme kararlarıyla örnekler vermeye çalışacağım. Fakat konuşmama rahmetli hocam Sıddık Sami Onar'ın bir kitabından bir alıntıyla başlamak istiyorum. Burada Sıddık Sami'nin öğrencisi olan çok sayıda insan olduğunu zannetmiyorum. Bizim yaşımız tabii ortaya çıkıyor. Ama Sıddık Sami'nin öğrencisi olmak önemli bir şeydi o dönemlerde, 1960'lı yıllarda. Profesör Sıddık Sami Onar şöyle diyor; idare fonksiyonu, devletin gayesini yani umumi ihtiyaçları karşılamak, umum için lüzumlu faydalı ve iyi olan neticeleri istihsal etmek üzere müteadit ve çeşitli hareketleri ihtiva eden, ameli mütemadi faaliyetleri içine alan bir fonksiyondur. Lüzumlu iyi ve faydalı neticeler istihsal etmek üzere hukuk nizamının çerçevesi dahilinde icra edilen bir fonksiyondur. Sıddık Sami hocamız hukuk nizamını her zaman çok vurgulardı. İdarenin faaliyetlerinin hukuk nizamı içinde kalması gerektiğini. Hukuk nizamı günümüzde aynı zamanda bireysel hak ve özgürlükleri de içeriyor. Avrupa İnsan Hakları sistemini de içeriyor. İki nedenle içeriyor, bir tanesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi Avrupa'nın, bizim de içinde bulunduğumuz Avrupa'nın, bir kamu düzeni. İkincisi de Avrupa İnsan Hakları sistemi bizim kendi iç hukukumuzun bir parçası haline geldi. Özellikle Anayasanın 90'ıncı maddesinde yapılan değişiklikle bu büsbütün böyle oldu. O nedenle hocam Sıddık Sami'nin sözünü ettiği hukuk nizamı, bugün aslında anlaşılması gereken şey hukuk nizamından Avrupa İnsan Hakları sistemini de içeren bireysel hak ve özgürlükleri de içeren bir hukuk nizamı.

* Eski Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sistemiyle idari yargı sistemlerini karşılaştırdığımızda şunu görüyoruz. Bir kere ikisinin de amacı devletin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlamak, yani hukuk devletinin korunması. İkisinde de bireylerin çıkarlarının devlete karşı korunması söz konusu. İkisinde de açılan davalar birey tarafından devlete karşı açılan davalar. Tabii farklılığı özellikle iptal davaları bakımından görüyoruz. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararı verdiği zaman iç mevzuattaki bir yasayı, iç düzendeki bir yasayı iptal etmiyor, onun yerine geçip karar vermiyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tamamlayıcı nitelikte. İç yargı organları önce sözleşmeyi uygulamakla yükümlü. O uygulamada bir aksaklık olursa o zaman Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi işe karışıyor. Avrupa İnsan Hakları sisteminde bir kararın uygulanması mekanizması var. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararında ihlali tespit ediyor ve gerekirse tazminata hükmediyor. Ama ondan sonra kararın uygulanması aşaması başlıyor. Kararın uygulanmasından sorumlu olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi. O kararı uygulamaktan sorumlu. Ve kararın uygulanması için ne gibi önlemler alması gerekiyor devletin, ona karar veriyor.

Bu kararın uygulanması sırasında bir yasanın ortadan kaldırılması, iptali tabii söz konusu olabiliyor. Eğer ihlal yasadaki kaynaklanıyorsa, o zaman o yasanın değiştirilmesini istiyor Bakanlar Komitesi devletten.

Belki de bu benzerlikler nedeniyle, bizim Danıştay kararlarına baktığımızda, Danıştay'ın insan hakları konusunda çok duyarlı olduğunu ve bu bakımdan liberal bir tutum içinde olduğunu görüyoruz. Bu kararları vaktinizi almamak için okumayacağım ama mesela Danıştay 5'inci Dairesinin 22 Mayıs 1991 tarihinde verdiği bir karar var. Bu karar bütün insan hakları kitaplarında yer alabilecek bir karar. İnsan haklarının ne olduğunu anlatıyor. Avrupa İnsan Hakları sisteminin ne olduğunu anlatıyor.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Danıştay'la tanışması 1990'lı yıllara gidiyor, o yıllarda başlıyor. O yıllar Türkiye bakımından çok kötü yıllar. 90'lı yılların başında Türkiye, 87'de bildiğiniz gibi bireysel başvuru hakkını tanıdı ve 90'a kadar böyle bir sakin dönem geçtikten sonra 90'lı yılların başında bir tür dava patlaması oldu güneydoğu davaları ile. Bu 90'lı yılların başında başlayıp da işte yaklaşık olarak 98'e kadar süren o dönem Türkiye bakımından kötü bir dönem. Gelen davalar çok kötü. Hepsi ikinci madde, üçüncü madde, yaşam hakkıyla, kötü muameleyle ilgili davalar. Türkiye de yeni tanışıyor sistemle, nasıl tepki gösterilmesi gerektiğini de bilemiyor. Ve o dönemde çok ihlal kararı çıktı ve kötü ihlal kararları çıktı.

Bu güneydoğu davaları bakımından Danıştay'ın aslında yaptığı çok iyi bir şey var. Danıştay Anayasanın 125'inci maddesini yorumluyor. İdarenin her türlü eylem ve işlemlere karşı yargı yolu açıktır diyen ve idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür diyen Anayasanın 125'inci maddesine dayanıyor. Diyor ki idarenin objektif sorumluluğu vardır. Eğer idarenin kusuru olmasa da zarara yol açan kişiler teşhis edilmese de, eğer bir zarar varsa, idare mağdura tazminat ödemekle yükümlüdür. Gayet iyi bir yaklaşım bu, ilerici bir yaklaşım, modern bir yaklaşım. Fakat bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından amaca hizmet etmiyor. Çünkü sözleşmenin 35'inci maddesi gereğince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gelebilmek için önce iç yargı yolunu tüketmek lazım. Eğer iç yargı yolu etkili değilse, iç yargı yolu iyi çalışmıyorsa, o zaman bunu tüketme yükümlülüğünden kurtuluyor başvuru. Sözleşmenin 2'nci ve 13'üncü maddeleri gereğince ölümle sonuçlanan bir olayda, işkence kötü muamele için de geçerli, hükümetin bir soruşturma yapma yükümlülüğü var. Soruşturmanın amacı bu ölüme yol açan ya da işte işkence kötü muameleye yol açan görevlinin teşhis edilmesi, o görevlinin yargı önüne çıkarılması. Bu soruşturma yükümlülüğüne çok önem veriyor İnsan Hakları Mahkemesi. Bu yükümlülük, kusursuz sorumluluk doktrini, görüşü gereğince tazminat vermekle yerine getirilmiş olmuyor. Bir de İnsan Hakları Mahkemesi şöyle bir tehlike görüyor, eğer ben bunu etkili iç yargı yolu olarak kabul edersem o zaman tazminat verilir ve hükümetler soruşturma yapma yükümlülüğünden kurtulurlar. O nedenle bunu bir etkili iç yargı olarak kabul etmedi. Soruşturmayı öngörmediği için.

Tabii bunun devamında da memurin muhakematı kanunu gereğince izin için idari soruşturmanın da bağımsız bir soruşturma olmadığı sonucuna vardı. Çünkü soruşturma aynı hiyerarşi içerisindeki insanlar tarafından yapılıyor.

İdari yargının en fazla ortaya çıktığı konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde adil yargılama, 6'ncı madde. Bir kere onu söylemek lazım ki 6'ncı maddede görülen hukuk davaları için geçerli güvenceler idari yargı için de geçerli. Yani mahkemeye ulaşma hakkı, silahların eşitliği, makul sürede davanın bitirilmesi, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılamanın yapılması, gerekçeli karar yazılması. Bütün bunlar, bütün bu adil yargılama güvenceleri idari yargı için de geçerli.

Fakat tek farklı olan şey, açık duruşma yapılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi idari yargıda duruşma yapılmadan karar verilmesini kabul ediyor. Bunu bir ihlal olarak görmüyor. Oysa hukuk yargılamasında ya

da ceza yargılamasında, duruşma olmadan karar verilmesi açık bir ihlal oluşturuyor.

Tabii, idari yargı derken idari ceza davalarından bahsetmiyoruz. Orada da tabii bir duruşma yapılması gerekir. Ama diğer iptal ya da tam yargı davalarında duruşma olmadan bir karar verilmesini kabul ediyor, çünkü bir kere istendiği zaman duruşma yapılıyor idari yargıda. Ayrıca idari yargının yapısı bakımından da bu duruşmaya ihtiyaç olmadan da adil yargı gerekleri yerine geliyor.

6'ncı maddenin adil yargılama maddesinin uygulama alanı bakımından idari yargı önemli. Ne zaman idari anlaşmazlık vardır, ne zaman disiplin cezası vardır, ne zaman ceza yargılaması vardır, ne zaman hukuk yargılaması vardır. Bu mahkemeyi çok meşgul eden bir konu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kavramları otonom olarak yorumluyor. Yani iç hukukta ceza olarak, suç olarak gösterilen şey, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunu suç olarak görmeyebilir ya da tersi. İç hukukta idari anlaşmazlık olan şey Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından bir hukuk anlaşmazlığı olabilir ve 6'ncı madde uygulanabilir. Bunun iyi bir örneği Ringeisen Avusturya davası. Eski bir davadır bu. Burada Ringeisen bir başka özel kişiyle bir akit yapar. Akit gereğince birtakım şartlar gerçekleşirse gayrimenkulün parselleri Ringeisen'e devredilecektir. Fakat burada anlaşamazlar ve bölgesel bir gayrimenkul devir komisyonu var Avusturya'da, o işe karışır, bir karar verir. Ringeisen'in Strasbourg Mahkemesinde ileri sürdüğü bölgesel devir komisyonunun bağımsız bir yargı olmadığıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi burada şunu söyledi; karar idare mahkemesinden çıksa, idare hukuku kuralları uygulanmış olsa bile, iki kişi arasındaki bir sözleşmeyi ilgilendiriyor. Onun için sivil hak ve yükümlülüktür bu, o nedenle de 6'ncı maddenin uygulama alanına girer.

Aynı şeyi Pudas/İsveç davasında söyledi. Orada da bir taksi sürücüsü geldi Strasbourg Mahkemesine. Bazı yollar için lisansı feshediliyor. Çünkü oralarda otobüs işletmeciliği yapılacak. İsveç hükümeti şunu ileri sürdü; bu bir idari tasarruftur, hangi yollarda otobüs işletilecek hangi yollarda taksi işleyecektir, bu egemenlik alanına giren bir idari tasarruftur. Hükümetin takdiri vardır. O nedenle 6'ncı madde uygulanmamalı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi böyle görmedi. Dedi ki, bu ruhsat meselesi, taksi işletmecisinin işini etkiliyor. O nedenle medeni hak ve yükümlülüktür ve 6'ncı madde uygulanır.

Ceza yargılaması bakımından da böyle bir ayrım var. Ceza yargılaması ve idari yargılama bakımından birtakım kriterler tespit etti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Bu Engel/Hollanda davasında ortaya

çıkan kriterler. Ne zaman bir ceza yargılaması vardır, ne zaman bir disiplin suçu vardır. Bu kriterlere göre de bir kere ulusal yasada nasıl nitelendirildiği önemli. Eğer ulusal yasada suç olarak nitelendirilmişse o zaman uygulamada İnsan Hakları Mahkemesi bunu kabul ediyor. Ama ulusal yasada disiplin suçu olarak nitelendirilmişse bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından bir ceza yargılaması olarak da görülebiliyor.

Bunun dışında suçun niteliğine bakıyor. Yaptırımın ağırlığına bakıyor. Özellikle özgürlüğün sınırlanması var mıdır ve bir de yasada uygulandığı grubun niteliğine bakıyor. Küçük bir grup içinde uygulanıyorsa, genel bir uygulamaya tabi değilse, o zaman daha çok idari nitelikte oluyor bu yaptırımlar.

İşte Engel olayında, iki gün Engel tutuklanır ve ondan sonra bırakılır. AİHM bu yeterince ağır değil dedi ve bunu 6'ncı maddenin uygulaması dışında bıraktı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini çok ilgilendiren başka bir mesele, devlet memurlarının devlete karşı iddiaları özellikle atama, işe alma, azletme, nakiller gibi özlük haklarını ilgilendiren konular. Burada idari tasarruf var mıdır? İnsan Hakları Mahkemesi burada çok tereddütler geçirdi. Önce bütün bu tasarrufları 6'ncı maddenin dışında bıraktı. Sonra dendi ki, ama her ülkeden ülkeye değişiyor, kimin devlet memuru olduğu kimin devlet memuru olmadığı, öğretmenler devlet memuru mudur, değil midir mesela? Ondan sonra ekonomik haklar yani emeklilik, maaş gibi ekonomik haklara ilişkin olarak sadece 6'ncı madde uygulanır dedi. Bu da yürümedi. Ve sonunda 1999'da Pellegrin kararı çıktı Pellegrin/Fransa davasında. Burada tamamen bir fonksiyonel kriter benimsedi İnsan Hakları Mahkemesi, görevin niteliğinden kaynaklanan. Dedi ki, devletin çıkarlarını korumak amacıyla kamu otoritesini kullanmak yetkisiyle donatılan memurlar 6'ncı maddenin dışında kalır. Yani devletin egemenlik yetkilerini kullanan memurlar 6'ncı maddenin dışında kalır. Bunların özlük hakları, nakilleri, tayinleri, terfilerine, 6'ncı madde uygulanmaz. Bunlar silahlı kuvvetler, polis, hariciyeciler, valiler. Fakat bu da bir on yıl kadar yürürlükte kaldıktan sonra değişti. Çünkü dediler ki devletin egemenlik hakkını kullansa bile bunların bazıları o egemenlikle ilgili hiç ilgisi olmayan işler yapıyorlar. Yani polis olabilir ama tamamen idari işte çalışabilir ya da askeri doktor olabilir. Bunun devletin egemenlik hakkıyla ne ilgisi var? Onun üzerine Eskelinen/Finlandiya davasıyla bu da değişti. Şimdi bugün yürürlükte olan içtihat budur Eskelinen/Finlandiya içtihatı. Burada ilke olarak dendi ki 6'ncı madde bütün devlet memurlarına uygulanır. Tek istisnası, eğer devlet yargı yolunu kapatmışsa bu tasarruflara karşı ve neden yargı yolunun kapalı

olduğunu, haklılığını gösterebiliyorsa o zaman 6'ncı maddenin dışında kalır. Buradaki mantık şu, devlet bu tasarruflara karşı idari yargı yolunu açık tutuyorsa Strasbourg Mahkemesi ben ne diye kapalı tutayım diyor. Devlet yargılıyorsa ben de yargılayabilirim, ama devlet yargılamıyorsa devlet onu kapalı tutuyorsa, yargı yolu yoksa ve bunda haklıysa yargı yolunu kapatmakta o zaman bende bunu kabul ederim diyor.

Bu tabii bizim YAŞ kararları bakımından önemli, Yüksek Askeri Şuranın aldığı ordudan ihraç kararları bakımından önemli. Bu konu şöyle bir gelişme geçirdi. Birinci grup davalarda Kalaç kararıyla başlayan, din özgürlüğü şikâyeti geldi. Bunu reddetti İnsan Hakları Mahkemesi. Silahlı Kuvvetlerde din özgürlüğü yerine getiriliyor dedi, isteyen namazını kılıyor isteyen orucunu tutuyor. Bu dava reddedildi. İkinci grup davalar ise Tepeli davası ve onu takip eden yüzlerce dava. Orada 6'ncı madde şikâyeti geldi. Yani YAŞ kararlarına karşı yargı denetimi yok şikâyetiyle geldi Tepeli. Yargıya erişme imkânı tıkanmıştır dendi. Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuya önce ceza yargılaması açısından baktı. Dedi ki bu ceza yargılaması değildir YAŞ kararları. Bunun disiplin yönü daha ağır basmaktadır. Bu bir emekliliğe sevk kararı gibidir, öyle görmek lazım. Ceza yargılaması bakımından reddetti. Hukuk yargılaması bakımından ise Pellegrin içtihadı yürürlükteydi. O bakımdan reddetti. Fakat şimdi tabii Eskelinen kararı yürürlüğe girdikten sonra eğer YAŞ kararları iç hukukta yargıya açılırsa o zaman tabii Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Eskelinen kararı gereğince diyecek ki, madem ki içeride idari yol açıktır, o zaman ben de bu davalara bakarım, 6'ncı madde uygulanır diyecektir.

Karşılaştığımız başka bir mesele İnsan Hakları Mahkemesinde, silahların eşitliği. Buna örnek olarak Bayram Meral davası var, 2007 yılında yeni bir dava. Buradaki şikâyetlerden biri Danıştay savcısının ve Danıştay raportörünün görüşlerinin davacıya önceden bildirilmemiş olması. Danıştay savcısının görüşlerinin bildirilmemesi, bakarken İnsan Hakları Mahkemesi Kress/Fransa davasıyla kıyasladı. Kress davasında hükümet komiseri var Danıştay'da, Fransa'da. Hükümet komiserinin görüşleri bildirilmiyor Kress'e diye şikâyet var. Ve bu şikâyeti reddetti İnsan Hakları Mahkemesi. Dedi ki, bir kere hükümet komiseri duruşmada sözlü olarak açıklıyor görüşlerini. Herkes aynı anda öğreniyor bu görüşleri. İkincisi, davacı taraf duruşmadan önce talep ederse ona bildiriliyor bu görüşler. Üçüncüsü yeni görüş belirtirse hükümet komiseri dava sırasında, o zaman duruşmaya ara veriliyor ki bu yeni görüşler çerçevesinde yeni bir savunma hazırlanabilsin diye. Bu güvenceler Türk idari yargı sisteminde yok dedi. Ve hükümetin, dosyayı önceden Danıştay kaleminden alıp savcının görüşünü öğrenmek imkânı vardır görüşünü kabul etmedi. Bu şu durumda belki kabul edilebilir

diyor mahkeme; eğer Danıştay kalemi davacıya savcının görüşünü kaleme geldiğini bildirip ondan sonra da davacı taraf bunu öğrenerek savcının görüşüne karşı yazılı yanıt verme imkânını bulabilseydi o zaman ben bunu kabul ederdim diyor. Ama bu olmadığı için buradan silahların eşitliği bakımından bir ihlal buldu, 6'ncı madde bakımından. Raportörün görüşlerinin bildirilmemesi şikâyetini ise reddetti. Çünkü dedi, raportör, hakimlerin talimatı çerçevesinde görüş hazırlıyor. Hakimlere bağlı olarak görüş hazırlıyor, o nedenle bu görüşler hakimlerin görüşleri, bunu karşı tarafa bildirmek gerekmez.

Kök/Türkiye davası, 2007 kararıdır. Çok yeni bir karar Mualla Kök Bulgar göçmeni. Bulgaristan'da tıp fakültesini bitiriyor ve ihtisasını yaparken Jivkof zamanında zorunlu göçle Türkiye'ye gelmek zorunda bırakılıyor. Ve diplomasının ihtisasını tanınmasını talep ediyor Türkiye'den. Diploması tanınıyor fakat ihtisası tanınmıyor. Çünkü Türkiye'de ayrı bir sınava girmek lazım. Sorun Danıştay'a geliyor. Danıştay Sağlık Bakanlığından ek bilgi istiyor, ama Kök'ün zaten davayı açtığı taraf Sağlık Bakanlığı. Sağlık Bakanlığı aleyhine açılmış bir tazminat davası söz konusu. Şimdi burada üç tane sorun var. Birinci sorun 6'ncı madde uygulanabilir mi, uygulanamaz mı? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki bu Türkiye'de idari yargının yetkisine girmesine rağmen bir medeni hak söz konusudur. Çünkü doktorluk Türkiye'de özel bir meslektir. Çalışma ruhsatı verildikten sonra ister devlet hastanesinde çalışır ister özel muayenehane açar, ister özel klinikte çalışır, bu tamamen kendisine kalmış bir şeydir. Ayrıca doktorluk devletin çıkarlarına ilişkin bir kamu hizmeti de değildir diyor. Ve bunu bir özel hak olarak kabul ediyor ve 6'ncı madde uygulanır diyor.

İkinci sorun silahların eşitliği sorunu, Kök davasında. Bir kere diyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, karara esas olan bilgileri veren Sağlık Bakanlığı oysa Sağlık Bakanlığı davanın tarafı. İkincisi diyor, hükümet diyor ki bu Danıştay'ın görüşlerini etkilemez. Çünkü bunlar aydınlatıcı görüşler. Bu önemli değil diyor AİHM. Görüşleri etkilese de etkilese de mademki davanın taraflarından biri kendisini ilgilendiren konuda bir görüş bildiriyor, mutlaka bu görüşün karşı tarafa bildirilmesi lazım ve karşı taraf buna karşı görüş ileri sürebilmesi lazım. Bu hukuk güvenilirliği bakımından, önemli olan bir ilkedir diyor. Bu yapılmadığı için 6'ncı maddenin ihlaline karar veriyor.

Üçüncü sorun ise dava süresi. Dava süresi burada 6 yıl sürüyor. 3 derece var burada. Bir de karar düzeltme. Danıştay'da çok kalıyor dava, 4 yıl Danıştay'da kalıyor dava. Bunu çok uzun buluyor. Burada enteresan olan şey, dava düzeltilmesi süresini de dikkate alıyor İnsan Hakları Mahkemesi.

Çünkü diyor, karar düzeltilmesi sadece maddi bir hatadan dolayı değil. Kararı inceliyor karar düzeltilmesi aşamasında Danıştay, bu kararla ilgili yeni bir karar ortaya çıkarıyor ve sorunun esasını inceleyerek bundan önceki kararı iptal ediyor, ortadan kaldırıyor. O nedenle diyor, bu süre de dikkate alınmalıdır.

Türkiye'nin AIHM'de karşılaştığı 6'ncı madde problemlerinden en büyüklerinden bir tanesi Danıştay kararlarının uygulanmaması. Bu Türkiye'ye has bir şey. Celal hocamızın biraz önce belirttiği gibi başka hiçbir devletin böylesine Danıştay kararlarını uygulamaması kategorisinden yüzlerce davası yok. Bunun çok örneği var. Bir kere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kabul ettiği bir ilke var, kararın uygulanması 6'ncı maddenin bir parçası. Yani adil yargılama kararın uygulanmasına kadar devam ediyor, onu da içeriyor. İşte Bergama altın madeni, Taşkın davası, buna Celal hocamızın tebliğinde de uzun yer veriliyor. Burada efendim Danıştay ruhsatı iptal eder Bergama altın madeninin yabancı şirkete verilmiş olan ruhsatını iptal eder. Ancak iptale rağmen işletme devam eder. Şimdi bu İnsan Hakları Mahkemesi bakımından çok açık bir ihlal, 6'ncı maddenin ihlali. Ve ondan sonra Bakanlar Kurulu ruhsatı yeniler Bergama olayında Taşkın davasında. Fakat ruhsatı yenilerken de gerekli prosedürlere uymaz o yüzden bir de 8'inci maddeden çevre bakımından ihlal bulur mahkeme.

Tabii çok enteresan başka davalar var. Mesela Mürsel Eren davası, ÖSYM sınavı. Mürsel Eren üç kere başarısız olur ÖSYM Sınavında. Bir yıl ara vermek gerekiyor o zaman. Bir yıl sonra dördüncü sınava girer bu arada özel dershaneye gider ve dördüncü sınavda ÖSYM'de en yüksek notu alanlardan biri olur. İsteddiği üniversiteye gireceğini umut ederken bir de bakar ki üç kişilik bir profesörler konseyinin tavsiyesiyle başarısız gösterilir. Nasıl olur der, işte efendim derler sizin bu kadar başarısız not aldıktan sonra bundan sonraki sınavda başarılı olmanız açıklanamıyor. Ortada ne kopya iddiası vardır ne başka bir suç vardır, sadece açıklanamama iddiası vardır. Bunun üzerine Mürsel Eren Danıştay Sekizinci Daireye gelir. Raportör, o zaman Sekizinci Daire Raportörü ÖSYM kararı bir varsayıma dayanıyor, hukuki temelden yoksundur der. Fakat buna rağmen üçe iki reddedilir Mürsel Eren'in başvurusu. Gerekçe yine aynıdır, başarısı açıklanamamaktadır. Temyize gider, temyizde de ona beş reddedilir. 1998'de tekrar bir kere daha Danıştay'a başvurur, iptal davası açar. Orada da red kararı çıkar ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulunda da sekize yedi ret kararı çıkar. Ve gerekçede denir ki bu sonucu kendi bilgi ve yeteneğiyle elde etmedi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gelir. İnsan Hakları Mahkemesi şunları söyler. Bir kere ÖSYM kararı için hükümet hiçbir hukuki temel gösteremiyor. Hangi hukuki temele dayanarak sınavı kazandığı halde

reddediliyor? Bunun bir hukuki temeli yok. Zaten böyle bir hukuki temel olmasına da imkân yok diyor. Bu kadar büyük bir takdir yetkisi tanıyan bir hukuki metin de nasıl yazılabilir diyor. Ondan sonra diyor ne ÖSYM ne Danıştay bir kopya iddiası ileri sürmüyor. Herhangi bir kötü bir davranış iddiası ileri sürmüyor. Ondan sonra diyor ÖSYM yasası üniversiteye giriş için son derece açık kurallar öngörüyor. Bu koşulları yerine getiren her öğrencinin üniversiteye girme hakkı vardır. Bu bir hukuk güvenliği meselesi ve yasal temelden yoksun bir keyfi karara benziyor diyor ve eğitim hakkıyla ilgili birinci protokolün ikinci maddesinin ihlaline karar veriyor.

Şu anda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Danıştay'ı ilgilendiren çok ilgi çekici bir dava var. Okçu davası. Okçu davası henüz sonuçlanmadı. Ne çıkacağı da belli değil. Fakat Okçu davasının konusu şu; idari yargıda ıslah kurumunun olmaması. Bir tazminat davası açıyor 2000 yılında yüz lira mesela talep ediyorsa, 2006 yılında enflasyon nedeniyle bu yüz liranın değeri düşüyor. Ondan sonra bilirkişi raporuna başvuruluyor. Bilirkişi diyor ki efendim bunun şimdi yüz elli lira ödenmesi lazım tazminat olarak. İdari yargı bunu yapamıyor. O gene yüz lira ödüyor. Oysa adli yargıda bunu yapmak mümkün. Bir de Anayasa Mahkemesi var bu konuda. İslah kurumunun olmaması idari yargıda doğrudur diyor devlete çok büyük külfet yükleyecek diyor. Okçu kararının sonucunu merakla bekliyorum.

Son bir şey söylemek istiyorum Sayın Başkan. Şimdi kasti olmayan ölümlerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin olaya bakışıyla, idare mahkemelerinin olaya bakışı arasındaki fark. Kamu hizmetinin görülmesi sırasında ya da idarenin ihmalden doğan ölümler. Yani tren kazaları, mayın dökemeler. İdarenin döşediği mayınlardan meydana gelen ölümler. Ve Öner Yıldız davasında olduğu gibi çöplüğün patlaması ve bu yüzden bir yığın insanın ölmesi. Daha önce teknik raporlar verilmiş olmasına rağmen, bu çöplükten metan gazı çıkmaktadır, bu çöplük patlayacaktır ve bir yığın da insan ölecektir denmiş olmasına rağmen idarenin hiçbir tedbir almaması ve sonunda çöplüğün patlayıp dünya kadar insanın ölmesi. Bu gibi olaylarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi görüşüne göre idare mahkemesinin incelemesi çok dar. İdari mahkemesi burada neye bakıyor? İdarenin kusuru var mıdır ve bir illiyet bağlantısı var mıdır, buna bakıyor. Oysa olaya daha geniş bakmalı diye düşünüyor İnsan Hakları Mahkemesi. Yasal çerçeve yeterli mi, denetim var mı, idare pozitif yükümlülüklerini yerine getirmiş mi, gerekli önlemleri almış mı alması gereken. Bütün bunları incelemesi lazım diyor. Yoksa dar bir illiyet rabitasına sıkıştırmaması lazım diyor, ölümle sonuçlanmış bir olay varsa. Öner Yıldız'da İnsan Hakları Mahkemesi; ölümle sonuçlanan olaylarda idarenin yükümlülüğü nedir, bunu araştırıyor. Bir kere pozitif yükümlülüğü var diyor. Yani yaşamı korumak

için gereken bütün önlemleri almış mıdır almamış mıdır, buna bakılması lazım diyor. Ama bu yeterli değildir diyor. Bunun yanında yaşamı korumak için devlet yeterli bir yasal ve idari çerçeveyi yürürlüğe koymuş mudur, böyle bir idari yasal çerçeve var mıdır, ondan sonra bunu doğru dürüst uygulamış mı? Bunun denetimi yapılmış mı, bunları incelemesi lazım diyor. Bunları incelemediği için de bundan ayrı bir ihlal çıktı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu ölümle sonuçlanan olaylarda idarenin olaya daha geniş, daha kapsamlı bakmasını talep ediyor. Kendisi öyle bakıyor hiç olmazsa.

Beni dinlediğiniz için çok teşekkür ederim. Saygılarımı sunarım.

Yılmaz ÇİMEN - Sayın Rıza TÜRME'ne bu değerli tebliğinden dolayı teşekkür ediyorum.

Şimdi sorularımızı toplamak üzere, birkaç arkadaşımız görevlendirildi. Görevli arkadaşlar, sorular toplandı mı?

Şimdi elime iki soru ulaştı, başka soru var mı?

Soru sormak isteyen arkadaşlar ellerini kaldırırlarsa, arkadaşlarımız daha kolay ulaşırlar.

Efendim, şimdi bu toplantı kayda alınıyor. Soruların da kayda girmesi ve soruyu soran kişilerin de isim ve soyadlarının yine kayda girmesi bakımından ben sayın konuşmacılarımızdan bu soruları da okumalarını ve ismi de kayda geçecek şekilde, soruyu soran kişinin ismini de zikretmeleri ve ondan sonra da soruya cevap vermeleri yöntemiyle kayıt sistemimizin aksamadan işleyeceği görüşündeyim. Bu şekilde sorulara sırasıyla cevap verme yöntemini uygulayalım.

İlk konuşmacımız Sayın Süheyl BATUM.

Efendim buyurun lütfen soruları ve soru soranın ismini de kayda geçirecek şekilde okursanız, onu ben de yapabilirdim ama siz belki daha iyi yaparsınız.

Prof. Dr. Süheyl BATUM - Kemal ORANCA değil mi, evet Van Bölge İdare Mahkemesi Değerli Başkanı, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkında ne düşünüyorsunuz diye bir sorusu var.

Ben Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun yapılabileceğini düşünüyorum. Gerçi buna yargı organları belli nedenlerle haklı olarak karşı çıkabiliyorlar. Ancak şunu düşünüyorum, önemli olan hukuk düzeni içerisinde temel hak ve özgürlüklerin korunması. İnsan haklarının korunması. Dolayısıyla anayasa mahkemelerine veyahut da yüksek yargı organlarına haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişilerin doğrudan doğruya "amparo" denilen ya da bireysel başvuru denilen yolla başvurmaları yöntemi son dönemlerde çok fazla uygulanıyor. Hatta bu kuruma yer vermeyen birçok ülke anayasalarında değişiklik yaparak buna yer verdi. Yalnız Anayasa Mahkemesinin bundan yararlanarak kompozisyonunun siyasal iktidara bağlı bir hale getirilmemesi lazım. Anayasa Mahkemesinin iş yükünün altından kalkamayacağı bir şekilde boğulmaması lazım. Bu yüzden diğer yargı yollarının tükenmesinden sonra ben bu yolun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen davaların azaltılması açısından da

yararlı olabileceğini düşünüyorum. Ama dediğim gibi bir Anayasa Mahkemesinin, bunlar aramızda oturulup konuşulabilir, yapılabilir. Bunun başvuru usulleri, Anayasa Mahkemesinin bu yönde oluşturacağı ön filtre komisyonları, bu komisyonların ne şekilde oluşacağı ve hangi kararların buraya ulaşabileceği ve de Anayasa Mahkemesinin kompozisyonunun bundan yararlanarak bir Dairesinin iktidarlara bağlı olarak düzenlenmesinin önlenmesi konusunda gerekli düzenlemeler yapılırsa ben bu işin yürüyebileceğini düşünüyorum.

Şimdi Sayın Ülkü AZRAK hocamız bir şey sormuşlar. Venedik Komisyonu parti kapatma konusunda Avrupa Birliği ülkeleri hakkında, Türkiye hakkında açığa vurduğu görüşleri, aynen ve paralel biçimde beyan etmiş midir? Örneğin 2004 yılında yüzde 32 oyla Belçika parlamentosuna girmiş olan Valon Blok partisinin hem de adli yargı tarafından kapatılması konusunda olumsuz bir görüş bildirmiş midir diye soruyorlar.

Bu çok önemli, şimdi benim söylemek istediğim şu; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin arka arkaya dünyada ve Türkiye’de parti kapatmalara yönelik olarak verdiği ilkeler, getirdiği ilkeler var. Bu ilkeler çerçevesinde en son Refah Partisi davasında da net ne yapılması gerektiği yönündeki ilkeleri ortaya koydu. Evet bir partinin kapatılabilmesi için şiddeti benimsemesi, terörü bir mücadele yöntemi olarak görmesi önemli kapatma kriterlerinden bir tanesi. Ama bunun yanı sıra bir partinin eylemleri ve faaliyetleriyle bir bütün halinde bakıldığında kafasında bir rejim vizyonu olması ve bu rejimin bildiğimiz çoğulcu demokrasiden farklı olması ve bunu ısrarlı bir şekilde gerçekleştirmeye çalışması da kapatma sebebi. Yani doğrudan doğruya terör eylemi gerçekleştirmemiş olsa dahi bir partinin demokrasiye aykırı bir düzeni ısrarla benimsemeye çalışması da bir kapatma sebebi sayılıyor.

Şimdi 1998 yılında Anayasa Mahkememizin verdiği kararı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi büyük dairesi de Refah Partisi davasında çok net koydu. O zamanda da bunlar ileri sürülmüştü Anayasa Mahkemesi önünde de. Denmişti ki bir, sözlerden yasama dokunulmazlığını kaldırmıyorsunuz, bunlar parti kapatmaya sebebiyet verebilir mi, Anayasa Mahkemesi gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verebilir dedi. Dendi ki Türkiye’de de, ama bu sözleri siz belli bir süreç içerisinde beş on yılda ele alıyorsunuz ve bunların içerisinde cimbizla çekip, işte 1992’de söylemiş, 1995’de söylemiş, 1998’de söylemiş. Bunları alıyorsunuz kapatma sebebi sayıyorsunuz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dedi ki, iyi ya demek ki çok uzun bir süreçte aynı görüşleri devam ettiriyor dedi. Şimdi bu kararı verdikten sonra Türkiye’de maalesef bazı hukukçular veyahut da siyasetçiler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesiyle olan bütün bağlantıyı kopardılar. Üstelik de Leyla Şahin gibi doğru kararlarından, çok yeni bir karar gerçi ama bu kararlardan sonra da bütün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesiyle ilgili bağlantıyı kopardılar. Bunun üzerine yeni bir şey çıktı ortaya. Nedir, Venedik Komisyonu, şimdi Venedik Komisyonunun tekrar söylüyorum söylediği zaten bir danışma niteliğinde kurul olduğu için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarından farklı falan değil. Benzer şeyleri dile getiriyor. Sadece 2009'da Türkiye'ye ilişkin olan kararda bunları dile getirdikten sonra Türkiye'de olan çok enteresan şeyler söylemiş. Mesela bir yargı organının bunları söylemesi mümkün olmadığı için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kullanmıyor. Mesela şunu söylüyor Venedik Komisyonu, efendim Türkiye bir partiler mezarlığı olmuştur diyor. Şimdi bu siyasi bir değerlendirmedir. Hangi parti mezarlığı olmuş. Şimdi efendim Almanya'da iki parti kapatıldı diyor. 2002'deki macera son derece bildiğimiz hepimizin bildiği macera. Kapatılacak parti fakat bir bakıyorlar ki partinin içinde eylemleri yapanların çoğunluğu devlet ajanı. Oraya sokulmuş devlet adına. Bunlar ajan mı değil mi, kim ne yaptı bilemiyor. Dolayısıyla bunu da İspanya'da arka arkaya aynı tarihte kurulan ve onun devamı, Heri Batasuna'nın devamı niteliğinde olduğu ileri sürülen partiler de aynı günde kapatıldı. Dolayısıyla bunu Venedik Komisyonunun söyledikleri içerisinde, ben bunlara tamamıyla yanlış falan demiyorum, ama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına yollama yapılabilecekken, kriterleri bunlar koymuşken Venedik Komisyonunun yapması yanlış.

Tamam, bir dakika, hemen şunu söyleyeyim, Bakanlar Kurulunun üçte ikisi değişti diyor Sayın Aydın AYDIN. Diyor ki Bakanlar Kurulunun üçte ikisi değişti ve dışarıdan bir kişi Dışişleri Bakanı oldu. Şimdi bu konuda anayasaya göre bir güven oylaması olmalı mıydı diyor? Cumhurbaşkanı onaylamış olsa, TBMM atamış olsa dahi nedir bu sistem diyor?

Şimdi, bana göre de, malum bizde bir parlamenter rejimi uyguluyoruz. Söylediğimiz parlamenter rejim. Bizim parlamenter rejimimizde göreve başlamada ayrı güvenoyu var zorunlu, bir de görev sırasında güvenoyu var. Görev sırasında güvenoyu Bakanlar Kurulunun görevi sırasında güvenoyu. Başbakan ister ise, dolayısıyla esasında bana göre de hele dışarıdan da Bakan atandığı için parlamenter rejimin geleneğine uygun olarak güven oylaması yapılabilir ama böyle bir şey zorunlu olmadığını düşünüyorum. Yani, hukuken mecbur, aksi takdirde geçerli değildir değil.

Anayasa Mahkemesine bireysel müracaat Danıştay ve Yargıtay'ın üzerinde yeni bir yüksek mahkeme yaratmaz mı demiş Sayın Avukat Mustafa Kemal ÇİÇEK.

Bu bakımdan söyledim zaten. Yaratmaz. Çünkü Sayın TÜRMEYEN de söyledi. Dedi ki, Danıştay yasaya uyup uymadığının denetimini yapıyor, oysa bunu insan hakları açısından görüp daha geniş bir perspektiften ele alması gerekir dedi. Şimdi bu tartışma diğer ülkelerde de, Fransa'da da çok fazla yapılan bir tartışmaydı. Fransa'da çok uzun süre Yargıtay'dan ayrılmıştı "Ecran Législatif", benim önümde yasa var ben yasayı uyguladım diyerek çok uzun süre, ama Avrupa Birliğine girdiği için artık oradaki "Ecran Législatif" dediği o yasama perdesinin de devam ettirilmesi mümkün değildi. Çünkü uyması yükümlü olan bir üst hukuk normu var artık, Avrupa Birliği hukuku. Bu yüzden Nicolo kararından sonra bu farklılık orada giderildi. Fakat Türkiye'de birincil özelliği, Danıştay'ın verdiği kararın hukuka uygunluğu yönünde değil, işte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ne diyor, bakın diyor siz bunu bu perspektifte görmüştünüz diyor. Danıştay'ın görüşünü sadece yasanın uygulanması yönünde değil de, genişleterek insan haklarının korunması özünde genişletmesi de bir çözüm olabilir. Ama bu olmadığı takdirde de bireysel başvuruyla insan hakları korunması yönünde bir şey yapılmasının arada ihtilaf yaratacağını düşünmüyorum. Tabii yine tartışabiliriz, dediğim gibi kim inceleyecek, hangi yargı yolları tüketildikten sonra gidilecek ve bu Anayasa Mahkemesinin işlevini çoğaltıp çoğaltmayacak bakılması lazım.

Ombudsman kurumu hakkında ne düşünüyorsunuz diyor, sevgili araştırmacı Özge AKSOYLU. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinden.

Şimdi, tekrar söyleyeyim. Biliyorsunuz, Ombudsman Kurumunu Sayın Ahmet Necdet SEZER Anayasa Mahkemesine götürdü ve Anayasa Mahkemesi de Ombudsman, kamu denetçisine yönelik kurumu iptal etti. İptal ederken de bunun idarenin içinde bir kurum olduğunu söyledi ve dedi ki 123'üncü maddeyle yola çıkarak dedi ki, idare kuruluş ve görevleri ile bir bütündür, bu yüzden burada bu kurumun nerede yer aldığı belli değil. İdareyi denetleyen idare içinde bir kurum mu, idareyi denetleyen yoksa yasamanın içinde bir kurum mu, yargının içinde bir kurum mu? Eğer yargının içindeyse veya yasamanın içindeyse de anayasaya göre yasama organının böyle bir kurumu oluşturma yetkisi kendisine tanınmamıştır diyerek iptal etti. Şimdi bu konuda, çok tartışılıyor bu karar. Yani neden böyle söylüyorsunuz, yargı dışı bir denetim kurumunu yasama organı koyamaz mı diye. Fakat Ombudsman'ın ben şu boyutuna çok dikkat etmek istiyorum. Ben İstanbul

Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğrenciyken o zaman, dört tane seminer vardı. O seminerlerden bir tanesinde, idare hukukunda yaparken Lütfü DURAN hocayla, Allah rahmet eylesin, şeyi yapmıştım, idarenin yargı dışı denetimini. Ombudsman, medyatör, o zamanki adıyla ve çok farklı olan prokuratura. Sovyetler Birliğine bağlı veyahut da işte o ülkelerde. Şimdi bu kurumu eğer gerçekten siz belirli kötü işleyişin, idarenin kötü işleyişinin düzeltilmesi yönünde kullanabilecekseniz yetkileriyle bu işler, işleyebilir. Ama bunu bir sürü yargı kurumu veya yargı dışı kurum getirip esas itibarıyla bir sürü kurum var görüntüsü altında idarenin elinin tamamıyla serbest kalması yönünde kullanabilecekseniz, bu da bana göre Ombudsmanın amacından son derece sapması şeklinde olur. Mesela Amerika’da işliyor bunlar. Bir sürü kurumlar var. Bizde hatırlayın yargı reformu değil, kamu yönetimi reformuyla Başbakanlık Teftiş Kurulu, bütün teftiş kurulları kaldırılmak istenmişti bir ara. Şimdi bunun bir şekilde bir Ombudsman getirdik dolayısıyla yargının sorunlarını çözmemize bir gerek yoktur, nasıl olsa idarenin kötü işleyişinde yeni bir mekanizma getirdik diye bakacaksak, ben bu Ombudsmanın yararlı olmayacağını düşünüyorum. Demek ki bu Ombudsmanın hem anayasal düzenlemesinde hem yasal düzenlemesinde bir, bu ihtilafları çözecek nitelikte olması, iki işlevinin, yetkisinin düzeltilmesi, üç de, Anayasa Mahkemesinin kararına öyle ya da böyle aykırı düşmemesi lazım, yeni karardır.

Son şunu söyleyeyim, bu da çok önemli diye düşünüyorum, Sayın Önder TEKİN Danıştay Onikinci Daire Tetkik Hakimi. Rıza TÜRME’ne de bu sorulmuş. Rıza Bey de cevaplandıracaktır bunu. Yargıç ve savcıların telefonlarının dinlenmesine ilişkin kararları veren yargıçların verdikleri kararda işlenen suç ve fail kısımlarını boş bırakmalarında, dinleme kararlarını talep eden Adalet müfettişlerince soruşturulmaları, işlemlerin denetlenmesi ve haklarında hal kağıdı düzenliyor olmasının etkisi var mıdır, yargı bağımsızlığına etkisini değerlendirir misiniz, yargı reformu yapılırken bu alanda bir düzenleme yapılmasının zorunlu olduğunu düşünüyor musunuz?

Şimdi ben sadece bir anayasa hukukçusu olarak söyleyeyim, son dönemde belirli noktalarda ortaya çıkan dinleme kararlarının, belli noktada ortaya çıkan arama kararlarının, bırakın uluslararası ve evrensel hukuku, Türkiye’de düzenlenen hukuka, Türk hukukuna bile aykırı olduğunu düşünüyorum. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konuda çok net kararları vardır. Hiç tartışmaya bile gerek yoktur. Makul şüphe nedir, kuvvetli suç şüphesi nedir, somut emare nedir, bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir sürü kararı vardır. İki, tutukluluk sürelerine ilişkin bir sürü kararları vardır. İlk kararları da Türkiye’ye yönelik çıkmıştır ortaya.

Ve Türkiye’de şimdi hakim ve savcıların telefonlarının dinlenmesinden tutun, normal insanların dinlenmesinden tutun, arama kararlarından tutun hepsi hukuka aykırı. Çok çarpıcı bir örneği söyleyeceğim. Çok sizlerin içinden diye düşünün, Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin yargılama usulleri hakkındaki kanun açık, Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin iç tüzüğü açık ve bir yargıç hakkında bir dinleme kararı Anayasa Mahkemesine geliyor, soruşturmanın nasıl yapılacağı, ne şekilde yapılacağı, kim tarafından yapılacağı da çok açık ortada ve beş buçuk ay mı, altı ay mı ne süren bir dinleme işlemi tesadüfle öğrenilip daha üç gün önce mahkeme başkanlığı tarafından gerekli soruşturma işleme konuluyor ve heyetin, daha doğrusu bu işi soruşturacak bir üye ataması işlemi yeni başlatılıyor, bu inanılır gibi değil. Kanun ve iç tüzük bunu çok net, ayrıntılı düzenlemiş, bütün işlemler, soruşturma işlemleri bu kişiler tarafından yapılır denmesine rağmen, beş buçuk aydır süren bir dinleme. Bunun işte Türk hukukunun çok önemli sorunlarından bir tanesi olduğunu düşünüyorum. Bunun yargı reformuyla falan değil, Türkiye’de bu dinlemelerin Anayasa Mahkemesinin bu konuda, kararını biran önce vermesi gerektiğini düşünüyorum. Fırsatı olmuşken son, Anayasa Mahkemesinin burada çok değerli üyeleri de var, bir de şunu muhakkak incelemeleri gerektiğini düşünüyorum. Çünkü sorumluluklar hepimize, yargı devleti, yargı denetiminde ve hukukta. Önlerinde Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun dinlemelere ilişkin, istihbari nitelikteki dinlemelere ilişkin bölümü üç buçuk sene bekledi. Şu anda da 2007’de yapılan o meşhur değişiklikle, 2007’de yapılan 2802 sayılı Yasada yapılan değişiklik, hala bir buçuk senedir önlerinde. Bunu mutlaka görüşmeleri lazım. Evet, Adalet Bakanlığının çok değerli beş personeline, bürokratına hepimiz güveniyoruz. Ama bütün hakim adaylarının atanmasını, aday da olsa atanmasını, Adalet Bakanlığı doğrudan doğruya bağlantılı olan bir kuruma veya kurula bırakan bir değişikliğin mutlaka yarın denetlenmesi gerekir. İptal olur, olmaz, hiç problem değil. Ama bir zaman sonra biz yargı bağımsızlığında sıkıntı çekersek, bunun sorumlusu, o zaman bunu denetlemeyen bizler de oluruz, yani bizler derken çok değerli hukukçularımız da olur diye düşünüyorum.

Bunu da özellikle söylemek istedim sayın başkan.

Yılmaz ÇİMEN - Efendim şimdi Sayın Celal ERKUT soruları cevaplandırıcak.

Buyurun.

Prof. Dr. Celal ERKUT - Evet bana da üç tane soru var.

Birincisi Sayın Tezcan ÇAKIR'ın sorusu. Danıştay'ın yargı kararlarının uygulanmasının denetlenmesi, izlenmesi konusunda yasal yetkisi varsa bunun yaptırımı nedir, yaptırım uygulayabilmesi için ayrıca yasal yetkiyle sınırlarının çizilmiş olması gerekmez mi?

Evet Danıştay'ın tabii ki bir yargı kararının uygulanmaması konusunda idareye karşı bir yargısal yaptırım yetkisinin ancak yasa koyucu tarafından belirlenebileceğinde tereddüt yok, yani yargısal emir de veremez, yaptırım da uygulayamaz, para cezası da uygulayamaz. Benim söylediğim şeydi, yargı kararlarının izlenmesi ve denetlenmesi için bir başlangıç yapmak lazım. Fransa'da da 62 yılında bu başlangıç yapılmış, daha sonra 95 yılında bu kamuoyunun tepkisini çeke çeke 95 yılında yasa haline getirilmiş.

Diğer soru, Sayın Nagihan ÖZSEYHAN tarafından sorulmuş. İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesine göre mahkeme kararlarının 30 gün içinde yerine getirilmesi gereklidir. Bu hüküm temyiz istemi sonucunda verilen bozma kararları için de geçerli midir? Soru bu.

Vallahi İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesine baktığımızda biliyorsunuz, idari mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararları der orada, ama bana göre bozma kararlarının da derhal yerine getirilmesi gerekir. Çünkü mahkeme kararları icaplarına göre yerine getirilen kararlar. Yani idareye burada bir takdir yetkisi tanınmamış. Yargıcın belirlediği gerekler doğrultusunda işlem tesis edecek. Bana göre hatta doğal olarak ara kararların tamamı dahi yerine getirilmelidir. Yani bilgi ve belge istiyorsunuz. Vermediği zaman mevcut dosya üzerinden karar verilecektir bana göre doğru değil. O bilgi ve belgeyi getirtmek zorunda yargıç dosyaya.

Üçüncü soru, Sayın Aytaç ÖZELÇİ tarafından sorulmuş. Soru şu; idari yargı kararlarının yerine getirilmesi konusunda fiili imkânsızlık hali nedeniyle idarenin yargı kararlarını yerine getirmemesiyle ilgili açılan tam yargı davalarında Danıştay'ın fiili imkânsızlık durumunu kabul ettiğini, ancak bu durumda dahi tazminat yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmesi hakkındaki görüşünüzü öğrenmek istiyorum diyor.

Evet, hukuki ve fiili imkânsızlık konusu hepimizin bildiği gibi Danıştay'ın da kararlarında bazen tutarsızlıklar yaşanan bir hukuki sorun. Danıştay'ın vermiş olduğu ya da bir idari yargıcın vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararından başlamak üzere silsileyle iptal kararlarının yerine getirilmediğini bizatihi yargıç tespit etmiştir. Bu mesele ilk kez maalesef hocamız Profesör Doktor Lütfü DURAN'ın da hukuki ve fiili imkânsızlık

halinin bazen yargı kararının yerine getirilmesinde olabileceği değerlendirmeleriyle baş gösteren bir süreçtir. İlk kez bu özelleştirme işlemleri sonucunda başlamıştır biliyorsunuz. Ve Çitosan ve Usaş hisselerinin blok olarak satışı dolayısıyla ortaya çıkmıştır. 1988’de başlamış bir prosedür sonucunda yürütmenin durdurulması kararları olmasına rağmen yerine getirilmemiştir. Daha sonra da Bakanlar Kurulu bir karar almıştır hukuki ve fiili imkânsızlık olduğunu belirtmiş, bir de ahde vefa demiştir, yani uluslararası sözleşmeler falan. O uzun bir süreç yargı önünde kalan bildiğim ilk uyuşmazlık belki öncesi de vardır. Ama netice itibarıyla o Bakanlar Kurulu Kararı en sonunda, on yılsonunda iptal edilmiştir Danıştay tarafından. Yine buna benzer hukuki ve fiili imkânsızlık halleri gelmiştir. Yani artık Danıştay bir yargı kararının uygulanmasında fiili imkânsızlık hali saptıyorsa ki bana göre hiçbir yargı kararının yerine getirilmesinde hukuki ve fiili imkânsızlık olmamalı. Ama oldu, Danıştay dahi hukuken fiilen imkânsız hale geldiğini kabul ediyorsa ne olacak sorusu. Acaba sırf tazminat, hakkaniyetin gerçekleşmesini sağlar mı, sağlamadığı gibi bana göre, yargı kararlarının yerine getirilmemesi bakımından da idareye bir koz sağlayabilir. O nedenle ben yüksek mahkemenin bu konuda çok titiz davranması gerektiği kanaatindeyim. Yani bunu bir tazminat sorununa indirgememeli hiçbir zaman.

Evet, son soru da buydu zaten.

Yılmaz ÇİMEN - Efendim, diğer soruları da Sayın Rıza TÜRMEEN cevaplayacaklar.

Buyurun.

Dr. Rıza TÜRMEEN - Evet teşekkür ederim Sayın Başkan. Soruları cevaplamaadan önce benden önceki konuşmacıların söyledikleriyle ilgili iki hususu belirtmek istiyorum.

Bir kere Celal hocamızın söylediği, Profesör ERKUT’un söylediği konuyla ilgili olarak, uygulamamayla ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulanmayan mahkeme kararları, Danıştay kararlarıyla ilgili olarak artık o uygulamayı sağlamak için davacıya ek yükümlülükler yüklenmesini aramıyor. Çünkü hükümetin böyle savunmaları var. Efendim tazminat davası açılabilirdi, efendim işte icraya gidebilirdi, eğer icraya gidilebilecek durumu varsa. Bunları, bu savunmaları kabul etmiyor. Mademki kesinleşmiş bir yargı kararı vardır, bunun uygulanması gerekir.

Artık davacıya bunun dışında birtakım ilave yükümlülükler yüklenmesini biz isteyemeyiz diyor ve hükümetin bu savunmalarını reddediyor.

Süheyl hocamın söylediği konuyla ilgili, bu Venedik Komisyonu. Yani bir kere bu ikisini birbirinden ayırmak lazım. Bir Venedik Komisyonu vardır. Venedik Komisyonu Süheyl hocanın belirttiği gibi tarafların, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin talepleri üzerine anayasaları konusunda istişari görüşler bildiren tamamen istişari nitelikte bir organdır bu. 1999 görüşü de, bu son 2009 görüşü de Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin talebi üzerine verilmiştir. Yani işte oradaki milletvekillerinin aktif bir rol oynadığı anlaşılıyor o talebin yapılmasında, neyse. Bir bu vardır, bir de tabii Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vardır. Mahkeme mahkemedir, kararları bağlayıcıdır işte bildiğimiz mahkemedir. O kararlara uymak gerekir. Şimdi onun söylediğiyle bunun söylediğini aynı sepete koymak çok yanlış olur bir, ikincisi de zaten bu 2009 raporunda Venedik Komisyonu diyor ki, parti kapatmadaki kriterleri tayin etme yetkisi elbette Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindedir diyor. Kendisi de ben onun yerine geçip onun yetkilerini gasp etmek istemem diyor. Yani onun için siz şimdi, bu anayasa değişikliğini yaparken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kriterlerini hiç görmemezlikten geleceksiniz, bir tarafa iteceksiniz. Venedik Komisyonu kriterleri budur deyip ona göre düzenlemeler yapmak bence bir parça yanlış bir yaklaşım olur.

Bunları söyledikten sonra sorulara gelebiliriz galiba.

Sayın Kemal ORANCA Van Bölge İdare Mahkemesi Başkanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen makul süre, kaç yıl makul süredir diye soruyor.

Böyle bir yıl söylemek imkânı yok. Her davadan davaya, o davanın özelliklerine göre değişiyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şunlara bakıyor. Bir kere sürenin uzaması kimin kusurundan kaynaklanmaktadır. Mahkemenin kusurundan mı, idarenin kusurundan mı, yoksa davacının kusurundan mı? Ondan sonra dava ne kadar komplekstir. Dava çok kompleks midir, az mı karmaşıktır. Ona göre tabii süre değişebilir. Kaç aşamadan geçmiştir dava, iki aşamadan geçmişse birinci derece mahkemesi, bir temyiz mahkemesi başkadır. Gitmiş tekrar geri dönmüş, tekrar gitmiş bilmem alt dereceden geçmişse tabii ki daha farklı. Bütün bu faktörleri dikkate alarak o davada sürenin hangisinin makul olduğu, ne zaman makul olup ne zaman makul olmayacağını tayin ediyor. Bazen iki yıl çok uzun süre olabilir. Bazen sekiz yıl makul bir süre olarak görülebilir.

Sayın Celal hocamızın bir sorusu var. Yargılamanın yenilenmesi sebebi. Şimdi İnsan Hakları Mahkemesinden alınan ihlal kararları Türkiye’de gerek Ceza Muhakemeleri Kanununda gerek idari ve medeni usul kanunlarında yargılamanın yenilenmesi sebebi sayıldı. Ancak diyor Profesör ERKUT, şayet ulusal yargıç yargılanmanın yenilenmesi sonucunda yine aynı tavrı gösterirse artık ...kendi yetkisi de sona ermiş olduğu görüşünde...Bu konu son derece karıştı. Yani Strasbourg’da da karıştı. Bir kere yapılan yasal değişiklikte büyük bir problem var. Türkiye’nin başı buradan dertte şimdi birincisi. Çünkü yapılan değişiklik diyor ki, 4.2.2003 bu yapılan değişikliğin tarihi. 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Peki ya o sırada açılmış olan davalar ne olacak. Yani 2003 tarihinden önce ve 2003 tarihinden sonra değil de tam o sırada devam etmekte olan davalar ne olacak. İşte burada büyük bir problem var. Yani kanunun yaptığı şey şu, eski davalar ve bundan sonra açılacak davalar için yenilenme sebebidir. Fakat ortada böyle bir parantez açıyor, bu ortadaki davalar için yenilenme sebebi değildir. Yani bunu hukuken savunmak imkansız bir şeydir.

Ve Hulki Güneş davasında bu mesele var işte, bu Bakanlar Komitesi önünde. Bakanlar Komitesi Türkiye’ye muazzam baskı yapıyor şimdi, bunu değiştirin diye. Bu aradaki parantezi çıkarın diye. Bu aradaki parantezi Türkiye çıkarmamakta diretiyor çünkü burada aslında söz konusu olan Abdullah Öcalan. Bu paranteze giriyor çünkü Abdullah Öcalan. Fakat bundan bence o kadar korkacak bir şey yok. Çünkü Abdullah Öcalan ile ilgili davanın yenilenmesi konusu efendim incelendi, ilgili mahkeme yine dosyayı açtı baktı, davanın yenilenmesine gerek yoktur dedi ve kararı uygulamaktan sorumlu Bakanlar Komitesi tarafından Türkiye’nin bu cevabı kabul edildi. Ve Abdullah Öcalan dosyası kapandı. Karar uygulandı dendi dosya kapandı. O nedenle bunda fazla korkacak bir şey görmüyorum. Ama bu parantezi tutmanız imkânsızdır, hiçbir kanunda böyle parantez tutamazsınız.

Bunun dışında tabii yine Devlet Güvenlik Mahkemeleriyle ilgili olarak Profesör ERKUT’un sorusu ortaya çıktı. Devlet Güvenlik Mahkemelerinde askeri yargıcın oturması nedeniyle yüzlerce davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Devlet Güvenlik Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı nedeniyle ihlal buldu. Ve dedi ki tarafsız ve bağımsız olmayan bir mahkemenin verdiği karar doğru değildir. Bu yargılamanın yeniden yapılması gerekir ve böyle bir de cümle koydu kararlara. Yani bu önemli bir şey çünkü uygulama yetkisi kendisinde değil. Uygulama yetkisi

Bakanlar Komitesinde fakat bu kararlarda uygulamaların nasıl olması gerektiğini gösteren bir de cümle koydu.

Şimdi yargılamanın yenilenmesine pek gidilmedi benim gördüğüm kadarıyla. Şimdiye kadar hiç gidilmedi. Ve Bakanlar Komitesi yine gördüğüm kadarıyla dosyanın açılmasının ve yargıç tarafından yenilenme talebinin incelenmesinin ve incelendikten sonra yenilenmeye gerek yoktur diye bir karar verilmesini yeterli gördü gibi. Bunun tersine örnek benim hafızamda yok şimdi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı vermekle yetkisi bitiyor. Ama uygulamayı izleyen başka bir organ var işte. Bakanlar Komitesine başvuru yapamıyorsunuz. İnsan Hakları Mahkemesine yapıyorsunuz. Şu enteresan şey var, şimdiye kadar olmamış o, hiç olmazsa kâğıt üzerinde teorik olarak belki mümkün. Kararın uygulanmamasından dolayı bir zarar görmüşseniz bu zarar dolayısıyla mademki kararın uygulanması 6'ncı maddenin çerçevesine girmektedir. Kararın uygulanmamış olması da 6'ncı maddenin ihlali olması gerekir. Yeni bir başvuru yapılabilir mi, kararın uygulanmaması dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yeni bir başvuru yapılabilir mi, yapılabilir. Yani teorik olarak yapılabilir.

Prof. Dr. Süheyl BATUM - Yalnız bir şey var orada, mesela, bizim hukukumuzda ceza usul kanunumuzda şey yok bizim, bu Öcalan davasında yapıldığı gibi bir şey yok. Eğer yargılamanın yenilenmesine karar verildiyse tamamıyla yeni baştan alıp tekrardan yapacaksınız. Oysa Türk hukukunda olmayan bir şeyi biz yaptık ve Bakanlar Komitesi de uygun gördü. Esasında bu davalar çok geldiğinde belki bizim bunu öngörerek Fransızların yaptığı gibi Yargıtay'da veya işte neyse Danıştay'da nereden geliyorsa, oturup ceza dairelerinin bunun yeniden yargılanmayı gerektirip gerektirmediği ya da usuli bu şeylerin öngörülüp yani giderilip giderilmediğine bir filtre şeklinde karar vermesi belki gerekli olacaktır. Çünkü şu anda yaptığımız Öcalan davasında, hukuka uygun değildi, yok böyle bir yöntem. Biz dedik ki, baktık yargılamayı yenilemeye gerek olmadığına karar verdik dedik, işte bakın yeniledik dedik gönderdik onlar da evet dedi. Koşulları yok. Bence bunu dememiz lazım. Yani bunu hukuken bir inceleyip koşulları yoksa Bakanlar Komitesine bilgi verir diye bir değişiklik yapmamızda belki yarar var diye düşünüyorum. Çünkü bir gün başımıza bu gelecek diye düşünüyorum.

Dr. Rıza TÜRMEN - Evet, başka bir soru efendim, Ülkü AZRAK hocamızdan bir soru geldi. Türk idari yargısında kanıtlar arasında tanıklığın öngörülmemesi 6'ncı maddeyle bağdaştırılabilir mi, bu konuda AİHM önüne bir dava gelmiş midir?

Yani aşığı yukarı her davada davacı taraf bunu ileri sürüyor. Efendim işte ben tanığın dinlenmesini istedim, mahkeme talebimi dikkate almadı. Yani gerek hukuk davalarında gerek idari davalarda İnsan Hakları Mahkemesi tanık dinleme konusunda takdir yetkisini ulusal mahkemelere bırakıyor. Tanık dinlenip dinlenmemesi, takdir yetkisi aslında o davaya bakan yargıcın takdirine kalmış bir şeydir ve ona girmek istemiyor. Burada da idari yargıda da tanık dinlenmemesi bir problem çıkarmadı şimdiye kadar. Bu mevzuat da problem çıkarmadı. Ama bundan sonra tabii ne olacağı belli değil.

Anayasa Mahkemesi Raportörü, Sayın Evren ALTAY, raportör düşüncesinin taraflara karar öncesi iletilmemesinin, raportörlerin hakimlere bağlı olduğu gerekçesiyle 6'ncı madde ihlaline yol açmadığını söylediniz. Daha ayrıntılı olarak açıklayabilir misiniz?

Karar yanımda o kararı okuyayım Meral kararı. Diyor ki kararda raportör diyor, hakimlerin otoritesi altında karar tasarılarını hazırlar ve zabıtları tutar, ama bunu hakimlerin otoritesi altında yapar diyor kararda. Ben demiyorum karar diyor. Ve başında da diyor ki Türk hukukunda, Danıştay'daki raportörün yetkileri çok açık değildir diyor. Ama anlaşıldığı kadarıyla, bu rolü Danıştay Başkanı ya da dairelerin başkanı tarafından zaten asimile edilmiştir diyor. Onların talimatları, onların otoritesi altında hazırlar, onların görüşlerine uygun olarak hazırlar falan diyor. O yüzden de bu şikayeti kabul etmiyor. Yani mahkeme yanlış yapmışsa o zaman siz düzeltin.

Yılmaz ÇİMEN - Efendim bu kararın Türkçe çevirisinde tetkik hakimleriyle ilgili söylenen husus şu: "Tetkik hakimleri, Danıştay Başkanı ve kurul ve daire başkanları tarafından kendilerine verilen görevleri yerine getirmekle ve bunlar tarafından havale edilen dosyaları incelemekle sorumlu iken, savcılar Danıştay Başsavcısının emri altında çalışmaktadırlar. Tabii bu emir altında, emir ve direktif anlamında değil. Tamamen bağımsız çalışmaktadırlar savcılarımız da. Evet genel olarak tetkik hakimleri soruşturma yapmayıp daha evvel soruşturması tamamlanmış bir dosya hakkında görüşlerini sunmaktadır. Her halükarda mevcut davada tetkik hakiminin önyargılı davranmasına neden olacak bir soruşturma yaptığını, (aslında inceleme demek lazım) gösteren herhangi bir unsur mevcut değildir.

Bakınız efendim söz gelimi Martinie paragraf 49 diye de bir atıf parantez içerisinde var.

Yani her ne kadar Danıştay'da görülen davalarda tetkik hakiminin görevini ne suretle yerine getirdiği hususuna ilişkin olarak Türk hukukunda ayrıntılı bilgi verilmemişse de görevinin kendisine verdiği yetkilerin diğer hakimlerin yetkisinden pek farklı olmadığı anlaşılmaktadır. Tetkik hakiminin mütalaasını yazılı ya da sözlü olarak sunarak hakimlerin kararını etkilemeyi amaçladığı doğrudur. Ancak bu görevin Danıştay başkanı ve daire başkanlarını temsilen yerine getirdiği hukuki görevlerinden olduğu gözükmemektedir. Danıştay başkanı ve daire başkanlarının yönetiminde tetkik hakimleri karar taslaklarını yazar ve tutanakları hazırlar. AİHM ayrıca başvuranın, Reinhardt ve Kaïd Fransa davalarındaki aksine raportör hakiminin raporunu ve karar taslaklarını ihtiva eden dosyanın başsavcıya tebliğ edilmesinden değil, tetkik hakiminin mütalaasının tebliğ edilmemesinden şikayetçi olduğu gözlenmektedir. Dolayısıyla 6/1 bu bakımdan yani tetkik hakimleri bakımından ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır”.

Yani AİHM kararında tetkik hakiminin işlevi farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Aslında aynı kararın savcıların mütalaalarının tebliğ edilmemesi konusundaki ihlal hükmü, gerçekten idari yargıda bence çok tartışma götürecek bir karar.

Dr. Rıza TÜRMEN - Diğer sorular efendim, telefon dinlemeleriyle ilgili. İki soru var, bir soru Sayın Sakine Nilüfer BİLGİN, diğer soru da Sayın Önder TEKİN tarafından sorulmuş. İletişimin denetlenmesi kapsamında telefon dinlemeleri konusunda AİHM kararlarından örnek verilmesi istenmiş.

Tabii hepsi yok, ama bir yığın İngiliz kararı var bu konuda. Murray kararı var, başka kararlar var. Fakat bunlarda esas olan prensipler hepsinde bir hakim kararı olması lazım. Hakim kararının son derece ayrıntılı yazılmış olması lazım. Bu telefon iznini veren hakim kararının son derece ayrıntılı yazılmış olması lazım. Çünkü özel hayata bir tecavüz var burada. Bu özel hayata tecavüzü haklı gösterecek çok önemli gerekçeler olması lazım. Hakim orada ne kadar süreyle dinleneceği, niçin dinleneceği, efendim işte ne kadar ayrıntı varsa hepsini oraya dökmesi lazım. Bunları yapmamışsa yani oradan çıkan İnsan Hakları Mahkemesinden çıkan ihlal kararları bu İngiliz davalarında olsun, başka Fransız davalarında olsun, hep bu hakim kararlarının yeteri kadar ayrıntılı yazılmamış olması, yeterli güvenceler

taşınamaması ve tabii ki dinlendikten sonra mutlaka, dinlenme sona erdikten sonra bilgi de verilmesi lazım. Bilgi verilmezse, ben Türk hukukunda dinlenme sona erdikten sonra hiç kimseye bilgi verildiğini duymadım. Ondan sonra tabii o tutanakların imha edilmesi lazım. Ediliyor mu, edilmiyor mu kimse bilmiyor. Yani burada bir de, başka bir problem var. Tabii dinlenen dinlendiğini bilmiyor ki, o yüzden güvencelerin olması lazım. Tabii bir de öbür taraf var. Dinlenen bir de öbür taraf var. Bir de onun özel yaşamına tecavüz ediyorsunuz. Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bilmediği birtakım yeni kavramlar var Türkiye’de. O bakımdan tabii çok ilerdeyiz telefon dinleme bakımından. Ortam dinlenmesi diyor mesela. Böyle bir şey var. İnsan Hakları Mahkemesi böyle bir kavram bilmiyor. Numaraları, kiminle konuşmuşsa numaraları, 50 tane numarayı hakim önüne getiriyorsunuz, hakim imzalıyor. Bir tanesi de kendisininmiş mesela bir şey de öyle çıktı. Böyle şeyler oluyor. Bunların doğru dürüst düzenlemeye konulması lazım. Herhalde bağımsız bir kurul tarafından bu dinlemelerin denetlenmesi lazım. Fakat bunlar bağımsız kurumlar değil, çünkü dinleyenler o kurumun üyesi. Yani emniyet bilmem jandarma hepsi o kurumun üyesi. Onun için bu kurumları belki bağımsızlaştırmak ve denetim görevi vermek lazım. Bir de tabii yani İnsan Hakları Mahkemesine Türkiye’den bu konuda dava açıldıkça iş daha aydınlığa kavuşacaktır. Türk hukukunda ya da Türk uygulamasında ne gibi yanlışlar olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

Bu bir efendim çevre konusuyla ilgili uzun bir soru var. Çevre konusu tabii sözleşmede yok. Çevrenin korunması hakkı diye temiz çevre hakkı diye bir hak yok sözleşmede. Ama pozitif yükümlülük doktrini kapısı açıldıktan sonra sözleşmede bu pozitif yükümlülükler arasına bireyin sağlıklı, temiz bir çevrede yaşama hakkı da girdi yorum yoluyla 8’inci maddeye girdi bu da. Bununla ilgili pek çok karar var şimdi.

Bir de okuyamadığım bir soru var. İnsan Hakları Mahkemesi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarına karşı açılan davada davacının, Sayın Fetih SAYIN davacının bu statüyü bilerek mesleğe girdiği şikayetleri esasa girmeden reddediyor. Oysa ki Hakimler Savcılar Yüksek Kuruluyla ilgili verilen davalara gerçekten bu statü yani Bakanın oturması ya da başka meselelerle ilgili açılan davalarda İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararı vermedi benim bildiğim kadarıyla. Hep işte efendim siz mesleğe girerken bu Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunun statüsünü biliyordunuz, onu bilerek girdiniz dedi. Tabii İnsan Hakları Mahkemesinde açılan davalarda çok önem taşıyan bir husus soruyu nasıl koyduğunuz ortaya. Eğer soruyu iyi koyarsanız, şikâyeti iyi çerçeveli dikte edebilirsiniz, sözleşmenin aradığı unsurları o şikâyetin içine koyarsanız, o zaman tabii daha değişik

sonuçlar alabilirsiniz. Onun için belki de şimdiye kadar açılan davalar bu bakımdan yetersizdi diye düşünüyorum. Başka davalarda, başka türlü sonuçlar almak mümkün eğer şikâyet iyi çerçevelenir soru doğru sorulursa.

Herhalde bu kadar. Teşekkür ederim.

Tansel ÇÖLAŞAN - Güncel olması bakımından bir soru sormak istiyorum, Şu soruşturma ihlalleri ile ilgili. Soruşturma ihlalleri ile ilgili çok başvuru var mı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ?

Dr. Rıza TÜRMEN - Soruşturma aşamasındaki, sayın Tansel ÇÖLAŞAN soruyor, yargı yolunun tüketilmesi şartının burada aranması mı aranmaması mı gerekir ? Tabii şikayete göre. Yani gözaltı süresi, vallahi bilmiyorum sayısını, ama biliyorum ki giderek çoğalıyor. Bir kartopu etkisi var galiba. Giderek büyüyor. Tabii, birtakım şikayetlerde iç yargı yolunun tüketilmesine gerek yok. Yani gözaltıyla ilgili şikayetlerde örneğin. Gözaltılar sona erdikten sonra artık başka tüketilecek hiçbir yargı yolu yoktur. Hemen altı ay içinde İnsan Hakları Mahkemesine gidilebilir. Aynı şekilde tutukluluk süresi çok uzamışsa, zaten tutukluluk süresi hakim kararıyla uzuyor. O hakim kararı da, tutukluluk süresi uzarken, zaten iç yargı yolu tüketilmiş oluyor. O yüzden tutukluluk süresinin uzunluğuyla ilgili şikayetlerin de iç yargı yoluna artık, bitmeden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine getirilmesi imkanı var. Ama özel hayatla ilgili şikayetler için, iç yargı yolları açık tabii. Yani buna tazminat isteme falan, onların tüketilmesi gerekiyor. Yani şikayetin niteliğine göre değişiyor. İç yargı yolunun tüketilip, tüketilmemesi.

Prof. Dr. Süheyl BATUM - Zaten Okkır davasını kabul etti sanıyorum mahkeme. Tuncay Özkan da başvurdu tutukluluk süresinin uzunluğu için, mahkeme kararları için. Zannediyorum onlara da gerek yok.

Yılmaz ÇİMEN - Efendim, sabırlarınız için teşekkür ediyorum. Değerli konuşmacılarımıza, bizi aydınlatan ve ufkumuzu genişleten bu açıklamalarından dolayı çok teşekkür ediyorum. Değerli misafirlerimiz ve konuklarımıza Danıştayımızın son katında, bizim yemekhanemizde, mütevazî bir yemek olanağını sağlamış bulunuyoruz. Hepimiz oraya şimdi topluca gideceğiz. Teşekkür ediyorum hepinize.

İKİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI: Semra KAYIR*

İdari rejimi güçlendirmek için yeniden yapılanma ve idari yargı kararlarının uygulanmasını sağlayan önlemler almak yanında, idari yargı dışında olası yapılanmaların katkısını tartışmak, yargılama sürecini kısaltacak hızlandırıcı mekanizmalardan ne ölçüde yararlanılabileceğini görüşmek üzere toplanmış bulunuyoruz.

Bu arayış, idari yargı yerlerinde bulunan iş yükü ve bunun yargılama süresini uzatan etkisine de bağlıdır. Bu nedenle Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemeleriyle Danıştay'da son iki yılda bulunan iş yükü hakkında kısa bilgi vermek istiyorum.

Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinden 2008 takvim yılına devreden iş ve yargıç sayısını incelediğimizde, o tarihte faal olan ve 117 yargıcın görev yaptığı, 25 Bölge İdare Mahkemesinde 2008 yılına devreden ve itiraz incelemesi için bekleyen 14123 dosya bulunmaktaydı. 556 yargıcın görev yaptığı 83'ü faal İdare Mahkemelerinde 88030 dava dosyası, 246 yargıcın görev yaptığı 48'i faal Vergi Mahkemelerinde 49360 dosyanın 2008 yılına devrettiği bilinmektedir. Aynı yılda Danıştay'da ilk derecede açılmış dava sayısı 10769, temyizden incelenmesi gereken karar sayısı ise 107517'dir. Kısaca Danıştay'da 118286 dosya bulunmaktadır.

2007 yılında 12 dava dairesinde 4841 ilk derecede dava sonuçlandırılmış, 80994 temyiz başvurusu karara bağlanmışır. Böylece, 85835 dava ve temyiz başvurusu incelenmişken, bu sayı 2008 yılında 95435'e ulaşmışır. Aynı yıl içinde açılan dava ve yapılan temyiz başvurusu sayısı giderek artmış ve 2009 yılına 9816 ilk derece dava, 139328 temyiz başvurusu devretmişır.

2009 yılı başında altı dava dairesinde 5000'den, üç dava dairesinde 10000'den, iki dava dairesinde 15000'den ve bir dava dairesinde ise 20000'den fazla dosya karara bağlanmayı beklemektedir.

Her zaman olduğu gibi olağanüstü bir çaba ve özveriyle çalışan gerek Danıştay'da gerekse İdare ve Vergi Mahkemeleriyle Bölge İdare Mahkemelerinde görevli yargı mensupları, sempozyumun da konusunu oluşturan yargısal etkinliği güçlendirici örgütlenme ve mekanizma arayışlarını dikkatle izlemekte ve değerlendirmektedir. Amaç, idareyi hukuka bağlı kılmak ve hukuka aykırılıkları varsa ortadan kaldırmak, idareyi

* Danıştay Başkanvekili

hukuk sınırları içinde tutmak olduğunda karşı karşıya kalınan pek çok sorun alanı bulunduğu bilinmektedir.

Yargı yerlerinin örgütlenmesi, insan kaynağının eğitimi, seçimi, yetiştirilmesi, görev ve yetkiden, başvuru süresi ve şeklinden başlamak üzere yargılama sürecinin işleyişiyle ilgili yargılama yöntemlerinin gözden geçirilmesi ve bu süreci daha etkili kılacak mekanizmalardan yararlanılarak yürütmek gibi yapısal değişim araçlarından yararlanılabilirse de yargılama etkinliğiyle ilgili arayışlardan ayrı olarak idarenin saydam ve daha demokratik bir yapıya kavuşturulması yoluyla, yönetilenlerin hak ve menfaatlerinin korunmasını sağlayan önlemlerin de alınması gerekmektedir.

İdarenin saydam ve demokratik bir yapıya kavuşmasını sağlayacak önlemlerden hiçbiri idarenin yargı yoluyla denetimine alternatif olabilecek nitelikte de değildir.

Hukuka ve hukukun üstünlüğüne inanan, yönetilenlere katılımcı bir bakış açısıyla bakabilen demokratik yönetim anlayışının egemen kılınması, idarenin yerleşmiş yargı içtihatlarına aykırı işlem kurmasını veya içtihatlara aykırı içerikte itiraz ve kanun yolu başvurusu yapmasını önleyen izin mekanizması gibi yöntemlerden de yararlanılması olanaklı kılınabilir.

Tüm bu konuların tartışılacağı ve belki belli bir görüş birliğine varılacak olan bu ikinci oturumda birinci konuşmacımız Maltepe Üniversitesi Öğretim Üyesi Profesör Doktor Sayın Ülkü AZRAK, idari yargıda alternatif çözüm arayışları konulu bildirimlerini sunacaklar. 25 dakika süre öngörülen bu programa göre, ikinci konuşmacımız Sayın Fahrünnisa TUNCA Danıştay Yedinci Daire üyemiz. Kendileri, idari yargıda istinaf konulu bildirimlerini sunacaklar.

Bu iki konuşmadan sonra 10 dakika ara öngörülmüş, daha sonra idari yargılama usulünü hızlandırıcı mekanizmalar konulu bildirimlerini Danıştay İkinci Daire üyemiz Sayın Nurben ÖMERBAŞ sunacaklar.

Tartışmalar için birinci oturumda olduğu gibi, hatta konuşmalar belki yapılırken, önceden yazılı olarak sorularınızı ve kime yönelttiğinizi adınızla, ayrıca varsa ve belirtmek isterseniz unvanınızla bildirirseniz seviniriz.

Teşekkür ediyorum.

Sayın AZRAK buyurun.

İDARİ YARGI DIŞI ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME USULLERİ

Prof. Dr. A. Ülkü AZRAK

1. İdari yargıya alternatif olabilecek bazı çözümler çağdaş hukuk sistemlerinde uzunca bir süredir yer almış bulunmaktadır. Bu sürecin ortaya çıkmasının temel nedeni, idari yargıya duyulan güvensizlikten ziyade, idari yargının dava yükünün sürekli artması yüzünden giderek daha yavaş işlemesi, pahalı olması ve yargı denetiminin sınırlılığı nedeniyle yeterince tatmin edici olamamasıdır.

İdari uyuşmazlıkların, idari yargıya başvurulması öncesinde çözülmesinin sağlanması suretiyle, yargının giderek artan dava yükünün azaltılması doğrultusunda ortaya çıkan çabalar iki önemli kurumu yaratmıştır ki, bunlardan biri “**ombudsman**” ya da “**halk denetçisi**”, öteki de “**genel idari usul**”dür.

Bu bağlamda incelenmesi gereken bir başka husus, küreselleşme sürecine paralel olarak kamu hukukunda ortaya çıkan “**liberalleştirme**” ve “**devleti küçültme**” eğilimleri ve bu eğilimlerin uzantısı olarak özellikle idari sözleşmeler alanında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların yerleşik idari yargı düzeni dışında çözülmesi yoluna gidilmesidir. Bu gelişme biraz önce sözü edilen kurumlardan farklı bir kurumu ortaya çıkarmıştır ki, o da idarenin taraf olduğu bazı idari uyuşmazlıkların **tahkim** yoluyla çözülmesidir. Burada uyuşmazlığın idari yargı dışında kesin hükme bağlanması söz konusudur. Kuşkusuz ki, hakem kararlarına itiraz ve tanima gibi süreçler de bu uyuşmazlık çözümü sisteminin içinde yer almaktadır.

2. 1. “**Ombudsman = Halk Denetçisi ya da Kamu Denetçisi**”, idari yargıya gerçek bir alternatif niteliği taşımamakla birlikte bireyle idarenin karşı karşıya geldiği durumlarda uzlaşmaya dayalı bir çözüm bulma işlevini yerine getirmeye yönelik olduğundan yargının yükünün azaltılması çabasına mütevazı bir ölçüde katkıda bulunabilir. Bu kurum günümüzde birçok hukuk sisteminde yer almasına karşılık ¹ Türkiye’de böyle bir

¹ Bugün sadece batı hukuk sistemlerinde değil, Bangladeş, Filipinler, Guyana, Hindistan, Papua Yeni Gine, Sri Lanka gibi doğu ülkelerinde ve İsrail gibi orta-doğu ülkesinde de **Ombudsman** sistemi kabul edilmiştir. Batı dünyasında ise başta İsveç (en eskisi) olmak üzere, Almanya, Avusturya, Danimarka, Fransa, olmak üzere Hollanda,

kurumun kurulmasına iki kez teşebbüs edilmiş, fakat iki kez de başarısızlıkla karşılaşmıştır. Gerçekten ilk kez 15.7.2004 tarihli ve 5227 sayılı “*Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun*”un “*Mahalli İdareler Halk Denetçisi*” başlığını taşıyan, oldukça uzun 42. maddesinde “*Her ilde, mahalli idareler ve bunlara bağlı kuruluşlar ile bu idareler tarafından kurulan birlik ve işletmelerin, kurum dışı gerçek ve tüzel kişilerle ilgili işlem ve eylemlerinden kaynaklanan anlaşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak üzere bir halk denetçisi seçilir*” şeklinde bir hüküm yer almışsa da, bu kanun Cumhurbaşkanınca 3.8.2004 tarihinde TBMM’ne tekrar görüşülmek üzere geri gönderilmiş ve TBMM’nce tekrar görüşülüp, değiştirilerek Cumhurbaşkanı’na iletilmediğinden kadük olmuştur. Yasalaşamayan bu düzenlemeye göre, Halk Denetçisi Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesinde öngörülen koşullara sahip ve 4 yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun ve en az 10 yıllık mesleki tecrübe sahibi ve toplumda saygınlığı bulunan kişiler arasından İl Genel Meclisi üyelerinin 2/3’ünün oylarıyla 5 yıl için seçilecekti. Kişiler kendileri hakkında yapılan idari işlem ve işlemleri öğrendikten itibaren veya başvuruları üzerine idarece cevap verilmemesi durumunda başvuru tarihinden itibaren 30 gün içinde “halk denetçisi”ne başvurabilecekler ve Halk Denetçisinin bu başvuru üzerine vereceği karar tarafları bağlayıcı nitelikte olmayıp, sadece **tavsiye** niteliği taşıyacaktı. Bununla birlikte kişilerin halk denetçisine başvurması, dava süresini durduracaktı. Ayrıca halk denetçisine başvurulması dava açmanın ön koşulu sayılmamaktaydı. Yürürlük kazanamayan 5227 sayılı yasanın ön gördüğü **Halk Denetçiliği** hakkında buraya kadar yapılan açıklamalardan çıkan sonuca göre, halk denetçisinin sadece il bazında yerel yönetimlere ilişkin konularda yetkili kılınmış olması, halk denetçisine başvurulmasının davanın ön koşulu sayılmaması ve verilen kararların hukuki bakımdan bir etki yaratmaması gibi nedenler dolayısıyla bu kurumun idari yargıya gerçek bir alternatif sayılamayacağı açıktır.

Bu konudaki ikinci teşebbüs, 28 Eylül 2006 tarihinde TBMM’nce kabul edilip Cumhurbaşkanı’nca, 10 maddesi Anayasaya aykırı görülerek tekrar görüşülmek üzere geri gönderilen “**Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu**”nun olduğu gibi tekrar kabul edilip 28 Eylül 2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konması olmuştur. Bu kanuna göre Kamu Denetçileri Kurumu, Başdenetçi, Başdenetçivekili ve Kamu Denetçileri Kurulu’ndan oluşmaktaydı. Kurul üyeleri ile başdenetçi ve başdenetçivekili

İngiltere, İspanya, İsviçre, İtalya, ABD, Kanada, Norveç, Finlandiya, Portekiz, Rusya Federasyonu, Slovenya, Slovakya gibi ülkelerin hukuk sistemlerinde değişik isimler altında ve farklı düzenlemelerle **Ombudsman** yer almaktadır. Sadece Yunanistan, Bulgaristan, Romanya ve Türkiye’de bu kurum hâlâ mevcut değildir.

Karma Komisyonca önerilecek ve Genel Kurulca seçilecekti. Kurum ilgili gerçek ve tüzel kişilerin idarenin bir işlem veya eylemi aleyhine yapacakları başvuruları adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden inceleyip **idareye önerilerde bulunmakla görevli** kılınmıştı. Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanı ve CHP'nin, bu kanun aleyhine yaptığı başvuru üzerine önce kanunun yürürlüğünü durdurmuş, sonra da 25.12.2008'de oybirliğiyle kanunun tümünü anayasaya aykırı bularak iptaline karar vermiştir. İptal gerekçesi özet olarak şöyledir: “*TBMM'nin Anayasada belirtilen görev ve yetkileri arasında Kamu Denetçiliği Kurumuna Başdenetçi ve denetçi seçme görev ve yetkisi bulunmadığı gibi, adı geçen kurumla TBMM arasında bu seçime olanak verecek, Anayasadan kaynaklanan, doğal sayılabilecek bir ilişki de söz konusu olmadığından yasa Anayasanın 87. maddesiyle uyumlu değildir. Açıklanan nedenlerle 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu, Anayasanın 6., 87 ve 123. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.*” Aslında adı geçen yasanın Anayasa'nın kabul ettiği güçler ayrılığı rejimine aykırı olduğu ortadayken siyasi iktidarın bu yasayı, Cumhurbaşkanının haklı nedenlere dayanan geri gönderme kararına karşın çıkarmakta ısrar etmesi, Anayasanın dayandığı siyasal temeli hiç anlamamış olduğunu ortaya koymuştur.

Şunun da işaretlenmesi gerekir ki, kamu denetçiliği kavramı Türk anayasa hukukunda o kadar yeni de değildir. Gerçekten 1961 Anayasası'nın yapılması süreci çerçevesinde Ankara Üniversitesi Hukuk ve SBF öğretim üyelerinden oluşan bir komisyonun hazırladığı Anayasa Önerisi'nde “**Kamu Denetçileri Kurulu**” kurulması tavsiye edilmesine karşılık, Kurucu Meclis'in kabul ettiği son metinde bu kurul yerine Cumhurbaşkanı'nın kamu kurum ve kuruluşları üzerinde denetim ve gözetim yapmasını sağlayacak olan bir “**Devlet Denetleme Kurulu**” yer almıştır. 1982 Anayasasında da yer alan bu kurul sadece Cumhurbaşkanı'nın talimatı üzerine harekete geçerek denetim görevi yapması öngörülen bir kurul olduğundan ve kişilerin şikayet ve başvurularına açık bir kuruluş niteliği taşımadığından **Ombudsman** (*kamu denetçisi = halk denetçisi*) kavramıyla yakından uzaktan ilişkisi bulunmamaktadır.

Sadece Anayasada yapılması planlanan değişiklikler ve eklemeler arasında “*halk denetçiliği*”nden de söz edilmektedir. Fakat bu konuda bir resmi açıklama yapılmış bulunmadığından kesin bir bilgi sahibi olma olanağı bulunmamaktadır. Şu da var ki, anayasal temeli yaratıldığı ve iyi işleminin koşulları sağlandığı takdirde, parlamento adına görev yapacak böyle bir halk denetçisi'ne günümüzde hem idarede saydamlığı ve ciddiyeti sağlayacak, hem de idari yargının dava yükünün bir ölçüde hafifletilmesine yardımcı olabilecek bir kurum olarak ihtiyaç duyulduğu açıktır.

2. 2. Özellikle Türk idare hukuku uygulamalarına hâlâ bir ölçüde örnek olma özelliğini taşıyan Fransa'daki **médiateur**, bir çeşit **şefaathçi aracı** (*intercesseur gracieux*) olup, bir yargıcın ya da bir yöneticinin misyonundan ziyade bir uzlaştırıcının (*negociateur*) misyonuna benzer bir misyona sahiptir. 3 Ocak 1973 tarihli yasayla kabul edilen *médiateur*'lük kurumu bir aktif idare organı değildir. 13 Ocak 1989 tarihli yasa onun bir “bağımsız otorite” olduğunu kabul etmiştir. Yasanın 69. maddesinin “idari otorite” deyimini kullanmaması dikkat çekicidir². *Médiateur*'e kişiler tarafından yapılan başvuru, ne yargısal, ne de yönetsel başvurunun yerine geçer³ ve *médiateur*'ün kendisine yapılan başvuru üzerine verdiği karar da Fransız Devlet Şûrasına göre, “yargısal nitelik taşımadığı gibi idare hukuku tekniği açısından etkili bir idari işlem (*acte faisant grief*) niteliğine de sahip değildir”⁴. Bu nedenle *médiateur*'ün kararına karşı yargı yoluna başvurulamaz⁵. Bununla birlikte *médiateur*'ün yasanın 14. maddesine göre her yıl cumhurbaşkanına ve parlamentoya sunduğu raporun Resmi Gazetede kamu oyuna açıklanması⁶, dolaylı olarak yönetimde saydamlığın gerçekleştirilmesine önemli bir katkıda bulunmaktadır. *Médiateur*'ün başka bir yetkisi de vardır ki, bu yetki iki bakımdan önemli bir yarar sağlamaktadır. Gerçekten 24 Aralık 1976 tarihli yasayla *médiateur*'ün, bir kesin hükmün idare makamınca yerine getirilmemesi karşısında bu idare makamına **uygulama emri verme yetkisi** (*pouvoir d'injonction*) öngörülmüştür⁷. Bu genelde etkili bir yetkidir. Çünkü hem bu emir, hem de idare makamının bu emre uymadığı takdirde, emre uymadığı Resmi Gazetede özel bir rapor olarak yayımlanır. *Médiateur*'ün bu emir verme yetkisinin bir başka önemli yararı da şudur: idare makamı, kesinleşmiş bir yargı kararını yerine getirmediği takdirde, onu zorlamanın en etkili yolu Devlet Şûrası'na başvurularak yaptırım (*astreinte* = para cezası) eşliğinde uygulama emri (*injonction*) elde edilmesi olarak görülmekle birlikte, *médiateur*'ün uygulama emri verme yetkisinin bu konuda idari yargıya yapılan başvuruların sayısının azalmasına olanak sağladığı gibi, idarenin yargı kararlarını yerine getirmeme yüzdesini ciddi biçimde düşürmüştür⁸.

² CHAPUS, René, Droit Administratif Général, tome 1, Paris, 1997, p.417, no.632.

³ THERY, Jean-Francois, Médiateur, in “Les Autorité Administratives Indépendantes”, Istanbul, 1998, p.32 .

⁴ CE, Ass., 10 juillet 1981, Retail, Rec.p.303 .

⁵ VEDEL, Georges – DELVOLVÉ, Pierre, Droit administratif, tome 2, Paris, 1992, p.43.

⁶ Yasa bunu zorunlu görmemesine karşın bu raporlar Resmi Gazetede yayımlanmaktadır.

⁷ Bu yasa idari yargı kararlarıyla adli yargı kararları arasında bir ayrım öngörmemiştir.

⁸ Bkz. SOYBAY, Selçuk, İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi, (doktora tezi), Istanbul, 1994, Sh.84.

Fransa'da *médiateur* kurumunun kabul edilmesi bizdeki gibi bir anayasal problem yaratmamıştır. Çünkü *médiateur*'ü Parlatmentonun değil, hükümetin seçmesi kabul edilmiştir⁹. Bize gelince daha önceki düzenleme girişimlerinde olduğu gibi Anayasaya aykırılıktan kaçınmak için, güçler ayrılığı rejimini zedelemeyecek çözümler bulmamız ve Anayasada bu doğrultuda değişiklik yapmamız gerektiği kanısındayım.

3. Bağımsız İdari Otoriteler'den bazıları da idarenin yargısal denetiminin alternatifi sayılabilecek nitelikte denetim yetkisine sahip kılınmıştır. Bunlardan en tipik olan iki tanesi üzerinde kısaca durmakta yarar görüyorum.

a - Bunlardan biri 30 Temmuz 1981 tarihli ve 2499 sayılı Kanunla kurulan tüzel kişiliğe, idari ve mali özerkliğe sahip (md.17) **Sermaye Piyasası Kurulu**'dur (SPK). Bu kurul, 19 Şubat 1996 tarihli *İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği*'ne göre, müşterilerin borsa üyeleriyle olan uyuşmazlıkları hakkında borsa yönetim kurulunun verdiği karara karşı taraflar SPK'ya itiraz edebilirler. SPK'nın vereceği uyuşmazlığın çözümüne ilişkin karar kesindir ve buna karşı idari yargı yoluna gidilebilir. Görüldüğü gibi SPK belli idari uyuşmazlıkları çözüme yetkisiyle donatılmıştır. Bu süreç idari yargının dava yükünü bir ölçüde azaltmaktadır.

b - Sözü edilen kuruluşlardan ötekisi **Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu**'dur. 9 Ekim 2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı'na ilişkin yasaya dayalı olarak kurulan bu kuruluş, kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarını kolaylaştırıcı bir işlev yerine getirmektedir. Gerçekten adı geçen yasanın 5. maddesine göre bütün idari makam ve kuruluşları, yasada öngörülmüş olan istisnalar dışında kalan tüm bilgi ve belgeleri, bilgi edinmek üzere başvuran kişilerin yararlanmasına sunmak yükümlülüğü altındadır. Başvuran kişi, başvurduğu makamın zımnî ya da açık red kararıyla karşılaştığı takdirde bu karara karşı idari yargı yoluna başvurmadan önce, kararın tebliği tarihinden başlayarak 15 gün içinde *Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu*'na itiraz edebilir (md.13). Kurul bu konudaki kararını 30 iş günü içinde verir ve hem başvuruda bulunan kişiye, hem de kararına karşı itirazda bulunmuş olan idare makamına bildirir. İdare makamı Kurul'un bildirimini kendisine ulaştığı tarihten başlayarak 15 gün içinde istenen bilgi ve belgeyi kurula bildirmek zorundadır. Kurul da başvuruda bulunan kişiye bu bilgi ve belgeleri aktarır.

⁹ Şunun da işaretlenmesi gerekir ki, *médiateur*, kendisini seçen hükümetten bağımsızdır. Bu nedenle ona "bağımsız otorite" sıfatı verilmektedir.

Görüldüğü üzere kişilerin bilgi edinme hakkını kullanabilmelerini güvence altına alan bu süreç ayrıntılı idari usul hükümlerine bağlanmıştır. Söz konusu idari usul hükümleri aynı zamanda idari yargının dava yükünü azaltabilecek niteliktedir. Şöyle ki bir idari işleme ilişkin belge ve bilgiler ilgiliye sunulduğu takdirde o konuda doğru bilgilere ulaşan kişi, hukuki açıdan tatmin olduğu takdirde dava yoluna başvurmadan kaçınılabilir. Bu hususu kolaylaştıran bir hüküm de adı geçen yasanın 13. maddesinde öngörülmüştür. Buna göre “*Kurula itiraz başvuru sahibinin idari yargıya başvurma süresini durdurur*”. İlgili bilgi ve belgeleri elde ettikten sonra idari işlem aleyhine dava açmakta ısrar ettiği takdirde de davasını bu bilgi ve belgelere dayandırma olanağına sahip olduğundan davanın görülerek karara bağlanmasını da kolaylaştıracaktır. Bu da aslında idari yargının yükünün hafifletilmesine katkıda bulunabilecek bir husustur.

4. Genel idari usulün yasalaştırılmasının idari yargıya alternatif olma bakımından önemi ve sağlayacağı yararlar gelince; her şeyden önce bunun da kamu denetçiliğinde gördüğümüz gibi, idari yargıya gerçek bir alternatif oluşturamayacağının işaretlenmesi gerekir. Bununla birlikte, hukuk devletinde düzenli bir idari usulün varlığının kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Genel idari usulün kurallarının yasalaştırılması Avrupa hukuk sistemlerinde 19. yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren kendini gösteren bir süreçtir. Bugün AB üyesi ülkelerin hemen hepsinde genel idari usul yasası vardır. Pekiyi genel idari usul sektörüne niçin bu denli önem verilmiştir? Bunun belli başlı nedeni, bu alanda neredeyse yüzyıla varan bir birikimin, idarede saydamlığın ve demokratikliğin ve her şeyden önemlisi, kişilerin hak ve menfaatlerinin yeterince korunmasının ancak bu yoldan sağlanabileceği gerçeğini ortaya koymuş olmasıdır.

Gerçekten şu çok önemli üç husus genel idari usulün yasal düzenlemesiyle güvence altına alınabilecektir :

- İdarenin özellikle bireyin aleyhine sonuçlar yaratacak bir işlemi yapmadan önce onun görüş ve savunmasına başvurması zorunluğu.
- İdari işlemlerin gerekçeli olması zorunluğu.
- Hem idari işlemlere karşı yasal olarak öngörülmüş olan idari başvuru yollarının, hem de ilgili başvurduğu takdirde bu başvurunun süresi içinde karara bağlanarak kararın ona bildirilmesi zorunluğu.

Bu hususlar hem idari uyuşmazlıkların doğrudan yargı önüne götürülmesini zorlayıcı koşulları büyük ölçüde ortadan kaldırmakta, hem de buna rağmen uyuşmazlık yargı önüne götürülecekse, o takdirde de, dava konusu olay idari usul süreci çerçevesinde, özellikle yukarıda ayrıntılı biçimde açıklanan Bilgi Edinme Kanunu hükümlerinden yararlanılmak suretiyle büyük ölçüde aydınlatılmış olduğundan, yargı sürecinin hızlandırılması ve doğru karara ulaşılmasının kolaylaştırılması gibi azımsanmayacak yararlar sağlanmış olacaktır¹⁰. Kısacası genel idari usulün yasallaştırılması, idari yargıya her durumda gerçek bir alternatif oluşturabilecek uyuşmazlık çözüm modeli yaratmasa da, eğer idarenin ilgilinin itirazı üzerine vereceği karar uyuşmazlığın çözümü ya da ilgiliyi kararın hukuken doğruluğu hususunda tatmin ederse, olayın idari yargıya götürülmesi gereği kalmayabilir. Böylece idari yargının giderek artan dava yükünden bir ölçüde kurtarılması gibi önemli bir fayda sağlanmış olur¹¹.

Ne var ki, geçen yüzyılın 80'li yıllarından beri genel idari usulün önce bir KHK ile, sonra da bir kanunla düzenlenmesine birkaç kez teşebbüs edilmiş olmakla birlikte, bu hususta bir sonuç elde edilebilmiş değildir¹². En son 2006'da hazırlanmış olan tasarı da henüz yasalastırılmamıştır. Söze edilen tasarinin "**Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri**" başlığı altındaki 7. bölümünde 43.- 61. maddelerde konuya ilişkin hükümler yer almıştır.

Bu bağlamda bir noktaya daha değinmekte yarar görüyorum ki, o da şudur: Sözü ettiğim taslağın 69. maddesinde şu ifade yer almıştır: "6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa 19. maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki 19/a maddesi eklenmiştir :

"Alternatif uyuşmazlık çözüm usullerine havale

Madde 19/a - Mahkeme görülmekte olan bir davada, tarafların birlikte talebi üzerine uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm usulüne

¹⁰ **AZRAK, Ülkü**, Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi, in "İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası", C.XXXIII, sayı 1-2, sh 66 vd.

¹¹ **ALAN, Nuri**, İdari Usul İle İdari Yargı Arasındaki İlişkiler, in "*İdarenin Demokratikleştirilmesi Süreci Olarak Saydamlık*" Maltepe Üniversitesi Yayınları – Özel Sayı, İstanbul, 2008 sh. 40-41 .

¹² Genel idari usul konusu Türk idare hukuku öğretisinde ilk kez bu satırların yazarı tarafından "*Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi*" başlığı altında 1964 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde sunulan doktora tezinde ele alınarak bu alanın yasalastırılmasının kaçınılmazlığı gözler önüne serilmeye çalışılmıştı. O tarihten bu yana 45 yıl geçmesine karşın ne yazık ki böyle bir yasa hâlâ çıkarılmamıştır. Türk yasa koyucusunun bu konudaki isteksizliği, hem idari süreçlerde hukuk güvenliği, hem de idari yargıda dava yükü açısından ağır sonuçlar yaratmaktadır.

havale edilmesinin mümkün ve faydalı olduğuna kanaat getirirse, davanın Genel İdari Usul Kanununda sayılan alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinden müzakere ve uzlaşmaya havale edilmesine karar verebilir. Bu halde taraflara en çok bir ay süre verilir. Bu durum duruşmada ortaya çıkarsa taraflara verilen süre üzerine duruşmaya ara verilir.

Uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri sonunda çözülmesi halinde, mahkemece keyfiyet tutanağa geçirilerek anlaşma doğrultusunda karar verilir.”

Bu hüküm yasalaşmış olsaydı, öngörülen süreç gerçek anlamda bir “*alternatif uyuşmazlık çözüm usulü*” niteliği kazanmış olacaktı ve bu suretle de yargıya başvurma sayısında ciddi bir azalmaya katkıda bulunabilecekti.

5. İdari yargıya alternatif uyuşmazlık çözümü usullerinden bir başkası da “**Tahkim**”dir. İdari imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi konusu ilk kez 1999’un başlarında ortaya atıldı ve ciddi tartışmalara neden oldu. 13 Ağustos 1999’da da Anayasanın 125. maddesinde yapılan değişiklikle mevzuata girdi. Bu sürecin ortaya çıkması özellikle enerji üretimine ilişkin sözleşmelerle ilgilidir. Türkiye’de elektrik üretiminin, özellikle elektrik santrallerinin yapımının neden olduğu mali yükün devlet tarafından karşılanmasının güçlüğü bu alanda özel sektörle işbirliği yapılması zorunluğunu doğurmuştur. Ne var ki özellikle bu alanda yabancı sermaye yatırımı ön planda geldiğinden yabancı sermayenin şikayetçi olduğu, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ulusal yargı kararlarıyla çözülmesinin bir yana bırakılarak **uluslararası tahkim** yolunun yasalaştırılması düşünülmüştür. Fakat bu alanın yasayla düzenlenmesi, anayasa engeliyle karşılaşacağından ve her şeyden önce Anayasa Mahkemesi’nin 1995’ten 1999’a kadar bu konuya ilişkin olarak verdiği kararlarda “*imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı konamayacağı*”nı hüküm altına aldığından, Anayasa Mahkemesinde açılacak olası bir iptal davasını önlemek üzere Anayasanın 125. maddesinde 13.8.1999 tarihli kanunla değişiklik yapılarak imtiyaz sözleşmelerine, bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların ulusal ve uluslar arası tahkim usulleriyle çözümleneceğine dair hüküm konması kabul edilmiştir. Ne var ki, bu Anayasa hükmü, imtiyaz sözleşmelerinde tahkimi savunanların başta ileri sürdükleri enerji yatırımlarını kolaylaştırma gereğiyle sınırlı kalmayıp tüm imtiyaz sözleşmelerini kapsayacak bir genişlikte düzenlenmiştir. Ayrıca sözü edilen 13.8.1999 tarihli kanun, aynı zamanda Anayasanın 47. maddesinde de değişiklik yaparak “**özelleştirme**”yi ilk kez Anayasa metnine sokmuştur. Genel olarak kabul edildiği üzere emanet usulüyle görülmekte olan bir kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmesiyle

gördürülmesine karar verilmesi de bir çeşit özelleştirmedir. Yalnız burada kuşku yaratan husus, Anayasanın 47. maddesine göre, özelleştirmenin yasayla yapılmasına karşılık imtiyaz sözleşmesinin bir idari kararla yapılmasıdır.

Öte yandan imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay'ın daha önce inceleme kararı vermesinin bağlayıcılığı göz önünde tutularak bunun ortadan kaldırılması için aynı kanunla Anayasanın 155. maddesinde de değişiklik yapılarak inceleme kararı deyimini yerine sadece bir *istişari karar niteliğinde* olan ve bağlayıcı niteliği bulunmayan "düşünce bildirme" deyimini konmuştur. Bu suretle Danıştay'ın "*Tahkim Şartı*"nı içeren bir imtiyaz sözleşmesi hakkında olumsuz bir inceleme kararı vermek suretiyle engelleyici bir etken olması önlenmiştir. Maddenin eski haline göre Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri hakkında verdiği inceleme kararının da bağlayıcılığı hususunun kuşkulu olduğu da ileri sürülmüştür¹³. İnceleme ile görüş bildirme arasında bir fark olmasaydı 155. maddenin 1999'da yapılan değişiklikten sonraki yeni versiyonunda "*...imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek*", buna karşılık yine aynı maddedeki "*tüzük tasarılarını incelemek*" biçiminde bir ayırım yapılması öngörülmezdi. Bilindiği gibi, tüzüklerin Danıştay tarafından incelenmesinden kasıt, bunların tüm maddelerinin incelenerek her biri hakkında görüş belirtilmesidir. Her ne kadar bu görüş mutlak olarak bağlayıcılık karakterine sahip değilse de, bakanlar kurulu burada bir seçim yapmak zorundadır: tüzüğün ya Danıştay'a sevk edildiği versiyonu ile, ya da Danıştay'ın önerdiği versiyonu ile kabul edilerek yürürlüğe konmasına karar vermek zorundadır. Tüzüğün Danıştay'dan gelen versiyonu dışında bazı düzenlemeler öngörmek istediği takdirde, bunu da tekrar Danıştay'a havale etmesi gerekir¹⁴. Bunu yapmadığı takdirde, ileride bu tüzüğün uygulanması sürecinde dava konusu yapılarak, Danıştay'ın İdari Dava Daireleri Kurulu önüne getirilmesi durumunda iptal kararıyla karşılaşması kaçınılmazdır¹⁵.

Anayasada yapılan bu değişiklikleri bir dizi kanunda yapılan değişiklikler izlemiştir. Ayrıca 5 Temmuz 2001'de konuya ilişkin önemli bir kanun olan "*Milletlerarası Tahkim Kanunu*" çıkarılmıştır. Bu kanunda kamu hizmetinin özel sektör tarafından yürütülmesine ilişkin sözleşmelerde *uluslararası tahkimin* öngörülmesiyle ilgili hükümler yer almaktadır. Ayrıca 21.01.2000

¹³ bkz. **KARAHANOĞULLARI, Onur**, *Kamu Hizmeti - Kavramsal ve Hukuksal Rejim*, Ankara, 2002, sh.327.

¹⁴ **DURAN, Lütfi**, *İdare Hukuku – Ders Notları*, İstanbul, 1982, sh.453.

¹⁵ Bu konuda Danıştay'ın tipik bir kararı için bkz. Danıştay İDDGK., "*Otomobil-İş Sendikası kararı*", 12.06.1987, E.1986/45 – K.1987/31, Danıştay Dergisi, s.68-69, sh.207 vd.

tarhinde çıkarılan 4501 sayılı “*Kamu Hizmetleriyle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun*”da tahkimin, yabancılık unsurunun ve hakem kararlarının tanınması, tenfizi ve temyizine ilişkin tanım ve düzenlemeler yer almaktadır. İşin ilginç yanı, bu kanunun 6. maddesinde “uluslararası antlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde *Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu* ile 20.05.1984 tarihli ve 2675 sayılı *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun*’un tahkim hakkındaki hükümlerinin uygulanmasının” öngörölmüş olmasıdır. Gerek bu kanunda, gerekse “*Milletlerarası Tahkim Kanunu*”nda, hukuk yargılama usulündeki yetki (asliye mahkemesi), kanun yolu (hakem kararının iptali başvurusu), hakem kararlarının tanınması, tenfizi ve diğere usul konularına ilişkin olarak öngörölen hükümler dolayısıyla Türk idari yargı mercileri, milletlerarası tahkimi içeren imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hakkındaki hakem kararının tanınması, tenfizi ve iptali konularında da görevli olmayacaktır.

Bilindiğı üzere imtiyaz sözleşmesi kamu hizmetinin göröülmesinin özel girişimciye geçici olarak devredilmesini öngören bir idarî sözleşme tipidir. Bu tip sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran kriterlerin başında, bunlarda sözleşmenin tarafı olan idarenin *özel hukuku aşan yetkilerinin* öngörölməsi gelmektedir. İdare, Fransız öğreti ve içtihatlarında kabul edildiğı ve Türk idare hukukunun da benimsediğı bir kurala göre, imtiyaz sözleşmesinin konusunu oluşturan kamu hizmetinin sahibi (*maître du service public*) durumunda olduğundan bu hizmetin, taşıdığı niteliğe ve amacına uygun biçimde yürütölmelerini sağlama yetki ve sorumluluğunu taşımaktadır¹⁶. Sözleşmenin tarafı olan özel girişimcinin bu hususlara ilişkin olarak sözleşmeye aykırı davranışları karşısında idarenin re’sen müdahalede bulunmasının zorunlu olduğü durumlarla karşılaşılması bazen kaçınılmaz olabilir. Şunun da işaretlenmesi gerekir ki Anayasanın 47. maddesine eklenen bir hükümle, devlet veya diğere kamu tüzel kişilerinca yürütölen kamu hizmetlerinden hangilerinin *özel hukuk sözleşmesiyle* özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine yaptırılabilceğinin kanunla belirlenebileceğı kabul edilmiştir. Ne var ki, konusu kamu hizmeti olan bir sözleşme özel hukuk sözleşmesi hükmünde sayıldığı takdirde, idarenin böyle tek yanlı müdahalede bulunması ve gerekli gördüğü durumlarda, hizmetin amacı olan kamu yararını korumak için de olsa, yaptırım uygulaması söz konusu

¹⁶ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.3, İstanbul, 1968, sh. 1630; LAUBADÈRE, André de, Manuel de Droit Administratif, Paris, 1947, sh. 220-221.; VEDEL, Georges, Droit Administratif, Paris, 1968, sh.222-223; CHAPUS, René, a.g.e., C.1, sh. 1081-1082.

olmayacaktır. Hatta sözleşmenin yürürlükte olduğu dönem içinde koşulların değişmesi nedeniyle “değişkenlik” ya da “yeni koşullara uydurulma” kuralları gereğince, sözleşmenin hükümlerinden bazılarında idarenin re’sen değişiklik yapma yetkisi de bulunmayacaktır. Öte yandan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi bir idari sözleşme olduğundan bunun uygulanmasından doğan hukuki uyuşmazlıkların da idari uyuşmazlık niteliği taşıması doğaldır. Bununla beraber tahkim şartını içeren imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğine dönüştüğü de ileri sürüldüğüne göre, bu gibi sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların da özel hukuk uyuşmazlığı sayılması doğaldır.

SONUÇ

İdari yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözme usullerinden biri olan *Ombudsman* (Kamu Denetçiliği Kurumu) ülkemizde iki önemli konuda yarar sağlayabilir. Bunlardan biri bütün uyuşmazlıkların yargı yerlerine götürülmesi sonucu ortaya çıkan davaların yığılması gibi bir çok bakımdan ciddi sakıncalar yaratan bir durumun az çok önlenmesine katkıda bulunabilir. İkincisi, maddî ve manevî tazminata yol açan ulusal yargı yerlerine ve AİHM’ye yapılan başvuruların ve özellikle idari yargı kararlarının yerine getirilmemesinden doğan zararların devlete ve sonuçta vergi ödeyicilerine ödettilmesi gibi adaletsiz sonuçların önünün alınmasına yardımcı olması bakımından Kamu Denetçiliği Kurumu küçümsenmeyecek yararlar sağlayabilir. Bu bakımdan yukarıda da işaretlendiği gibi, Anayasaya aykırı olmayacak bir yasal düzenlemeye gereksinme vardır. Bu kurumun tahkimde olduğu gibi Anayasanın sistemi içerisine alınmasıyla anayasal sorun da çözülebilir.

Uluslararası tahkimin idare hukuku alanında kabul edilmesine gelince; burada her şeyden önce idari sözleşmeler ve bunların konusunu oluşturan kamu hizmeti açısından soruna yaklaşılması gerekmektedir.

Fransa’da 1940’lı yıllarda kamu hizmeti kavramında ortaya çıkan kriz¹⁷ günümüzde küreselleşmenin etkisiyle içerik değiştirerek tekrarlanmış

¹⁷ İkinci dünya savaşı öncesinde Fransız idare hukukunda özellikle millileştirme hareketi dolayısıyla, kendisini gösteren gelişme, sinai ve ticari kamu hizmetlerinin doğumuna yol açmıştır ve 1940’lı yılların başında, bu yeni kamu hizmeti kategorisine hangi hukuk kurallarının uygulanacağı konusunda hem öğretilde, hem de Conseil d’État’nın içtihatlarında bazı belirsizlikler ortaya çıkmıştır. Bunu kamu hizmeti kavramında kriz olarak nitelendiren Fransız bilim çevreleri bu konu hakkında esaslı incelemelerde bulunmuştur. Bunun için bkz.: **BONNARD, Roger**, *Précis de Droit administratif*, 3.

bulunmaktadır. İçinde bulunduğumuz dönemde Türkiye’de de, özellikle idari sözleşme kavramında ve dolayısıyla bu sözleşmelerin konusunu oluşturan kamu hizmeti kavramında da sözü edilen krizin ortaya çıktığı gözlenmektedir.

Anayasa’nın 47. maddesine eklenen bir fıkrayla kamu hizmeti sözleşmesi kavramına getirilen değişiklikle yasa koyucuya hangi kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere gördürülebileceği hususunu kararlaştırma konusunda sınırsız bir takdir yetkisinin tanınması, ilerde bu alanda ciddi tehlikeler yaratabilecektir.

Öte yandan, imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin öngörülmesinin Türk ulusal yargısından çekinen yabancı sermayenin yatırım yapma hususunda motive edeceği ve böylece yabancı yatırımların artması gibi olumlu bir sonuç yaratacağı ileri sürülmüştür¹⁸. Arada geçen zaman içerisinde böyle bir beklentinin düşünüldüğü boyutlarda gerçekleşmediği, yabancı sermayenin daha ziyade spekülasyon amaçlarına yönelik olarak Türkiye’ye geldiği açıkça ortaya çıkmıştır. Bu da imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartının öngörülmesinin düşünüldüğü ölçüde bir yararı kesinlikle sağlamadığı, aksine tahkimde Türk devletinin zararına bazı gelişmelerin ortaya çıkmasına neden olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bunun bir örneği, Sakarya – Bolu – Düzce bölgesindeki elektrik dağıtım ve satışının yabancılık unsuru içeren bir şirketle tahkim şartını öngören *Uygulama Sözleşmesi* yapılmış olmasıyla ortaya çıkan olaydır. Gerçekten buna ilişkin Bakanlar Kurulu kararının 9 Ağustos 2000 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmasından sonra imzalanan sözleşmenin içerdiği projeden daha sonra vazgeçilmesi üzerine, uluslararası tahkime giden şirket, hakem kurulunun kararıyla 16.9 milyon \$ tutarında tazminata mahkûm ettirmiştir¹⁹. Bu beklenmedik ağırlıktaki tazminat bu konudaki kaygıları doğrular niteliktedir.

Başka ülkelerde bu konuda edinilmiş olan deneyimlerin de ciddi olumsuzlukları ortaya koyduğu söylenebilir. Bunlardan biri Kanada’da cereyan eden bir olaydır. Gerçekten ABD/Virginia kökenli Ethyl adlı bir şirketin, Kanada hükümetiyle yaptığı bir sözleşmeye dayanarak MMT adıyla bilinen gaz katkılı ve kanserojen bir manganez türünü ithal ederek toplum sağlığını tehdit eden bir faaliyeti sürdürmesi üzerine başvuru Ottawa

Édition, Paris, 1940, p. 709 s.; **WALINE, Maurice**, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 6. Éd., Paris, 1952, p. 308 s.; **DRAGO, Roland**, *Le Crises de la Notion d’Établissement public*, Paris, 1950 (doktora tezi), p. 66 s.

¹⁸ İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, Panel- TBB yayını, Ankara, 16.07.1999, sh. 13 vd.

¹⁹ **ÇAL, Sedat**, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, Ankara, 2008

mahkemesi bu faaliyetin durdurulmasına karar verdi. Ethyl şirketi, NAFTA Hakem Mahkemesine başvurarak 251 milyon \$ tazminat istedi. Bu tazminat istemini çok yüksek bulan Kanada hükümeti, şirketin aynı koşullarda çalışmasını kabul ettikten başka işletmenin kapalı olduğu süredeki 13.5 milyon dolarlık kaybını ödemeyi de kabul etti²⁰. ABD'nin AB ülkelerine sattığı hormonlu sığırların ithalinin AB Komisyonunca durdurulması üzerine ABD'nin AB'yi hakem kararıyla baskı altına alması üzerine AB hakem kurulunun verdiği cezayı çok yüksek bulduğundan kanserojen etlerin yıl sonuna kadar ithaline izin verdi.

Bütün bu örnek olaylar sözleşmelerin tahkim yoluyla yaratılan baskılarla nasıl **kamu yararına aykırı** olarak yürütülmek zorunda kalındığını açıkça ortaya koymaktadır.

Tahkime ilişkin olarak buraya kadar yapılan açıklamalar, Anayasada yapılan değişikliklerle idari yargının ve özellikle Danıştay'ın görev alanının daraltılarak etkisizleştirilmek istendiğini göstermektedir. Bu durum karşısında, Türkiye'de artık **idarî rejim**'in egemen olduğunu söylemek de pek mümkün görünmemektedir. Daha kötüsü, idarenin özel kişilerle yaptığı tahkim şartını içeren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların hakem kararıyla çözülmeye çalışılması, sadece idari rejimi zedelemekle kalmayıp, hukuk devleti ilkesine de zarar verebilecektir. Çünkü idarî yargının amacı, sadece idare karşısında kişi hak ve menfaatlerini korumaktan ibaret olmayıp aynı zamanda idarenin hukukun sınırları içerisinde tutulması gibi hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birinin gerçekleştirilmesini de sağlamaktır.

İdarî yargının en önemli misyonu da kamu yararını korumak ve aynı zamanda kamu yararıyla kişilerin hak ve menfaatleri arasında denge kurmaktır. Esasen idarî yargı ile adli yargı ve dolayısıyla uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi süreci arasındaki temel fark da kendisini burada göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında, “idarî faaliyetlerin hangi yargı yerinde daha etkin denetleneceğine ilişkin kesin bir yargıya varmanın güç olduğu, ancak idarenin taraf olduğu sözleşmelerden doğan davaların ve tazminat davalarının idarî yargının uzmanlaştığı alanlar olduğunu söylemenin mümkün olmadığı” yolundaki değerlendirmelerin ²¹ doğru ve gerçekçi olmadığını belirtmek zorundayım. Bunu ortaya koyan Danıştay'ın bir örnek kararına işaret etmekle yetinmek istiyorum. Danıştay, bu kararda bir imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan özel kişinin imtiyaz sözleşmesine aykırı davranışı karşısında re'sen para cezası verme kararını, bu kararı vermeden

²⁰ **Türk Tabipler Birliği Bildirisi**, 4.12.2002, bkz www.istabip.org.tr/hf/hf7899.html

²¹ Sözü geçen değerlendirme için bkz. **ULUSOY, Ali**, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ankara, 2004, sh.152.

önce ilgiliye savunma hakkı tanımamış olmasının “hukukun ana ilkelerine aykırı” görerek iptal etmiştir²². Böyle bir kararın, sözleşme hükümlerini katı bir biçimde yorumlayan adli yargı mercilerince verilebileceğini tasavvur etmek güçtür. Ayrıca idarenin, idarî sözleşmelerden doğan sorumluluğunun, özel hukuk hükümlerine göre aktedilen sözleşmelerden kaynaklanan sorumluluktan çok daha kapsamlı olduğunun da altının çizilmesi gerekir²³. Tahkim de esasen sözleşmenin hükümlerinden doğan taraflar arasındaki uyuşmazlıklar hakkında değil, idarenin sözleşmenin uygulanma sürecinde ortaya çıkan malî sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümüyle ilişkili olabilir. Bunun tipik bir örneği, Osmanlı Devleti ile Fransız şirketi arasında aktedilmiş olan “*Deniz Fenerleri İşletmesi*”ne ilişkin olup tahkim şartı içeren idarî sözleşmenin, işletmenin T.C. Devleti tarafından *rachat* yoluyla devletleştirilmesi nedeniyle sona erdirilmesini izleyen süreçte, Devlet Şûrası Dava Daireleri Hey’eti’nin 1937/238 sayılı kararıyla oluşturulan hakem hey’etinin, sadece sözleşmenin feshinden doğan tazminatın miktarı hakkında karar vermiş olmasıdır²⁴.

Son olarak şunun da işaretlenmesi gerekir : *Milletlerarası Tahkim Kanunu*, “bir uyuşmazlığın “yabancılık unsuru” taşıması için tahkim anlaşmasının tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması veya tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi gerektiğini” ni belirtmiş olmasına karşın, bu düzenlemede çok önemli bir eksiklik hemen göze çarpıyor ki, o da yabancılık unsurunun belirlenmesinde şirketin içindeki yabancı sermaye payının oranına ilişkin hiçbir koşulun yer almamasıdır. Bu husus sırf uluslararası tahkimden yararlanma amacıyla çok küçük sermaye katılımının sağlanması suretiyle muvazaalı şirketlerin kurulmasına kapı açmaktadır. Oysa anayasa değişikliği yapılırken, hükümet tahkimden yararlanacak şirketlerde yabancı sermaye payını belirleyecek nesnel ölçütlerin yasada gösterileceği beyan edilmişti.

Kamu hizmetlerinin görülmesinde en klasik bir sözleşme tipi olan imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin idari yargı dışı bir alternatif uyuşmazlık çözme yolu olarak görülmesinden vazgeçilmesi ve mevzuatta bu doğrultuda

²² **Danıştay 8. Dairesinin** 11.1.1966 gün ve E.1965/933 – K. 1966/44 sayılı kararı. Yayımlanmamış olan bu karar için bkz. Danıştay 8. Daire Kararları, Ankara, 1974, sh.416.

²³ Bu konuda örnekleriyle ilginç açıklamalar içeren eser için bkz. DURAN, Lûtfi, “*Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*”, Ankara, 1974, sh.27, 58.

²⁴ **BAŞPINAR, Recep**, İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar, 2 in 100 Yıl Boyunca Danıştay”, Ankara, 1968, sh. 517 vd.

değişiklik yapılarak Türkiye’de neredeyse yüz yıl boyunca yerleşmiş olan klasik imtiyaz sözleşmesi kavramına dönülmesinin yerinde olacağı ve konuya ilişkin ciddi sorunların bu suretle giderilebileceği kanısındayım.

Semra KAYIR - Sayın AZRAK’a bu bildirimleri için teşekkür ediyoruz.

Şimdi ikinci oturumun ikinci konuşmacısı Yedinci Dairemizin üyesi Sayın Fahrünnisa TUNCA. Bize idari istinaf konusunda bilgi verecek. Konuşma süresi 25 dakika ama, prensip olarak sizi de kesmemeğe çalışacağım.

İDARİ YARGIDA İSTİNAF

E. Fahrünnisa TUNCA *

Sayın Başkanım, değerli katılımcılar;

141 yıllık bir geçmişi bulunan Danıştayımızın kuruluş yıldönümü için düzenlenen ve “Hukuk Devleti” ilkesinin geniş kitlelerde yerleşmesine yardımcı olacak çeşitli bildirimlerin sunulması suretiyle bilim dünyası ile uygulamacıları bir araya getiren sempozyum programlarımızda daha önce hiç işlenmemiş bir konu üzerinde yaptığım çalışmayı sizlere aktarmak üzere karşınızdayım.

Bu seneki başlık; “yeniden yapılanma” olarak belirlenmiş olup, benim sunacağım konu da İdari Yargılama Usulümüzde henüz yer almayan “İSTİNAF” olmuştur.

İSTİNAF; hepimizin bildiği ama pek yakından tanımadığı bir kavram. Anlamı bir uyuşmazlığın üst mahkemede yeniden muhakeme edilmesi (üst denetim) dir. Ancak, ülkemizde temyiz de aynı anlamda kullanılmakta hatta temyiz merciileri incelemelerini istinaf incelemesi gibi yapmaktadır. Oysa her iki inceleme yolunun en ayırt edici özelliği ilkinde yargılama maddi ve hukuki yönden yeniden gerçekleştirilmekte, ikincide ise yalnızca hukuki denetim yapılmaktadır.

Bir yargılama usulü kavramı olan istinaf gerek adli yargı alanında (hukuk ve ceza) gerekse idari yargı alanında yer alabilir. Nitekim 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun” ile hukuk ve ceza muhakemesinde istinaf yolu Türk yargı sisteminde yeniden kabul edilmiştir.

Yeniden diyorum; çünkü Türk yargı sisteminde bir zamanlar istinaf vardı. Osmanlı döneminde “kadı”lar tarafından yerine getirilen yargılama tek dereceli idi. Zamanla şeriye mahkemelerinin yanısıra nizamiye mahkemeleri de kurulunca Osmanlı Devletinde istinaf sistemi kabul edilmiş ve bu sistem yargılamada yer almıştı. Ancak, ayrı mahkemeler olarak değil, ilk derece mahkemelerine bu görev de verilmişti.

* Danıştay Yedinci Daire Üyesi

1920'de Türkiye Büyük Millet Meclisinin açılması ve 1923'de Cumhuriyet'in kurulmasından sonra yapılan devrimler arasında yer alan HUKUK devrimi kapsamında çıkarılan 469 sayılı Mahakimi Şeriyenin İlgasına ve Mahakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanunu'nun 9. maddesi ile istinaf mahkemelerinin ve görevlerinin ortadan kaldırıldığı görülüyor. Tarihsel sürece bakınca da 1932'den başlayan ve günümüze kadar devam eden bir düşünce, istek, oluşumla karşılaşıyoruz. Gerek hukuk bilimini öğreten kişiler gerek uygulayan kişilerde bu düşünce ve istek dile getiriliyor ve gerekse de siyasal iktidar ve yasa koyucular tarafından oluşum için çaba gösteriliyor. Bunların sonucunda da biraz önce belirttiğim Kanun'la adli yargıda Bölge Adliye Mahkemeleri adıyla istinaf mahkemeleri kuruluyor ve idari yargıda da istinaf sistemi olup olmayacağı tartışılmaya başlanıyor ve hatta 10.11.2008 gün ve 2008/14481 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Yargı ve Temel Haklar başlıklı 23. Faslında “İdari Yargılama Usulünde İstinaf Kanun Yolunun Oluşturulması Hakkında Kanun” çalışmalarının başlayacağı kabul ediliyor ve 31.12.2008 günlü Resmi Gazete'de yayımlanıyor. Bu Kanun'un hazırlanmasından ve yayımlanmasından sorumlu olan Adalet Bakanlığı ise 2008 yılından itibaren bu çalışmalara başlıyor. Gördüğümüz gibi bu konuşmanın burada yapılmasının bir nedeni de bu.

İdari Yargı Sistemimiz 20 Ocak 1982 tarihinde yürürlüğe giren 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile yeniden yapılandırılmış, Danıştay'ımız idari uyuşmazlıklarda yıllardır yürüttüğü ilk ve son derece mahkemesi görevini 1982 Anayasamızda da yer aldığı üzere kanunlarda gösterilen belli davalar dışında bırakarak idari yargı alanında YÜKSEK MAHKEME sıfatıyla temyiz mercii görevini yürütmeye başlamıştır. Danışma ve inceleme mercii görevleri de devam etmiştir.

Aradan geçen 27 yıl içinde kuruluş kanunlarında ve yargılama usulü ile ilgili çeşitli değişiklikler yapılmış, bunlarla dava ve yargılama süreçlerinin çabuklaştırılması, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerine uygun kuralların bulunmasına çalışılmıştır. Şimdi de idari yargı sisteminde istinafin olması isteniyorsa bu amaçlarla olmalı, çalışmalar “Adil Yargılanma İlkesi” de dahil olmak üzere hukukun etkinliği ve önemi de göz ardı edilmeyerek yapılmalı ve sonuçlandırılmalıdır.

İSTİNAF'a gerek var mıdır? Bu konuda her zaman ve her konuda olduğu gibi iki farklı görüş bulunmaktadır. Çağdaş ülkelerde bulunan bu

sistemle yerel etkilerden uzak kalabilecek olan istinaf hakimlerince yargılamanın yeniden yapılmasının adaletin gerçekleşmesini sağlayacağı, ilk derece yargıçlarını üstlerinde istinaf denetimi olduğu için daha dikkatli ve özenli olmaya yönelteceği ve bu şekilde ikinci kez yapılan yargılamanın bir teminat olduğu istinafi savunanlarca ileri sürülmektedir. Ama bunlara karşılık istinaf sisteminin olmamasının ülkenin veya hukuk sisteminin çağdaş olup olmaması ile ilgili olmadığı, hukuk devleti ilkesinin tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçirilememiş olması, yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanamamasının çağdaşlıkla daha yakından ilgili olduğu, bir yargıcın değil yerel etkiler, hiçbir etki altında kalmasının düşünülmemeyeceği belirtilmektedir.

Ve hatta, yargıcın üst denetim olduğu için daha titiz olabileceği olasılığına karşılık aynı yargılamayı yapacak olan başka bir mahkemenin varlığının onu sorumluluk duygusundan uzaklaştıracağı da söylenmektedir. Gerçi hiçbir hakimin karar verirken onun denetime (istinaf-itiraz-temyiz) tabi tutulacağını düşündüğünü sanmamalıyız. Hakimin vicdanında üst mahkeme korkusu değil, haksızlık yapma, adaleti gerçekleştirilememeye korkusu yer almalıdır.

Öte yandan, farklı görüşte olanlar yargılamanın ikinci kez yapılmasının yargılama sürecini uzatacağını gözardı etmemek gerektiğini de ileri sürerler. Tarafların; yargılamanın aynen gerçekleştirilecek olması halinde ilk derece mahkemesine güvenlerinin sarsılacağı veya aynen gerçekleştirilmediği takdirde üst mahkemenin gerçeğe nasıl varabileceği konusunda kuşkularının doğacağını iddia ederler. 1922 yılında Andrieux tarafından bu şu şekilde ifade edilmiştir: “İstinaf hakimi hastayı kendi muayene eden bir doktor değil, meslektaşının hazırladığı rapora göre teşhis koyan bir doktordur.”

Görüldüğü üzere istinaf gerekiyorsa, bu leh ve aleyhte olan görüşler incelenmeli, değerlendirilmeli ve ona göre bir sonuca varılmalıdır. Saydığım bu görüşlerin dışında başka düşünceler de ortaya çıkarılmalı ve 1978 yılından beri yürütmekte olduğum idari yargıçlık görevimde esas aldığım “HUKUK DEVLETİ” ilkesinin gerçekleşmesinde en yararlı olacak sistem bulunmalıdır. Bunun için aceleye gerek yoktur. Bir kurumun kurulması kolaydır, sakıncaları görülse bile ortadan kaldırılması ise çok zordur.

ÇAĞDAŞ ÜLKELER'de var olduğunu söylediğimiz İstinaf'a bakmak zorundayız. Çünkü her alanda başkalarının deneyimlerinden yararlanmak kişileri, kurumları ve hatta Devletleri daha ileriye götürür düşüncesindeyim.

İdari yargı düzeninin ilk olarak uygulanmaya başladığı ve bizim idari yargımızın da esinlendiği FRANSA'da 1799 yılında kurulan Danıştay 1953 yılında kurulan idari mahkemelerden sonra 31.12.1987 tarihinde idari istinaf mahkemeleri kurulmuş ve bu tarihten sonra üç düzeyde örgütlenmiş bir yargı düzeni oluşturulmuştur. Fransız Danıştay'ı da en üst düzey idari yargı mercii olup hem istinaf hem temyiz mahkemesi görevini yürütmekte iken istinaf mahkemelerinin kurulması ile istinaf yetkisi kısıtlamalara uğramıştır. Bu konuda çıkarılmış ve İdari Mahkemeler ve İdari İstinaf Mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkileri ile yargılama usullerini düzenleyen Kanun'a göre İdari Mahkemeler birinci derece mahkemelerdir. İdari İstinaf Mahkemeleri, Danıştay'a istinaf hakimliği niteliği ile verilmiş yetkiler saklı kalmak üzere birinci derece İdari Mahkemeler tarafından verilmiş olan kararlara yönelik istinaf istemlerine bakarlar. İdari Mahkemelerin ve İdari İstinaf Mahkemelerinin istişari görevleri de bulunmaktadır.

İki ayrı yargı düzeni olan ve idari yargının biri danışmanlık diğeri de idari uyumsuzlukları çözümlenmek görevi üstlendiği Fransız sistemi birçok Avrupa Ülkesinde uygulanmaktadır. Belçika, İtalya, Yunanistan gibi. Almanya ve Avusturya'da ise iki ayrı düzen vardır ama idari yargıya danışmanlık yetkisi verilmemiştir.

Şimdi bir diğer Avrupa ülkesi olan İsveç'teki sisteme bakalım, şöyle bir açıklama yapayım. İsveç; Türkiye'de istinaf sisteminin kurulmasını isteyen ve bunun için destek veren ülkelerden birisidir. Bu nedenle, 2008 yılında yargı mensuplarımız İsveç'e davet edilmiş ve kendilerine gerekli bilgiler verilmiştir. İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi mensupları bu desteği devam ettirmek amacıyla 2009 yılının Mayıs ayında da Türkiye'ye gelecek ve bu konu ile ilgili düzenlenen bir sempozyuma katılacaklardır.

Bu gezide verilen bilgileri özetleyecek olursak Ülkede İsveç Yüksek İdare Mahkemesinin en üstte olduğu üç kademeli bir idari yargı sistemi bulunmaktadır. İdari istinaf mahkemeleri 4, ilk derece mahkemeleri de 23 tanedir. İdare Mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf mahkemesine veya İsveç Yüksek İdare Mahkemesine temyiz başvurusunda bulunulduktan sonra istinaf incelemesi veya temyiz incelemesinin yapılması bir ön izne tabidir. Özellikle bir davanın Yüksek Mahkemede ele alınabilmesi içtihat yaratır nitelikte olmasına bağlıdır.

İsveç'te idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamaya yönelik İdari Usul Kanununun çıkarılmasının çok büyük önemi olduğu gözlemlenmiştir. Ayrıca her idarede bir hukuk birimi kurulmuş olup bu birimler idari yargı kararlarını yakından takip etmektedir.

Ancak, her ülkenin koşullarının farklı olduğu gözönünde bulundurulduğunda 9 Milyon nüfuslu İsveç'te uygulanan ve olumlu sonuç alındığı ifade edilen yargılama sisteminin 70 Milyon nüfuslu Türkiye'de mutlaka aynı sonuçları verebileceği kabul edilemez.

Ülkemize gelince; biraz önce belirttiğim gibi 1982 yılından itibaren kurulan idare ve vergi mahkemeleri ilk derece idari yargı mercileri olarak görev yapmaya başlamış, idari yargının Yüksek Mahkemesi olan Danıştay ile aralarında kurulan bölge idare mahkemelerine itiraz yolu ile bir anlamda üçlü sisteme geçilmiştir. 2576 sayılı Kanunda 1988 yılında yapılan ilk değişiklikle tek hakimin bakacağı uyuşmazlık miktarının sınırı artırılmıştır. Son olarak 2000 yılında 2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanunlarda yapılan değişiklikler ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı görevler sınırlandırılmış, idare ve vergi mahkemesi hakimlerinin tek başına bakabileceği uyuşmazlık miktarları yıllar itibarıyla artırılmaya başlanmış, bu kararlar ile idare ve vergi mahkemelerinin kurul halinde vermiş olduğu bazı kararlara karşı temyiz yolu kapatılarak Bölge İdare Mahkemelerine itirazın başvurma yolu açılmıştır. Böylece idari yargıda oluşan tıkanıklık bir ölçüde giderilebilmiştir. Ancak hemen; bu tıkanıklığın yalnızca dava sayısının çokluğundan meydana gelmediğini, 1982 yılında mahkeme kadrolarının sayısal olarak yetersiz oluşturulmasından doğduğunu da belirtmek zorundayım.

Yapılan bu değişikliklere rağmen çeşitli kanunlarla Danıştay'a yine ilk derece mahkemesi görevleri verilmiş olması, 1982 yılından sonra idare ve vergi mahkemelerinin çeşitli illerde kurulması ve kişilerin haklarını arama bilinçlerinin gelişmesi, buna karşılık idari usul yasasının hala çıkarılmamış olması nedenleriyle dava ve temyiz başvurusu sayısında olağanüstü bir artış olmuştur.

Ülkemizde geçmişten bu güne kadar ağırlıklı olarak dava ve yargılama sürelerini hızlandırmak amacıyla bir takım düzenlemeler yapılmışsa da bu düzenlemelerin yalnızca usul yasalarında yapılması ve yargının diğer sorunlarının hep ihmal edilmesi sonucunda beklenen etkinlik ve hızlanma sağlanamamıştır. Hukuk devleti ilkesinin tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçirilememiş olması, yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanamaması, yargılama sürecinin yavaş işlemesi, yargıya ayrılan kamusal kaynakların yetersizliği, yargının insan kaynakları, teknik ve fiziksel alt yapı eksikliklerinin giderilememiş olması, yargı ve adalet hizmetlerinin etkin, hızlı ve kaliteli bir biçimde işlenmesini engellemiştir.

Bugün ise yargılamayı hızlandırmak, Yüksek Mahkemeyi yalnızca hukuk denetlemesi yapan, içtihat tesis eden mahkeme konumuna getirmek

amacıyla istinaf sistemi, istinaf yolu kurmak, işletilmek istenilmektedir. Almanya'da istinafin ilk derece mahkemelerinin ve hakimlerinin etkinliğini azalttığı görüşleri şiddetle dillendirilmektedir. Aynı şekilde bu yolu kabul eden ülkelerde bunun yargılamayı uzattığı sistemin lehinde olanlar tarafından da belirtilmektedir.

O halde istinafin getirilmesi neden istenilmektedir? Bunun iki amacı olabilir. Danıştay'ın iş yükünü azaltmak veya yargılamanın teminatını gerçekleştirmek. Danıştay'ın iş yükü çoktur, ağırdır. Bu yadsınamaz bir gerçek, ancak ilk derece mahkemeleri ile Danıştay arasına filtre görevi göreceği söylenen istinaf mahkemelerinin kurulması bu durumu değiştirebilecek midir? İstinaf ve temyiz usulünün farklı farklı durumları kapsamaması nedeniyle birinin mevcudiyeti diğerini rahatlatacak mıdır? Yasalar çıkarırken insani unsurları gözardı etmemek gerekir. (Yargılamada taraflar ve yargıç olmak üzere insan vardır.) Davacı ve davalı istinaf incelemesinden sonra temyize yalnızca hukuki denetim yönünden gidebileceğini bilebilecek midir? Asıl önemlisi Yüksek Mahkememizin yıllardır temyiz incelemesi yaparken aslında görünmeyen bir istinaf incelemesi yapmakta olan değerli mensupları bu bakış açısından vazgeçebilecek midir? Dosya sayısı aynı oldukça ve insan unsuru bakımından duraksamalar giderilmedikçe iş yükü azaltılabilecek midir? İki kez yargılama yapılırsa daha teminatlı olacağı düşüncesine ise uyuşmazlıkların sayısının çokluğu karşısında bu kez ara mahkemelerde tikanıklık doğacağı kaygısıyla yaklaşılmalıdır. En önemlisi istinaf denetimi yapacak olan mahkemeler arasında oluşan aykırı kararlardır. Bunun doğuracağı sakıncalar nasıl giderilecektir?

Gördüğümüz gibi bunlar benim aklıma çok kısa bir süre içerisinde gelen ve sizin fazla vaktinizi almamak için hepsini sıralamadığım düşüncelerden bazıları. Ben, bu Genel Kurul Salonunda daha önce dile getirilmemiş ve çeşitli duraksamaları içeren bu düşünceleri başlangıç olarak söylüyorum. Bir sistemin kurulması, işletilmesi için acele edilmemesi gerektiğini, bunun olumlu yanları olduğu gibi yargılamaya olumsuz etki edecek yanlarının da olduğunu anımsatmak istiyorum.

2004 yılında çıkarılmış olan Adli Yargı ile ilgili kanun halen uygulanamamaktadır. Bunun nedeni nedir? Bunları bilemiyoruz. Ama şunu anlıyoruz ki "Hukuk" ta yalnız kanun yayımlamakla işler bitmiyor.

Ayrı bir yargı yolu olarak düşünülüp, tercih edilen (ki bunun sebepleri ayrı bir konuşma konusu olur.) idari yargıda ise bunun olup olamayacağı ayrıca düşünülmeli ve değerlendirilmelidir.

Eşit olmayan kişilerin arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevli idari yargıçların ilk aşamadan son aşamaya kadar üzerlerine düşen sorumlulukları özveri ile taşıdıkları, Avrupa'daki meslektaşlarının baktıkları dosya sayısından çok daha fazla sayıda dosya ile ilgilenirken görevlerini eksiksiz yerine getirdiklerini söylemek iddialı bir cümle olamaz. Eğer bu arada uzun sürede çözümlenmiş bir dava ya da yanlış verilmiş bir karar varsa bunun tek sorumlusu istinaf sisteminin eksikliği değildir.

İyi yetişmiş ve bilgili hakimlerimiz, ehil ve yetenekli yardımcı personelimiz, işin yapıldığı ortam ve işin yapılmasına yardımcı olacak donanımın yeterliliği konusunda 2009 yılında bile çeşitli görüşler tartışılıyorsa yargılamanın teminatsızlığı ve süresinin uzunluğu sorunlarının çözümünün başka bir alanda da aranması gerektiğini düşünmeliyiz.

Mevcut görev ve işleyiş durumu itibarıyla Bölge İdare Mahkemelerimizin kısmi de olsa bir istinaf niteliğine sahip oldukları gözönünde bulundurularak bu mahkemelerimizin itirazın incelediği işler artırılmalı, Danıştayımızın ilk derece mahkemesi olarak bakabileceği işler ise azaltılmalıdır. Bunun dışında, yargılama usulümüzde yapılacak değişiklikten önce “İdari Usul” kanunu çıkarılmalı ve “İdare”mizin bu kanuna ve yargı içtihatlarına hem özel hem genel anlamda uyması sağlanmalıdır.

Bütün bunlar yapılırken gerek bilim adamlarının gerek uygulayıcıların görüşlerini ifade etmeleri için çeşitli ortamlar hazırlanmalı, bu usulü uygulayan ülkelerin mevzuatı ve uygulayıcıları ile ilgili bilgi ve görüş alış-verişinde bulunulmalı, yargı düzeni, yargılama nedenleri, yargılama usulleri, yargılama teknikleri uymamakla birlikte sonuçta aynı amaca hizmet eden adli yargıda oluşacak istinaf deneyimi gözlemlenmelidir.

Bunlar sağlandıktan sonra, idari yargılama hukukunda da istinaf usulünün olması istenirse bu yapılmalıdır. Yoksa bizde var, sizde de olmalı, diyenlerin istemiyle değil.

Yıllardır çözümlenmekte olduğu uyuşmazlıklar için çok önemli kavramlara içerik ve anlam vererek İdarenin hepimizin istediği Türkiye Cumhuriyetinin “Hukuk Devleti” olma vasfını gerçekleştirmesine yardım eden idari yargının doğru ve hızlı bir yargılama sistemini kabul etmeyeceği düşünülemez.

Mensubu olmaktan her zaman gurur duyduğum Danıştay'ın Genel Kurul Salonunda onur verici ve sorumluluğu ağır olan bir görevi yerine getirebilme heyecanı ile hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Semra KAYIR - Sayın TUNCA, biz de teşekkür ederiz.
Arkadaşlar, 10 dakika ara veriyoruz.

ARA

Semra KAYIR - Konuşmacısına yönelteceğiniz sorular hakkındaki hazırlıklarınızı yaparsanız arkadaşlarımız arada alacaklar bize iletcekler. Teşekkür ediyorum.

Evet, Sayın ÖMERBAŞ, buyurun.

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE HIZLANDIRICI MEKANİZMALAR

Nurben ÖMERBAŞ*

GİRİŞ

Hukuk devleti anlayışının gereklerinin başında, idarenin hukuka ve kanunlara bağlılığının sağlanması, bunun için de bireylerin işlemlerine karşı bağımsız mahkemelere başvurabilmesi geldiği kuşkusuzdur.

Hukuk devleti, yalnızca bireylerin idarenin işlem ve eylemlerine karşı bağımsız yargı mercilerine başvurma olanağına sahip olmalarını değil, ayrıca yargı mercilerinin desteğiyle makul bir süre içinde haklarını elde edebilmelerini de gerektirir.

İdari yargının amacı da idarenin iyi işlemesini sağlamanın yanı sıra, diğer tüm yargı çeşitlerinde olduğu gibi demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin bir sonucu olarak kişilere etkili bir yargısal koruma sağlamaktır. Kişilere etkili yargısal koruma sağlayabilmenin yolu ise, hak arama yöntemlerinin oluşturulmasından, kişilerin bu yöntemleri kullanarak başvuruda bulunabilmelerinin güvence altına alınmasından ve başvuru üzerine işlemeye başlayan sürecin, makul bir sürede sonuçlandırılmasından geçmektedir.

Adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi 1. fıkrasında yer alan; 'Herkes kişisel hak ve yükümlülükleriyle hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız yargı yerleri tarafından, makul bir sürede adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir.' kuralı ile belirlenmiş, AİHM'nce madde metninde yer alan "makul süre" kavramının idari yargılama hukukunu da ilgilendirdiği kabul edilmiştir. Anayasanın 36. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik ile "adil yargılanma hakkı" kavramı olarak Anayasaya eklenmiştir.

Ayrıca Anayasanın 141. maddesi 4. fıkrası davaların en az giderle mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını yargıya bir görev olarak vermiştir.

* Danıştay İkinci Daire Üyesi

Öte yandan toplumdaki ekonomik ve sosyal değişimler; teknolojinin artan bir biçimde günlük yaşama girmesi, bireysel hakların ön plana çıkması, idarenin görev ve sorumluluğunu arttırmaktadır. İdarenin gelişmelere ayak uydurabilmesi için dinamik bir yapıya kavuşması, karar, işlem ve eylemlerinde hızlı, ölçülü ve eşit davranması, güvenilir ve kararlı olması gerekmektedir. Sorumluluklarının artması sonucu idarede bulunması gereken tüm bu özellikler doğaldır ki idari yargıya da yansımaktadır.

Gerçekten idarenin görev ve sorumluluğunun artmasının yanı sıra, idari yargı yerlerinin yaygınlaşması ve ülkede iletişim olanaklarının artması hak arama bilincinin gelişmesine yardımcı olmuştur. Hak arama bilincinin gelişmesinin yanı sıra genel bir idare usul yasasının olmaması, idarelerin en basit anlaşmazlıkları bile çözümlenmeyip yargıya taşınmasına sebep olmaları, konu itibariyle istikrar kazanmış içtihatlarla ilgili davalarda dahi uyuşmazlıkların tüm kanun yolları tüketilinceye kadar sürdürülmesindeki alışkanlık idari yargı yerlerinin iş yükünü arttırmaktadır.

Örneğin, Danıştay'da açılan dosya sayısı 2006 yılında 84.706 iken; bu sayı 2007 yılında 110.691, 2008 yılında ise 126.319'a ulaşmıştır. Ayrıca 2007 yılından 2008 yılına devreden toplam dosya sayısı 118.275, 2008 yılından 2009 yılına devreden dosya sayısı ise 149.152 dir. Ankara Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelerine bakıldığında ise; idare mahkemelerinde 2006 yılından 2007 yılına 28.556, vergi mahkemelerinde ise 4.791 olmak üzere toplam 33.347 dosya devredilmiş, 2007 yılında idare mahkemelerinde 28.914, vergi mahkemelerinde 9.824 olmak üzere toplam 38.738 dosya, 2008 yılında ise idare mahkemelerine 31.618, vergi mahkemelerine 10.220 olmak üzere toplam 41.838 dosya açılmıştır. Ankara Bölge İdare Mahkemesinde 2006 yılından 2007 yılına devreden dosya sayısı 1.725, 2007 yılında açılan dosya sayısı 7.667, 2008 yılında ise açılan dosya sayısı 8.171 olmuştur.

Bütün bu devreden ve açılan dosya sayısına ilişkin rakamlar hem Danıştay'ın hem de ilk derece idari yargı yerlerinin iş yükünü ortaya koymakta ve idari yargının işleyişinin değişen koşulların ortaya çıkardığı ihtiyaçları karşılayarak bireylere etkili bir yargısal koruma sağlayabilecek biçimde gözden geçirilip desteklenmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu noktada yargının etkinliğinin sağlanabilmesi ve yargıya olan inancın ve güvenin güçlendirilmesi, yargılamanın basit ve olabildiğince hızlı gerçekleşmesini sağlayacak yöntemlerin hayata geçirilmesine bağlıdır. İdari yargılama usulünde, yargılamayı hızlandırıcı mekanizmaların oluşturulması gerekmektedir.

Bu konu, taşıdığı önem gibi, güncelliğini de hep korumuştur. Bu amaçla bugüne değin çeşitli düzeylerde çalışmalar yapılmıştır. Önce Adalet Bakanlığı'nca, 23.5.2005 tarihinde Başbakanlığa sevk edilen, ancak, idari yargıda istinaf müessesesinin uygulamaya konulması amacıyla sürdürülmekte olan yasa çalışmaları nedeniyle geri çekilen, "İdari Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı" taslağı hazırlanmış, Danıştay Başkanlığı'nca hazırlanan "2575 Sayılı Danıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı"; 30.12.2005 günlü yazı ekinde Danıştay ile ilgili işlerden sorumlu Devlet Bakanlığına gönderilmiştir. Bu çalışmalardan beklenen sonucun elde edilememesi üzerine, Danıştay Başkanlar Kurulunca 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesi çerçevesinde Danıştay'ın iş yükünün makul düzeye çekilmesi konusunda çalışmalar yapmak üzere 2006 ve 2008 yıllarında iki ayrı komisyon görevlendirilmiş, bu komisyonlarca hazırlanan 19.6.2007 ve 4.10.2008 tarihli raporlar Danıştay Başkanlığı'na sunulmuştur.

Bu tebliğde yukarıda belirtilen çalışmalardan da yararlanılmak suretiyle ve mevcut sistemin temel ilkeleri içinde bazı sorunlara ve çözüm önerilerine değinmeğe çalışılmıştır.

BAZI SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A- İdari Yargı Mercilerinin Görev ve Yetki Alanına İlişkin Öneriler

Bu bölümde konu, idari yargının iş yükünün idari yargı yerleri arasında daha dengeli bir biçimde paylaşımını sağlamaya ilişkin öneriler yönünden ele alınacaktır.

Öncelikle 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24'üncü, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 7'nci ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45'inci maddeleri değiştirilmeli, idari yargı yerlerinin görev alanları yeniden belirlenmelidir.

1- 2575 sayılı Kanunun 24'üncü maddesinde sayma yolu ile belirlenen Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakta olduğu davalar konu itibariyle sınırlandırılmalıdır. Bu bağlamda, Bakanlar Kurulu Kararlarına karşı açılan davalar ile çoğunlukla bireysel işlem niteliğinde olan başbakanlık ve bakanlık müsteşarları, müsteşar yardımcıları, genel müdürleri ve kurul başkanları; diğer kamu kurum ve kuruluşlarının müsteşar, başkan ve genel müdürleri ile ilgili müşterek kararnamelere karşı açılan davaların idare ve vergi mahkemelerinde görülmesi sağlanmalıdır.

Düzenleyici işlemlerden sadece ülke çapında uygulanacak olanlar ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'ın görevinde kalmalı, Bakanlıkların ülke çapında uygulanacak nitelikte olmayan; başka bir deyişle uygulama alanı idari teşkilat anlamında belli bir ille sınırlı olan düzenleyici işlemleri, ilk derece idari yargı yerlerince çözümlenmelidir.

2- Bilindiği gibi Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte 24'üncü madde ile sınırlı iken; Anayasanın 155'inci maddesi hükmünün de buna imkan vermesi sonucu; daha sonra yürürlüğe giren kimi yasalarla, bazı uyuşmazlıkların çözümünde Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görevli kılınmıştır.

Özellikle son yıllarda, ekonomik ve ticari yaşamı düzenleyici konumunda olan bağımsız idari otoritelerin oluşturulmalarına ve görevlerine ilişkin yasal düzenlemelerde, bu yasaların uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların görümü ve çözümü genellikle Danıştay'ın görevine verilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 5411 sayılı Bankalar Kanunu, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu, 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları Kanunu, 4634 sayılı Şeker Kanunu, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun Danıştay'ı ilk derece mahkemesi olarak görevli kılan yasalara örnek olarak gösterilebilir.

Bu yasaların uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların da çözümü alt derece idari yargı yerlerine bırakılmalı ancak, idari para cezalarına ilişkin olanların, tek hakimle bakılacak davalarla ilgili parasal sınır dikkate alınmaksızın, mahkeme heyeti tarafından çözümlenmesini sağlayacak şekilde bir düzenleme yapılmalıdır.

3- 2576 sayılı Kanunun 7'nci maddesinde yapılacak değişiklik ile tek hakimin görevine giren davalara ilişkin parasal sınır yükseltilmeli, böylece çok sayıda davanın tek hakim sınırında kalması sağlanmalıdır. (2001 yılında 1.000 TL. olan parasal sınır, yeniden değerlendirme oranı uygulanmak suretiyle bugün ancak 7.630 TL'ne yükselmiştir.)

4- Danıştay'ın temyiz mercii, bölge idare mahkemelerinin ise itiraz mercii sıfatıyla görevli olduğu konular yeniden belirlenmelidir. Bu bağlamda 2577 sayılı Kanunun 45. maddesinde yapılacak değişiklik ile nitelikleri itibariyle bölge idare mahkemesinde itirazın incelenen konulara benzerlik gösteren bazı konuların da 45. madde kapsamına alınması, böylece bu

mahkemelerin görev alanının genişletilmesi yerinde olacaktır. Örneğin; İdare Mahkemeleri tarafından verilen,

- Yükseköğrenim öğrencilerinin kayıt, nakil, sınıf geçme ve not tespitine ilişkin işlemlerden,
- Kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, görev ve unvan değişikliği içermeyen il içi naklen atama, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman ve izinlerine ilişkin işlemlerden,
- 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75. maddesinin uygulanmasından,
- İmar mevzuatı uyarınca tesis edilen yıkma kararları ile bu kararlara dayalı imar para cezalarından,
- Kamu görevlilerinin bazı disiplin cezalarından kaynaklanan kimi uyuşmazlıklarla ilgili kararlara karşı itirazın bölge idare mahkemesine başvurulmalıdır.

5- Bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine davanın esası hakkında verdikleri kararların kesin olması, bazen Danıştay içtihatlarıyla çelişen kararlara rastlanmasına neden olduğundan, bu mahkemelerin görev alanı genişletilirken, davanın esası hakkında verdikleri kesinleşmiş kararlara karşı da, taraflara Kanunda yazılı sebeplerle Danıştay Başsavcılığında temyiz isteminde bulunabilme hakkı tanıyacak usullere yer verilmeli ve temyiz isteminin Başsavcılık tarafından bir ön incelemeden geçmesinden sonra ilgili dairesinde incelenmesini sağlayacak yöntemler oluşturulmalıdır.

İdari Yargı yerleri arasındaki görev konusunda yapılabilecek bu değişiklikler Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak iş yükünün azalmasını, özellikle İdari Dava Daireleri Kurulu'nda görülmekte olan işlerin makul bir düzeye inmesini sağlayacaktır. Danıştay'ın ilk derece görevlerinden bazılarının idare ve vergi mahkemelerine bırakılması, bu tip davaların daha kısa sürede sonuçlandırılması imkanını da getirecektir.

6- İdari davalarda yetki kuralları yeniden düzenlenerek, mahkemeler arasında davaların dengeli dağılımı sağlanmalıdır. Öncelikle, yetkili idare mahkemesini belirleyen özel yetki kuralları getirilmelidir. Buna, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin, meslek kuruluşunun bulunduğu yer mahkemesi, sosyal güvenlik hukukunda kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin ilgilinin daimi ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi şeklinde belirlenebileceği örnek olarak gösterilebilir.

B- İdari Yargıda Yargılama Sürecinin Hızlandırılmasına ve Etkinliğinin Arttırılmasına İlişkin Öneriler

Yargılama sürecini kısaltmak ve adil yargılanma hakkı ilkelerini pekiştirebilmek amacıyla yukarıda değinilen göreve ilişkin kurallar dışında bazı usul kurallarında da idari yargının işlevine uygun değişiklikler yapılması kaçınılmazdır. Bu konuda yapılması gerektiği düşünülen değişiklikler ana hatlarıyla belirtilmeye çalışılmıştır.

1- Hak kayıplarının önlenmesi amacıyla, idare ve vergi mahkemelerinde, dava açma süreleri arasındaki farklılık giderilmeli, bu süre vergi mahkemelerinde de (60) gün olarak belirlenmeli, dava açma sürelerinin son günü genel uygulama niteliğinde olan idari izinlere rastlandığında dava açma süresi uzatılmalıdır.

2- 2577 sayılı Kanunun 3. maddesi 3. fıkrası uyarınca dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örneklerinin dava dilekçesine karşı taraf sayısından bir fazla olacak şekilde eklenmesi gerekmekte ve bu konudaki eksiklik, aynı Kanunun 15. maddesi 1/g bendi uyarınca dilekçe ret sebebi sayılmaktadır. İlk inceleme aşamasında davacı, sadece kendisine tebliğ edilen işlemi ve belgeleri dava dilekçesine eklemekle yükümlü tutulmalı, böylece bu nedene dayalı dilekçe ret kararı verilme sebebi azaltılmalıdır.

3- Dava dosyalarının tekemmülü hızlandırılmalı, dava dilekçesi ve eklerinin bir örneği davalıya, davalının savunması da tüm ekleriyle davacıya tebliğ edilmekle dosya tekemmül ederek esastan incelenebilecek hale gelmeli, ayrıca cevap verme süresinin uzatılması istenildiğinde 2577 sayılı Kanununun 16. maddesinde (30) gün olarak belirlenen bu süre (15) gün şeklinde kısaltılmalıdır.

4- İdare ve vergi mahkemelerindeki uygulamada tekemmül eden dava dosyalarının tümü esastan karar verilmek üzere hakimine verilmektedir. Danıştay'ın çalışma usulündeki farklılık buna imkan vermemekle birlikte, yürütmenin durdurulması isteminin kabul edildiği davalarda kararı verilen dosyaların tekemmül eder etmez esastan sonuçlandırılmasını sağlayacak düzenleme getirilmelidir.

5- Bu konu aynı zamanda Anayasanın 124. maddesinde de bir değişikliği gerektirmekle birlikte, idari yargının işlevine uygun olarak yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi koşulları, bu tür kararların tedbir niteliğini ön plana çıkartacak şekilde yeniden belirlenmelidir. Ayrıca yıkım, yayın durdurma, sınır dışı edilme, süreli iş yeri kapatma, geçici görevlendirme gibi uygulanmakla telafisi güç hatta imkansız zararlar doğuracak nitelikteki işlemlerle ilgili olarak, davalı idarenin savunması

alınıp yeni bir karar verilinceye kadar yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini sağlayacak düzenleme getirilmeli, böylece uygulamada yürütmenin durdurulması istenildiğinde istemin kabulü ya da reddi dışında bir karar verilip verilemeyeceği konusunda ortaya çıkan tereddütlerin de giderilmesi sağlanmalıdır. Yürütmenin idarenin savunması alınıp yeni bir karar verilinceye kadar durdurulması kararlarına karşı itiraz yolu da kapatılmalıdır.

6- Kararın düzeltilmesi yolu yeniden düzenlenmeli, tek hakim kararlarının itirazın incelenmesi sonucunda verilen bölge idare mahkemesi kararlarına karşı karar düzeltme yolu kapatılmalıdır. Ayrıca Danıştay'da temyizi mümkün hale gelen bölge idare mahkemesi kararlarının temyizen incelenmesi sonucunda verilen Danıştay kararlarının da düzeltilmesi istenilememeli, bu kararların da kesin olması sağlanmalıdır. Kararın düzeltilmesi aşamasında yürütmenin durdurulması isteminde bulunulması yolu kaldırılmalıdır.

7- İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıflardan davanın ihbarı ve katılma, feragat, kabul, keşif, bilirkişi konuları idari yargının işlevine uygun şekilde İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ayrıca düzenlenmelidir.

SONUÇ

Mevcut sistem içerisinde adil yargılanma ilkesinin gerektirdiği makul sürede davaların sonuçlandırılabilmesine olanak sağlayıcı düzenlemelerin yapılmasının, idari yargı sisteminde olumlu etki yapacağı kuşkusuzdur. Ancak bu tür düzenlemelerin tek başına sistemi rahatlatmayacağı da bilinmelidir.

İdari Usul Kanunu yürürlüğe konularak, idarenin faaliyetlerinin önceden belli olan objektif şekil ve usul kurallarına dayanmasını sağlamak hem hukuk devleti ilkesinin hem de bireyin haklarının korunması amacına uygun düşecektir. Bu konu idari yargı denetiminin; idareyi hukuka bağlı kılmak ve böylece bireyin hak ve özgürlüklerini etkili bir biçimde korumak amacı ile birlikte düşünüldüğünde, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılırken, eş zamanlı olarak İdari Usul Kanunu'nun da hayata geçirilmesi önemlidir.

Aslında en iyi sonucun hukuk devleti ilkesini içselleştirmiş, hukuka bağlı bir idarenin kurulması ile alınabileceği kuşkusuzdur.

Semra KAYIR - Sayın ÖMERBAŞ biz de teşekkür ederiz.

Arkadaşlar ve sayın katılımcılar konuşmacılarımıza yöneltmek istediğiniz sorular hakkında hazırlığınız tamam mı, yeterli mi?

Bana iletilmiş ve Sayın AZRAK'a yöneltmiş iki soru var. Bunun dışında soru sormak isteyen arkadaşlarımız yazılı olarak iletirlerse bize.

Prof. Dr. A. Ülkü AZRAK - Evet, soruları okuyorum.

Bir tanesi şu, kamuoyunun özellikle de uygulayıcı konumunda bulunan hakim ve savcıların alternatif yöntemler yaklaşımı ve bakışı hakkında neler söylenebilir. Bu konuda bilinen saha çalışması niteliğinde araştırmalar var mıdır? Bunu soran Onikinci Daire Tetkik Hakimi Mustafa KUŞ.

Bu soruyu cevaplandırmam benim zor tabii. Çünkü kamuoyu araştırması yapmış değilim. Üstelik de hakim ve savcıların bu yöntemler hakkındaki yaklaşımı hakkında da hiçbir bilgim yok. Eğer onların burada görüşlerini belirtme şansları olsaydı, imkân verilseydi buna belki onlar da söyleyeceklerdi, o zaman ortaya çıkacaktı bu. Ama doğrusu ben buna cevap veremem. Yani bir saha çalışması niteliğinde araştırma, sadece bir tez var bu konuda. Yeni yayımlanmış bir tez. O tezi inceleme fırsatını bulamadım. Ama ismini biliyorum. Şimdi Brüksel'de çalışan bir genç doktora tezi olarak yazmış. Benimle bir ara temas etti ve tahkimin Türk kamu hukukunda özellikle idari yargıda yaratacağı tahribatın ne olduğunu, boyutlarını hocam önceden kestirmek mümkün bile değil dedi bana, o kadar. Ama tezi elime geçiremedim ben. Onun için saha çalışması niteliğinde araştırma hakkında bir şey söyleme imkânına şurada sahip değilim.

İkincisi, karşılaştırmalı hukukta uygulanan alternatif yöntemler nelerdir, hangilerininin Türk idari yargısı için uygun olduğu söylenebilir? Yine Mustafa Bey iki soru sormuş.

Onu işte burada karşılaştırmalı hukukta en ziyade bu alternatif yöntem olarak ortaya çıkan alanın genel idari usul alanı olduğunu belirtmiştim. Bu aslında çok önemli bir konu. Bakınız neden önemli, idari yargı mercilerinin işini çok kolaylaştıracak bir süreçtir bu. Çünkü şimdi biz neden bahsediyoruz, dosyanın olgunlaşması. Ama bugünkü uygulama, idarenin bugünkü uygulamalarında kararlar iki satırla bildiriliyor ilgililere. İçinde ne gerekçe var, ne buna karşı nasıl bir başvuru yapabileceğine dair bir kayıt var. Hiçbir şey yok. Büyük bir meçhulun içerisinde insanlar. Oysa

genel idari usul süreçleri içerisinde ki bu çok ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir kanunlarda, batıdaki sözünü ettiğim kanunlarda, orada koskocaman dosya oluşur ve bu dosyada birçok mesele aydınlatılmış olur. Buna karşı hala ilgilinin dava açma niyeti de varsa, o dosyayı da inceledikten sonra davayı açar, ama o dosyayı idari yargı merciine intikal ettirdiği zaman zaten mesele yüzde 90 aydınlatılmış olur. Yani şimdi biz neden şikâyetçiyiz, Danıştay'da özellikle dosyalar tavanlara kadar yükselmiş. İşte istatistik rakamları dehşet verici rakamlar. Ve dairelerde her dosyanın payı bilmiyorum yani ben bühtanda bulunmak istemiyorum şimdi ama işittiğime göre 15 dakikayı geçmiyor müzakereler dairelerde değil mi? Doğru mu? Ortalama söylüyorum. Evet, yani hızlandırmak mecburiyetinde kalıyor daireler işi.

Şimdi dosya ancak burada tetkik hakimlerinin ve savcılarının katkısıyla olgunlaştırılabilir. Ama bunun öncesi yok. Onlar da birçok konuda bir meçhul içerisinde incelemelerini yapıyorlar. Ve çok zor bir işi başarmaya çalışıyorlar. Yani anlatmak istediğim şu; çok önemli bir fayda sağlayacaktır bu. İdare önünde dosyanın oluşturulması o konularda dava açacaksa eğer ilgili dosya yargı organının önüne geldiği zaman orada çok hızla sonuçlandırılması şansı doğacaktır.

Ayrıca, tabii ilgililerin hakları da bu aşamada büyük ölçüde korunmuş olacaktır. Bu bakımdan genel idari usulün yaratacağı faydalar anlatmakla bitmez. Yani demokratiktir, saydamlığı sağlayıcı bir şeydir, katılımı sağlayıcı bir şeydir, ilgililer daha mahkemelerin önüne gitmeden orada bütün dertlerini anlatırlar amiyane tabiriyle. Savunmalarını yaparlar ve idarenin de hatta yanlış karar vermesini önleyebilirler, o savunma aşamasında.

İdare doğru karar verirse zaten ondan sonra ilgilinin yargıya başvurma ihtiyacı ortaya çıkmaz ki. Onun için diyorum reel olarak idari yargının yükünü azaltacak ve belki de bir ölçüde ona alternatif oluşturabilecek süreç bu genel idari usul kanununun yaratacağı süreçtir. Biran evvel bu hususun kanunlaşmasında yarar olduğunu düşünüyorum.

Bir şey daha mı var?

Semra KAYIR - İki soru daha var.

Prof. Dr. A. Ülkü AZRAK - Peki, evet, Tezcan ÇAKIR Beyin sorusu. Halk denetimcisi veya denetçilerini halk mı seçecek yoksa il başkanı veya partinin genel başkanı mı seçecek atayacak? Tabii çok haklı bir soru.

Bakın böyle olacaksa eğer hiçbir anlamı yok onun. Öyle değil tabii. Aslında parlamentoya yardımcı olacak, yani genelde ortaya çıkan sistemlerde öyle. Parlamentodan seçilmesi söz konusu bunların ve tabii orada da onun tarafsızlığını sağlayacak seçim sistemlerinin yaratılması icap eder. Yoksa tabii orada bir partinin baskın çoğunluğuna dayanarak vereceği kararlarla olmaz. Şeyde, bir sistem kabul edilmiş izin verirseniz onu ben burada izah etmedim ama biraz ayrıntılı bir sistem o kanunlaşamayan kamu yönetimine ilişkin kanunda. Bir dakikanızı rica edeyim. Onun 19'uncu maddesinde şöyle diyor, pardon o değil. 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 19'uncu maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki 19/a maddesi eklenmiştir. Bu kanunlaşamayan metinde; mahkeme görülmekte olan bir davada tarafların birlikte talebi üzerine uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm usulüne havale edilmesi mümkün ve faydalı olduğuna kanaat getirirse bu alternatif çözüm yollarına başvurulabilir.

Şimdi, bu bir hüküm bu da kanunlaşmadı tabii. Ama demin sözünü ettiğim şeyde, o kanunda bulayım ve size onu okuyayım. Çünkü hakikaten orada ayrıntılı bir şey öngörülmüş, nasıl seçileceği de gösterilmiş. Özür dilerim yerini bulmadan size söyleyemeyeceğim. Ayrıntılı bir şey olduğu için. Burada vaktinizi almamak için onu okumadım çünkü esasen kanunlaşmış bir şey değil. Evet, bu kanundaki hükme göre kanunlaşamayan hükme göre, il genel meclisi üyelerinin üçte ikisinin oylarıyla beş yıl için seçilecek olan halk denetçisi deniyor. Her ilde birlik ve işletmelerin kurum dışı gerçek ve tüzel kişilerle ilgili işlem ve eylemlerinden doğan idari uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak üzere seçilir.

Şimdi bu il genel meclisi üyelerinin üçte ikisinin oylarıyla beş yıl için seçilecek deniyor. Tek tarafsızlığı sağlayabilecek şey belki, bir ölçüde ama, tamamıyla değil bu üçte iki çoğunlukla seçilmesi. En azından bu suretle belki bir ölçüde tarafsızlık sağlanabilir. Ama zaten gerçekleşmedi. Yalnız nasıl yapılması gerekir, yani günün birinde hakikaten kamu denetçisi müessesesi kurulursa, bana kalırsa o zaman yüksek yargı organlarının bu seçim prosedüründe oy sahibi olmasında yarar var. Yani mutlak tarafsızlığı temin açısından yargının burada bir katkısının olması gerektiği kanaatindeyim.

Başka şeylerde var Sayın Tezcan Beyin soruları arasında. İl genel meclisi veya belediye meclisi üyelerinin oylarıyla seçilecekse, yani burada okuduğumuz şekilde olacaksa, bu meclislerde çoğunluğu elinde bulunduran

partinin yandaşı, taraftarı, sempatizanı olabilecek kişinin tarafsızlığına nasıl güvenilebileceğiz?

Yani, ancak üçte iki oyla seçilme gibi bir tarafsızlığa yardımcı olabilecek bir mekanizma öngörülmüş. Bu tabii iyi bir çözüm değil aslında. Yani tam anlamıyla tarafsızlığı sağlayıcı bir formülasyon olamaz.

Üçüncü husus, seçim, atama kararı ne suretle olursa olsun idari davaya konu olabilecek nitelikte midir?

Tabii yani, o seçim idare organı, il genel meclisi gibi idari organ içinde yapılmışsa, o zaman tabii en azından bir kere orada usule, seçim usulüne uyulup uyulmadığı çoğunluk o şeylerine, hükümlerine uyulup uyulmadığı bir ihtilaf konusu, idari ihtilaf konusu olabilir.

Dört, mahkeme kararını görmezden gelen anlayış karşısında halk denetçisinin kararına kim aldırış eder ki?

Evet, tabii aslında esas itibarıyla böyle de. Daha başında bunu söylemiştim, eğer halk denetçisinin bulduğu çözüm ilgiliyi tatmin ederse o zaman mesele kalmaz. Zayıf ihtimaldir ama belki o zaman işi aydınlatıcı bir rol oynamış olur kamu denetçisi, yani onun verdiği karar bağlayıcı nitelik taşımayacağı için ihtilafı çözücü bir müessese değildir. O sadece yardımcı olabilir belki, o kadar. Yani tarafı tatmin ederse eğer, ihtilaf haline, yargısal bir ihtilaf haline, bir dava haline gelmez o olay, o kadar. Daha fazla bir şeyin bulunacağını zannetmiyorum. Yani aslında orada böyle bir müessesenin kurulmasıyla yapılacak harcamalar, harcanan emekler acaba elde edilecek sonuçlarla orantılı mıdır bunun düşünülmesi lazım.

Bir şey daha var galiba değil mi? Bir soru daha var.

Soruyu soran Ahmet Yahya ÖZDEMİR, Danıştay Savcısı. İdari yargıya alternatif olabilecek halk denetçiliği ve tahkim yollarının sorunu çözebilecek niteliklerinin az olduğu, tahkimin kamu yararı tanımına uymayan yaklaşımlar getirebileceğine değinildi. İdari Usul Yasasının çıkarılması halinde sorunun çözümüne katkıları olacağı, ancak idarenin kendini denetlemeyeceğine ilişkin endişelerle bunun gerçekleşmediği belirtildi. Bu bağlamda içtihadı birleştirme yoluna sıkça gidilmesi yararlı olabilir mi?

Aradaki ilişkiyi pekiyi anladığımı söyleyemem. Yani içtihadı birleştirme yoluyla idari usulün sağlayacağı fayda arasında, o çünkü bir tanesi zaten şey, yargı öncesi bir alternatif. Öbürü, içtihadı birleştirme o kadar uzun bir sürecin sonunda ortaya çıkan bir şey ki onunla elde edilebilecek şeyle öbürünün örtüşebileceğini düşünmek doğrusu biraz güç. O

bakımdan ben sadece İdari Usul Yasasının çıkarılması halinde sorunun büyük ölçüde çözülebileceğine inandığımı burada ifade etmek isterim. Daha önce de, biraz önce de bunu ifade etmişim. Ama altını çizerek tekrar söyleyeyim, benim düşünceme göre bürokratlar bu kanunla angaje olmak istemiyorlar. Yani öyle bir sıkı rejimin içerisinde görev yapmayı pek kabullenmek istemiyorlar. Ama bu bize özgü bir şey değil. Bu idari usul kanunlarının kabul edilmesinden önce ki, onlar da biraz uzun sürmüştür batıda, orada da ortaya çıkmış bir gerçektir bu. Ama sonunda kendileri de ikna oldukları için, doğru kararlar verme imkânı yaratacağına inandıkları için artık direnmekten vazgeçtiler o ülkelerin bürokratları. Ve o kanunlar çıkarılabildi. Bizde demek ki hala vazgeçmediler direnmekten, onun içini çıkıyor kanun.

Teşekkür ederim.

Semra KAYIR - Sayın AZRAK'a hem bildirimleri hem de sorular üzerine verdikleri yanıtlarından dolayı teşekkür ediyoruz.

Şimdi ikinci konuşmacımıza yöneltilen bir soru var galiba, değil mi? Fahrünnisa Hanım o soruyu yanıtlayacaklar.

Buyurun Fahrünnisa Hanım.

Prof. Dr. E. Fahrünnisa TUNCA - Danıştay Onüçüncü Daire Tetkik Hakimi Fikret ERKAN diyor ki, istinaf sistemini uygulayan Fransa ve Almanya yargı sistemi incelendiğinde, vergi uyumsuzluğu olarak yılda Fransız Danıştayında 800-900 arası, Alman Federal Mahkemesinde 3500-4000 arası dosyanın incelendiği görülmektedir. Danıştayımızın sadece vergi uyumsuzluklarına bakan bir Dairesine yılda en az 4000 dosyanın geldiği görüldüğünde, istinaf sistemi dışı çözüm yollarının adil yargılanma hakkı ve yargılama süresi açısından gerçekçi çözüm yolu olup olamayacağına dair görüşleriniz nelerdir?

Teşekkür ediyorum. Şimdi, burada neden yalnızca vergi yargısından bahsetmiş arkadaşımız? Herhalde şunu kastediyor, vergide bile iş az denilir ya, onda bile bu kadar çok dosyanız var, iptal daireleri tabir ediyoruz diğer daireleri, onlardaki dosya sayısını hiç söylemiyoruz. Yani neden istinafı bir çözüm yolu olarak düşünmüyoruz, diyor.

Şimdi öncelikle şuradan başlayalım. Fransız Danıştayı (Conseil d'Etat), Alman Federal İdare Mahkemesi, biliyorsunuz Almanya'da vergi

uyuşmazlıklarına ayrı bir mahkeme bakıyor, idare mahkemesiyle ilgisi yok. Oralarda istinaf var. Ben istinaf sistemi dışı çözüm yolları arayalım şeklinde bir şey söylemedim. Öncelikle onu söyleyeyim, bu bir. Yalnızca istinafin aceleyle getirilmemesi gereken bir sistem olduğunu söyledim.

Birincisi, bu sistemin yalnızca Danıştay'ı kurtarma amacıyla mı kurulacağını düşünüyoruz. Konuşmamın bir yerinde vurguladım, istinaf sistemini öyle kurmalıyız ki, yani idari yargı bir bütün, yani şu an biz Danıştay'da görevliyiz, Danıştay'da görev yapıyoruz, Danıştay'ı kurtaralım şeklinde bir düşünceyle yaklaşmayalım konuya. İdari yargı bir bütün. İdare Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri veya kurulduğunda adı istinaf mahkemeleri olduğu takdirde istinaf mahkemeleri iş yükü bakımından batarsa eğer, yine de bu istinaf sistemi adil yargılanma hakkını sağlayacak mı demektir? Onun için bence böyle yaklaşmamalıyız. Yani Danıştay'ımıza gelen iş sayısına göre bakmamalıyız, bu birincisi.

İkincisi tekrar söylüyorum, aceleyle getirilmemeli derken kastettiğim bu. Ben bunu bizzat yaşayan yargıç kuşağının içindeyim. Ben 1982'de idari mahkemeler kurulmadan önce Danıştay'da görev yapıyordum, hem ilk derece hem son derece dosyalara bakıyorduk. İki yıl içinde dosyalarımız sonuçlandığı halde çok gecikildiği, İdare Mahkemeleri kurulduğu takdirde iki yıldan çok daha önce davaların sonuçlanacağı söylenirdi. Ama şimdi görüyoruz ki 6 yıl, 7 yıl, 8 yıl süren uyuşmazlıklarımız var. Bunlar yalnızca mahkeme, az önce de arz etmeye çalıştım, mahkeme kurulmakla sorunlar bitmiyor. Tekrar söylüyorum istinaf sistemine karşı olarak algılanmak istemem, ancak bu sistem o ülkelerde var, onlar kurdu, burada da kurulsun, hemen kurulsun, haydi kurulsun şeklindeki yaklaşımlara karşıyım. Adalet Bakanlığına kanun tasarısı üzerinde görüşmeye gittiğimizde bize bir taslak sunuldu. Ama o taslağı tartışmaya geçmeden önce istinaf nedir, ne değildir, bunlar konuşulmadı bile. Bunları söylemek istiyorum. Yoksa herhalde hiçbir yargıcın dosya sayısının çokluğundan mutlu olacağını düşünmek söz konusu değil. Tabii ki asıl olan dosya sayısının azaltılması, ama o yargıda bitmiyor bence. Devamlı konuşmacılar dile getiriyorlar, önce idare, hukuk devletini isteyecek, düşünecek ve gerçekleşmesine yardımcı olacak. Ondan sonra yargıçlar üstlerine düşeni yaparlar ve usul yasalarındaki değişikliklerin çıkarılmasına katkıda bulunurlar.

Teşekkür ediyorum.

Semra KAYIR - Evet, biz de teşekkür ederiz Sayın TUNCA. Buyurun.

Nurben ÖMERBAŞ - Bana yöneltilen soru Sayın Mustafa ELÇİM, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürü. Bazı ülkelerde örneği görülen bir uygulama var. Dava başvurularının mahkemelere değil, işlemi tesis etmiş olan idareye yapılması. Bu şekilde hem idareye hatalı işlemi düzeltme imkânı tanınması hem de idare işlemi doğru buluyorsa dava dilekçesini ilgili mahkemeye savunmasıyla birlikte göndermesi suretiyle dosya tekemmül sürecinin kısaltılması sağlanabilir mi?

Şimdi, Sayın Hocam da çok ayrıntılı bir biçimde bahsettiler. Aslında, idarenin devreye girmesi, kişilerin tabii ki dava dilekçesini başvurabileceği yerler genişletilebilir ama bu o anlamda bir sistemi söylemiyor. Bunun asıl çözüm yolu İdari Usul Yasasının çıkartılması. Yani bizim sistemimizde 2577 sayılı Kanunda da var, 11'inci maddesinde. İşlemlere karşı, hatalı işlemin geri alınması, kaldırılması, düzeltilmesi, yeni bir işlem tesis edilmesi için idareye yapılan başvurular. İşte bu başvuru üzerine işlemeye başlayan zımnî red süresi. Uygulamada görülüyor ki bu süre içerisinde de idare aslında doyurucu bir cevap vermiyor ya da hiç vermiyor suskun kalıyor. Burada önemli olan dava dilekçesinin muhatabı mahkeme, dolayısıyla idarenin hatalı işlemine hatasını fark ederek işlemi geri almak, kaldırmak ya da, değiştirmek gibi bir iradesi varsa bu iradeyi aslında ortaya çıkarabilecek olan yöntem İdari Usul Yasası. Yani bu İdari Usul Yasası gündeme gelmeden bu tür sorunların, dosyanın bu şekilde tekemmül etmesi, dava dilekçesiyle birlikte savunmanın da yani idarenin de yargı sürecine katılması, peki bu süreç nereden başlayacak, dava dilekçesinin idareye verilmesi tarihi mi, yoksa mahkemeye intikal ettiği tarih mi, makul sürenin işlemeye başlaması hangi aşamada devreye girecek? Bütün bunlar bir arada düşünüldüğünde asıl, gerçekçi çözümün, öyle diyeyim idarenin saydamlığını, işlemlerini gerekçeli olarak açıklaması, bütün bunları sağlayacak Genel İdari Usul Yasasının yürürlüğe girmesidir. Onun için ben bu tür yöntemlerin uygulamada çok sağlıklı sonuçlar doğuracağı kanısında değilim. Onu belirtmek isterim. Çünkü dava dilekçesinin muhatabı mahkemedir ve oradan itibaren süreç başlar. Öyle düşünüyorum.

Şimdi, diğer soru, Sayın Mustafa KUŞ, Danıştay Onikinci Daire Tetkik Hakimi. Bölge İdare Mahkemelerinin görev alanının genişletilmesi ya da Bölge İstinaf Mahkemesi şeklindeki bir yapılanmaya getirilen en büyük eleştiri farklı kararların ortaya çıkması durumudur. Örneğin memurların yolluk uyuşmazlıklarında Bölge İdare Mahkemelerinden farklı kararlar çıkmıştır. Bu durum Sayın TUNCA'nın sunumunda belirttiği insan unsuruyla da bağlantılı bir konudur. Bu konuya ilişkin neler söylersiniz?

Şimdi tabii ki ben Bölge İdare Mahkemelerinin görev alanı genişletilirken ve idare mahkemelerince verilen hangi tür kararların itirazın Bölge İdare Mahkemelerine devredilmesi gerektiğini söylerken bazı kaygıların da bu konuları genişletmekte var olduğunu belirtmişim. Bilhassa 26 Bölge İdare Mahkemesinin olduğu Türkiye’de verilen tüm bu görev alanının genişletilmesiyle birlikte kararlarının kesinliği sağlanırsa 26 artı bir Danıştay, 27 Danıştay gibi bir sonuç tabii ki ortaya çıkabilir. Bunun içtihat birliğini sağlayabilmek, idarenin de işlemlerinde bir birliği bütünlüğü sağlayabilmek adına Bölge İdare Mahkemesince verilen kesin kararlara karşı Danıştay’da temyiz yoluna başvurulması hakkının taraflara tanınması. Ama tabii taraflara bu hak tanınırken hep daha önce bildirilerde de bahsedildi. Tarafların tüm kanun yollarını, yerleşmiş içtihatlar olsa dahi yürütmeyi durdurma da istemek suretiyle tüketme alışkanlıkları olduğu için yani davaları süreci hızlandıralım derken üçlü bir mekanizmayı ortaya çıkartmamak adına Danıştay Başsavcılığınca bir ön incelemeden geçirildikten sonra gerçekten temyizden incelemeye, hukuki noktalardaki uyumsuzluğun gereklilik göstermesi suretiyle Dairesine intikal ettirip oradan alınacak bir kararın sağlanması temyiz incelenmesi sonucunda ve böylece içtihat birliğinin sağlanması gerektiğini söyledim.

Tabii ki yargıçlar da insan, ama hepimiz kararlarımızı verirken Danıştay içtihatlarını yani yüksek yargı içtihatlarını da gözeterek veriyoruz. Zaten amaç bu, içtihat birliğini sağlamak ama her zaman için aman yüksek yargı ne der, Danıştay ne der, bu çekingenlik içerisinde değil tabii, ama içtihatları da takip etmek suretiyle idarenin hukuka uygunluk denetimini en sağlıklı bir biçimde gerçekleştirmeye çalışıyoruz. Onun için tabii ki insan unsuru her yönüyle, her konuda var. İnsanın dahil olduğu her konuda. Ama Bölge İdare Mahkemesi kararlarının bazılarında temyiz yolunun açılmasının da yargıçlarda bir tutukluk yaratacağını da düşünmüyorum.

Teşekkür ederim.

Semra KAYIR - Sayın konuşmacılara, siz değerli katılımcılara çok teşekkür ediyoruz. Galiba oturumun kapatılması da son oturum başkanına ait. Bir yıl sonra yeni sempozyum konularında değerli katkılarınızı alarak buluşmak üzere, Danıştay’ın kuruluşunun 141’inci yılının tamamlanması nedeniyle düzenlenen sempozyuma katılım ve katkılarınızdan dolayı teşekkür ederiz.