

DANIŞTAY TASNİF VE YAYIN BÜROSU YAYINLARI NO: 82

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

***SEMPOZYUM***

**11 MAYIS 2011**

**DANIŞTAY MATBAASI - 2012**

## İÇİNDEKİLER

	Sayfa
Danıştay Başkanı <b>Mustafa BİRDEN</b> 'in Sempozyum Açış Konuşması.....	1
Emekli Danıştay Başsavcısı <b>Zafer KANTARCIOĞLU</b> 'nun Oturum Açış Konuşması.....	5
<b>Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL</b> Yargı – Medya – Siyaset İlişkisi.....	7
<b>Mustafa Behiç KILIÇHAN</b> Anayasal Açıdan Yüksek Mahkemeler .....	15
<b>Prof. Dr. Füsun ARSAVA</b> Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Bu Kararların Birlik Ülkelerine Yansımaları .....	25
<b>Turgut CANDAN</b> Temel Hak ve Özgürlüklerin Etkin Korunmasında İdari Yargının Rolü .....	37
<b>Tartışmalar</b> .....	57

### SEMPOZYUM İZLENESİ



**OTURUM**  
**AÇIŞ KONUŞMASI**





## ACIŞ KONUŞMASI

**Mustafa BİRDEN\***

Saygıdeğer konuklar,  
Değerli meslektaşlarım,

Danıştay'ın 143. Kuruluş Yıldönümü ve İdari Yargı Günü nedeniyle düzenlediğimiz bilimsel toplantıya hoş geldiniz, şeref verdiniz.

Tek oturumda gerçekleştirmeyi uygun gördüğümüz bugünkü toplantıyı tek bir konuyla sınırlandırmadık. Hem güncel, hem de evrensel konular üzerinde konuşulmasını, tartışılmasını arzu ettik. Bu bağlamda önceliği yargı, medya, siyaset ilişkisine verdik. Konu hakkında konuşmak üzere ve birden fazla kimliği başarıyla bir arada taşıyan Sayın Profesör Doktor Mümtaz Soysal Hocamızı davet ettik.

Hepimizin bildiği gibi Sayın SOYSAL öncelikle bir akademisyen, uzun yıllar Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde çok sayıda öğrenci yetiştirmiş bir anayasa hukukçusu, diğer taraftan Dışişleri Bakanlığı gibi siyasette önemli mevkilerde görev yapmış deneyimli bir siyasetçi ve tüm bunların yanında çok okunan bir köşe yazarı. İşte, bu üç kimliği üzerinde birleştiren Sayın SOYSAL'ın "Yargı, Medya ve Siyaset İlişkisi" üzerine söyleyecek çok sözü olduğunu düşünüyoruz.

Ardından sevgili meslektaşım, Danıştay 5. Daire Başkanı Sayın Mustafa Behiç KILIÇHAN son Anayasa değişiklikleri çerçevesinde "Anayasal Açından Yüksek Mahkemeler" hakkında konuşacak.

Vereceğimiz aradan sonra ise yıllardır pek çok toplantıda konuşup tartışılan ve bir kere daha konuşulmasında sakınca görmediğimiz insan hakları üzerinde iki ayrı konuşmayı dinleyeceğiz. Konuyla ilgili ilk konuşmacımız değerli bir akademisyen, Avrupa Birliği hukuku ve uluslararası hukuk alanında uzman, aynı zamanda da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden sınıf arkadaşım olan Sayın Profesör Doktor Füsun ARSAVA. İnsan haklarıyla Avrupa

---

\* Danıştay Başkanı



## 2 Danıştay 143. Yıl Sempozyumu

Birliği hukukunu bir arada değerlendirecek ve ‘‘Avrupa Birliği Adalet Divanıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararların Avrupa Birliği üyesi ÷lkelere yansıması’’ndan bize söz edecek.

Son konuşmacımız ise bir başka değerli meslektaşım Danıştay Başsavcısı Sayın Turgut CANDAN. Sayın CANDAN yargıç kimliğinin yanı sıra çok sayıda kitap ve makale yazmış, toplantılara katılıp sunuşlar yapmış akademik yönü güçlü bir arkadaşımız. Bu bilgi birikimi çerçevesinde de insan haklarına idari yargı bağlamında değinecek ve bizlere ‘‘Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında İdari Yargının Rolü’’nden söz edecek.

Sempozyumun oturum başkanlığını ise Danıştaya yıllarca başarılı hizmet etmiş sevgili arkadaşım deneyimli hukukçu emekli Danıştay Başsavcısı Sayın Zafer KANTARCIOĞLU yapacak.

Sözlerime son vermeden önce bizlerle birlikte olmayı kabul ederek bu toplantıya katılan sayın konuşmacılara huzurlarınızda bir kere daha teşekkür ediyor, hukuk camiasına faydalı bir toplantı olmasını diliyorum.

**SEMPOZYUM  
AÇIŞ KONUŞMASI**

**OTURUM BAŞKANI: Zafer KANTARCIOĞLU\***

Değerli konuklar,

Değerli meslektaşlarım,

Güncel konuları da içeren dört tane bildiri var bugün. Sayın Başkan konuşmacıları tanıttı. Ben bu nedenle doğrudan doğruya zamandan da kazanmak için toplantıyı açıyorum.

İlk sözü Sayın Profesör Doktor Mümtaz SOYSAL'a veriyorum.

Buyurun Sayın SOYSAL.

---

\* Emekli Danıştay Başsavcısı



## YARGI – MEDYA – SİYASET İLİŞKİSİ

**Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL\***

Sayın Başkan, değerli üyeler ve hazırım,

Her şeyden önce bana bu onuru verdiğiniz için, Danıştayda, bence, benim gözümde en azından, artık Türk yargısının gözbebeği durumuna gelmiş olan bir kurumda konuşma fırsatı verdiğiniz için teşekkür ederim.

Konuyu ben saptamadım. Konu “Yargı, Medya ve Siyaset” olarak önüme konmuş. Acaba ne demek istendi bundan diye düşündüm. Sonuna “ilişkiler” diye de eklenmiş, o kadar. Bilmece değil, belli ki ilişkileri inceleyeceğim. Bana verilmiş olan 25 dakika içinde bunu nasıl yapacağım, onu düşünmeye çalıştım. Acaba bir sistemin işleyişi mi benden istenmektedir, yoksa teker teker bu kurumların ve güçlerin yargı, medya ve siyaset olarak onların teker teker durumları mı incelenecek? Sonuçta aşağı yukarı ikisini birden yapmaya karar verdim.

Gerçekten, söz konusu üç güçle, üç kuvvetle karşı karşıyayız. Bunlardan birincisini zaten biliyoruz; yargı, bana sorarsanız başlı başına, bütün sistemlerde ve özellikle anayasalı sistemlerde başlı başına bir güç. Tabii, ayrıca siyaset de güç, zaten gücün merkezi neredeyse bütün toplumlarda hep o. Ama bu, daha çok yürütme diye anlaşılıyor, ya da dolayısıyla “istikrarlı iktidar” olarak ondan söz ediliyor. Ama herhalde onu da bir bütün olarak, “siyaset” dendiğine göre “iktidar ve muhalefet” olarak ele almak gerekiyor.

Fakat yargıyla öbür güçlerin ilişkilerine sıra gelince, konu daha çok “yürütmeyle yargı arasında bir sorun” olarak ortaya çıkıyor, bazen de yasamayla bir sorun olarak Anayasa Mahkemesi dolayısıyla yasamayla yargı arasındaki ilişki söz konusu oluyor. Ama, Danıştay çatısı altında konuştuğuma göre, belki gerçek ağırlığı Danıştay’a; yani yürütmenin yargı denetimine vermek gerekiyor.

---

\* Anayasa Hukukçusu

Böylesine tereddütler serisinden geçtikten sonra, bütün bunlardan hangisine hangi ölçüde ağırlık vermek gerekir onu da, en iyi konuşurken hatırlarım diye düşündüm. O bakımdan, siyasetten başlayan bir sıra takip etmek istiyorum.

Kavramları da bu konu çerçevesinde çok kısaca tanımlamak gerekirse, siyaseti muhalefet olarak da almak mümkün. Ama, konunun yargıya yansıyan yönü daha çok yürütme bakımından oluyor. Bu arada, “Medya bir güç müdür?” Daha doğrusu ve öbür ikisiyle, yani “Yargı ve siyasetle mukayese edilebilecek güçte midir yargı?” diye bir soru sormak gerektiğinde şu söylenebilir: İçinde bulunduğum yer açısından çok şükür mü diyeyim, maalesef mi diyeyim, pek kestiremiyorum ama, bana göre medya artık, maalesef başlı başına bir güç haline geldi, hem de önemli bir güç haline geldi. Çünkü, tek başına medya deyince, sadece o sözcüğün gerisindeki kuruluşları; yani radyo, televizyon, basın, vesaire, onları hatırlamıyoruz, arkasındaki iktisadi gücü de düşünmek gerekiyor. Özellikle önemli olan da arkadaki o güç. Türkiye’ye baktığımız zaman televizyon kuruluşlarının ya da büyük satışlı gazetelerin gerisinde aynı zamanda büyük sermaye var. Doğan Holding, Doğuş Holding, vesaire gibi. Medya dediğimiz zaman onlar da işin içine giriyor. Dolayısıyla, gitgide böyle büyüyen, ağırlığı artan bir güçle karşı karşıyayız. Bu güç, herhangi bir iddia başlığı altında, kavram olarak da iddia taşıyor.

Ne demek medya? Medyumun çoğulu; yani aracılık edenler. Zaten parapsikolojide ruh çağırırken bir “medyum” a başvurursunuz ve o istenen ruhu çağırıp sizinle konuşturuyor. Burada da olayları topluma yansıtan, dolayısıyla, yansıtış tarzı önemli olan, yansıtırken susmayan ya da kendi kanaatinden vazgeçmeyen bir kuvvet. Aynı zamanda ürünleri, uzantıları olan bir kuvvet. Onları da hesaba katmak gerekiyor.

Konumuz olan sistem içinde ele aldığımız bu üç kuvvetin hep birlikte nasıl işlediğine bakarsanız, o daha da ilginç bir konu. Aslında birbirine eklenmiş iki Yunanca kökten oluşan Latince’den gelme “sistem” sözcüğü “bir araya konmuşluk”tan kalkarak, teker teker ayrı parçaların bir araya getirilmesiyle işleyen bir bütünlüğü anlatıyor.

Bunun için, bu üçlem ilginç bir bütünlük oluşturmakta. Ama rahat işleyen bir bütünlük değil. Hani bir motoru parçalara ayırırsınız, ondan sonra bütünleştirirsiniz, biraz da yağlarsınız gayet iyi çalışmaya

başlayabilir ya, konumuz olan üç parçayı bir araya getirdiğiniz zaman pek öyle basit bir yağlamayla kolaylaşacak bir çalışma ortaya çıkmıyor. İster istemez, dişli çarklar arasında rahatsızlıklar oluyor, gerilimler ortaya çıkıyor, ister istemez dişliler arasında rahatsızlıklar, dişliler arasında gerilimler beliriyor, ondan sonra da sorunlar ortaya çıkıyor. O açıdan irdelediğimizde, bunların en kritik olanı, en çok bilineni ve konumuz açısından baktığımızda tabii üzerinde en sık durulanı olarak iktidarla yargı arasındaki bu ilişki kendini gösteriyor. Daha somut olarak anlatmak gerekirse, hükümetin kendi meclis çoğunluğuna çıkarttığı yasalarla Anayasa Mahkemesi arasındaki karşılaşma. Aslında, bu o üç kuvvetin iç parçalarına da bakılırsa, iktidarla yargı arasında ve özellikle yürütme söz konusu olduğu için, yalnız yasalar ve yasa gücünde kararnameler dolayısıyla Anayasa Mahkemesiyle değil, yürütmenin çeşitli basamaklarındaki düzenleyici işlemlerle yönetim kararları dolayısıyla Danıştayla da birtakım gerginlikler ortaya çıkıyor.

Bu gerginlikler aslında konunun çok daha ilginç ve dallı budaklı yanı olan bir başka konuyu gündeme getirmeyi gerektiriyor, ama ona fazla girmek istemiyorum. Türkiye’de bu sorun, ilişkinin bir yanını ister Anayasa Mahkemesi, ister Danıştay ve başka yargı organları olarak alalım, yargıyla siyaset ilişkileri sorunu, sanki demokrasi ile demokratlığı olmayan iki gücün, yani Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın çatışması gibi gösteriliyor Türkiye’de. Oysa bu çatışmanın arkasında, benim başka çevrelerde sık sık savunduğum gibi, ancak Türkiye’de gündeme getirilen, hem de cahilce getirilen sorunlarımızdan biri yatıyor: Seçilmişler, atanmışlar ikilemi. İkilemin bir yanı çok demokratik, öbürü de hiç demokratik olmayan bir güç olarak gösteriliyor.

Oysa, demokrasi kavramı eğer bir seçilmişlik, seçimle kazanılmış meşru bir seçkinlik içeriyorsa, bürokraside de bir çeşit “seçilmişlik”le kazanılmış meşru bir seçkinlik bulunduğunu söyleyebilirsiniz. İnsanlar bir yüksek yargı ya da yüksek komuta yahut yüksek yönetim mevkiine kolay gelmiyorlar; onlar da bir elemenden, bir “seçiliş”ten gelmekte. Hem de nasıl. Politikada siyasal lidere itaat etmekle, çeşitli çabalar sonucu aday listesine girmekle başarılan bir iş değil bir yüksek bürokrasi ya da yargı yüksek mevkiine seçiliş. O çetin yükselişin temelinde emeğin kutsallığı ve demokratik

sistemle seçildikleri varsayılanlarca düzenlenmiş olması gereken bürokratik hiyerarşide yükselişin çalışması var. Böyle bir değerlendirmeye inandığım için, zaman zaman siyasal çevrelerce eleştiriliyorum. Oysa bu ikilemin her iki yanı arasında bir çeşit eşitlik görmekteyim ve bu eşitliğin iki tarafça kabul edilmesiyle çatışmanın da büyük ölçüde azalabileceğini düşünüyorum. Ama vurguladıkça ve özellikle de siyasal cepheden, siyaset cephesinden vurguladıkça, bu sorun büsbütün çözülmez hale geliyor ve sistemin dışlıları kolay dönmüyor. Konu o bakımdan da ilginç.

Bu konuda 1961 Anayasasından gelen ve 1982 Anayasasıyla ters yönde vurgulanan bazı sorunları çözmek üzere birtakım yasa değişiklikleri yapıldı ve sorun bir ölçüde rahatlatılır gibi oldu. Ama bu çatışma olmasa ve dışlılar kilitlenmese bile, Anayasa'nın 125. maddesinin şimdi 12 Eylül 2010 Halkoylamasıyla daha da pekiştirilen ünlü 4. fıkrası var sistemimizde. Özellikle idare hukukunda Danıştay, hatta bir bakıma Anayasa Mahkemesi söz konusu olduğunda akla gelen birtakım sorunları önlemek üzere yargıyı sınırlayıcı hükümleri arasında bence en öne çıkan bir fıkra bu. Müsadenizle, önce fikrayı okuyup sonra tekrar döneyim konuya.

*“Yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak idari eylem ve işlem niteliğinde ve takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”*

Bir yargı kararı verilirken elbette o kararın idareyi sınırlayıcı, belirli bir şekilde uygun olmaya zorlayıcı yönleri olacaktır tabii. Ama kararın yerindelik denetimi şeklini alması sanki yargının sağduyusuyla sakınılamayacak bir durummuş gibi, böyle bir uyarıyı anayasa kuralına dönüştürmek füzuli bir çaba değil mi? Fıkraya konmasa da yargı bunu takdir edebilecektir diye düşünmek gerekirdi. Anayasa maddesiyle bunu sağlamaya çalışmak, bence yargıya biraz hakaret gibi oluyor. Yani, yargı bunu kendiliğinden takdir edemeyecek mi? Bir konu yargıya gelmişse, aksayan bir tarafı, insanları rahatsız eden, giderilmesi gereken bir pürüz var demektir. Yargı bunu çözecektir. Bu çözülmüş olduğu zaman yargı başlı başına yürütmenin karşısında bir güç durumuna gelmiyor ki. Güç, zaten yürütmenin o girişiminde, inisiyatifinde var. İşler yürütmece başlatılıyor; yargı kendiliğinden



değil, ancak bir başvuru üzerine, sonradan devreye girmekte. Yargı, yürütmenin girişimini geçerli kılıyor, kabul edilebilir, uygulanabilir bir karar durumuna getirerek yürütmeye destek oluyor.

Ama, medya, yahut onun etkisiyle kamuoyu konuya öyle bir açıdan bakıyor ki, “Bazı işler yapılabilecekken yargı engelledi, yürütmenin eli kolu bağlandı” falan deniyor. Elini kolunu bağlamazsanız yürütme o el ve kolla bir şeyler, belki kötü birşeyler yapacak. Yargı yürütmenin elini kolunu bağlıyor ki, barışçıl bir güç haline gelsin.

Konunun bu yanı, aslında üzerinde ciddiyetle durulması gereken ve bana sorarsanız derin felsefi nitelikleri olan bir yan. Ama, bunun üzerinde yeterince durulmuyor ve hukuk fakültelerinde de galiba pek iyi anlatılamıyor. Böyle olduğu için, şu dönemde ortaya çıkan en önemli sorun budur ve bu sorun bir zihniyet değişikliği, hatta bir inanç değişikliği istiyor. Seçilmişler, atanmışlar ya da ”idarî yargı engeli” gibi birtakım kavramların düzeltilmesi için ciddi bir çabayı, bütün toplum olarak göstermemiz gereken bir çabayı gerektiriyor. Çünkü, hem bir yandan yargının aslında bağlanmaması gereken elini kolunu Anayasa hükmüyle bağlamaya çalışıyoruz, hem de öte yandan yargının kendiliğinden yapabileceği bir işi ancak Anayasa hükmüyle yapılabilir duruma getiriyoruz.

Üstelik, öte yandan başka bir yargıya da kendimizi teslim ediyoruz. Şu duruma bakın: Anayasamız, yine aynı maddede, yani 125. maddede, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde “bunlardan doğan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için” uluslararası milletlerarası tahkime gidilebilmesini kabul etmiştir. Yani, yabancı sermaye girişine engel olur diye kendi yargınızdan şüphe ediyor ve işin içine yabancı sermaye bir şekilde giriyorsa, uluslararası bir hakemliğe gitmeyi göze alabiliyorsunuz.

Devletimizin bir bakanlığı istediği için, şimdiye kadar iki kez uluslararası hakemlik duruşmalarında bulundum. Kesinlikle söyleyebilirim ki, o tahkimlerde gerçek yargı yok, gerçek tarafsızlık yok, gerçek nesnellik, adalette aranan yüksekte bakış yok. Bildiğiniz gibi, bütün hakem sistemlerinde siz hakeminizi seçiyorsunuz, karşı taraf da hakemini seçiyor, onlar bir araya gelip bir de başkan seçiyorlar. Bazen, öyle bir başkanın davranışını izlemek, bana sorarsanız, hukuk adına yüz kızartıcı olabiliyor. Bu uluslararası

adaletse hayır, hiç korkmadan bu yol kapatılmalıdır. Hem kendi yargımıza hakaret niteliği ağırlığı taşır, hem de onun gelişmesini, mükemmelleşmesini önlüyor. Sonuçta, bana sorarsanız, ister kamusal yarar deyin, kamu yararı deyin, ister ulusal yarar, ulusun yararı deyin, o kavramların da aleyhine işliyor bu. Karşı taraf genellikle kazanıyor, kazandırılıyor. Bunu iyi ya da kötü savunma gibi birtakım gerekçelere bağlayabilirsiniz, ama gerçekçi durum budur. Başka uluslararası yargı kuruluşları bakımından da, yine çekinmeden söylüyorum, en azından bizim durumumuz açısından. yani cumhuriyetin reformlarını, devrimlerini yapmış ve evrensel denen kuralları mümkün olabildiğince kabullenmeye, gerekli kurumlara girmeye yönelmiş bir Türkiye açısından, pek hoş bir hava esmiyor o yerlerde. Bu ülkeye sıcak bakmayan, “Haçlı zihniyeti” demek de istemiyorum ama, genellikle karşıt, “anti” bir hava var. Sonuçta, her zaman değilse bile büyük olasılıkla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde ya da Avrupa Birliğinin Lüksembourg’daki Adalet Divanı’nda bize ilişkin olarak çıkan kararlar, hukuk pertavsızıyla bakıldığında, çoğu zaman, kusurları gayet kolay gözükebilen kararlar oluyor. Ama biz, biraz da uluslararası camiayla barışık kalabilmek için, bunlara karşı çıkamıyoruz. Sorunlarımızdan biri de bu.

Başkaca, daha ne gibi sorunlar var?

Yargıyı biraz daha kuvvetlendiriyoruz diyerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu da kabul ettik, Alman sisteminden esinlenerek. Onu da tartışılması ve eleştirilmesi gereken bir adım olarak görüyorum. Bunun bizim hukuk sistemimize hukuksallık bakımından ya da isterseniz öbür açıdan bakalım, demokrasi açısından çok şey kazandıracığından da pek emin değilim. Bir kere, bireysel başvurudan önce başka kanun yollarının da tüketilmiş olması gerekiyor. O kanun yolları ise, zaten başvuruyu oraya taşımaya elverişli. Ciddi bir durum varsa, yargıçlarımız ister idari mahkemede ister adli mahkemede olsun, Anayasa’ya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesine kadar çıkarabiliyorlar. Ayrıca, sistemi bireysel başvuruya çevirdiğiniz zaman o da kendi yargınızın Anayasa Mahkemesi dışındaki kurumlarına güvensizlik; yani “sorunu Anayasa Mahkemesine taşımazlar mı acaba” diye bir güvensizlik unsuru taşıyor. Sisteme gereksiz bir “yargı temyizi” görüntüsü veren bu yolu da, bir bakıma “halka yaranmak” olarak yorumlamak yanlış olmaz. Bu

yolu açmakla ne kazandırmış oluyorsunuz halka? Kendiliğinden bir dilekçe yazıp yollayabiliyor mu? Hayır. Zaten yine bir mahkemeye başvurması gerekmiş oluyor. Bununla, aslında var olan bir olanağın son aşamasını sağlamış oluyorsunuz. Böyle bir adımı “ bireysel başvuru” diye adlandırmak hukuk açısından yanlış bir terim kullanmak oluyor.

Bir de “korku” sorunu var: Zaman zaman, bir “yargıçlar devleti yaratma korkusu”ndan söz ediliyor bizim medyada. Sanki ülkeyi idare hukuku ve anayasa hukuku aracılığıyla yargıçlar yönetmektedir. Oysa, yargıçlar ülke kötü yönetildiği zaman devreye giriyorlar. İyi yürütüldüğü zaman hukuk çiğnenmiyorsa yargıçlar devreye giriyor mu? Ama böyle bir yorum yargıyı da daha da zayıflatmak için sık sık kullanılmakta. Bizde olduğu gibi başka toplumlarda da var bu. Örneğin, özellikle Amerika’da var. Biliyorsunuz, Amerika Birleşik Devletleri’nde dokuz üyeli Yüce Mahkeme’nin bütün üyeleri isterlerse ömür boyu iş başında kalabilirler. O ülkenin mizahında “hiç emekliliğini istemez ve nadiren ölür” denen o üyeleri Başkan seçer. Nadiren bir yer boşalırsa, tabii. Üyeler, oy çokluğuyla, bütün yasal ya da yargısal makamlardan geçmiş kararları bozabilirler ve ABD’nin son sözünü söylemiş olurlar. Eleştirenlere bakarsanız, Amerika’yı asıl yöneten onlardır. Ara sıra, oranın hukuk kitaplarında bile bu durumu biraz karikatürleştirmek için yazılmış marş güftelerine rastlarsınız. 1969’da “Profesörlük Takdim Tezi” olarak hazırladığım “Dinamik Anayasa Anlayışı” adlı kitaba Amerikalı yazar Glendon A. Schubert’in “Anayasa Politikası” adlı yapıtından aktarıp çevirdiğim bir “Yargıçlar Marşı”nın sözlerini almıştım. İsterseniz, kısaca onları okuyayım da biraz neşe bulalım:

*“Bizler dokuz yargıcız, sürüye karışmayız;”*

*“Son sözü biz söyleriz, dokuz büyük zekâyız”*

*“Son sözü biz söyleriz, dokuz büyük zekâyız.”*

*“Resmimiz pullarda yok, mikrofona çıkmayız”*

*“Çocuklarla poz verip tören nutku atmamız”*

*“Ama son sözü söyler, yaşlı göze bakmayız”*

*“Demagoğa boş verir, hatır gönül saymayız”*

*“Düşünceyi hep tartar, şu kantardan şaşmayız.”*

Bundan sonra koro ara nağmesi, nakaratı var:.

*“Anayasa’da varsa, hukuk olmuş demektir”*

*“Anayasa dediğin, kusursuz bir eserdir”*

*“Anayasa’da varsa, imza hemen basılsın”*

*“Dün nasılsa, bugün de, yarın da öyle kalsın.”*

*“Yaşasın!”*

Anayasa’da varsa, yorumu da siz hukukçular olarak dile getireceksiniz tabii. Anayasa’yı “yasalar” diye de alabilirsiniz.

ABD’de Anayasa’ya uygunluğu böyle bir marşla alaya alınabilenize de, marş, alay vesaire, ama sonuçta bütün o sistemi, yani birbirine iliştilirilmiş parçalardan oluşan bir bütünü çalışır kılabilen, ne medyadır, ne yasalardır, ne yürütmedir, aslında mahkemelerdir; yani yargıdır. Yargı, sistemi çalıştırabilen yağı sağlamaktadır. Ama siyasiler. özellikle toplumu yönetenler ters bakışlarıyla bu hizmeti hiç ödüllendirmezler.

Şu kısa vakit içinde bunu dile getirmek istedim. Vakıt olsa, daha çok şey söylenebilir.

Bana bu kısa fırsatı verdiğiniz için teşekkür ederim.

**Zafer KANTARCIOĞLU-** Hocam, çok teşekkür ediyoruz. Bize güzel bir marş ekleyerek bitirdiniz konuşmanızı.

Şimdi ikinci konuşmayı Mustafa Behiç KILIÇHAN yapacak, *“Anayasal açıdan yüksek mahkemeler”*.

Buyurun.

## ANAYASAL AÇIDAN YÜKSEK MAHKEMELER

Mustafa Behiç KILIÇHAN\*

Sayın büyüklerim, kıymetli meslektaşlarım ve değerli konuklarımız, öncelikle hepinize saygılarımı sunuyorum.

Yüksek mahkemeler, Anayasa'da, **Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi** ve **Uyuşmazlık Mahkemesi** olarak sayılmıştır.

Yüksek Mahkemeler arasında herhangi bir sıralama ve derecelendirme öngörülmemiştir.

**Anayasa Mahkemesi**, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İctüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. (**Anayasa Md.148**).

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.

Mahkeme, siyasi partilerin kapatılmasına veya Devlet yardımından yoksun bırakılmasına ilişkin davalara da bakar.

**Yargıtay**, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. (**Anayasa Md. 154**).

**Danıştay**, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece

---

\* Danıştay Beşinci Daire Başkanı

mahkemesi olarak bakar. Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir. (**Anayasa Md. 155**).

**Askeri Yargıtay**, askeri mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. (**Anayasa Md.156**).

**Askeri Yüksek İdare Mahkemesi**, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. (**Anayasa Md.157**).

**Uyuşmazlık Mahkemesi**, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkilidir. Bu mahkemenin Başkanlığını Anayasa Mahkemesince kendi üyeleri arasından görevlendirilen üye yapar. (**Anayasa Md 158**).

Anayasa'daki Yüksek Mahkemelerden, Uyuşmazlık Mahkemesinin daimi Üye kadrosu bulunmayıp diğer Yüksek Mahkeme Üyeleri arasından yapılan seçimle belirlenen üyelerden oluşan ve görüşülecek konulara göre de değişik biçimde oluşturulan bir yapıya sahiptir.

2010 yılında Anayasa'da, hukuk alanında önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler Yüksek Mahkemeleri de etkilemiştir.

Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile ilgili olarak, Anayasanın 156 ve 157'nci maddelerinde yapılan değişikliklerle, anılan Yüksek Mahkemelerin kuruluş ve işleyişiyle ilgili düzenlemelere ilişkin kanunlarda esas alınması gereken “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hakimlik teminatı” hususlarının yanında yer almakta olan “askerlik hizmetlerinin gereklerine göre” ibaresi metinden çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin de yapısı değiştirilmiş ve bu mahkemeye yeni görevler verilmiştir.

Buna göre, iki bölüm ve genel kurul olarak çalışması öngörülen Mahkemenin üye sayısı 17'ye çıkarılmış, üyelerin kaynağı, seçimleri ve sayıları kısmen değiştirilmiş, yedek üyelik kaldırılmış, üyelik on iki yıllık süre ile sınırlandırılmış; bireysel başvuruları karara bağlamak görevi, yeni bir görev olarak mahkemeye tevdi olunmuştur.

Bireysel başvuru hakkında, Anayasanın 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, herkesin Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği belirtilmiştir.

Mahkemenin çalışma ve yargılama usullerinde de ciddi değişiklikler yapılmıştır.

Mahkemede, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilmesine olanak sağlanmıştır. (**Anayasa md.149/1**). Bireysel başvuruların bölümlerce karara bağlanması, diğer görevlerin genel kurulca ele alınması esası getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında 6216 sayılı Kanun, 3 Nisan 2011 günlü Resmi Gazete'de yayınlanarak (45 ila 51 inci maddeleri dışında) aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunda Mahkemenin Anayasa değişiklikleri ile oluşturulan yeni yapısıyla ve yeni görevleri ile eskiden beri var olan görevleriyle ilgili usul ve esaslar ortaya konulmuştur.

Değinenlerin dışında, Mahkemenin Yüce Divan sıfatıyla verdiği hükümlere karşı yeniden inceleme yapılabileceği (Md.58/1),

Genel Kurul ve bölümlerin kararlarını, katılanların salt çoğunluğuyla alacağı, oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olacağı (Md.65/1),

Mahkemenin siyasi parti kapatma davalarında veya yüce divan sıfatıyla verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesinin istenebileceği (Md.67/1) hususları, anılan Kanunda göze çarpan değişiklikler ve yeniden yapılanmanın gerektirdiği ilk kez yapılan düzenlemeler olarak sıralanabilir.

Anayasa değişikliği ile gerçek kişilere tanınan **bireysel başvuru hakkına** ilişkin düzenlemeler de ana hatlarıyla bu yasa da yer almıştır. Buna göre, Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek

Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. (Md.45/1).

İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerektiği,

Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvurunun konusu olamayacağı,

Bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği (Md. 46/1),

Kabul edilebilirlik incelemesinin komisyonlarca yapılacağı, kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oy birliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verileceği, oy birliği sağlanamayan dosyaların bölümlere havale edileceği,

Kabul edilemezlik kararlarının kesin olduğu ve ilgililere tebliğ edileceği,

Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesinin bölümler tarafından yapılacağı,

Mahkemenin, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebileceği,

Bölümlerin, esas inceleme aşamasında, başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebilecekleri, tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerektiği, aksi takdirde tedbir kararının kendiliğinden kalkacağı,

Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlı olduğu, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı,

Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanacağı,



Esas hakkında incelemenin usul ve esasları ile ilgili diğer hususların İtüzükle düzenleneceği hükme bağlanmıştır. (Md.49).

Kanuna göre, esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. (Md.50/2).

Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. (Md.50/4)

Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir. (Md.50/5).

Bireysel başvuru hakkının bir dava olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Gerekli görüldüğünde duruşma yapılabilmesine (md.49/4), zorunlu görülen tedbirlere karar verilebilmesine (md.49/5), bu Kanun ile İtüzükte hüküm bulunmayan hallerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanabilmesine (md.49/7), davadan feragat hallerinde düşme kararı verileceğine (md.50/5) ilişkin hükümler bu hususu doğrular niteliktedir.

Bununla birlikte, Kanunun 50'nci maddesinin 2'nci bendinde yer alan hüküm okunduğunda, **bireysel başvuru ile yüksek mahkeme kararlarını da kapsayıcı biçimde olmak üzere, yeni bir temyiz yolu yaratılmakta olduğu da görülmektedir.** Madde aynen şöyledir: “Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması

yolu gösterilebilir. **Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme.** Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse **dosya üzerinden karar verir.**”

Böyle bir düzenleme Anayasa'da yoktur. Anayasa'daki değişiklikle böyle bir yöntem öngörülmemiştir. Yüksek veya yerel mahkemelerin uyguladıkları usul Kanunlarında böyle bir uygulamaya olanak verecek düzenlemeler de bulunmamaktadır. Ayrıca böyle bir uygulama, hukukun en yaygın bir ana prensibi olan, bir mahkemenin nihai kararını verdikten sonra o karara kendisinin dahi dokunamayacağına ilişkin kesin hüküm ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Bu düzenlemeler 7 yıl önce Anayasa Mahkemesinin önerisiyle yapılmak istenmiş, ancak o zaman yasalaştırılamamıştı. Anılan uygulamayı öngören hükmün, Anayasa'ya açıkça aykırı olduğunu, bu konuda yapılmış ve benim de katıldığım bir komisyon çalışmasına ait rapordan aktarmak istiyorum:

*Türk hukuk düzeninde yargı ayrılığı ilkesi benimsenmiş ve bu uygulama günümüze kadar başarılı bir şekilde sürdürülmüştür. Bu sistem içinde yargı yetkisini kullanan mahkemelerin görev, yetki ve sorumluluk sahaları Anayasa ve diğer kanunlarda belirlenmiş, adli, idari ve askeri yargı kollarında dava ve uyuşmazlıkların görüşme usul ve esasları ile son karar mercileri gösterilmiştir.*

*Yüksek mahkemelerin denkliği ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemimizde son inceleme mercii olarak ilgili yüksek mahkemenin anayasa, yasa ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uyarınca incelemesinden geçmek suretiyle kesinleşmiş bir yargı kararının, hangi amaç ve hangi yöntem adı altında olursa olsun bir başka yüksek mahkeme tarafından inceleme konusu yapılması, yargı ayrılığı ilkesini zedeler ve Anayasa Mahkemesine diğer yüksek mahkemeler karşısında üstünlük sağlar.*

*Böyle bir yol, dolaylı olarak Anayasa'nın 154, 155, 156 ve 157'nci maddelerini etkiler ve bu maddelerde öngörülen Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin incelemesi ile kesinleşen kararların uygulanmaması, bertaraf edilmesi sonucunu doğurur.*

Bu düzenleme Anayasa değişikliğinde yer almadığı halde, Anayasa Mahkemesi Kanuna konulmak suretiyle, Anayasadaki Yüksek Mahkemelerin denkliği değiştirilmek, Anayasa Mahkemesi yüksek mahkemelerden de yüksek, ya da en azından yüksek mahkemelerin en yükseği konumuna getirilmek istenmiştir. Bu husus, günümüze kadar, hakimlerin aylıkları arasında dikkate alınmaya bile değmeyecek cüzi miktarlar dışında bir farklılık yokken, bu kanun vesilesiyle Anayasa Mahkemesi mensuplarının maaşlarında önemli oranda farklılık yaratılmasıyla da kendisini belli etmiştir. Bu durumdan Mahkeme çevrelerinin hoşnud oldukları, en azından hiç bir rahatsızlık duymadıkları, herhangi bir beyanda bulunmamalarından anlaşılmaktadır.

Son zamanlarda, kanunlarda yapılan değişikliklerden önce ilgili kurumlardan görüş alınmadığı gözlenmektedir. Nitekim, Danıştay ve Yargıtayın yapılarıyla ilgili 6110 sayılı Kanun çıkarılırken de bu görüş alınmadı. Bu noktadan hareketle, Anayasa Mahkemesi ile ilgili 6216 sayılı Yasanın da Anayasa Mahkemesi'nin görüşü alınmadan çıkarılmış olabileceği düşüncesiyle söylemek gerekirse; Anayasa Mahkemesinin sayın Başkanı da bu hususun Anayasaya aykırı olduğunu belki görüyordur, ancak Yasanın dava yoluyla Mahkemelerine gelme olasılığı nedeniyle ve ihsas-ı reyde bulunmuş olmamak kaygısıyla bu görüşünü açıklayamadığını düşünüyorum.

Öte yandan, bireysel başvuru hakkının hukukumuzda kazandırılmasının gerekçesi olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ülkemizden yapılan başvuruların azalmasını sağlamak amacı gösterilmektedir. Anayasa Mahkemesine başvurup aldıkları karardan tatmin olmayanların bir defa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmayacaklarını nasıl garanti edebilirsiniz?

Bir başka sorun da, Anayasa Mahkemesinin bu başvuruları nasıl karşılayabileceği, makul sürelerde nasıl sonuçlandırabileceğidir. Bireysel başvuru yolunun bir buçuk yıl sonra yürürlüğe girecek olmasına karşın, şimdiden çok sayıda başvurunun yapıldığı duyulmaktadır.

Anayasa mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 40'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, taraflarca ileri sürülen Anayasaya aykılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddi

görülmezse bu konudaki talebin gerekçeleri gösterilmek suretiyle reddedileceği, bu hususun esas hükümlerle birlikte temyiz konusu yapılabileceği hükmü getirilmiştir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi Kanunu ile diğer yüksek mahkemelerin usul kanunlarına bir usul hükmü eklenmiş olmaktadır.

Herhalde gerek bu hususta, gerekse yargı kararlarına ilişkin olarak bireysel başvuru sonucu verilecek kararlar üzerine yapılacak işlemler konusunda diğer usul kanunlarında bazı değişiklikler yapılacaktır. Ama Anayasa'da bu yolda düzenlemelere yer verilmediğinden, yapılacak değişikliklerin de yüksek mahkemelerin konumu ile ilgili Anayasal prensiplerle, dolayısıyla Anayasa ile bağdaşmayacağını söylemek zor değildir.

14.2.2011 günlü, 27846 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6110 sayılı Kanunla Yargıtay ve Danıştay'da yapısal değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliklerin anılan yüksek mahkemelerde ortaya çıkardığı diğer durumlar ayrı bir tebliğ ve panel konusu yapılabilir. Ama bu konuda bir-kaç hususa değinmeyi uygun buldum. Kanunla Danıştay'ın üye kadrosu % 64, Yargıtay'ın üye kadrosu ise % 54 oranında genişletilmiş, dairelerin 10'ar kişiden oluşmasına olanak tanınmak suretiyle, her dairede birden fazla heyetle çalışılması öngörülmüş; böylece, matematiksel olarak, mevcut karar sayılarının da iki misline çıkabileceği varsayılmıştır.

Bu durumun, Yargıtay'da ötedenberi uygulandığı ve bu duruma yasallık kazandırılmak istendiği, Kanunun gerekçesinde vurgulanmıştır. Ancak Danıştay'da çift heyet uygulaması yapılmamakta idi. Ayrıca, dosyalar tetkik hakimleri tarafından okunduğu, daire heyetine anlatıldığı ve karar müsveddelerinin de yine tetkik hakimleri tarafından yazıldığı dikkate alındığında, çift heyet yapılmasından beklenen yararın, tetkik hakimi sayısının da bir misli artırılmasıyla elde edilmesi mümkün olabileceğinden, bu konuda Kanunla yüksek mahkemelere yeterli tetkik hakimi kadrosu eklenmesinin düşünülmediği görülmektedir. Öte yandan, yıllık çıkarılan iş sayısının iki misline yükseltilmesinin, dairelerin memur ve yazıcı kadrolarındaki personeli de son derece zorlayacağı unutulmuştur. Dosyaların daha çabuk sonuçlandırılmasının sağlanması olarak belirtilen amaca, dairelere verilecek üye sayılarının artırılması yerine, doğrudan daire sayısının makul düzeyde artırılmasıyla daha

kolay ve daha sorunsuz ulaşılabilmesi seçeneğinin gözardı edildiğini düşünmekteyim.

Değnilmesi gereken diğler bir husus da, Anayasa değışikliğı ile yeniden yapılandırılan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından ilk kez yapılan yüksek yargı organlarına üye seçimlerinde benimsenen yöntem ve ortaya konulan ilkelerle ilgilidir.

Yüksek Kurulun, bu seçimlerde, seçilme yeterliliğine sahip tüm hakim ve savcılar dikkate almakla birlikte, alt sınır olarak 40 yaş belirlediğı görülmüştür. Önceki Kurulca yapılan seçimlerde de 45-60 yaş sınırının gözetildiğini biliyoruz. Bu hususun son derece makul ve kabul edilebilir bir gerekçesi vardı. Hem seçicilere, seçilme yeterliliğine sahip kadrolar arasında bir daraltma yapma imkanı tanıyor, hem yaş haddi uygulaması nedeniyle kadroların 5 yılla en çok 20 yıl arasında dolu olmasını sağlıyor, hem de seçilme yeterliliğine sahip çok sayıda mensubun seçilme umutlarını sürdürmelerine olanak veriyordu. Esasen yaş sınırının biraz yüksekte tutulması sebebiyle daha çok sayıda meslekdaşımız seçilme şanslarının devam ettiğini görüyordu.

Gelenekselleşmiş olan bu uygulamayı terk etmenin haklı bir nedenini bulamadığım gibi, 45 yaş sınırı bile çok defa uygulanmaz ve daha yukarı yaşlardaki hakim ve savcılarımız seçimlerde tercih edilirken, bu defa da Kurulca sınırsız bir seçim yapılmadığı, yani geleneğin tam anlamıyla terk edilemediğı, fakat yaş alt sınırının 40'a indirilerek, özellikle Danıştay Üyeliğine önemli sayıda genç meslekdaşımızın seçildiğini görmekteyim.

Elbette aramıza katılan genç arkadaşlarımızın liyakatından kuşumuz yok; ancak, bu kadar çok sayıda genç meslekdaş seçiminin, mesleğe çok daha önce katılmış olup da yine liyakatlarından kuşku duymadığımız önemli sayıda hakim ve savcımızın moral ve motivasyonunu etkilemediğini, onların seçilme umutlarını yitirmelerine neden olmadığını söylemek mümkün değildir. Aynı şekilde, pek çok genç mensubumuzun da, bu uygulama sonucunda yaşlılarının yüksek mahkeme üyesi olduğunu gördüğünden, artık mahkeme başkanlığı, bölge başkanlığı, Danıştay savcılığı ya da kıdemli tetkik hakimliği gibi hakimlikle yüksek hakimlik arasındaki basamakları teker teker çıkmayı düşünüp hedefleyeceklerini ve bekleyeceklerini kim söyleyebilir?

Bu tablo ile ortaya çıkan duruma göre, bazı dairelerimizdeki tetkik hakimlerimizden bir kısmı, kendilerinden daha kıdemsiz, hatta belki de, mesleğe yanlarında başlayan ve hatta stajı yanlarında yapmış üyelerimizin katıldıkları müzakerelerde dosya anlatır duruma düşebileceklerdir.

Uzun yıllar aynı biçimde tatbik edilerek geleneksel hale gelmiş uygulamaların bir çırpıda bırakılması ve yerine, nelere mal olacağı çok da hesaplanmadan başka uygulamalar konulmasının yararlı mı zararlı mı olacağını zaman içinde görebileceğiz. Ne var ki, tenkit edilen olumsuzluklara sahip bir kısım kurumlarla kurallardaki olumsuzlukların düzeltilmesine çalışmaktansa keskin bir biçimde değişikliğe uğratılması, milletimizin alışılmış bir özelliğidir. Ancak, bu özelliği yansıtan uygulamalardan ise, bu güne değin çok da yarar gördüğümüz söylenemez.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

**Zafer KANTARCIOĞLU-** Sayın KILIÇHAN, size teşekkür ediyorum. Yalnız, ikinci bölüme geçmeden önce bir 10 dakikalık ara var. Ondan sonra saat 11:10'da ikinci bölüme başlayacağız ve burada da iki bildirimiz var. Şimdi sizi araya davet ediyorum.

Buyurun.

## ARA

**Zafer KANTARCIOĞLU -** Değerli konuklar, aramız bitti. Üçüncü tebliğe geçiyoruz. Konusu “*Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve bu kararların Birlik ülkelerine yansımaları*”. Konuşmacı Profesör Doktor Füsun ARSAVA.

Sayın ARSAVA buyurun.

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI, AVRUPA İNSAN  
HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI VE BU KARARLARIN  
BİRLİK ÜLKELERİNE YANSIMASI**

*Prof. Dr. Füsün ARSAVA\**

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Ben de sizlerle birlikte olmaktan onur duyduğumu ifade ederek sözlerime başlamak istiyorum. Sizlere bana ayrılan süre içinde bugün Avrupa'da temel hakların temini çerçevesinde karşımıza çıkan çok katmanlı yapıdan söz edip bunun sonuçlarını biraz değerlendirmek istiyorum.

Sayın konuklar,

Bana ayrılan süre içinde bugün Avrupa'da temel hakların temini çerçevesinde karşımıza çıkan çok katmanlı yapıdan söz edip bunun sonuçlarını biraz değerlendirmek istiyorum.

Avrupa Birliği hareketinin somut ürünleri olan 50'li yıllarda yapılan Avrupa Birliği anlaşmalarına baktığımız zaman bu anlaşmaların temel haklar yahut insan hakları konusunda hükümler içermediği görülmektedir. Bunun ana nedeni bir devlet olma yolunda ilerleme algısı yaratmamaktır. Ancak, zaman içinde Avrupa Birliğinin kullanmış olduğu yetkilerin kapsam kazanması ve sonuç olarak da bir Avrupa Birliği egemenliğinin ortaya çıkması nedeniyle Avrupa Birliği fiilen ve hukuken devlet benzeri egemenlik yetkileri kullanmaya başlamıştır. Aynı paralelde de ortaya çıkan Avrupa Birliği hukukunun özellikle 1960'lı yılların ortasından itibaren ulusal hukuka nazaran öncelikli olarak uygulanma iddiası ve hatta doğrudan iç hukukta uygulanma iddiası Avrupa Birliği hukukunun ulusal alanda uygulanması çerçevesinde meşruiyeti tartışmalarını, dolayısıyla, ulusal anayasalarda temin edilen temel haklara uygunluğu tartışmalarını başlatmıştır. Özellikle bu çerçevede temel hak düzenlemeleri ile oldukça gururlu olan Almanya'da, Alman Anayasa Mahkemesinin 1974 yılında vermiş olduğu bir karar Avrupa Birliği hukukunda temel haklar konusu bakımından bir milat oluşturmuştur. Alman Anayasa Mahkemesi 1974 yılında vermiş olduğu kararında

---

\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Avrupa Birliği hukukunun ulusal alanda uygulanması çerçevesinde Avrupa Birliği hukukunu kendi Anayasasına uygunluk bakımından, Avrupa Birliği hukukunda temel haklar Alman Anayasasına özüde eşdeğer ölçüde temin edilinceye kadar denetleme hakkını saklı tuttuğunu karara bağlamıştır.

Bu oldukça önemli bir karar, çünkü Avrupa Birliği hukukunu nitelendirirken Avrupa Birliği hukukunun ortak bir hukuk olduğunu söylüyoruz. Ortak hukuk olarak Avrupa Birliği hukukunun tüm devletlerde aynı ölçüde bağlayıcı olması gerekiyor. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi diyor ki *“ben, benim Anayasama eşdeğer bir temel hak teminatı sağlanıncaya kadar Avrupa Birliği hukukunun benim ulusal egemenlik alanında uygulanması çerçevesinde yargısal denetim yapma hakkını saklı tutuyorum.”* Bu çarpıcı karar Avrupa Birliği seviyesinde olağanüstü bir yankı uyandırmış ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Avrupa Birliği hukukunda temel hakların yazılı olarak yer almamasına rağmen temin edildiği yolunda içtihat oluşturmaya başlamıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı demiştir ki, *“evet, yazılı olarak kurucu anlaşmalarda temel haklar konusu yok”*, ama bu durum hiçbir zaman Avrupa Birliği hukukunda temel hakların temin edilmediği sonucunu doğurmaz, çünkü Avrupa Birliği’ne üye olan devletlerin hepsi Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna taraftır. Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna taraf olmak üye devletlerde temel haklar bakımından bir ortak anayasal gelenek yaratmıştır ve bu gelenekler genel hukuk ilkesi olarak Avrupa Birliği hukukunda da dikkate alınmak durumundadır. Diğer bir ifadeyle eğer Avrupa Birliği hukuku temel haklara bir aykırılık göstermek durumundaysa bunun tespitini ve gereğini bir ulusal anayasa mahkemesi yapmak durumunda değildir. Kim yapmak durumundadır? Avrupa Birliği yargısı yapmak durumundadır. Çünkü temel haklar yazılı olmasa dahi genel hukuk ilkesi olarak Avrupa Birliğinde saygı görmek durumundadır.

Genel hukuk ilkeleri üzerinden temel haklara yapılan bu atfın Avrupa Birliği’nin daha sonraki anlaşma değişiklikleri çerçevesinde gündeme geldiğini görüyoruz. 1987’de Tek Senet, arkasından 1993 tarihli Maastricht ve 1999 tarihli Amsterdam Anlaşmalarıyla bakış açısında önemli yol alındığını görüyoruz. Özellikle sizlere Maastricht ve Amsterdam’daki duruma kısaca işaret etmek istiyorum. Bu



anlaşmalar Avrupa Birliği hukukunda dönemeç teşkil eden anlaşmalardır. Birçok nedeni var, ama bizim konumuz bakımından bu anlaşmalarda Avrupa Birliği'nin istinat ettiği ilkelerin ilk defa sayıldığını görüyoruz. Avrupa Birliğinin istinat ettiği ilkeler hukukun üstünlüğü, demokrasi, özgürlük ve insan hak ve özgürlükleri olarak ifade ediliyor ve insan hak ve özgürlükleri bakımından da söz konusu anlaşmalar Avrupa Birliği'nin insan haklarına Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonunda yer alan hali ile ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden doğan hali ile saygı gösterilmesini kendine esas aldığını düzenliyor. Diğer bir ifade ile Avrupa Birliği hukukundaki temel hak boşluğu Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu üzerinden ve ortak anayasal gelenekler ışığında genel hukuk ilkesi olarak doldurulacaktır.

Arkasından 2000'de Avrupa Birliği seviyesinde, çok önemli bir adımın atıldığını ve bir Temel Haklar Şartı'nın yapıldığını görüyoruz. Avrupa Temel Haklar Şartı bir deklarasyon, bağlayıcı değil. İçeriğine bakıyoruz, çok ilginç, kısa bir metin, 54 maddelik bir metin, ama bu maddelerin dörtte üçü Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonundan alınan haklarla paralel düzenlenmiş; bu çerçevede vurgulanması gereken bir diğer husus da Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonundan esinlenilerek yapılan düzenlemeler Temel Haklar Şartı'na göre Konvansiyondaki anlamı ve kapsamı ile Avrupa Birliğinde geçerli olacaktır.

Evet, bu gelişmenin belki son durağına işaret etmemiz gerekiyor. Bilindiği üzere Avrupa Birliği'nde bir Anayasa tasarısı çalışması yapıldı, akamete uğradı. Eğer söz konusu Anayasa tasarısı yürürlüğe girseydi, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı bağlayıcı bir metin olarak Anayasa'nın ikinci bölümünde yer alacaktı, aynı bir devletin anayasasında olduğu gibi bağlayıcı bir katalog olarak Temel Haklar Şartı yürürlüğe girecekti. Ancak, bu girişim akamete uğradığı için arkasından 2009 Aralıkta yürürlüğe giren Lizbon Reform Sözleşmesi hazırlandı. Kurucu anlaşmaları değişikliğe uğratan bir sözleşme niteliğine sahip olan Lizbon Sözleşmesinde Temel Haklar Şartı'nın Anayasa tasarısında olduğu gibi bütünüyle entegre edilmediğini görüyoruz; ancak sözleşmede Temel Haklar Şartı'na bağlayıcı bir metin olarak atıf yapılmış, gönderme yapılmış ve Şart, Avrupa Birliği hukukunun birincil hukuku olarak ilan edilmiştir. Bu

oldukça önemli bir gelişmedir. Bundan böyle artık Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna atıf yoluyla Avrupa Birliği hukukundaki temel haklar boşluğunun doldurulması gerekliliği yoktur, çünkü Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu esas alınarak yapılan Temel Haklar Şartı birincil hukuk olarak Avrupa Birliğine girmiştir. Bunun da ötesinde Lizbon Sözleşmesinin getirdiği belki en önemli yenilik Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna Avrupa Birliğinin katılması olanağıdır; henüz katılma gerçekleşmiş değil, ama böyle bir olanağın varlığı önemli bir adımdır. Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna Avrupa Birliği'nin katılma hazırlığı Avrupa Konseyi bünyesinde daha önce 14 no'lu Protokolle yapılmıştır. Lizbon Sözleşmesi de Avrupa Birliği bakımından bu hazırlığı Lizbon Sözleşmesinde öngörmüştür.

Ortaya konulan bu tabloya baktığımız zaman Avrupa Toplulukları hukukuyla Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu arasında bir ilişkinin kurulduğunu görüyoruz. Bu sistemlerin teminat mekanizmasında karşımıza çıkan yargı organları arasındaki ilişki nasıl diye bakıldığında Avrupa Birliği yargısının (Lizbon'a kadar Avrupa Toplulukları Adalet Divanı diyorduk). İnsan hakları konusunda İnsan Hakları Mahkemesini bir uzman mahkeme olarak kabul ettiği ve onun kararlarına alıntı olarak yer verdiği, atıfta bulunduğu, bu şekilde bir kooperasyon ilişkisinin kabul edildiği görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi insan hakları bakımından Topluluk hukukuna nasıl bakıyor diye baktığımızda. İnsan Hakları Mahkemesinin başlangıç yıllarında Avrupa Birliği'nin İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonunun tarafı olmaması nedeniyle Avrupa Birliği hukukunu Konvansiyon ışığında değerlendirmekten uzak durduğu görülmektedir. Ancak 1999'da Avrupa Birliği kurucu anlaşmalarıyla ilgili olarak açılan bir dava nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Birliği birincil hukukunun Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonuna uygunluğunu denetlemek durumunda kalması ile yeni bir başlangıç ortaya çıkmıştır (*Matthews davası*). İngiltere'nin Avrupa Birliği Parlamentosu seçimlerinde Cebelitarık sömürgesinde yaşayan İngilizlere seçme ve seçilme hakkının tanınmaması nedeniyle *Matthews'ün* İnsan Hakları Mahkemesine yaptığı bireysel başvuru ile ilk kez İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa

Birliği kurucu anlaşmalarını Konvansiyona uygunluk denetimden geçirmiş ve ihlâl tespiti yapmıştır. Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna taraf olan devletlerin kendi egemenlik alanlarında vatandaşlarına ve o ülkelerde yaşayan insanlara seçme, seçilme hakkı vermesi gerekiyor. İngiltere söz konusu hakları Cebelitarık'ta temin etmemesi gerekçesi ile İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkûm edilmiştir. Birincil hukukun İnsan Hakları Mahkemesi tarafından denetimi bakımından son derece önemli bir karardır bu.

Arkasından tabii ki şöyle bir soru karşımıza çıkıyor: Avrupa Birliği hukuku iki hacimli bir hukuk olarak nitelendirilmektedir, birincil hukuk kurucu anlaşmalar ve değişiklikleridir; ikincil hacim ise Avrupa Birliği kurumsal yapısında ortaya çıkan tasarruflardır. İkincil hukuk tasarrufları olarak tüzükler var, direktifler var, kararlar var. Bunların acaba denetimi bakımından İnsan Hakları Mahkemesi nasıl bir strateji izliyor? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Topluluk tasarruflarının denetimi bakımından yine başlangıç yıllarında oldukça çekimser davranmış. Örneğin; 2005 ve 2003 tarihli *Senatör Lines ve Emasa Sugar davaları* var. Bireysel başvuru olarak Topluluk tasarrufları aleyhine İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde davalar açılmış, ancak davalar daha sonuçlanmadan Avrupa Birliği'nin kurumsal yapısında o tasarruflarla ilgili birtakım değişiklikler ortaya çıkmış, davaların yürütmesi söz konusu olmamış; ancak 1996 tarihli bir karar bizim için bu çerçevede oldukça önemli.

Sizlere şunu hatırlatmak istiyorum: Avrupa Birliği hukukunun kendine ait bir özel uygulama alanı yok. Avrupa Birliği hukuku üye devletlerin ulusal egemenlik alanında uygulanıyor. Ulusal egemenlik alanında uygulanması çerçevesinde tabii ki üye devletlerin de birtakım icrai tasarruflar ihdas etmesi gerekiyor. Bu icrai tasarruflar çerçevesinde Avrupa Birliği üyesi devletlerin diğer taraftan taraf oldukları Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonunun ihlali gündeme geliyor. İşte, bu sorun 1996 tarihli *Cantoni davası* adını taşıyan davada gündeme gelmiştir. Üye devlet Fransa tarafından icra edilen Topluluk tasarrufu nedeniyle Fransa'nın İnsan Hakları Mahkemesi'nde bireysel başvuru sonucu olarak yargılanmasının gündeme geldiği bu davada Avrupa İnsan Mahkemesi icra tasarrufları çerçevesinde Avrupa Birliği üyesi devletlerin, Avrupa Birliği tasarruflarının gereğini yerine getirme bakımından bir hareket

serbestisine sahip olup olmamasından bağımsız olarak Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu ışığında tasarrufun denetiminin yapılmasını kabul etmiştir.

Bu kararın arkasından gelen çok önemli bir dava var ki mesele bu davada daha da açıklığa kavuşuyor; 2005 tarihli bu dava *Bosphorus davasıdır*. *Bosphorus davası* bizimle de ilgili olduğu için ilginç bir örnek oluşturmaktadır. 1993 tarihinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi bir karar alıyor. Karar insan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği eski Yugoslavya ile ikâmet yahut faaliyet itibarıyla irtibatla bulunan gerçek yahut tüzel kişilerin kara, deniz, hava araçlarına el konulmasını öngörüyor. Bu Güvenlik Konseyi kararı Avrupa Birliği Konseyi tarafından bir tüzükle Avrupa Birliği hukukuna entegre ediliyor; yani üye devletler bakımından bağlayıcı bir tasarruf haline geliyor. Söz konusu Avrupa Birliği Tüzüğü ışığında İrlanda Ulaştırma Bakanlığı Bosphorus Havayollarının leasing ile Yugoslavya Havayollarından aldığı iki uçağa el koyuyor. Bunun üzerine Bosphorus Havayolları İrlanda'da iç hukuk yollarını deniyor, iç hukuk yolları çerçevesinde dava Avrupa Toplulukları Adalet Divanına gidiyor. Özellikle tabii şunu da bilmemiz gerekiyor: Kararlarına karşı kanun yolları bulunmayan mahkemelerin Avrupa Birliği hukukuna göre son sözü söylemeden önce Avrupa Toplulukları yargısından önkarar alması gerekiyor. Avrupa Toplulukları Adalet Divanından gelen kararın İrlanda Ulaştırma Bakanlığı tasarrufunun kamu yararı ışığında doğru olduğunu teyit etmesi ile iç hukuk yolları tükeniyor. Bunun üzerine Bosphorus Havayolları Ek I nolu protokolün ihlâl edildiği gerekçesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidiyor. Verilen karara gelmeden önce şunu ortaya koymamız gerekiyor: Bosphorus Havayollarının başvurusunu İnsan Hakları Mahkemesi kabul ediyor, ancak sonuç olarak kamu yararı gerekçesiyle yine İrlanda iç hukukunda varılan sonucu kabul ediyor, ancak ortaya koyduğu görüşler çok önemli. Bir defa şunu söylüyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: “*Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonuna taraf olmak üye devletlerin, Konvansiyona taraf olan devletlerin egemenlik yetkilerini bir uluslararası örgüte devretmesine engel değildir*”; yani örneğimizde Avrupa Birliği'ne devredilmesine engel değildir. “*Ancak, bu devir yapılırken Konvansiyondan doğan yükümlülüklerden Konvansiyon tarafı devletlerin kurtulması mümkün*

*değildir*”. Diğer bir ifadeyle Konvansiyon tarafı devletler ancak Konvansiyon ölçüsünde temel hakları temin eden uluslararası örgütlere egemenlik yetkisi devredebilir. Bunu söylerken tabii ki bir varsayımın ortaya çıktığını görüyoruz. Konvansiyon tarafı Avrupa Birliği üyesi devletler Avrupa Birliği’ne egemenlik yetkilerini bir varsayımdan hareketle egemenlik haklarını Avrupa Birliği’ne devretmiştir; diğer bir ifade ile Avrupa Birliği’nin de Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonunda öngörülen ölçüde temel hakları garanti edeceği varsayımı ile Avrupa Birliği’ne egemenlik devri yapmıştır. Eğer üye devletler bu varsayımla Avrupa Birliği’ne egemenlik devri yapmışsa ve bu egemenliğin kullanılması sonucu olarak da Avrupa Birliği bir hukuk yaratmışsa, artık Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyon ihlali nedeniyle bir davanın açılmasının dayanağı bulunmamaktadır.

Bu şunu ortaya koyuyor: Alman Anayasa Mahkemesinin biraz önce işaret etmiş olduğu kararı gibi, nasıl ki Alman Anayasası’nda öngörülen teminat kapsamında benzer bir teminat Avrupa Birliği hukukunda sağlanıncaya kadar Anayasa Mahkemesi denetim yetkisini kullanma çekincesi kabul etmiş ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa Birliği hukuku bakımından aynı yaklaşımı ortaya koymuş ve “*Avrupa Birliği hukukunda Konvansiyon ölçüsünde temel haklar temin edildiği nispette ben denetim yetkimi kullanmıyorum*”. Ancak somut durumda eğer bir teminat boşluğu ortaya çıkarsa o zaman *Avrupa Birliği hukukunu Konvansiyona uygunluk bakımından denetlerim*” şeklinde görüşünü ifade etmiştir.

Burada İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği bir önemli mesaj da Avrupa Toplulukları yargısıyla İnsan Hakları Mahkemesi arasında bir kooperasyon ilişkisinin ortaya konulmasıdır. İki mahkeme arasında bir kooperasyon söz konusudur. Bu kooperasyon bir yerde İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu’nu yorumlarken Topluluk Hukuku yanlısı yorum yapmasını, diğer taraftan da Avrupa Toplulukları yargısının, Topluluk Hukukunu yorumlarken Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu yanlısı bir yorum yapmasını gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle iki mahkeme arasında bir çatışma olmaması için iki mahkemenin rollerini iyi oynaması gerekmektedir.

*Bosphorus kararı* kamuoyunda İnsan Hakları Mahkemesinin kendisine İnsan Hakları Sözleşmesinde verilen misyonu bir yerde göz ardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi bir varsayımla hareket ederek Avrupa Birliği hukukunda temel hakların Konvansiyon ölçüsünde temin edildiğini kabul etmiştir; ancak aslında uygulamada birey hakları topluluk hukukunda hiç de Konvansiyondaki ölçüde temin edilmemektedir. Gerçekten Topluluk anlaşmalarını açıp da bireylerin dava olanaklarına baktığımız zaman dava olanaklarının çok geniş olmadığını görüyoruz; ihlal davası var, hareketsizlik davası var, tazminat davası var, iptal davası var, bir dolu dava var. Bu davalara baktığımız zaman özellikle mesela ihlal davaları çerçevesinde bireylerin davacı olma şansı yok. İptal davasına geldiğiniz zaman iptal davalarında bireylerin davacı olabilmeleri oldukça sınırlı. Topluluk tasarruflarının ya bireyleri doğrudan muhatap alması gerekiyor yahut da doğrudan muhatap olmadıkları tasarruflar bakımından bireysel ve doğrudan etkilenmeleri gereği vurgulanıyor. Bu çerçevede birey hakları bakımından Lizbon sözleşmesinin bu konuda birazcık daha genişletme yaptığını görüyoruz. Kendilerini muhatap alan tasarruflar yanı sıra bireylerin Topluluk tasarruflarına karşı bireysel olarak doğrudan etkilenmeseler bile, icra tasarrufunun gerekli olmaması halinde dava açma olanağının kabul edildiğini görüyoruz.

*Bosphorus davasıyla* ilgili olarak bu yaklaşımı ortaya koyduktan sonra, bir de kısaca 2008 tarihli, yakın tarihli bir karara işaret etmek istiyorum. Çünkü bu karar Avrupa Birliğini bir uluslararası örgüt olarak hukuk topluluğundan değerler topluluğuna doğru inkişaf ettirmiştir. 2008 tarihli *Kadı davası*. Bu dava *Albarak International Foundation v. Konsey ve Komisyon davası* olarak literatürde yer almaktadır. Kısaca *Kadı davası* diyelim. *Kadı davası* yine biraz evvel işaret ettiğim *Bosphorus davası* gibi bir Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı nedeniyle gündeme gelen bir davadır.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi almış olduğu 1999 tarihli kararda El Kaide bağlantılı olarak kabul ettiği gerçek yahut tüzel kişilerin mal varlığına el konulmasını karara bağlamış. Bunun üzerine de Avrupa Birliği iç hukukunda bir düzenleme yapmıştır. Burada şunu da hatırlatmak istiyorum: Güvenlik Konseyi kararları

otomatik olarak hüküm ve sonuç doğurmak durumunda değildir, bunun iç hukukta bir icrai tasarrufa dönüştürülmesi gerekiyor, o yüzden Avrupa Birliği yine bir tüzük ihdas ediyor. 1999 tarihli bu tüzük ışığında da bakıyorsunuz İsveç'te bulunan Kadı'nın mal varlığına el konuluyor. Bir yaptırım komitesi üzerinden bu el koyma işlemi gerçekleştiriliyor, ama malına el koyulan kişinin hiçbir savunması alınmamış, gerekçesi açıklanmamış. Sadece El Kaide'yle bağlantılı olduğu varsayımından hareket edilerek Kadı'nın mal varlığına el konulmuş.

Bunun üzerine yine İsveç'te iç hukuk yolları tüketiliyor ve son karar ortaya çıkmadan önce Avrupa Toplulukları Adalet Divanından önkarar isteniliyor. Avrupa Toplulukları Adalet Divanının bu çerçevede büyük bir ikilem içinde kaldığını görüyoruz. Çünkü bir yerde bir Güvenlik Konseyi kararı var ve Birleşmiş Milletler Anlaşmasınının 103. maddesine göre Güvenlik Konseyi kararlarının önceliği var. Güvenlik Konseyi kararlarının önceliğinin olmasına rağmen Avrupa Toplulukları Adalet Divanı diyor ki “*Güvenlik Konseyi kararlarının Devletler Hukukunda birey haklarının temini bakımından bir yargısal denetimi yoktur. Eğer ben de Tüzüğün birincil hukuka uygunluğu bakımından bir yargısal denetim yapmazsam, birey hakları bakımından teminat boşluğu yaratırım*”. Bu çerçevede özellikle usul hukuku bakımından bir boşluğun olduğundan söz edilmektedir. Savunma alınmamış, kişiye gerekçe bildirilmemiş, sadece mal varlığına el konulmuştur. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı BM Güvenlik Konseyi kararına istinat eden Konsey Tüzüğünü temel hakların usul hukuku bakımından ihlâl edildiği gerekçesiyle iptal etmiştir.

Bu karar Avrupa Birliğini bir hukuk topluluğundan değerler topluluğuna inkişaf ettirmiştir. Neden? Çünkü bir usul hukuku eksikliği nedeniyle, Topluluk Tüzüğü temel haklar boşluğu göstermesi nedeniyle iptal etmiştir. Temel hakların temininin Avrupa Birliğinin dayandığı ilkeler arasında olduğunu vurgulamak gerekiyor. Avrupa Birliği yargısı da bunu vurguluyor. İşte, bu aşamadan sonra Avrupa Birliği'nin bir değerler topluluğuna inkişaf ettiği ifade ediliyor.

Biz Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilişkisinde Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunun ortak bir entegrasyon aracı olarak gündeme

geldiğini görüyoruz. Bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Birliği hukukunun meşruiyet kazanmasında, hukuk devleti anlayışının güçlenmesinde de rol oynadığını söylememiz gerekiyor.

Fransız ulusal mahkemesinin Avrupa Birliği hukukuna aykırı kararlar verdiği *Dangeville* ve *Menduzabal davalarına* bakıldığında her iki davada da mağdur durumda olan kişilerin, *Menduzabal'ın* ve *Dangeville'nin* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yaptığı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de ulusal mahkemenin Avrupa Birliği hukukunu ihlâl etmesi nedeniyle Fransa aleyhine tazminata hükmettiği görülmektedir. Avrupa'da bugün hiçbir başka mahkeme Avrupa Birliği hukukunun yargı üzerinden ihlâl edilmesi nedeniyle tazminata hükmetmek durumunda değildir. Bunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yapabilme olanağına sahiptir.

Avrupa Birliği hukukunda kararlarına karşı kanun yolları bulunmayan mahkemeler bakımından Avrupa Birliği yargısından önkarar alma mükellefiyeti bulunmaktadır. Nihai mahkemeler bu önkarar başvurusunu yapmadıkları nispete tabii yargıç teminatının ihlâl edildiği kabul edilmektedir; ancak bu durum keyfilik kriteri ışığında değerlendirilmektedir. Bu durumlarda da biz dava taraflarının bireysel başvuruyla davayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine getirdiğini görüyoruz. Hukuk devleti anlayışının güçlenmesinde ve Avrupa Birliği hukukunun meşruiyet kazanmasında İnsan Hakları Mahkemesinin oldukça önemli katkılarının bulunduğunu görüyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa kamu düzeninin bekçisi olarak kabul edilen bir mahkemedir. İnsan Hakları Konvansiyonu'nun denetiminde yetkili kılınan bir mahkemedir. Ancak burada şunu saptamamız gerekiyor; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Konvansiyona üye olan devletlerin ulusal tasarruflarını denetleyen bir mahkemedir. Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu'na taraf olan devletlerin ulusal tasarruflarını denetleyen bir mahkeme olarak Konvansiyon ülkelerinde Avrupa kamu düzeni, order public sağlanıyor.

Avrupa Toplulukları yargısına geldiğiniz zaman Avrupa Toplulukları yargısı Avrupa Birliğinin kurumsal yapısında yer alan bir organ. Kurumsal yapıda yer alan diğer organlar yanısıra yargı yetkisi kullanan bir organ. Avrupa Birliği Divanı yargı yetkisi kullanan bir



organ olarak çok değişik davalara bakıyor. Bir İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisiyle Avrupa yargısını karşılaştırdığınız zaman olağanüstü kapsamlı yargı yetkisi kullandığını görüyorsunuz. Devletlerin başvurusu yanısıra bireyler de başvuru yapabiliyor, ama Avrupa Birliği organları da birbirlerini dava edebiliyorlar. Davacı portföyü İnsan Hakları Mahkemesine göre oldukça geniş. İki mahkemenin de kararları kesin hüküm karakterinde, bağlayıcı, başka gidilecek bir yol yok.

Kesin hüküm karakterinde dedim. Şimdi sonuca bakalım; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda bir tespit yapıyor, Konvansiyon ihlalinin tespitini yapıyor. Bu tespitin gereği ne olacaktır? Amaç restitution, eski hale iade. Eski hale iade olamadığı nispette tazminata hükmediyor. Şimdi Avrupa Birliğine bakalım; Avrupa Birliği yargısına çok değişik taraflardan dava gidiyor dedim. Eğer devletler başvuru yapmışsa yahut da bireyler yine kendilerini muhatap alan tasarruflar yahut da bireysel ve doğrudan etkilenme durumunda oldukları tasarruflar nedeniyle gitmişlerse yine Avrupa Birliği bir tespit yapıyor. Devletlerle ilgili bir tespit yapıldığı takdirde yine aynı İnsan Hakları Mahkemesinde olduğu gibi o kararın gereğinin yerine getirilmesi isteniyor; yani Avrupa Birliği Adalet Divanı bir uluslararası mahkeme gibi, aynı İnsan Hakları Mahkemesi gibi kararın muhatabından kararın gereğini yerine getirmesi beklentisi içinde. Bu tabii ki “*kararın gereği yerine getirilmemesi durumunda ne olur*” sorusunun da cevaplandırılmasını beraberinde getiren bir durum. Bakıyorsunuz, 1993’ten itibaren bir yenilik olarak deniliyor ki kararın gereğinin yerine getirilmemesi halinde bir götürü miktar yahut da para cezası o devletten alınacaktır.

Bu verdiğim bilgi ışığında İnsan Hakları Mahkemesiyle Avrupa Birliği yargısı arasında çok büyük bir fark yok, ama bundan sonra bir fark ortaya çıkıyor, çünkü Avrupa Birliği yargısında Avrupa Birliği ikincil hukukunun denetimi de yapılıyor, bir Anayasa Mahkemesi gibi. İnsan Hakları Mahkemesi hiçbir zaman bir Anayasa Mahkemesi gibi iptal yetkisi kullanmak durumunda değil, ancak Avrupa Birliği yargısına geldiğiniz zaman Avrupa Birliği yargısı ikincil hukukun birincil hukuka aykırı olması halinde iptal yetkisini kullanıyor; tabii ki bu çok önemli. Bu şunu ortaya koyuyor: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece bir uluslararası mahkemeyken

Avrupa Birliği yargısı kimi davalar bakımından uluslararası bir mahkeme ve diğer birtakım davalar bakımından ise bir Anayasa Mahkemesi niteliğine sahip. Tabii bir de bir önemli farkı şunu da söylemek gerekiyor: Biraz evvel iç hukuk yollarının tüketilmesinden söz ettik, hiçbir zaman Avrupa Birliği yargısından bir önkarar alabilmek için, özellikle bu bireysel davalar bakımından iç hukuk yollarının tüketilmesi durumu söz konusu değil; yani Avrupa Birliği yargısında bireyler bakımından haklara ulaşmak daha kolay.

Her iki mahkemenin ortak bir temel hak anlayışıyla, ortak bir hukuk devleti anlayışıyla günümüzde Avrupa’da temel hakların temini bakımından bu çok katmanlı yapıda temel hakların temini için işbirliği yaptığını, kooperasyon yaptığını belirtmek istiyorum. Son söz olarak özellikle Avrupa Birliğinin ilerde, gelecekte bir hukuk topluluğundan değerler topluluğuna, değerler topluluğundan temel haklar topluluğuna ulaşması bakımından da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile kooperasyonunun son derece önemli olduğunu söylemek istiyorum, ki bu çerçevede Lizbon bize çok önemli bir perspektif sunuyor. Çünkü Lizbon’la birlikte Avrupa Birliğinin Konvansiyona katılması sonucu olarak artık Avrupa Birliği tasarrufları nedeniyle İnsan Hakları Mahkemesine üye devletler tarafından tasarrufun icrasından bağımsız olarak bireylerin bireysel başvuru yapma şansı söz konusu olacaktır.

Teşekkür ediyorum.

**Zafer KANTARCIOĞLU-** Sayın Arsava, çok teşekkür ediyorum. Şimdi son bildiriye sıra geldi. Konusu “*temel hak ve özgürlüklerin korunmasında idari yargının rolü*”. Konuşmacı Turgut CANDAN.

Buyurun Turgut Bey.

## İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNİN ETKİN KORUNMASINDA İDARİ YARGININ ROLÜ

Turgut CANDAN\*

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Başkan, değerli konuklar, değerli meslektaşlarım, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Elinizdeki programda, Sayın Başkan da okudu aynen, benim bildirim başlığı “*Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında idari yargının rolü*”. Ben bu başlıkta anlatacaklarımla daha bağlantılı olduğunu düşündüğüm için ufak bir değişiklik yaptım; “*İnsan hak ve özgürlüklerinin etkin korunmasında idari yargının rolü*”. Ufak, ama bence önemli bir değişiklik diye düşündüm.

İnsan hak ve özgürlüklerinin etkin korunmasından söz etmeden önce sanıyorum niçin insan haklarının korunmasına ihtiyaç var, o konuda kısa bir açıklama yapmak gerekli. O nedenle de giriş bölümünü bu açıklamaya ayırdım.

### GİRİŞ :

İngiliz filozofu Thomas HOBBS, “*İnsan insanın kurdudur – Homo Homini Lupus*” demiş. Aslında bu sözü tamamlayan bir başka söz daha var: “*Büyük balık küçük balığı yutar*”.

Bu iki sözün, ortaklaşa, anlatmak istediği şu: Doğanın bir kanunu var. Kim güçlü ise, o, zayıfı olanı ezer, sömürür, isterse de yok eder. Zayıf olan yenilmeye, hak ve özgürlüklerini kaybetmeye ve yok olmaya mahkumdur.

Uzun zaman diliminde, doğanın bu kanunu yüzünden, güçlü hemcinsleri tarafından ezilen, eziyet çeken, yaşam hakları ellerinden alınan insanlar bakmışlar ki, bu doğa kanunu acımasız: güçlü olan, zayıfa yaşam alanı tanımıyor; elinden avını, ürününü ve değer verdiği her şeyi alıp götürüyor.

O zaman, birlik olup, doğanın bu kanunu ile mücadele etmeye karar vermişler. Kendilerine güvende hissedecekleri bir alan belirleyip, orada birlikte yaşamaya başlamışlar. Başlarına da bir lider seçip, buyruğuna girmişler.

---

\* Danıştay Başsavcısı

Zamanla, sayıları artmış; onlara civardan da katılanlar olmuş. Lider tek başına, toplumun düzenini sağlama konusunda yetersiz kalmış; kimi görevleri kendi adına yapmaları için yardımcıları ve görevlileri tayin etmiş. Böylece, devlet dediğimiz toplumsal yapının ilk şekli ortaya çıkmış.

Devlet, kendisini kuran insanların, can, mal ve haklarının güçlülere karşı korunmasını sağlamak amacıyla, kurallar koymuş. Demiş ki; *“Bundan böyle, herkesin can, mal ve aile güvenliği benim teminatım altında. Her kim ki, bu kurallara uymaz; tersini yapar, cezalandırılacaktır.”*

Devlet böyle demiş, ama, doğa kanunlarını uygulayanlar, devletin kanunlarına karşı çıkanlar, her zaman, olmuş. Kimi zaman da, devletin kanunları, bizzat devleti yönetenlerce ihlal edilmiş. Çoğu kez de, böyle olmuş. İnsanlar, uzun zaman, böyle durumlarda, devleti yöneten egemeni de yargılamayı akıl edememişler; onların da yargılanabileceklerini düşünememişler bile. Devlet babadır demişler; sever de, döver de.

Hem nasıl yargılasınlar ki, kanunları yapan da o, yaptığı kanunları uygulayan da. Bu kanunlara karşı gelenleri yargılayan da o, cezalandıran da. Ordu da onun elinde, kolluk da, yargıç da.

Egemen de, istemiş, tebaasının malını mülküne el koymuş; istemiş onları köle olarak çalıştırmış, yollar, görkemli yapılar inşa ettirmiş; istemiş, vergi koymuş; istemiş koyduğu vergiyi alabildiğine artırmış. İstemiş, yıllarca silah altında, o cephe senin, bu cephe benim dolaştırmış; ailen var mı, onları özledin mi diye sormamış. Sesini çıkaranların sesini kısmış; kısamadıklarının da, başını kesmiş. Yani; egemen güç, devlet yaşamının kurdu, büyük balığı olmuş çıkmış.

Egemenin canı istedikçe vergi salması, günün birinde, tebaanın canına tak etmiş. Egemene kızan güçler işbirliği yaparak, onun vergi koyma yetkisini sınırlandırmışlar. Verginin, kendilerinden olanların katılımıyla konulmasını sağlamışlar.

İşte; demokratik hukuk devleti dediğimiz devlet tipinin ilk tohumları, toprağa, o zaman, atılmış.

Hukuk devletinin tohumları toprağa atılmış, atılmış olmasına da; *“ya egemen kendisi için çizilen yetki sınırlarına uymazsa ne olacak?”* sorusu da akıllara takılı kalmış. Tebaadan biri diğerlerinin haklarına tecavüz ettiğinde, egemenin yargıçları hakkı teslim

ediyorlar; bunda sorun yok. Ancak yargıçları, egemen atıyor; maaşlarını egemen veriyor; bu yüzden, yargıçlar ona bağılılar. Egemene bağılı yargıçların egemeni yargılaması düşüncesi, pek olabilir gelmemiş. Zamanla yapılan uygulamalar da, bu kuşkuyla haklı çıkarmış.

İşte o zaman, egemenden bağımsız yargıç fikri doğmuş. Yargıçları, egemenin patronluğundan alıp, bağımsız kılabilirlerse, egemenin hukuk dışılıklarını yargılayabileceklerini düşünmüşler. Demişler ki, eğer, yargıçları egemen işe almaz ve maaşlarını da o vermezse; yargıçlar, egemeni patron olarak görmezler; ondan emir almazlar; karar verirken, onun emir ve talimatlarının etkisinde kalmazlar.

Böylece, hukuk devletinin, son ve en önemli ayağı da tamamlanmış. Ortaya, yargının devletin diğer kuvvetlerinden ayrılığı ilkesi ve egemenden bağımsız, onun emir ve talimatlarını dinlemeyen; kişilikli, beyinlerini başka kurtlara yedirmemiş, birikimli, yargıçlık onurunun önemini bilen ve bu onurdan gelecek ya da makam için ödün vermeyen, özgür düşünceli adalet dağıtıcıları çıkmış.

Ama, günün birinde, kör bir ırkçılığın tetiklemesiyle başlayan İkinci Paylaşım Savaşı ve bu savaşın sona erdirilmesi bahanesiyle insan yapısı en büyük felaket olan nükleer teknolojinin insanlar üzerinde denenmesi sırasında, insan haklarının en kutsalı olan “yaşama hakkı”, tarihin tüm dönemlerinde olduğundan daha yoğun, daha sistemli ve daha planlı biçimde ihlal edilmiş.

Bu felaketi yaşayan insanlık, hak ve özgürlüklerinin, ulusal planda korunmasının her zaman mümkün olamayabileceğinin farkına varmış. Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve Avrupa Konseyi, bu yüzden ortaya çıkmış. Bu yüzden; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi yayımlanmış, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi imzalanmış. Bu Bildirge ve Sözleşme ile üye devletlerin hükümetlerine, insan hak ve özgürlüklerine ulusal anayasalarında yer verme ve yeterli koruma önlemleri alma konusunda yükümlülükler getirilmiş. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya ihlali hallerinde de, üye devletleri yargılayacak ve onlar için yaptırımlar öngörecektir uluslar üstü yargısal mekanizmalar geliştirilmiş.

Böylece, ulusal korumanın yeterli olmadığı durumlarda, tamamlayıcı güç olarak, uluslararası korumanın, insanlığın imdadına yetişmesi sağlanmış.

Bunları anlatmaktaki amacım, insan haklarının, hukuk devletinin ve bağımsız yargının, herkesin bildiği, doğuş öyküsünü, masallaştırarak, yinelemek değil.

Anlatmak istediğim şu: İnsan hak ve özgürlükleri, insanlık tarihi boyunca, bir yandan başka bireylerce; öte yandan da, egemen güçler tarafından ihlal edile gelmiş. Özellikle de, toplumsal düzeni sağlamak iddiasıyla kurallar koyan; ancak, hukuk zoru olmadıkça, bu kurallarla kendisini bağlı görmeyen egemen gücün tehdidi altında olmuş. İnsan hak ve özgürlükleri için, gerçek tehlike, kamu gücünü elinde tutan, ancak hukukla bağlı olmaktan hoşlanmayan, kanunun koyucusu ve koyduğu kanunların uygulayıcısı olan bu egemen güçtür. Modern Dünyanın büyük balığı olan bu üstün güç karşısında, insan hak ve özgürlüklerinin, ulusal planda, gerçek koruyucusu, sözde değil, gerçek anlamda bu güçten bağımsız, özgür ve kişilikli yargıçlardan oluşan yargıdır.

Ülkemizde, insan hak ve özgürlüklerinin devletin kamu hukuku alanındaki faaliyetlerinden kaynaklanan ihlalleri bakımından, bu yargı, 2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanunlarla oluşturulan, İdari Yargı Düzenine mensup mahkemeler ve bu düzenin en üst noktasında bulunan Danıştay'dır. Bu arada, Dünya'da bir eşi daha olmayan, Askeri Yüksek İdare Mahkemesini de unutmamak gerekir.

#### **İDARİ YARGININ ETKİN KORUMASI NASIL OLUR?**

İnsan haklarına etkin koruma sağlanabilmesinin ön koşulu, devletlerin tüm organ, kurum ve kuruluşlarıyla hukuka bağlı olmaları ya da hukukun üstünlüğünü esas kabul etmeleridir. Devletlerin hukuka bağlı olduklarını açıklamaları veya hukukun üstünlüğünü temel metinlerine yazmaları, bu açıdan, yeterli değildir; ayrıca, bunu hayata geçirecek kurumlara etkin bir biçimde işlerlik kazandırmaları da şarttır. Bunun böyle olduğunu, tüm totaliter devletlerin anayasalarında insan haklarına saygılı olduklarının yazılı olmasına karşın, insan hakkı ihlallerine, en çok, bu devletlerde rastlanıyor olması, açık bir biçimde ortaya koymaktadır.

İki yüzyıldan bu yana, hukuka bağlı ya da hukuku her şeyin üstünde kabul eden devlet tipine, "*Hukuk Devleti*" (Etat de droit)

diyoruz. Bu devlet tipinin olmazsa olmaz koşulları vardır. İlk koşul, o devletin anayasasında, kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edilmiş olmasıdır. İkincisi; Yasama ve Yürütme Organlarının, hukukun üstünlüğü ön kabulü ile faaliyette bulunuyor olmalarıdır. Üçüncüsü ise; bu organların tasarruflarının anayasaya ve hukuka uygunluğunun, gerçek anlamda, bağımsız yargı organının etkin denetimine açık bulunmasıdır.

Gerçek anlamda bağımsız yargıdan ne anlaşılması gerektiğini, sanırım, biraz önce, giriş bölümüyle ilgili açıklamalarımda, yeterince ortaya koymuş bulunuyorum. Kuşkusuz, son Anayasa değişikliğinden ve akabinde yapılan yasal düzenlemeler ile seçimlerden sonra, Ülkemizde, bu anlamda bir yargı bağımsızlığından söz etmenin olanaklı olup olmadığı hususu, özgür düşünebilen beyinlerin takdirindedir.

Etkin koruma için gerekli etkin yargı denetimine gelince: Bunun, denetimi yapan yargının bağımsızlığı ve yargıç niteliği dışında, üç önemli olmazsa olmazı vardır:

Bu üç önemli olmazsa olmazın ilki, Yürütme Organının her türlü işlem ve eylemine karşı idari yargı yolunun açık bulunması ve yargı denetiminin işlemin tüm unsurlarıyla ilgili olarak yapılabilmesi.

İkincisi, ulusal anayasa ve yasalar dışında, uluslar arası insan hakları mevzuatına da, iç hukukta, hukuka uygunluk bloğu içerisinde yer veriliyor ve idari yargıç tarafından bu denetimde ölçü norm olarak alınıyor olması.

Üçüncüsü de, idari yargı yerlerince verilen kararların hukuki sonuçlarını kendiliğinden doğurabilmesine engel bulunmaması ve gereklerinin derhal yerine getiriliyor olması.

Bu üç olmazsa olmazdan birinin dahi noksanlığı, insan hakları konusundaki etkin korumanın varlığını kuşkuya düşürür.

Türk İdare Yargı Sistemini bu üç olmazsa olmazın her biri yönünden, sırasıyla, incelemeye tabi tutacak olursak, aşağıda açıklayacağım şu sonuçları elde edebiliriz:

**1 - Yürütme Organının Her Türlü İşlem Ve Eylemine Karşı İdari Yargı Yolunun Açık Bulunması Ve Yargı Denetiminin İşlemin Tüm Unsurlarıyla İlgili Olarak Yapılabilir Olması yönünden.**

Anayasamızın 125'inci maddesi, ilk fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu söylemektedir.

Bu fıkra düzenlemesi, okuyana, Türk kamu idaresinin yargı denetimi dışında kalan hiç bir eylem ve işleminin olmadığı izlenimini vermektedir. Oysa; aynı madde, ikinci fıkrasında, işlemin yapıcısı; dördüncü fıkrasında da, yargılama yetkisi bakımından sınırlamalar getirmektedir. Ayrıca; Anayasanın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumu ve görevleriyle ilgili 159'uncu maddesinde de, Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı yolu kapatılmıştır.

Anayasanın kabul edildiği 1982 yılından bu yana, o tarihte daha kapsamlı olan, bu yasaklamaların hukuk devleti ile bağdaşmazlığı, çeşitli vesilelerle dile getirilmiştir. 12 Eylül 2010 Referandumuyla kabul edilen 5982 sayılı Kanun, tüm yargı reformu iddialarına karşın, bu yasağı, ancak çok sınırlı biçimde daraltabilmiştir.

125'inci maddenin dördüncü fıkrasında, yargı yetkisi yönünden yapılan sınırlamalar, esasen; İdari Yargının, kuruluşundan bu yana içtihadıyla kendisine getirmiş olduğu sınırlamalardır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olan bu sınırlamaların, insan haklarının etkin korunması yönünden pek önemi bulunmamaktadır.

İnsan haklarının etkin korunması ve hukuk devleti ilkesi bakımından üzerinde durulması gereken sınırlamalar, 125'inci maddenin ikinci fıkrası ile 159'uncu maddenin dokuzuncu fıkrasında, işlemin yapıcısı ve işlemler yönünden yapılan sınırlamalardır.

Bunlardan Cumhurbaşkanının tek başına yapmış olduğu işlemlerle ilgili olarak, Danıştay, geçmişte, bu işlemlerin hazırlık aşamasında başka kurum ve kuruluşlarca yapılan işlemleri, ayrılabilir nitelikte kabul edip yargı denetimine tabi tutarak, yasağın kapsamını oldukça daraltmak suretiyle, korumasını olabildiğince genişletmiştir.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Dan. 5. D., 16.9.1993, E: 1992/4035, K: 1993/3177, Danıştay Dergisi, Y.1995, S. 89, sh.277: "...Cumhurbaşkanının bütün işlemleri değil yalnızca O'nun 'tek başına' veya 're'sen' ya da 'doğrudan doğruya' yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuş olup; Cumhurbaşkanının başka organ ya da kurumların katkıları sonucu oluşturduğu dolayısıyla yukarıdaki sözcüklerin ortak anlamlarıyla vurguladıkları niteliği taşıyan işlemlerin, en başta Hukuk Devleti ilkesinin doğal gereği olarak, dava yoluyla yargı denetimine tabi oldukları konusunda herhangi bir duraksamaya yer bulunmamaktadır ... üniversite ve Yükseköğretim



Bu sınırlamalardan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararlarıyla ilgili olanının üzerinde, özellikle, durulması gerektiğini düşünüyorum. Kurul kararlarına getirilen yasaklama, zamanında, bu kararların, ilk aşamada yedi kişilik tam üye sayısının beşi; son aşamada da, tamamı yüksek hakim olan kurul tarafından alındığı; yüksek hakimlerden oluşan bu Kurulun kararlarının başka bir mahkemece yargı denetimine tabi tutulamayacağı ileri sürülerek savunulmuştu.

Oysa; 5982 sayılı Kanunla oluşturulan 22 kişilik yeni yapıda, üyelere yalnızca beşi yüksek hakim. Demek ki, benim, baştan beri, esasen, katılmadığım, bilinen gerekçe geçersizleşmiş; dolayısıyla, söz konusu yasağın gerekçesi kalmamış bulunmaktadır. O tarihte de, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır olmayan bu yasaklama, bundan böyle hiç değildir. Eğer, yargı yolu kapalı olmasaydı, Kurulun almış olduğu kimi kararların akibetinin ne olabileceğini, gerçekten, merak etmekteyim.

Anayasayla getirilen bu sınırlamalar dışında, son on yıl içerisinde, yasalarla getirilen sınırlamalar da yaygınlaşmaktadır. Bu tür sınırlamalar, yargı yolunun kapatılması suretiyle değil de; İdari Yargının görev alanında bulunan kimi işlem ve eylemler dolayısıyla açılan davaların adli yargı yerlerinin görevine verilmesi suretiyle olmaktadır.

Kamu hizmetinin çeşitli alanlarında verilen idari para cezalarıyla ilgili yasalarla başlayan bu sınırlamalar, giderek, idarenin kamu hukukundan kaynaklanan sorumluluğu ile ilgili alanlara kaymıştır. Bunlar içerisinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun, 1 Ekim 2011 gününde yürürlüğe girecek olan, 3'üncü maddesinde yapılan düzenleme, özellikle, yaratacağı usul sorunları yüzünden, insan haklarının yargısal korumasının etkisizleşmesine yol açıcı niteliktedir. Anayasanın esas aldığı yargı ayrılığı ilkesine de aykırı olduğunu düşündüğümüz, bu düzenlemeyle, 138 yıldan (Blanco

---

*Kurulunca alınan belirleyici ve sınırlandırıcı nitelikteki idari işlemlerle bağlantılı olarak Cumhurbaşkanlığı tarafından tesis edilen üniversite rektörlüğüne atama işlemlerinin idari yargıda dava konusu edilmesine Anayasal bir engel bulunmadığı gibi son işlemin dava konusu edilebilir nitelikte olmasının kendisinden (atama evresinden) önceki, niteliği yukarıda açıklanan diğer işlemlerin de tek başlarına veya son işlemlerle birlikte idari davaya konu edilmelerine engel bir yön bulunmamaktadır."*

kararından)<sup>2</sup> bu yana, idari yargı düzenine sahip tüm hukuk sistemlerinde bu yargı düzeninin görevinde kabul edilen tazminat davalarından bazılarının adli yargı yerlerinin görevine verilmesinin, idari yargı yetkisini sınırlandırma düşüncesinden başka, herhangi bir haklı nedeni ve kamu yararı<sup>3</sup> olamaz.

Anılan madde ile, tazminine hükmetme yetkisi asliye hukuk mahkemelerine bırakılan zararlar, idari yargının hukuka uygunluğunu denetlemekte uzmanlaştığı idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan ve ilkeleri bu yargı düzenince geliştirilen idarenin sorumluluğunu doğuran zararlardır. Bu görev değişikliğinin, bu nedenle, insan hakları yönünden daha fazla koruma getireceği kanısında değilim.

İdari yargı denetimi ve yetkisi ile ilgili tüm bu sınırlamalar yanında; ayrıca, idari işlemin unsurları ile ilgili denetim yetkisinde sınırlamalar getirme düşüncesinin de, son zamanlarda, yaygınlaştığı gözlemlenmektedir. Anayasamızın 125'inci maddesinin dördüncü fıkrasına, 5982 sayılı Kanunla eklenen, yargı yetkisinin hiç bir biçimde yerindelik denetimi şeklinde kullanılmayacağı yolundaki, ibare, bu düşüncenin ürünüdür. Biraz önce de söylemiş olduğum gibi, bu denetim yasağı, İdari Yargının, iki yüzyıllık deneyiminde, içtihatla yetkisine getirdiği sınırlamalardan biridir. Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, bu yasaklama, esasen, yasal düzenleme olarak vardır.

İçtihat ve yasal düzenleme bilinmekte iken, ayrıca Anayasaya da, referanduma kadar götürülen, benzer düzenlemenin getirilmesinin, bilineni tekrarlamak amacı dışında, idari yargının kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütünü denetiminde kullanmasının sınırlandırılması amacını taşıyıp taşımadığının ve bu tür amaçlarla düzenleme yapma girişimlerinin insan hak ve özgürlükleri bakımından ne gibi sakıncalar doğuracağını takdirini, özellikle, bu değişiklikler yapılırken suskun

<sup>2</sup> T.C. 8 février 1873, cité in Dalloz 1873, s.17, et Sirey 1873, 153

<sup>3</sup> **AYM, 15.5.1997, E: 1996/72, K: 1997/51**, Resmi Gazete: 1.2.2001 – 24305, sh.9; *“Tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa’da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İdari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.”*

kalan, ancak insan hakları savunuculuğunu da kimseye kaptırmayanlara bırakıyorum.

## **2 – Anayasa ve Ulusal Yasalar Dışında, Uluslar arası İnsan Hakları Mevzuatına da, İç Hukukta, Hukuka Uygunluk Bloğu İçinde Yer Verilmesi Ve Norm Değeri Yönünden.**

Bilindiği gibi, **İdari Yargı**, idarenin hukuka uygunluğunu, **”hukuka uygunluk bloğu”** içerisinde yer alan ölçütlere göre ve yargısal yöntemlerle denetleyen mekanizmanın adıdır.

Bu bakımdan; insan hak ve özgürlükleriyle ilgili uluslar arası metinlerin ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin idari davalarda ölçü norm olarak kullanılabilmesi, bu metinlere anılan blok içerisinde yer verilmesine ve ulusal metinlere nazaran olan yerlerinin belirlenmesine bağlıdır.

Anayasamızın 90’inci maddesinin, uluslar arası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu söyleyen, son fıkrasına, 2004 yılında, 5170 sayılı Kanunla eklenen, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermeleri nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda bu andlaşma hükümlerinin esas alınacağına dair cümle, söz konusu andlaşmaların hukuka uygunluk bloğu içerisindeki yeri ve norm değeri konusundaki tartışmaları sona erdirmiştir.

Ancak; bu cümlenin yürürlüğe girmesinden önce de, idari yargıç, söz konusu metinlere, yargılama işlevi sırasında, benzer değerler atfetmiştir. İdari Yargının bu konudaki uygulamasından kısaca söz etmekte, anılan anayasal düzenlemeye nasıl geldiğinin anlaşılabilmesi bakımından, yarar vardır.

## **İnsan Haklarıyla İlgili Uluslar arası Metinler Ve Hukuka Uygunluk Bloğu**

Ülkemiz, uluslar arası andlaşma niteliğinde olmayan, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini bir kanunla onaylamış; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini de, 1924 Anayasasının hükümlerine uygun olarak, bir kanunla iç hukuka geçirmiştir<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, diğer uluslararası andlaşma ve sözleşmelerden kimi yönleri bakımından farklıdır. Örneğin; diğer uluslararası belgeler uluslararası alanı düzenledikleri halde, Sözleşme, ulusal alanı düzenlemektedir ve diğer andlaşma ve sözleşmelerin iç hukukta uygulanmaları için aranan **”karşılıklılık koşulu”**, Sözleşme hükümleri için geçerli değildir. Üye Devletlerin Sözleşme hükümlerini iç hukuklarına geçirme konusunda taahhütleri yoktur. Üye Devletler, Sözleşme hükümlerinin ulusal alanda

Anayasamızın 90'ncı maddesinin, biraz önce değindiğimiz son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; Sözleşme dahil, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan tüm uluslararası metinler, iç hukukta, ulusal kanunlar gibi uygulanma gücüne sahiptirler<sup>5</sup>.

Anayasal düzenleme böyle olunca; T.C.Anayasası'nın 138'inci maddesinin ilk fıkrasında belirtildiği üzere, hükmünü, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine dayandırmak durumunda olan idari yargıç için, Sözleşmeyi ve, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş, insan hakları ile ilgili uluslar arası diğer metinleri hukuka uygunluk bloğuna dahil etmekten başka seçenek olmadığının söylenmesi gerekir<sup>6</sup>.

Nitekim; Danıştay da, önüne gelen uyuşmazlıkları, ilgisine göre, insan hakları kuralları bakımından inceleme yoluna giderek, bu metinleri hukuka uygunluk bloğu içerisinde kabul ettiğini göstermiştir<sup>7</sup>.

### **İnsan Haklarıyla İlgili Uluslar arası Metinler Ve Ulusal Normlar**

Danıştay, anılan fıkrada, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan uluslararası andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı yolunda yer alan hükmü, bu andlaşma hükümleri ile ulusal yasa hükümlerinin çatışması durumunda, uluslararası normun "**öncelikle**" uygulanması gerektiği biçiminde yorumlamıştır<sup>8</sup>.

İnsan hakları ile ilgili uluslar arası metinlerin iç hukuktaki yerleri ve ulusal yasalar karşısındaki durumları ile ilgili, ilk ve tek, açıklama, Danıştay Beşinci Dairesinin 22.5.1991 gün ve E:1986/1723, K:1991/933 sayılı **Asım Aslan** kararında yer almıştır. Bu kararında,

---

uygulanma biçimini, kendi hukuk düzenlerinin gereklerine uygun olarak, belirlemekte serbesttir.

<sup>5</sup> Bunun dışında, Anayasanın 15, 16, 42 ve 92'nci maddelerinde uluslararası andlaşmalara yapılmış göndermeler vardır. Bu göndermeler dolayısıyla, ilgili uluslararası belge hükümlerinin anayasal değerde olduğu, ittifakla kabul edilmektedir. Bu saptamalar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin hükümlerinin, Türk Hukuk Düzeninde, duruma göre, anayasal ya da yasal değerde olacağını göstermektedir.

<sup>6</sup> **Dan. 8. D., 27.12.1993, E;1992/1521 K;1993/4374** : "Usulüne uygun olarak onaylanıp yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler İç Hukukun bir parçası durumuna gelmekte ve tüm yürütme ve yargı yerlerini bağlayıcı nitelik kazanmaktadır."

<sup>7</sup> Dan.12.D., 24.4.1978, E;1977/1349, K;1978/955.

<sup>8</sup> Dan.12.D., 15.6.1970, E;1968/1117, K;1970/1310; Dan. 1. D., 14.6.1991, E;1991/100, K;1991/92 (istişari mütalaa).

Daire, insan hakları uluslararası sözleşmelerinin “*yasalar üstü*” konumunda olduğunu vurgulamıştır. Hatta, kararda, Anayasa Mahkemesinin Sendikalar Kanunu ile ilgili kararında<sup>9</sup> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 11’inci maddesinin bir anayasa kuralı olarak değerlendirilmiş olunmasına gönderme yapılarak, kapalı biçimde, bu Sözleşmenin hükümlerinin anayasal değerde olduğu da söylenmek istenilmiştir<sup>10</sup>.

Daireye göre; anayasaya aykırılık iddiasına konu edilememeleri, Anayasanın, iç hukuk yönünden, uluslararası andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini göstermektedir<sup>11</sup>.

### **İnsan Haklarıyla İlgili Uluslar arası Metinlerin Norm Olarak Değeri**

Usulüne göre yürürlüğe konulmakla ulusal hukukumuzun bir parçası haline gelen ve, bir Danıştay kararında<sup>12</sup> da söylenildiği gibi, Yürütme ile yargı yerlerini bağlayıcı nitelik kazanan uluslar arası metinlerin, insan haklarını ilgilendiren idari davalarda “*doğrudan ölçü norm*” olarak kullanılması, esasen, biraz önce sözünü etmiş olduğumuz anayasal hüküm gereğidir.

<sup>9</sup> AYM., 26-27.9.1967, E:1963/336, K:1967/29.

<sup>10</sup> **Bu karar**, Danıştay’ın uluslararası andlaşmalarla ilgili genel yaklaşımından ileri bir adım oluşturmaktadır. Zira; uluslararası andlaşmaların ulusal yasalara **önceliği**, çatışma halinde, özel yasa - genel yasa, önceki yasa - sonraki yasa karşılaştırılmasının yapılamayacağı, her durumda, uluslararası normun uygulanacağı anlamına gelmekle birlikte; ulusal çıkarların gerektirmesi halinde, iç hukuk lehine yorum yapılmasını engelleyememektedir. Oysa; uluslararası sözleşmelerin **yasalar üstü** konumda olması, Daire kararında da açıkça söylenildiği üzere, sözleşme hükümlerinin sonradan çıkan ulusal yasa ile değiştirilmemesi yanında, böyle bir yorumu da olanaksız kılmaktadır.

Danıştay Beşinci Dairesinin insan hakları uluslararası sözleşmelerine iç hukukta ulusal yasalara nazaran üstünlük tanıyan bu görüşü, bir başka daire kararında, şimdiye kadar, yinelenmiş değildir. Karar, bu konudaki tek örnek olma özelliğini sürdürmektedir.

<sup>11</sup> Gerçekte, insan hakları uluslararası sözleşmeleri dışında kalan diğer uluslararası metinler için de geçerli olan bu yorum, Türk Hukuk Öğretisi’nde tartışmalıdır. Sanıyoruz ki, biraz bu yüzden; daha çok da, insan hakları uluslararası belgelerinin iç hukuktaki güçlerinin gerçek kaynağını göstermek amacıyla, Daire, bu yorumla yetinmemiş; ayrıca, insan hakları uluslararası belgelerindeki, Devleti, yetki alanında bulunan herkesi insan haklarından yararlandırma konusunda, diğer devletlere karşı yükümlülük altına sokan taahhüde de göndermede bulunmuştur.

Daireye göre; işte, bu taahhüt ve yukarıda sözünü ettiğimiz anayasa hükmü, insan hakları uluslararası sözleşmelerinin sonradan yapılacak yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunu kapatarak, onları, iç hukukta, yasalar üstü konuma getirmektedir.

<sup>12</sup> **Dan. 8. D., 27.12.1993, E; 1992/1521, K; 1993/4374.**

Bununla birlikte; Danıştay'ın, insan hak ve özgürlükleriyle ilgili uluslar arası metinlere göndermede bulunan, ilk kararlarında, uyumsuzluğun, öncelikle, ilgili olduğu alanı düzenleyen iç hukuk kuralına dayanılarak çözümlendiği; daha sonra da, bu şekilde ulaşılan çözümün anılan metinlerle desteklendiği; uluslar arası mevzuata, ya bu amaçla ya da ulusal mevzuatla birlikte başvurulduğu görülmektedir.

**Bu uygulamanın ilk örneği**, bir uluslararası sözleşme niteliğinde olmayan Helsinki Nihai Senedinin, bir idari davada ölçü norm olarak alınmasıyla ilgili, **İsveç Radyo Televizyon Kurumu** kararıdır<sup>13</sup>.

**İkinci örnek**, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2'nci maddesine 1301 sayılı Kanunun 1'inci maddesiyle eklenen ve 2766 sayılı Kanunun 1'inci maddesiyle değişik fıkrada, sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personelinin bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmayacakları yolunda yer alan hükümle ilgili **Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu** kararıdır<sup>14</sup>.

Danıştay'ın bu uygulamasıyla ilgili olarak verilebilecek son ve en önemli örnek, Danıştay Beşinci Dairesinin, daha önce sözünü ettiğimiz, **Asım Aslan** kararıdır<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> **Dan. 12 .D., 24.4.1978, E:1977/1349, K:1978/955, DD. ,S. 30 - 31, sh. 50 vd.** Bu kararında, Danıştay Onikinci Dairesi, 10 Ocak 1977'de belgesel film yapmak için Türkiye'ye gelen, ancak film çekmek için izin almadığından, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunun 19'uncu maddesi uyarınca film ve ses bantlarına el konularak sınır dışı edilen İsveç televizyon ekibinin sınır dışı etme işleminin iptali istemiyle açmış olduğu davayı, gerçekte, ulusal yasa hükümlerinin yorumuyla çözüme kavuşturmuştur. Ancak, Daire, bununla yetinmemiş, "*diğer taraftan*" bağlacı ile açmış olduğu paragrafta, uluslararası anlaşma niteliğinde olmayan Helsinki Nihai Senedinde katılımcı devletlerin gazetecileri sınır dışı etmeme taahhütlerine göndermede bulunarak, bu taahhüdü, ulusal yasa hükümlerinin yorumuyla ulaşılmış olduğu hukuka aykırılık saptamasına dayanak yapmıştır.

<sup>14</sup> **Dan. İç. B. K., 7.12.1989, E:1988/6, K:1989/4.** Bu kararında, Yüce Kurul, söz konusu yasağın sıkıyönetimin kalkmasından sonra da devam etmeyeceği, ilgili personelin bu tarihten sonra eski görevine iade edilmesi gerektiği sonucuna, Anayasanın 70'inci ve 120'nci maddelerinin amaçsal ve sistematik yorumuyla ulaşılmıştır. Yüce Kurul, Sıkıyönetim Kanununun anılan hükmünün gerekçesinden ve Danışma Meclisi'ndeki tartışmalardan hareketle aksi yönde yapılabilecek tarihsel yorumu etkisiz kılmak amacıyla da, kararında, Evrensel Bildirgenin 5'inci, Sözleşmenin de 3'üncü maddelerinde yer alan, "*Hiç kimse haysiyet kırıcı ceza ve muameleye tabi tutulamaz.*" şeklindeki kurala göndermede bulunmuştur.

<sup>15</sup> Olayda; yılbaşı kutlama kartlarında kullandığı ifadeler ve açıkladığı görüşler sebebiyle il hukuk işleri müdürlüğü görevinden alınan davacının bu işlemin iptali istemiyle açmış olduğu

Danıştay Beşinci Dairesi, 24.6.1998 gününde vermiş olduğu, bir başka kararında, bu kez, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin hükmünü, ulusal mevzuattan sonra ve bu mevzuatı uygulayarak ulaşılmış olduğu çözümü desteklemek amacıyla değil, ulusal mevzuatla birlikte kullanmıştır<sup>16</sup>. Danıştay Beşinci Dairesinin bu son uygulamasının bir benzeri, 14.5.2002 tarihli kararında Danıştay Yedinci Dairesince yapılmıştır<sup>17</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin hükümlerinin, bir idari davada, ulusal mevzuata gönderme yapılmadan, doğrudan ölçü normu olarak alınması ise, ulusal yasaların düzenlemediği veya bir çözüm öngörmediği alanlarda olmuştur<sup>18</sup>.

---

davada, davalı İdare, işlemin sebebi olarak, davacının söz konusu eylemini ve bu eylemle bağlantılı olarak açılan ceza kovuşturmasını ve verilen disiplin cezasını, amirlerini alenen eleştirme eylemi dolayısıyla yürütülen idari kovuşturmayı, olumsuz sicillerini ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 7'nci maddesini göstermiştir.

Daire, kararında, davalı idarenin bu savlarını sırasıyla çürütüp, kutlama kartlarındaki açıklamaların ideolojik içerik taşımadığını da söyleyerek, dava konusu işlemin iptali için yeterli hukuka aykırılık saptamasını yapmış olmasına karşın; tıpkı İsveç Radyo Televizyon Kurumu kararında Danıştay Onikinci Dairesince yapıldığı gibi, *"öte yandan"* bağlacı ile açmış olduğu paragrafta, konunun düşüncüyü açıklama özgürlüğünü ilgilendiren boyutunu da göz önünde tutarak, uyuşmazlığın *"bir de"* insan hakları ile ilgili hukuk kuralları ve Anayasa açısından incelenmesini gerekli görmüştür.

Bu incelemesi sonunda, Daire, kutlama kartlarında açıklanan görüşlerin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırları aşmadığını, demokratik toplumun bireyi olarak uluslararası sözleşmelerle kendisine tanınan hakkı kullanan davacının bu eyleminin dava konusu işleme hukuki sebep olamayacağını söyleyerek, çözümünü güçlendirmiştir.

<sup>16</sup> **Dan. 5. D., 24.6.1998, E:1998/1001, K:1998/2032:** *"Belirtilen ulusal ve uluslararası düzenlemeler karşısında;..."*.

<sup>17</sup> **Dan. 7. D., 14.5.2002, E:2002/206, K:2002/1864.** Daire, bu kararında, Anayasanın 36'ncı maddesi ile Sözleşmenin 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının düzenlemelerine doğrudan ve birlikte göndermede bulunarak, kararı temyizden incelenen vergi mahkemesince, bu düzenlemelerde anlatımını bulan savunma hakkı ile ilgili yargılama kuralının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.; **Dan. 10. D., 20.11.2002, E:2000/936, K:2002/4487:** İş hukuk ve uluslar arası hukuk normlarının *"yaşama hakkı"*nin korunmasına ilişkin olarak Devlete yüklemiş olduğu görev ve sorumluluk dikkate alındığında, cezaevlerini-de Devletin gözetim ve sorumluluğu altında bulunduğu sırada gerçekleştirilen açlık grevi/ölüm orucu eylemlerinde durumu kritikleyen eylemcilere doktor kararı ile müdahale edilerek rızaları dışında tedavi uygulamasını öngören düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı hk.

<sup>18</sup> **Bir örnek:** Yabancı uyruklu davacının ikametine izin verilmeyerek, ülke dışına çıkarılması yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açmış olduğu davada, Ankara Üçüncü İdare Mahkemesince verilen, 26.6.2003 gün ve E:2003/823 sayılı, yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne dair karar. Mahkeme, bu kararında, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 3'üncü maddesinde, hiçbir taraf Devletin, bir şahsı

Bunun ilk örneğini, Danıştay Onuncu Dairesi, 10.11.1992 günlü **Eğitim İşkolu Kamu Görevlileri Sendikası kararında** vermiştir<sup>19</sup>.

Kararda, Daire, kamu personelinin, Anayasada öngörülme, sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakkına sahip olduğu sonucuna, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 11'inci maddesine doğrudan gönderme yaparak ulaşmış ve bu hakkın kullanılmasının, salt, Anayasada böyle bir hakkın yer almadığı gerekçesiyle engellenemeyeceğini söylemiştir<sup>20</sup>.

Danıştay Onuncu Dairesi, bu uygulamasını, İstanbul Barosunun açmış olduğu davada, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki tutukluların, İstanbul'daki tutukevlerinin fiziki yetersizliği sebebiyle, Kartal'da yapımı süren cezaevi inşaatının bitimine kadar, yakın illerdeki tutukevlerine nakilleri ilgili davada da sürdürmüştür<sup>21</sup>.

---

işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka Devlete geri gönderemeyeceği, sınır dışı edemeyeceği veya iade edemeyeceği yolunda yer alan düzenlemeye dayanarak, 30.11.1994 gün ve 22127 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan, Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir ülkeye iltica Etmek Üzere Türkiye'den İzin Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılarla ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde ikamet izni talebinin kabulü için öngörülen 10 günlük başvuru süresinin geçirilmesinin, başvuruda bulunanın durumunun incelenmesine engel olamayacağına karar vermiştir.

<sup>19</sup> Dan. 10. D., 10.11.1992, E;1991/1262, K;1992/3911.

<sup>20</sup> Karar, bu yönüyle, aynı zamanda, Sözleşmede düzenlenen bir temel hakkın Anayasada öngörülmemiş olmasının, bu hakkın ulusal planda kullanılmasına engel olamayacağını; başka anlatımla da, Sözleşmede yer alan temel hakların, ulusal mevzuatta öngörülme dahi, Türk vatandaşlarınınca kullanılabilmesini söyleyen ilk örnektir.

<sup>21</sup> **Dan. 10. D., 3.11.1998, E;1996/7166, K;1998/5511.** Davada, kuruluş kanununun kendisine vermiş olduğu yetkiye dayanarak Adalet Bakanlığınca, yapılan düzenleme, doğrudan Sözleşmenin 6'ncı maddesine gönderme bulunarak, bu maddede öngörülen adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Not: Sözleşme hükümlerine, bir idari davada, doğrudan dayanılmasına bir başka örnek de, Danıştay Sekizinci Dairesinin Çağdaş Alatlı kararıdır. Daire, **Dan. 8. D., 27.12.1993, E;1992/1521, K;1993/4374** sayılı bu kararında, müslüman olmayan öğrencilerin din kültürü ve ahlak bilgisi dersine girmelerinin zorunlu olmadığı yolundaki Millî Eğitim Bakanlığı işleminin Anayasanın 24'üncü maddesini aykırı olduğu konusundaki davacı iddiasını, Sözleşmeye Ek Protokolün 2'nci maddesine doğrudan gönderme yaparak karşılamıştır. Ancak; bu kararda Sözleşme hükmüne, aykırılığın değil, hukuka uygunluğun saptanmasında doğrudan dayanılmıştır; yani, Sözleşme hükmü, **destek norm** olarak kullanılmıştır.



**Özet olarak söylemek gerekirse;** yapmış olduğumuz bu açıklamalar, insan hak ve özgürlükleriyle ilgili uluslar arası metinlerin, 2004 yılında Anayasanın 90'ıncı maddesine eklenen cümleden önce de, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde, idari yargıç tarafından, gereğine göre, ölçü veya destek norm olarak kullanılarak, söz konusu hak ve özgürlüklere, iç hukukta, etkin koruma sağlanmaya çalışıldığını göstermektedir.

### **3 - İdari Yargı Kararlarının Yaşama Geçirilmesini Sağlayacak Etkili Müesseselerin Varlığı Yönünden.**

İdari yargı kararlarının sonuçlarının yaşama geçirilemediği; başka anlatımla, sonuçlarından lehine karar verilen idare edilenlerin yararlandırılmadığı sistemlerde, insan hak ve özgürlüklerinin gerçek anlamda güvence altında oldukları söylenemez. Eğer, idari yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilip getirilmemesi, davanın tarafı olan idarenin takdirinde ise; ya da takdirinde olmamakla birlikte, idareyi buna zorlayacak etkin önlemler mevcut değilse, o sistemde, **adalet tutuk** demektir.

Sistemimizde, idari yargı kararlarının hukuksal sonuçlarının gerçekleşmesi idarenin takdirinde değildir. Anayasanın 138'inci maddesi, çok açık biçimde, Devletin organlarının ve idarenin bu kararlara uymak zorunda olduğunu söylemektedir. Bir Danıştay kararında<sup>22</sup> da söylenildiği gibi, bu konuda, idarenin takdir yetkisi değil; bağlı yetkisi söz konusudur. Bize göre de; idarenin, idari yargı kararlarının geçmişe dönük etkisi karşısında hareketsiz kalma veya gereklerini derhal yerine getirme konusundaki zorunluluğu, bir idari görev değil, anayasal bir yükümlülüktür.

Ancak, uygulama, bize, idarenin bu anayasal yükümlülüğüne, kimi kararlarla ilgili olarak, uymaktan kaçındığını ya da yargı kararını etkisiz kılmak amacıyla, hukuken geçerli olmayan kimi gerekçeler üretme veya muvazaalı uygulama yapma gibi yollara sapma çabası içerisinde olduğunu göstermektedir.

İdarenin bu uygulamaları, 2577 sayılı Kanunun “*Kararların sonuçları*” başlıklı 28'inci maddesinin düzenlemesinin, çeşitli nedenlerle, bu konuda yetersiz kaldığını göstermektedir. Kuşkusuz, bu yetersizliğin giderilmesi için, anılan maddede ve diğer kanunlarda

<sup>22</sup> **Dan. 5.D., 6.11.1996, E.: 1996/1997, K: 1996/3334:** İdari yargı kararlarının uygulanması konusunda idarenin bağlı yetki içerisinde bulunduğu hk.

kimi düzenleme ve düzeltmelerin yapılması gereklidir<sup>23</sup>. Ama daha da önemlisi, idari yargı kararlarının hukuksal sonuçlarının yaşama geçirilebilmesi için başka müesseseler getirilmesine ve bu müesseselerle ilgili düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç vardır.

Bir çok ülkede, idari yargı kararlarının gereklerinin idarece yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesinin sağlanması; kararın gereklerini yerine getirme niyetinde olup da bu konuda yeterli

---

<sup>23</sup> Bu önlem, düzeltme ve düzenlemeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

1 – Her şeyden önce, iktidarı ellerinde tutan siyasilerin, yargı kararlarını uluorta eleştirmekten vazgeçmeleri zorunludur. Hukuka bağlı devletlerde, siyasilerin yargı kararını eleştirdiklerine rastlanmaz. Yargı kararları, bilimsel ortamlarda, bilimsel yöntemlerle eleştirilir: esasen, buna hukukun gelişmesi yönünden ihtiyaç da vardır. Siyasilerin, yargı kararlarını, gerekli birikime ve yeterli veriye sahip olmaksızın, salt siyasi hedeflerine ters düşmesi sebebiyle, yapmış oldukları eleştiriler, bu yargı kararlarını uygulamak durumunda bulunan, ancak isteğinde olmayan idarecileri cesaretlendirmektedir.

Siyasiler, yalnızca söylemleriyle değil, eylemleriyle de yargı kararlarına saygı duyulması gerektiğini göstermeli ve bu konuda idareye örnek olmalıdırlar.

2 – İptal kararlarının geriye yürüterek, işlemin tesisinden önceki hukuki durumu aynen geri getirici etkisi ile yürütmenin durdurulmasına dair kararların idari işlemin icraliğini askıya alıcı etkisi yasal düzenleme haline getirilerek; idare ve ajanlarının bu durumun, idarenin herhangi bir davranışta bulunmasına gerek olmaksızın, kendiliğinden oluşmasını engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları vurgulanmalıdır.

3 – İdarenin iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının gereklerine uygun işlem tesis etme ve eylemde bulunma yükümlülüğünün olması gereken zamanda yerine getirilmesinin sağlanmasını amaçlayan “*gecikmeksizin*” sözcüğü, daha emredici ve daha belirleyici anlam taşıyan “*derhal*” sözcüğü ile değiştirilmelidir.

4 - Uygulamada yanlış anlamalara neden olan “*otuz günü geçemez*” ibaresi metinden çıkarılarak; kararın gereği olan işlem veya eylemin yapılması için gerekli zamanın (ve gerçekten gerekli olup olmadığının) takdiri ve belirlenmesi, kararı veren idari yargı yerine bırakılmalıdır.

5 – Yüksek yargı yerlerince, kanuna karşı hile oluşturan uygulamaların fiili yol sayılmasını ve bu yolu seçen kamu görevlileri hakkında haksız fiil esaslarına göre caydırıcılığı bulunan miktarda tazminata hükmedilmesini gerektiren içtihat geliştirilmelidir. Buna, özellikle, ihtiyaç vardır.

6 – İptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının gereklerini yerine getirmek durumunda olup da, getirmek istemeyen ya da bu kararların kendiliğinden olan sonuçlarının doğmasına engel olan kamu görevlilerinin, kamu göreviyle bağdaşırılığı olmayan bu tutum ve davranışlarının soruşturulmasının 4483 sayılı Kanun kapsamından çıkarılması ve, özellikle, kamu personeliyle ilgili iptal kararları bakımından benzeri davranışlarda bulunanların bu davranışlarının, Türk Ceza Kanununun 265’inci maddesinin birinci fıkrasında cezalandırılan, kamu görevlilerine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir ve tehdit kullanma eylemi olarak nitelendirilmesi düşünülmelidir.

7 – İptal kararının hukuki sonuçlarını etkisiz kılmak amacıyla kanuna karşı hile niteliğindeki yollara sapan kamu görevlilerinin bu eylemleri de, 4483 sayılı Kanun kapsamından çıkarılarak, Cumhuriyet savcılarının doğrudan kamu davası açabilmeleri olanaklı hale getirilmelidir.

donanıma sahip bulunmayan iyi niyetli idarelere de, yardımcı olunması amacıyla, bizde olmayan, çeşitli mekanizmalar geliştirilmiştir. Örneğin; Danıştay içinde, İtalya'da bir komisyon; Fransa'da da bir daire, bu denetim görevini yapmaktadır. Bu komisyon ve daire, idareye, kararın gereklerinin yerine getirilmesinde yardımcı olabildiği gibi, tüm çabalarının sonuçsuz kalması halinde, yaptırım da uygulayabilmektedirler.

Bizde, idarenin idari yargı kararının gereklerini zamanında ve gereken biçimde yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi görevinin, bu kararların gereklerinin neler olduğunu ve nasıl yerine getirileceğini iyi bilen, idareyi tanıyan deneyimli yargıçlardan oluşan Danıştay Başsavcılığına verilmesi, benim, yıllardan bu yana dillendirdiğim bir çözümdür ve, gerçekleştiği takdirde, çok başarılı sonuçlar alınacağına inanıyorum.

**SONUÇ :** Sonuç olarak söylemeye çalıştığım şu: İnsan hak ve özgürlüklerinin korunmasında, ilk ve asıl görev ulusal yargıca düşmektedir. Kamu gücünün ihlalleri söz konusu olduğunda ise, bu ulusal yargıç, idari yargıçtır. İdari yargıç, bu görevini, 143 yıldır, her türlü olumsuzlukların da üstesinden gelerek, eksiksiz ve etkin bir biçimde yerine getirmeye çalışmaktadır. Ülkemizde, üstün idari otorite karşısında, insan hak ve özgürlüklerinin gerçek anlamda koruma altında olabilmesi, onun bu çabasını sürdürebilmesine bağlıdır.

Beni dinlediğiniz için hepinize teşekkür ederim.



## **TARTIŞMALAR**



**Zafer KANTARCIOĞLU-** Sayın CANDAN'a teşekkür ediyorum.

Şimdi tartışma bölümüne geçiyoruz. Bu bölümde benim arkadaşlardan ricam var, soru soranlar adlarını, soyadlarını, varsa görev unvanlarını ve kime soru tevcih ettiklerini belirtirlerse memnun olurum.

**Aydın AYDIN-** Ben emekliyim, eski İş Bankası müfettişiyim. Sayın Mümtaz SOYSAL muhterem Hocam'a hürmetlerimle bir anekdot anlatarak katkıda bulunmasını istirham ediyorum.

Tam 10 yıl önce 23 Nisan 2001, Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı nedeniyle Kızılcahamam'da rahmetli Ordinaryüs Profesör Doktor Sulhi DÖNMEZER Hocamızın bir konferansı oldu. Konu Avrupa Birliğine girerek egemenlik kavramı. Kafamız karışık. *"Hocam, eğer girersek egemenlik kavramı; yani bağımsız devlet olmanın versiyonu olarak egemenlik kavramı ne olacak"* dedim. Özellikle vurguladığım husus şu oldu: Yargı ağalar için vardır; hem idari aşamada, hem de kişinin hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından. Yargı tıkanırsa veya susarsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidelim mi diye danışmıştım. Hocamın cevabı ezberimde; aldım. *"Eğer biz bize yetmiyorsak tabii gidilir. Demek ki insan hakları herkes içindir"* demişti.

Buradan Sayın Başsavcımız Turgut CANDAN Bey'in de tebliğin başlığını özellikle değiştirmiş olmasından da aslında etkilendim; *"İnsan hakları ve özgürlüklerinin etkin korunmasında idarenin rolü"*, güzel, ama gerçek öyle mi? Yargı tabii ağır işleyebiliyor, ama 7 yıldır, ben mülkiyeliyim, mülkiyet hakkım yok edilmiş, yargı 7 yıldır susmuş. Sayın Mümtaz Hocam, mülkiyet hakkı en kutsal hak olduğuna göre, sizden öğrendiğim derstir bu, ne yapayım ben? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gideyim mi, yoksa siz "gitme" diyorsanız gitmeyeyim.

Teşekkür ediyorum.

**Zafer KANTARCIOĞLU -** Evet, başka sorusu olan var mı?

**Zeynep YILMAZ (Danıştay Üyesi)-** Benim sorum da Sayın değerli Hocamız Mümtaz SOYSAL'a olacak efendim.

Bir Anayasa Mahkemesi kararının yorumuyla ilgili kendisinin düşüncesini merak ediyorum. Biliyoruz ki çok da tekrarlandı. Zaten şu

sıralarda, soruna uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağına ilişkin bir hüküm var. Bu hükme karşın 2000'den önceki yıllarda İSEDAK ünlü İSEDAK kararında Anayasa Mahkemesi Onay Kanununu denetlemek adı altında kısmen de uluslararası sözleşmenin denetimini yaptı oy çokluğuyla. Bu konuda sizin düşünceniz nedir Hocam? Çok teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Ali ULUSOY (Danıştay Üyesi)-** Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Ben öncelikle Mümtaz Hoca'nın bu Uluslararası Tahkimle ilgili değerlendirmelerine çok kısa bir itirazım olduğunu belirtmek istiyorum.

Uluslararası Tahkimde hakemlik yapmış birisi olarak Danıştay üyeliğinden önce ve yine Uluslararası Tahkimde hem devlet tarafına, bazı davalarda da davacı tarafına taraf bilirkişiliği yapmış birisi olarak ben Uluslararası Tahkimin hiç objektif olmadığına, taraflı olduğuna ilişkin bu değerlendirmenin biraz fazla genelleme olduğunu söyleyebilirim. Oldukça ciddi uluslararası tahkim kurumları var, çok da ciddi çalışıyorlar. Ben kendisinin o genellemesinde değindiği kadar bir sorun olduğunu düşünmüyorum bizzat kendim de uygulayıcı olarak geçmişte.

İkinci nokta, Sayın KILIÇHAN'ın anayasal bireysel başvuruya ilgili değerlendirmelerinde, bu kesin hükümle ilgili bir sorundan bahsetti. Gerçekten de kesin hükümle ilgili bir sorun var. Mahkemelerde sonuçlanmış olan bir davaya ilişkin ki yüksek mahkemelerden de geçmiş olarak, temyiz incelemesinden de geçmiş olarak sonuçlanmış olan davalara ilişkin Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu kabul edebiliyor ve bir ihlal olduğu sonucuna varabiliyor. Burada gerçekten de normal klasik anlayışta baktığımızda kesin hükmün ihlali olduğunu söyleyebiliriz, fakat bireysel başvuru zaten böyle bir şey; yani bu kesin hükmün bir istisnası. Bu yolun kabul edildiği ülkelerdeki, özellikle Almanya ve İspanya örneğinden yararlanıldığı anlaşılıyor. Bizdeki sistemde bunun bir istisnası. Tabii bu tartışılabilir siyasi boyutta yerinde midir, değil midir, ama böyle bir ihtiyaç olduğu da Anayasa'da referandumla da kabul edildiğine göre bunu böyle bir istisna olarak görmek lazım. Orada önemli bir sorun, idari işlemlere karşı yargı yolu tükenmeden de doğrudan Anayasa



Mahkemesine bireysel başvuru yolu ilk taslakta açılmıştı biliyorsunuz, sonra Mecliste yapılan düzenlemede, son halinde o değiştirildi. Fakat ilk taslakta farklı dizayn edildiği için sonra Mecliste son halinde bazı yerlerinin düzeltilmesi yine o sorunu tam da gidermedi. Yani ben genel olarak son gelinen noktada oluşan sistemde bir sorun olduğunu, kendi içinde bazı çelişkiler olduğunu düşünüyorum. Fakat tabii bu daha geniş anlamda da tartışılabilir bir şey, burada herkesin de vaktini almamak için çok ayrıntıya girmiyorum. Ama o kesin hükümle ilgili sorunun bu yolunun kabul edilerek Anayasa'da da kabul edilmesini bir istisna olarak düşünülmesi gerektiğini ve diğer dünya ülkelerinin uygulamalarında da bunun böyle olduğunu vurgulamak istedim. Teşekkürler.

**Av. Mehmet SAĞLAM-** Ben Sayın Başsavcımızın açıklamalarıyla ilgili kendisinden bir açıklama soru şeklinde bekliyorum.

Efendim, bildiğiniz gibi idari yargının görev alanında olması gereken birçok dava türü adli yargıya verilmektedir. Ben de bu konuda Sayın Başsavcımıza katılıyorum. Gerçekten bu hukuk güvenliği açısından çok önemli bir sakınca oluşturmaktadır. Anayasamız çok açık bir şekilde adli, idari yargı ayrımını benimsediği halde maalesef bugün giderek artan bir şekilde davalar adli yargıya verilmektedir. Yalnız, tabii ki yasalar yasama organında çıkmakla birlikte kanaatimce buna yol açan husus Anayasa Mahkemesinin hatalı bir kararıdır. Anayasa Mahkemesi İmar Kanunu ve SSK Kanunundan kaynaklanan para cezalarıyla ilgili dosyada "*kamu yararı gerekli kılmadıkça idari işlemlere karşı açılan davalara idari yargı bakar*" dedi. Dolayısıyla, kamu yararı gibi gerçekten muğlak bir boşluk alan bırakarak bu konuda idari işlemlere karşı da adli yargıya dava verilebileceği yönünde karar verdi. Benzer şekilde Kabahatler Kanununda da aynı görüşleri gördük. Dolayısıyla, ortaya çıkan sorunun bu kaynağı Anayasa Mahkemesinin bu hatalı kararları diye düşünüyorum. Bu sorunu çözebilmenin yolu da şu anda da değişik kanunlar Anayasa Mahkemesine gitmektedir. Anayasa Mahkemesinin Anayasamıza uygun şekilde idari işlemlere karşı mutlaka idari yargıda dava açılması gerektiği yönünde içtihat değişikliği olduğunu ben düşünüyorum. Bu konuda sizin görüşlerinizi de öğrenmek istiyorum. Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Murat SEZGİNER-** Teşekkür ediyorum.

İki hususla ilgili çok kısa bir değerlendirme yapacağım. Bir tanesi Sayın Başsavcımın bahsettiği bu Hukuk Muhakemeleri Kanununda yapılan değişiklik. Bu sanılanın üzerinde sakınca yaratacak bir değişiklik olmuştur. Olay şudur: İdari işler ve eylemlerden meydana gelen zararlarda eğer vücut bütünlüğüne ilişkin bir zarar söz konusuysa ki vakit yok, ayrıntısına girilemedi. Ama adli yargıda görülecektir bu zarar, ama aynı maddi olaydan, aynı olaydan dolayı mesela bir konutta meydana gelen zarar, araçta, tarlada meydana gelen zarar için eşzamanlı olarak idari yargıya gidilecektir. Şimdi, aynı maddi vakada iki ayrı yargı düzeninin görevlendirilmiş olması çok büyük bir sakıncadır. Burada yargı organları bir kusur değerlendirmesi yapacak. Adli yargı burada bir kusur görmeyebilir, idari yargı görebilir. Aynı olayda vücut bütünlüğüne ilişkin tazminat, maddi eşyaya ilişkin hususta ise mesela tazminata hükmedilmeyebilecektir ve bunu gidermek üzere bir hukuk yolu da maalesef yoktur.

Bir ikinci husus, hem Mümtaz Hocam da buradayken uluslararası anlaşmalarla ilgili bir değerlendirme yapmak istiyorum. Danıştayın salt bir uluslararası anlaşmaya karşı Anayasa Mahkemesine gidilememesi dolayısıyla “*kanunun üstüindedir*” değerlendirmesi doğru bir değerlendirme değil. Aksi durumda şöyle bir hal de olması gerekir: Sıkıyönetim ve olağanüstü hal dönemlerinde çıkan kanun hükmünde kararnamelere karşı da Anayasa Mahkemesine gidilemez, ama hiçbir yargı kararı yoktur ki sıkıyönetim döneminde çıkan kanun hükmünde kararname sırf Anayasa Mahkemesine gidilemiyor diye kanundan öncelensin. Burada mesele özel kanun, genel kanun, önceki kanun, sonraki kanun meseleleriyle çözümlenmelidir. Ama 1990’lı yılların başından itibaren 5. Dairenin insan haklarına ilişkin içtihadı doğrudur, ama burada o Anayasa Mahkemesine gidilemediği için değil, hukukun genel ilkelerinden hareket edilerek bir içtihat orada oluşturulmuştur. Daha sonra da malum, Sayın Başsavcımızın ifade ettiği gibi Anayasamıza da zaten bu girdiği için artık temel insan haklarına ilişkin bir anlaşmayla kanun çatıştığı halde uluslararası anlaşma öncelenecektir. Pozitif olarak sorun burada çözülmüştür, ama diğer uluslararası anlaşmalar salt

Anayasa Mahkemesine gidilemiyor diye kanundan öncelenemez diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum.

**Suna TÜRKÖĞLU (Danıştay Üyesi)-** Sayın Hocam Mümtaz SOYSAL'a kısa bir sorum olacak.

Efendim, ben doğru bilgilenme arzusunda olan bir vatandaş olarak objektif bir medya istiyorum, ama bir yargıç olarak da medyanın ya da basının objektif çalışmasının arkasında durmak gerektiğini de düşünüyorum. Sizce bir medya mensubu olarak yargının sizin önünüzü açtığını mı düşünüyorsunuz, yoksa bağımsız ve objektif çalışmanıza engel teşkil ettiğini mi düşünüyorsunuz? Bir medya mensubu olarak düşünceniz benim açımdan önemli. Teşekkür ediyorum.

**Ali Nüvit CÖMERT (Yenimahalle Belediyesi, Emekli İktisat Müfettişi)-** Saygıdeğer Hocam Mümtaz SOYSAL'a bir soru sormak istiyorum.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlamasının sınırı kriter olarak Anayasa'ya girmeli mi acaba?

**Zafer KANTARCIOĞLU-** Evet, başka yoksa, açıklamalara geçelim. Buyurun Hocam, ilk söz sizin.

**Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL-** Teşekkür ederim Sayın Başkan, tabii soruları sormuş olanlara da teşekkür etmem gerekiyor.

Ben kısa süreli sunuşum sırasında bazı şeylere dokunmamış olabilirim. Şimdi o fırsat bu sorular dolayısıyla elime geçti. Ama her şeyden önce şunu söylemek istiyorum bir yargı organı içinde konuştuğumu da bilerek: Türkiye'de siyasetin özellikle de muhalefet kanadı olarak ya da siyaset unsuru sayılmayan sendikaların, işçi kuruluşlarının aslında siyasi nitelikteki görevleri bakımından söyleyeceğim bazı şeyler var.

Özellikle özelleştirme durumları dolayısıyla ben sık sık Danıştay'ı rahatsız etmiş olanlardan biriyim. Yani sürekli o konularda ve Danıştayın lütfuyla, bence çok doğru bir kararıyla kabul ettiği bir olanaktan yararlanarak; yani bir sivil toplum örgütü sayılan KİGEM'in, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Vakfı'nın, merkezinin açtığı davalara Danıştay böyle bir dava ehliyeti de tanıdı. Uzun uğraşmalarımız sonunda sendikaların yapması gereken bir görevi biz Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Vakfı olarak yerine getirebildik. Bu

niçin böyle oldu? Genel bir konu bu. Yargı üzerine çok büyük yük yüklendi. Çünkü Türkiye’de ne siyasal partiler, ne de o konuda, özelleştirme konusunda ki kamu ekonomisini yakından ilgilendiren bir konu, kendilerine düşen ödevi gereğince yapmadılar. Orada bir kamu sorumsuzluğu var. Siyasal partiler ve sendikalar kamu ekonomisini yakından ilgilendiren, dolayısıyla halkın refahını, vesairesini yakından ilgilendiren konularda sorumluluklarını tam yerine getirmediler. Bu sorumluluğu yerine getirmek yargının üzerine, belki bizim girişimimizle değil, başka zamanlarda başka türlü de yargının üstüne yüklendi. Yargı dolayısıyla aslında hukukta kullanılması çok olmayan bir kavramı kullanmak zorunda kaldı ve ondan dolayı da eleştiriye uğradı kamu yararı. Kamu yararının savunucusu oldu ve haklı olarak oldu. Oysa bu tartışmalıdır. “Kamu yararı dediğiniz görüş açısına göre değişebilir” diyenler çıktı ve Anayasa’da zaten o konuda da sınırlayıcı hükümler var. Yargı o durumlara rağmen kamu yararını koruyabilmek için biraz hukuku zorlamış oldu. İyi ki zorladı, çünkü başka türlü kamu yararını savunan insanlar, kuruluşlar ortaya çıkmadılar. Ülkedeki genel yaygın sorumluluktan kaçma boşluğunu yine yargı doldurdu. O bakımdan o konuda haksız olan birtakım eleştirilerin bundan sonra hiç olmazsa biraz daha hakkani olması gerekir. Yargıya da yükleniyor bundan ötürü. Niye? Çünkü başkaları gereken ödevlerini yapmamış oluyorlar. Bu, genel bir söylemek istediğim nokta.

Belki sorulmadı bir soru, ama yardımcı olsun diye, özellikle Sayın ARSAVA’nın da konuşmasını dinlerken, bu iki tane organ var ya Avrupa düzeyinde; biri Avrupa Konseyi’nin organı ve Sözleşmeye dayalı, öbürü de Avrupa Birliği’nin organı. İsimler çok birbirine yakın olduğu için biraz hocalık tavsiyesi benden, onları söylemek yerine biri için Strazburg Mahkemesi, öbürü için de Lüksembourg Mahkemesi demek kolaylaştırıyor. İkisinin de durumlarını, yetkilerini falan bilenler “*acaba ne demişti, öbür mahkemeyi mi kastetti*”, çünkü ikisinde de insan hakları lafı geçiyor. O bakımdan benden tavsiye Strazburg, Lüksemburg. Lüksemburg şimdilik bize pek sevimli değil, öbürüyle de dolayısıyla sorulardan biri de şuydu, ilk birinci soruya ya da hatırlatılan anekdota dayanarak şunu söyleyeyim: Elbet o mahkemeler yararlı; yani orada olmalıydılar, o kapı hep açık olmalıdır ve sonuçta da başvurduğumuz zaman son başvuru yeri de orası oluyor.

Onun için ama onların kararlarında yüzde yüz doğruluk olmayabilir. Ben genellikle o konuda biraz daha, başkaları da ona yakın şeyler söylediler, uluslararası hukuka güvenim sarsılmış durumda; yani kendi deneyimlerimle uluslararası hukuka, uluslararası adalete yüzde yüz güvenmememiz lazım. Hiçbir adalet sistemine yüzde yüz güven olmasın demek de dilimden çıkmıyor. Aslında adalete güvenmek biraz, çünkü hepsi vaktiyle adı Adalet Tanrısıydı, değil mi? Allah'a güvenmemek falan gibi anlaşılıyor, onun için ama güvenmemek lazım. Hepsinde bazı durumlar dolayısıyla ben güvenimi büyük ölçüde yitirdim. Oysa başlangıçta çok Avrupacıydım, çok Avrupa kampanyası falan yaptım. Onun kurumlarına da saygım oldu, hatta birçok konuda o konuda yetkiler tanınsın diye, insan haklarında şu yetki de tanınsın diye, ölüm cezası insanlığa aykırıdır, vesaire diye uğraşmış kişi olarak güvenimi yitirdim. Onun için o rezervi muhafaza etmek istiyorum. O bizi o konuda belki daha doğru bir tutuma getirebilir. Önce kendi adaletimizi sağlamlaştırmalıyız. Kendi adaletimiz toz kondurulamaz duruma geldikten sonra zaten o yerlere gitmeye gereğimiz kalmaz. Bizim en büyük yanlışımız ya da kusurumuz; kendi adaletimizi toz konduramaz duruma getirememiş olmamız, onun için de dışarıdan acaba bir çıkış bulabilir miyiz diye vakit kaybediyoruz.

Tabii, bu insan hakları konusundaki antlaşmaların değerine gelince, o konuda uluslararası sözleşmeler, vesaire Meclisten geçerken, aslında Meclisin de o konuda görevini tam yaptığını söyleyemeyiz. O antlaşmayı Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre kanunla uygun bulma yetkisi var ya, kritik olan aşama o. O aşamada bizim o antlaşma konusunda neler olabilir, ne gibi durumlar ortaya çıkar bunu çok iyi tartışmamız gerekir, Meclisin tartışması gerekir. Ama Meclis çalışmasını yakından bilenler bilir ki bu gizli oyla ve gece yarısı ve genellikle Temmuz ayının başlarında tatile gitmeden önce sıkışık gündemde herkes kendi "evet" oylarını da arkadaşlarına emanet ederek yapılan bir oylamadır. Pek ciddi olmayan bir oylamayla Meclis kabul eder uluslararası antlaşmayı. O aşama o kanun aslında yine bizim açtığımız bir dava dolayısıyla, bir İslami kuruluşun, zannediyorum bir İslam Bankasının,

**Zafer KANTARCIOĞLU- İç hukukta tanınması.**

**Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL-** Evet, ama o konuda bizim laik bir Cumhuriyet olarak böyle bir antlaşmaya “*evet*” demememiz gerekir. Bunun dine ilişkin bir tarafı var, daha laik bir hale getirilmesi gerekirken öyle denmiş. Biz o davaya karşı Anayasa Mahkemesinde dava açtık, o kanuna karşı açtık. Tabii zaten sırası geçmiş oluyor, zamanı da geçmiş oluyor genellikle. O açtığımız zaman Anayasa Mahkememiz böyle bir davayı kabul etti; yani o uygun bulma yasasına karşı Anayasa’ya aykırılık davası açılabilir, yeter ki o bityeniğini sezelim ve zamanında da o davayı açabilelim. Genellikle dava zamanı sıkışık oluyor, o gerçekleşmiyor. Tabii uluslararası antlaşmaların insan hakları konusunda tabii ki, şimdiki 90’ıncı maddeye eklenmiş olan fıkra onu sağlıyor zaten. Ama orada da yine Alman Anayasa Mahkemesinin tutumunu biraz dikkatle incelemek ve belki ona yakın bir tutumu sağlamak gerekiyor. Yani o fıkra ya da o hüküm otomatik, olduğu gibi kabul etmek değil, kendi Anayasa sisteminizle bağdaşır bir yoruma getirmek. O büyük bir incelik istiyor, hukuk inceliği istiyor; yani öyle bir yorum bileceksiniz ki, bulacaksınız ki o hem sizi kendi Anayasanızla çelişir duruma getirmeyecek, hatta onun daha iyi anlaşılmasına yarayacak, hem de uluslararası bir standarda da uyumuş olacaksınız. Onun için çok otomatik değil, otomatik olmamalı demek istiyorum. O hükmü olduğu gibi uygulamak değil de kendimizce yorumlayıp ve ona da ters düşmeyecek, ama kendi Anayasa sistemimize katkı getirebilecek bir yoruma gitmek lazım.

Bu arada medya konusunda sorulmuş bir soru var.

Bir toplumun çeşitli sektörlerinde zaman zaman bulunmuş olmak insanı gerçekten bazen tam şaşkın olmak noktasına getirebilir ya da tam kesin karara varmak konusuna getirebilir. Medyaya da güvenim tam değil. Gazetelerin çeşitli kesimlerinde falan bulunmuş, şu veya sağ, sol, vesaire, hepsinde bulunmuş kişi olarak orada da toplumda neler oluyorsa, çıkarlar meydana, çıkarlar savunuyor, onlar dolayısıyla çatışmalar oluyor, kim basarsa o kazanıyor ya da kim daha çok satarsa o daha inandırıcı olabiliyor, vesaire. Bunlar var. Dolayısıyla, tek çare insanlarımızı, buna tabii hukukçularımız da dahil, kolay yanıltılabilecek insanlar olmaktan çıkarmak. Dönüp dolaşp hep eğitim, hoca zaten başka türlü konuşmaz, hoca olduğu için öyle konuşur diyoruz, ama ben ilkokuldan başlayarak insanlarımızı

çok daha iyi yetiştirmek, çok daha kolay aldatılır olmaktan kurtarmak gerekiyor.

Bunlar arasında tabii ki uluslararası tahkim konusunda söylenen noktaya dokunalım. Tabii ki iyi tahkimler oluyor, haklı tahkimler oluyor, ama ona da yüzde yüz güvenmemek gerekiyor. Daha doğrusu şöyle: Kendi aşamamızda, yani ulusal aşamada yeterince titiz davranmayıp nasıl olsa uluslararası düzeyde düzeler güvencesiyle davrandığımız zaman büsbütün konu oluyor. Zaten yapılmış olan yanlış oluyor burada bu acelecilik dolayısıyla. Nasıl olsa ilerde uluslararası tamire gider ya da tahkime gider, hangi terimi kullanırsak kullanalım, dolayısıyla, oraya gittiği zaman da bazen çok insafsız sonuçlara varabiliyorum. Bunu belirtmek istedim.

Temel hakların sınırlanması konusunda Anayasamız yeterince kıstas ya da kriter getirmiş, ama bunlar sınırlayıcı değil. Siz hukuka uygun ve çok iyi izah edebileceğiniz, yine hukuka dayandırabileceğiniz, Anayasa'ya dayandırabileceğiniz gerekçeler buluyorsanız o sınırlama bakımından pekâlâ kabul edilebilir. Onun kabul edilebilir olup olmadığına zaten yargı karar verecektir. Onun için sayılmış bunlardan ibaret, onun için de artık başka da neden bulamıyoruz diye hemen hava atmak bir hukukçuya yakışmaz. Eğer hakikaten hissediyorsa insan bir sınırlama olması gerekir diye, o hissini hukuka dayandırabilecek bir yeteneğe de sahip olması gerekir, öylece hukuka da katkıda bulunmuş olabilir.

Onun dışında zannediyorum yanıtlanmamış bir şey kalmadı. Tabii şu var, bu gene özelleştirme konusunda sık sık rastlanan durumlardan biri. Bizde çok kolayca ve bana sorarsanız biraz daha kuşkucu gözle baktığımız zaman kolay anlaşılabilir, iktidarca aynı dilden kolay anlaşılabilir nedenlerle kamu hukukundan özel hukuka kaçış var. Yani özellikle imtiyaz sözleşmelerinde açıkça oldu bu. Anayasa değişikliğine bile gidildi. Ne demek yani? İmtiyaz sözleşmesinde biz idare hukukuna güveniyorsak ve gerekçesi de sağlam bir şekilde, çünkü bir kamu hizmetini yaptırıyorsunuz birisine, kamu hizmetinin özel hukukla kolay anlaşılır olacağını ben sanmıyorum, ama kamu hukuku çerçevesinde kamu hizmetinin bir şirkete, vesaireye yaptırılması; yani imtiyaz sözleşmesi Danıştayın elinde kalmalıydı. Şimdi hayır, kim nereye götürüyorsa olabiliyor. Bu da özellikle yabancı sermaye, vesaire dolayısıyla özellikle ortaya

çıkıyor. Çünkü burada mesele Hazine yardımlarına kadar gidebiliyor. Hazine yardımı alabilmek için çeşitli biçimlerde sözleşmeler yapılıyor ve o konuda bu defa Hazine hukukta yapılamamış olan, sağlanamamış olan bir kamu yararı görevini yerine getirmek için Hazine de biraz daha sıkı bağlanıyor, Hazine suçlanmış oluyor. Biz hukukta bazı değişiklikler yaptığımız zaman falanca hukuktan kaçırılım derken başka bir hukuk alanını biraz daha kolay itham edilebilir duruma da sokabiliyoruz. Hazine ya da bir kamu kuruluşu olarak daha sert davranmak gereğini hissediyor. Dolayısıyla, hukukun çeşitli alanlarını kapsayan bir bakış açısı ancak üniversitelerde ya da başka bilim çevrelerinde geliştirilmesi gereken bir bakış açısı ve bunu eğer vatandaşa da anlatabilirse; yani “*hukuk hukuktur ve şöyle hukuktur*” diye anlatabilirse vatandaşımızın hukuk bilincini hiç olmazsa bir asgari düzeye getirebilirsek bütün bunlar çok daha kolaylaşır. Onun için biten bir çaba değil bu, hepimiz yapabildiğimiz kadar, yaşadığımız ölçüde bunun gerçekleştirilmesine çalışacağız. Zannediyorum Danıştayda bu konuda elinden geleni yaptı, yapıyor ve yapacaktır. Ondan da eminim. Teşekkür ederim.

**Zafer KANTARCIOĞLU-** Teşekkür ederim Sayın SOYSAL.

Sayın KILIÇHAN, herhalde bireysel başvuruyla ilgili bir kısa değerlendirme yapacaksınız. Yapacaksınız size söz vereyim. Peki, buyurun.

**Mustafa Behiç KILIÇHAN-** Sayın meslektaşımız ve Hocamız Ali ULUSOY, kendisi de kabul etti ki, bu durum kesin hüküm ilkesinin ihlalidir, ama bu bir istisna olduğu için bu ihlal olacaktır anlamına geldi yada yasayı Parlamente'nin değiştirmek suretiyle, tasarımı değiştirmek suretiyle bu durumun yaratıldığını söyledi. Şimdi, bu bireysel başvurunun şekil şartları tabii Anayasa'da düzenlenmemiş, kanuna bırakılmış bu husus. Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve işleyişine ilişkin kanunda da yapılmış düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümü belirtmiştim ben, gene kişisel fikrim bu yönde. Yoksa bireysel başvurunun olması, olmaması yönünde bir tartışmayı burada zaten yapmamıştık. Bana göre bu haliyle; yani kanundaki düzenlemeyle anayasal hukuk düzenini tamamen bozucu bir niteliği var bu düzenlemenin. Yani bireysel başvurunun değil, bireysel başvurunun bu şekilde düzenlenmiş olmasının. Anayasa'da kanundaki gibi bir değişiklik yapmazsanız



kanun Anayasa'ya uygun olmaz, yaparsanız da Anayasadaki yargı sistemi ve yüksek mahkeme düzenini tamamen bozmuş olursunuz. Tabii ki seçenek parlamentonundur. Zaten her çevrede yeterince görüşülüp tartışılmadan yurtdışından birtakım kurum ve sistemleri alıp adapte ettiğiniz zaman kendi sistemimizde sıkıntılar yaratacağı muhakkak. Bu sıkıntılar da mebzul miktarda torba yasalarla çözülmeye çalışılacaktır. Sanıyorum, bu düzenleme de pek çok sayıda torba yasayı hukuk külliyyatımıza kazandıracaktır. Ben böyle düşünüyorum.

**Zafer KANTARCIOĞLU-** Peki, teşekkür ederim. Sayın Turgut CANDAN Bey, buyurun.

**Turgut CANDAN-** Efendim, bana yöneltilen sorular, Sayın SAĞLAM ve SEZGİNER'den geldi. Sanırım her ikisinin sorusu da aynı konuya ilişkin, aynı mahalde. O yüzden iki soru sahibine de birlikte yanıt vermeye çalışacağım.

İdari Yargı'nın varlık nedenini ve idari yargılama usulünü çok iyi bilmeyenler, idari eylem ve işlemlerle bireyin vücuduna verilen zararların tazmininin, zararın tespiti ve miktarının hesaplanmasıyla mümkün olabilirmiş gibi düşünüyorlar; öyle zannediyorlar; ama, tabii ki öyle değil. Bu zararı doğuran işlem, bir idari işlem, eylem de bir idari eylemdir. İdari Yargı da bu işlemin ve eylemin hukuka uygunluğunu denetlemek amacıyla varolan, o nedenle kurulan bir yargı sistemidir. Salt zararın bilinmesi ve miktarın hesaplanması, zararın tazmini için yeterli değil. Bunun için, ayrıca idarenin sorumluluğunu gerektiren diğer koşulların da bulunması lazım. Nedir bu koşullar? Hizmet kusuru veya hizmet kusuru olmayan hallerde idarenin objektif sorumluluğu. Yine çok kişi bunu bilmez, özel hukuk geliştirdi zanner. Oysa; objektif sorumluluk esaslarını İdari Yargı geliştirmiştir. Özel hukuka İdari Yargı'nın içtihatlarından geçmiştir. Doğrusu odur; ama, herkes zanner ki, objektif sorumluluk esasları önce özel hukukta gelişti; sonra, İdari Yargı'ya geçti; ama öyle değil. Söylemek istediğim şu: Bu kuralların, idarenin sorumluluğunu doğuracak kuralların ya da koşulların neler olduğunu en iyi değerlendirebilecek olan yargı düzeni İdari Yargı Düzenidir. Bunlar değerlendirilmeden, salt zararın varlığı ya da miktarın hesaplanıyor olması, tazminat için yeterli değil.

Bunun dışında; Sayın SEZGİNER de söylediler. Ben de konuşmamda bir cümle şeklinde temas ettim. Aynı idari işlemde ya da aynı idari eylemden doğan zararların, iki ayrı yargı düzeninde bakılıyor olması büyük haksızlıklara, adaletsizliklere neden olabilecek niteliktedir.

Önümüzde basına yansıyan bir olay var, biliyorsunuz; siyanürlü havuz meselesi. İki set yıkıldı, üçüncüsünün yıkılma ihtimalinden de söz ediliyor; inşallah öyle bir şey olmaz, Allah korusun. Ama, öyle bir şey olursa kişilerin, bireylerin, orada yaşayan insanların canları bakımından zararlar doğabileceği gibi; yani vücut zararları doğabileceği gibi, malları için de zararlar doğabilir. Aynı eylemden doğmuş olmasına karşın, bireylerin vücuduna verilen zararların tazmini için asliye hukuk mahkemesine gideceksiniz; mallarına verilen zararlar için ise İdari Yargı'ya geleceksiniz. İdari Yargı başka karar verecek, Adli Yargı başka karar verecek. Böyle bir çelişkinin çıkma ihtimali kuramsal olarak var. O nedenle; ben bunu, yalnızca İdari Yargı'nın varlık nedenlerine; Anayasa'da yargı ayrılığı ilkesinin kabul edilmiş olmasına aykırı görmüyorum; aynı zamanda, insan hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından da çok sakıncalı buluyorum.

Sayın SEZGİNER, böyle bir düzenlemeye gidilmesinde Anayasa Mahkemesinin bir kararının etkili olduğunu söyledi. Doğru, imar para cezasıyla ilgili karar. Aslında bu şekilde düzenleme, o karara da aykırı. Çünkü, o karar şunu söylüyor: Para cezası bir işleme bağlıysa, işlem İdari Yargı'da dava konusu olacaksa; para cezasına karşı da İdari Yargı yerinde dava açılır diyor. Vermiş olduğum örnekte; idarenin aynı eyleminden doğan iki farklı zararın tazmini için, iki ayrı yargı yerinde iki ayrı tazminat davası açılmasını gerektiren Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi, bana bu içtihad da aykırıymış gibi geliyor.

Benim konum değil, ama Sayın ULUSOY'a, onun söylediği bir şey için, bir ilave yapmak istiyorum. Dediler ki, "*bireysel başvuru kesin hükmün istisnasıdır.*" Evet, anayasal sistemi izin veren ülkeler için gerçekten de kesin hükmün istisnası olabilir. Kesin hüküm, bir hukuki güvenlik ilkesi. Yani öyledir diye bertaraf edilebilecek bir ilke değil. Bunun için, Anayasa'da bir düzenleme olması lazım. Anayasa'da düzenleme yapılmadıkça, yalnızca bilimsel toplantılarda

veya politik alanlarda bireysel başvuru kesin hükmün istisnasıdır; o nedenle istisna olarak uygulanmalı demek yeterli olmaz. Sayın KILIÇHAN'da söylediler, yasayla da düzenlenemez. Anayasa'da hüküm olmadıkça, bireysel başvurunun kesin hükmün istisnası olarak kabul edilmesi mümkün değil.

Değerli Hocam izin verirse, kendilerine bir soru yöneltmek istiyorum. Sorum, uluslararası sözleşmelerle ilgili; benim, bir tarihte ilgilendiğim bir konu. Sözleşmeyi Onaylamayı Uygun Bulma Yasasının Anayasa'ya aykırılığı iddia edilebilir. Anayasa Mahkemesi de, sizin söylediğiniz gibi, bunu kabul etti. Fakat, ben şunu düşünüyorum: Anayasamız diyor ki, *“hiçbir organ ve kuruluş Anayasa'dan almadığı yetkiyi kullanamaz.”* Bir uluslararası sözleşmede Anayasamızın değiştirilemez olan Cumhuriyetin ruhunu, esprisini yansıtan ilk üç maddeye aykırı düzenlemeler olduğunu; Onaylamayı Uygun Bulma Yasasının da Anayasa Mahkemesine gitmediğini var sayalım. Bu sözleşme yargıç önüne geldiğinde; yargıç, onu uygulamak zorunda. Fakat, Anayasamızın 138'inci maddesinde diyor ki; biraz önce sunumum sırasında değindim, yargıç hükmünü, Anayasa'ya, kanunlara ve hukuka uygun vicdanına dayandırmak zorunda. Yani, salt vicdanına değil, vicdanın da Anayasaya, hukuka ve kanunlara uygun oluşmuş olması gerekir. Böyle bir sözleşmenin uygulanması idari yargıç önüne gelse; bir uyumsuzluğun dayanağı olarak çözüme esas alınmak üzere gelse, idari yargıç şunu diyebilir mi? Öğrenmek istediğim bu: *“Ey Türkiye Cumhuriyetinin yetkilileri, siz ancak Anayasa'nın size verdiği yetkileri kullanarak sözleşme imzalayabilirdiniz. Oysa, ilk üç maddeye aykırı sözleşme imzaladınız. Anayasa size bu konuda yetki vermedi. Ben bu sözleşmeyi yetkisiz makamlarca imzalanmış, dolayısıyla, Anayasa'nın 90'inci maddesine göre iç hukukta yasa hükmünde uygulanması gereken sözleşme olarak kabul etmiyorum.”* Benim merak ettiğim bu sorunun yanıtı.

**Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL-** Bana sorarsanız önce *“hayır”* deyip gerekçesini sonradan oluşturması gerekir, çünkü biz göz göre göre kendi Cumhuriyetimizi şu veya bu nedenle kendi elimizle batıramayız. Bu kadar.

**Zafer KANTARCIÖĞLU-** Buyurun Sayın ARSAVA.

**Prof. Dr. Füsün ARSAVA-** Efendim, benim Avrupa Birliği hukuku boyutum yanı sıra uluslararası hukuk Hocası da olarak bir-iki söz izin verirseniz bu konuda söylemek istiyorum.

1969 tarihli bir Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi vardır. Bu Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesine Türkiye de taraftır. 46'ıncı maddesine baktığımız zaman uluslararası anlaşmalara taraf olan devletler bakımından tabii çok önemli sorumluluk getiren bir düzenleme var. Eğer Anayasana bir aykırılık varsa anlaşmayı onaylamayacaksınız. Çünkü imza atabilirsiniz, ama onaya kadar devletlerin uluslararası seviyede taahhüt altına girme durumu yoktur. Eğer böyle bir durum söz konusuysa anlaşmayı onaylamayacaksınız. Diğer bir ifadeyle, anlaşmanın onaylanmasından sonra Anayasa'ya aykırılık iddiası ile bir taahhüt altına girdiğiniz anlaşmadan kaçınmak mümkün değildir. Yani bir yerde bir ön inceleme yapıp öyle onay yapılmasını öngörmektedir. Bunun bir tek istisnası vardır. O da Anayasa'nın Fundamentals, temel normlarının açık olarak ihlali durumudur. Öyle bir açık ihlal olacak ki hüsnüniyet sahibi diğer anlaşma tarafından öngörülebilir ihlal olmalıdır bu. Böyle bir durumda anlaşmanın geçersizliğini iddia edebilirsiniz, ama bunun dışında uluslararası sorumluluk altına girersiniz. Eğer anlaşmayı onaylayıp ona rağmen gereğini yerine getirmezsenez, yani mesela birçok devlette, bu Fransa'da da vardır, Almanya'da da vardır, bir uluslararası anlaşmayı onaylamadan önce, özellikle bunu Fransız hukukunda çok tabii ki görüyoruz, konsey konsüsyonelden; yani Anayasa Mahkemesinden görüş alırsınız. Eğer Anayasa Mahkemesi yapılacak anlaşmanın Anayasa'ya aykırılığı konusunda görüş bildirirse o anlaşmayı yapamazsınız. Almanlarda da öyledir, yapamazsınız. Yapmak mı istiyorsunuz? O zaman önce Anayasa'yı değiştireceksiniz, sonra anlaşmayı onaylayacaksınız. Yani onaydan sonra uluslararası sorumluluk gibi ciddi bir soruş ortaya çıkar eğer anlaşmayı onaylamışsanız. Ama bir tek istisnası var söylediğim gibi, Anayasa'nın temel normlarının açık şekilde ihlali. Örneğin, benim laiklikle ilgili bir düzenleme yahut da bu Almanya'da görülmüş federal devlet yapısına aykırı olan bir, mesela Almanya'da federal yapı değiştirilemez bir Anayasa normudur. Değiştirilmesi mümkün olmayan bir Anayasa normuna rağmen eğer böyle bir anlaşmayı yapmak için masaya oturmuşsanız herhalde uluslararası camiada

Almanya'nın federal bir devlet olduđunu kuřlar bile biliyor. Oturup da masaya federal yapıya ters dűřen bir taahhűt altına girme gibi bir durum söz konusu ise böyle bir iddia yapabiliyorsunuz, ama bunun dıřında kesinlikle bir uluslararası sorumluluktan söz etmemiz gerekiyor onay ertesinde. Teřekkür ediyorum.

**Zafer KANTARCIOĐLU-** Deđerli bildirileriyle 143'űncű yılımıza büyük katkılarıyla konuşmacılara ben huzurunuzda teşekkür ediyorum ve bu bildirileri dinlemekte sabır gösteren, ama gerçekten de dinlemeye değer bildirilerdi. Arkadaşlarıma da teşekkür ediyor ve Allah'a ısmarladık diyorum.



# 11 MAYIS 2011, ÇARŞAMBA

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

**Oturum : 10.05 – 13.00**

10.05 **Oturum Başkanı: Zafer KANTARCIĞLU**  
*Emekli Danıştay Başsavcısı*

10.10 – 10.35 **Yargı-Medya-Siyaset İlişkisi**  
**Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL**  
*Anayasa Hukukçusu*

10.35 – 11.00 **Anayasal Açıdan Yüksek Mahkemeler**  
**Mustafa Behiç KILIÇHAN**  
*Danıştay Beşinci Daire Başkanı*

11.00 – 11.10 **ARA**

11.10 – 11.35 **Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Bu Kararların Birlik Ülkelerine Yansıması**  
**Prof. Dr. Füsun ARSAVA**  
*Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Öğretim Üyesi*

11.35 – 12.00 **Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında İdari Yargının Rolü**  
**Turgut CANDAN**  
*Danıştay Başsavcısı*

12.00 – 13.00 **TARTIŞMA**