

İDARİ YARGILAMA İLE İLGİLİ YAPILAN VE AİHM'NİN ADİL YARGILANMA HAKKINDAKİ KARARLARIYLA UYUMLU ANAYASA VE YASA DEĞİŞİKLİKLERİ

CONSTITUTIONAL AND LEGISLATIVE AMENDMENTS RELATED TO ADMINISTRATIVE JUDICIARY COHERENT WITH ECtHR'S CASE LAW ON THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL*

ÖZ

İç hukukumuzda, “Adil Yargılanma Hakkı” konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla uyumlu olarak Anayasa ve yasa değişiklikleri yapılarak anayasal ve yasal zemin oluşturulmaya çalışılmıştır. Aynı zamanda, ülkemiz yargı erki aktörleri, taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ilkelerini içselleştirip yargılama faaliyetinde yorumlamak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını referans almak suretiyle söz konusu içtihatları iç hukuk uygulamalarına yeterli düzeyde yansıtmamaktadırlar. Ayrıca bunların Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının infazının takibi noktasında doğrudan muhatap olmamaları ülkemiz açısından bir sorun haline dönüşmektedir. Nitekim yasama erki, bu sorunun çözümünü kendisi sağlamak için yasa değişikliği yapma ihtiyacı duymaktadır. Anayasa'nın 90/5. maddesi uya-

* Onursal Danıştay Üyesi – İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi
selami.demirkol@bilgi.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0675-7795

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

rınca gerekli bulunan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına uygun yargılamanın tam olarak” hayata geçirilebilmesi amacıyla yasama erki çok sayıda yasayı uzun bir zamandan beri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla uyumlu hale getirme uğraşısında olmuştur. Diğer taraftan bu durum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin içselleştirilmesinde ve Avrupa Birliği’ne uyum sürecinde sıkıntı yaşanmasının başlıca etkenlerinden biri haline gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Adil Yargılanma, İçselleştirme, Anayasa ve Yasa Değişikliği

ABSTRACT

In our domestic legal system, efforts have been made to establish a constitutional and legal framework by amending the Constitution and laws in line with the European Convention on Human Rights and the case law of the European Court of Human Rights, particularly regarding the right to a fair trial. At the same time, the actors of our country’s judiciary do not sufficiently reflect the relevant case law in domestic legal practice by internalizing the principles of the European Convention on Human Rights, to which we are a party, interpreting them in judicial proceedings, and referring to the decisions of the European Court of Human Rights. Furthermore, the fact that these bodies are not directly responsible for the implementation of the European Convention on Human Rights and the enforcement of European Court of Human Rights judgments before the Committee of Ministers of the Council of Europe has become a problem for our country. Indeed, the legislative branch feels the need to amend the law to resolve this issue itself. In accordance with Article 90/5 of the Constitution, the legislative authority has been working for a long time to bring numerous laws into line with the decisions of the European Court of Human Rights in order to fully implement “trials in accordance with the case law of the European Court of Human Rights. On the other hand, this situation has become one of the main factors leading to difficulties in the internalization of the European Convention on Human Rights and the process of alignment to the European Union.

Keywords: European Court of Human Rights (ECtHR), European Convention on Human Rights (ECHR), Fair Trial, Internalization, Constitutional and Legislative Amendment

GİRİŞ

Son yıllarda ülkemizin hukuk sisteminde oldukça önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklikler ile yön verilen Türk hukuk yapısı, Avrupa hukuku ile entegre edilmeye çalışılmış ve şekillendirilmiştir. Özellikle 2000 yılı sonrasında, yasama erkinin gayret ve çabalarında yoğunluk ve sistematik bir ağırlık kendini göstermiştir. Tabi ki bu devinimin odaklandığı ve yön bulduğu zemin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında dayanak ve kaynak bulmuştur. Nitekim Avrupa Birliği'nin (AB) zorunlu gerekleri, sadece hukuk yapımızı şekillendirmekle kalmamış, aynı zamanda günlük yaşantımız ile birlikte, gelecekteki kamusal politikalar ve hedeflerimiz için de eksen alınmıştır.

Olması gereken aşama ve hedeflere ulaşmada adeta bir samimiyet testi olan bu süreç, AB ilerleme raporlarında da sıkça tartışmaya açılmıştır. İlerleme raporlarında tartışılan hususlar, sonradan öneriler olarak bize yansıtılmış ve her seferinde önümüze yeni bir aşama işaret olunmuştur. Böylece bu işaretler, hukuk sistemimizin genel şekillenmesinde belirleyici rol üstlenme işlevine sahip olmuştur. Çözüm olarak, AİHS çerçevesinde ve AB'ye entegrasyon için zorunlu görülen birçok Anayasa ve yasa değişikliği yapılması yoluna gidilmiştir. Nitekim Anayasa ve yasa değişiklikleri sayesinde iç hukukumuzda, birçok konuda AİHS ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu bir anayasal ve yasal zemin oluşturulmuştur (Demirkol ve Akbulut, 2015: 1-120).

Ancak hukuk devleti ilkesine bünyesinde yer vermiş olan Anayasamızın kurduğu hukuk sistemi ile “mevzuata uygun” yargılama anlayışı barışıklık gösterdiğinden, AİHM'nin referans aldığı hukukun üstünlüğü ilkesinin yansıması olan *Case Law* uygulaması yoluna gidilememiştir. AİHM tarafından hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi yolunda *Case Law* yargılama anlayışı kabul edilmektedir. Ülkemiz yargı erki aktörlerinin mevzuata uygun yargılama yapmaları

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

sonucu AİHM kararlarının referans alınmaması nedeniyle hakkaniyete uygun yargılama yapmalarında zorluk ve güçlüklerle karşılaşmıştır. Nitekim AİHM tarafından Devletimiz aleyhine verilen ihlal karar sayısının azaltılması için Anayasa'da ve özellikle yargılamanın olmazsa olmaz dayanağı olan yasalarda 2000 yılından sonra alabildiğine değişiklikler yapılagelmiştir. Zira Devletimizin yasama erki, ihlal karar sayısının azaltılması için çözüm olarak bu refleksi geliştirmiştir.

Bu Anayasa ve yasa değişikliklerinin büyük bir kısmının sebebi ise AİHM ihlal kararlarındaki sayısal çoğunluğun azaltılması ve olası yeni ihlal kararlarının önlenmesi olmuş ve yasama erki, adeta yargı erki aktörlerinin bu anlamda yolunu açma çabasına girmiştir.

Çalışmamızda, 2000 yılından sonra ülkemizde yapılan oldukça fazla sayıdaki Anayasa ve yasa değişikliklerinden “Adil Yargılanma İlkesi” ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili bulunan idari yargılamaya yönelik bazı örnekleri sunmaya çalışacağız.

Ancak anılan örnekleri paylaşmadan önce, iç hukukumuzu AİHS ile uyumlu hale getirme amacı güden bu değişikliklerin yapılmasına neden ihtiyaç duyulduğunun daha iyi anlaşılabilmesi için, öncelikle AİHS'nin Türk Hukuku'ndaki konumunu ve “AİHS-İç Hukuk” ilişkisini inceleme gereği duyduk.

Bunun ardından da öncelikle Anayasa ve yasanın ilgili eski düzenlemesini, ardından konu hakkındaki AİHM yaklaşımını, bunun akabinde de AİHS'ye ve AİHM kararlarına dayanılarak yapılan yeni düzenlemeyi belirtecek; son olarak da açıklama alt başlıkları ile her bir mevzuat değişikliği hakkında kendi yorumumuzu paylaşacağız.

I. AİHS'NİN İÇSELLEŞTİRİLMESİNDE AİHM'NİN İŞLEVSEL- LİĞİ-SÖZLEŞME İÇ HUKUK İLİŞKİSİ

“Uluslararası antlaşma” vasfında bir hukukî işlem olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- AİHS- Sözleşme), 1. maddesiyle, kendisine

taraf Devletlerin yargı yetkisi kapsamında bulunan tüm bireyler açısından temel bazı hak ve özgürlüklere koruma sağlamaktadır. Taraf Devletler bu Sözleşme ile iç hukuklarında, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine riayet etmeyi birbirlerine taahhüt etmektedir.

Ancak bu hükümlerin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin etkinliğinin sağlanması amacıyla yargısal bir organ teşkil etmesi ve haklarının ihlal edilmesi halinde bireylere bu organa başvuru imkânı tanıyıp, taraf Devletleri hukuken bağlayan kararlar üretilmesini öngörmesi, ona klasik uluslararası sözleşmelerden çok daha farklı bir konum kazandırmaktadır¹.

Bu bağlamda Sözleşme, -diğer birçok uluslararası sözleşmeden farklı olarak- taraf Devletlerin kendi iç hukukunda Sözleşme hükümlerine aykırı tasarruflar gerçekleştirip gerçekleştirmediğini uluslararası bir mahkemenin (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi-AİHM-Mahkeme) denetimine açmaktadır.

Bu niteliği, şüphesiz Sözleşme'nin etki alanının uluslararası hukukla sınırlı kalmasını engellemektedir. Bu kapsamda AİHS, hem içeriği itibarıyla taraf Devletlerin egemenlik alanlarında hüküm ve sonuç doğuran bir normlar manzumesi oluşturmakta hem de öngördüğü denetim mekanizması ile uygulamada bu normların etkinliğini güvence altına almaktadır.

¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mamatkulov ve Diğerleri v. Türkiye Kararında "... bireysel başvuru hakkı ile ilgili hüküm (34. madde, 11 numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden önce Sözleşmenin -eski 25. maddesi), insan haklarının korunmasına ilişkin Sözleşme sisteminin etkinliğinin temel güvencelerinden biridir. ... Klasik anlamdaki uluslararası sözleşmelerden farklı olarak Sözleşme, sadece Sözleşmeci Devletler arasındaki karşılıklı vaatlerden çok daha fazlasını bünyesinde taşımaktadır. O, karşılıklı, iki taraflı taahhütler örgüsünün ötesinde ve üstünde, başlangıç kısmındaki deyişiyle, ortak güvenceye bağlanan objektif yükümlülükler doğurmaktadır." ifadelerine yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 04.02.2005 Tarih ve B.No.46827/99, 46951/99 Sayılı Mamatkulov ve Diğerleri v. Türkiye Kararı, p.100.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Diğer bir ifadeyle AİHS, *maddi hukuk* bakımından etkilerini Sözleşmecî Devletlerin ülkesinde yani iç hukukunda gösteren bir “temel hak ve özgürlükler hukuku” oluşturmakta; ayrıca tesis ettiği bu temel hak ve özgürlükler rejiminin *usûl hukukunu* da düzenleyerek, Sözleşmecî Devletlerin bu rejime uygun hareket edip etmediğini denetleyecek uluslararası bir yargılama mercii ile yargılama usulü ihdas etmektedir. Bunun sonucunda Sözleşme, etkilerini uluslararası hukuk ilişkilerinden ziyade her bir Sözleşmecî Devletin kendi iç hukukunda göstermektedir.

Sözleşme hükümleri ile iç hukuk normları arasındaki ilişkinin ne olması gerektiği, diğer bir ifadeyle taraf Devletlerin iç hukukundaki normlar hiyerarşisinde Sözleşme hükümlerinin hangi basamakta yer alması gerektiği konusunda AİHS metninde doğrudan bir hüküm yer almamaktadır.

Bununla birlikte Sözleşme'nin 1. maddesi, taraf Devletlerin, yargılama yetkileri kapsamında bulunan tüm bireyler açısından Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri *güvence altına aldıklarını*; 46. maddesi ise Devletlerin, taraf oldukları uyuşmazlıklarda verilen AİHM kararlarına uymakla yükümlü olduklarını öngörmektedir.

AİHM'ye göre, “*güvence altına almakla yükümlüdürler*” şeklindeki ifade yerine “*güvence altına alırlar*” ibaresiyle kaleme alındığı için Sözleşme'nin 1. maddesi, taraf Devletlerin yargılama sahasında bulunan herhangi birinin Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerine (zaten) doğrudan bir koruma sağlamaktadır². Başka bir ifadeyle Sözleşme'nin taraf Devletlerin yargılama sahalarında etki doğurabilmesi, esasen konuya ilişkin iç hukuk normlarının bunu öngörmesine veya buna izin vermesine bağlı değildir.

² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.01.1978 Tarih ve B.No.5310/71, Sayılı İrlanda v. Birleşik Krallık Kararı, p.239.

Diğer taraftan Sözleşme'nin 32. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kural gereğince AİHM'nin yargı yetkisi, "*AİHS'nin yorumu ve uygulanmasıyla ilgili tüm sorunları kapsadığından*" ve aynı maddenin 2. fıkrası ile AİHM'ye "*kendi yargılama yetkisinin sınırlarını belirleme yetkisi*" (Sweet and Keller, 2018: 18) verildiğinden; herhangi bir hukukî sorunun AİHS sisteminde nasıl çözümlendiğinin, Sözleşmenin yetkili³ ve aslî (Andriantsimbazovina, 2008: 27, 32) yorumcusu olan AİHM'nin içtihatları incelenmeksizin, sadece Sözleşme hükümlerinin gramatik yorumundan hareketle belirlenebilmesine olanak bulunmamaktadır.

Önüne gelen uyuşmazlıkları çözümlerken, temel hak ve özgürlüklerin kapsamlı ve etkin bir korumadan yararlanması amacıyla, kendisini Sözleşme metni ile sıkı sıkıya bağlı görmeyen ve yorum yetkisini mümkün olduğu ölçüde genişletici bir şekilde kullanan⁴ AİHM'nin kararlarına bakıldığında, Mahkeme'nin çeşitli başvurular vesilesiyle "*Sözleşme-iç hukuk ilişkisini*" değerlendirdiği gözlemlenmektedir.

Bu çerçevede her ne kadar Sözleşme'de bu yönde açık bir hüküm bulunmasa da AİHM'ye göre taraf Devletler, Sözleşme'nin 1. maddesinin gereği olarak iç hukuk sistemlerini AİHS ile uyumlu hale getirmek durumundadırlar⁵.

³ "The Court authoritatively interprets the Convention". *European Court of Human Rights High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration*, p.10, http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

⁴ Resmi olarak fonksiyonu, somut bir uyuşmazlıkta ilgili Devletin Sözleşme hükümlerini ihlal edip etmediğine karar vermekle sınırlı olan AİHM'nin, geliştirdiği metodoloji ile kendisine hukuk yaratıcı bir rol inşa ettiği, hak ihdas edici işleve sahip bir yargılama icra ettiği hakkında bkz. (Sweet and Keller, 2018: 14).

⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Maestri v. İtalya* kararında "... Sözleşme'nin ve özellikle 1. maddesinin sonucu olarak Sözleşmeciler Devletler, Sözleşme'yi onaylamakla birlikte iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmektedirler." ifadelerine yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.02.2004 Tarih ve B.No.39748/98 Sayılı *Maestri v. İtalya* Kararı, s.47. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 06.01.2011 Tarih ve B.No.34932/04 Sayılı *Paksas v. Litvanya* Kararı, p.119.

Yine Sözleşme'ye taraf olan Devletler, 46. maddeden kaynaklanan sorumlulukları uyarınca, taraf oldukları başvurularda AİHM tarafından verilen kararların gereğinin yerine getirilmesi için iç hukuklarında gereken tedbirleri almak ve gerekli işlemleri tesis etmek durumundadırlar.

Mahkeme'ye göre; “... Sözleşme'nin 46. maddesine uygun olarak (Mahkeme) hükümlerinin uygulanması bağlamında, (Mahkeme'nin) ihlal tespit ettiği bir hüküm davalı Devlete, anılan hüküm çerçevesinde ihlali sona erdirmeye ve mümkün olduğunca ihlalden önce var olan durumu geri getirecek şekilde ihlalin sonuçlarını giderme hukukî sorumluluğu yüklemektedir. Diğer taraftan eğer ulusal hukuk, ihlalin sonuçlarının onarılmasına izin vermiyor veya kısmî şekilde izin veriyorsa, 41. madde⁶ Mahkeme'ye, zarar gören taraf için uygun olduğunu düşündüğü ölçüde tazminata hükmetme yetkisi vermektedir. Bunu tâkiben, diğer hususların yanı sıra, Mahkeme'nin Sözleşme veya Protokolleri açısından ihlal tespit ettiği bir hüküm, davalı Devlete, sadece ilgili kişiler lehine âdil tazminat yoluyla hükmedilen tutarı ödeme biçiminde değil, aynı zamanda Bakanlar Komitesi'nin denetimi altında, Mahkeme tarafından tespit edilen ihlali sona erdirmek ve (ihlalin) olası etkilerini mümkün olduğunca telafi etmek üzere, iç hukuk düzeninde alınacak genel ve/veya -eğer uygunsa- kişisel önlemleri seçip uygulama şeklinde hukukî bir sorumluluk daha yüklemektedir. ... Sonuç olarak, başvurunun hakkının (ihlal kararı sonrasında) yeterli ölçüde yerine getirilmesine mâni olabilecek iç hukuk sistemindeki herhangi bir engelin kaldırılmasından davalı Devlet sorumlu bulunmaktadır.”⁷

⁶ AİHS'nin 41. maddesi “Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.” şeklindedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (Erişim Tarihi:08.12.2024).

⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.02.2004 Tarih ve B. No:39748/98 Sayılı Maestri v. İtalya Kararı, p.47. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.04.2004

Esasen taraf Devletlerin gerek “iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirme” gerekse “Mahkeme kararları ile tespit edilen ihlalleri ve olası sonuçlarını gidermek üzere gerektiğinde genel nitelikli önlemler alma” şeklindeki bu yükümlülüklerinin diğer bir dayanağı, Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal edilen kimseler için ulusal makamlar nezdinde etkili başvuru hakkını güvence altına alan 13. madde olmaktadır.

AİHS'nin 13. maddesi, Sözleşme hükümlerine aykırı olduğu iddia edilen bir tasarruf nedeniyle zarara uğradığını düşünen kişilerin, ulusal makamlar nezdinde hem iddiasını karara bağlayacak hem de gerektiğinde zararı giderecek bir başvuru yoluna sahip olmalarını gerektirmektedir⁸.

Önlerindeki uyuşmazlıkları kural olarak iç hukuk normlarına göre çözümleyen ulusal mercilerin, *iç hukuk ile Sözleşme sistemi uyumlu olmadan ya da iç hukukta Sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanmasına izin verilmeden*, Sözleşme'ye konu hakların ihlal edildiği iddialarını değerlendirebilmeleri ve gerektiğinde ihlalin sonuçlarını telafi edici tedbirler alabilmeleri mümkün görünmemektedir. Bu nedenle 13. madde, Sözleşme haklarının ihlali iddiaları bakımından ulusal ölçekte etkili başvuru yolu hakkını güvence altına almak suretiyle, aslında ulusal makamların AİHS'yi uygulamalarını ve dolaylı olarak iç hukuk sisteminin AİHS sistemi ile uyumlulaştırılmasını temin etmiş olmaktadır^{9 10}.

Tarih ve B. No.71503/01 Sayılı Assanidze v. Gürcistan Kararı, p.198. AİHM kararlarında vurgu bulunmamaktadır.

⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 06.09.1978 Tarih ve B.No.5029/71 Sayılı Klass ve Diğerleri v. Almanya Kararı, p.64.

⁹ “Madde 13, Sözleşmesel bir hak ya da özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden kişinin iç hukukta bu durumun giderilmesi için bir olanağa sahip olmasını güvence altına alır. Böylece Sözleşmesel hak ve özgürlüklerin iç hukukta korunmasını sağlar.” Bkz. (İnceoğlu, 2013: 441).

¹⁰ Sözleşmenin 13. maddesi aslında AİHM'nin hak ve özgürlükler açısından icra ettiği denetimin ikincil nitelikli olmasının sonucudur. AİHM denetiminin ikincil

Diğer taraftan AİHS'nin 1., 46. ve 13. maddeleri ile bu maddelere ilişkin AİHM yorumundan, taraf Devletlerin iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmeleri gerektiği anlaşılmakla birlikte; AİHM, bu uyumlulaştırmanın nasıl yapılacağı hususunda genel geçer bir ilke öngörmemekte, bunun takdirini taraf Devletlere bırakmaktadır¹¹.

AİHM'ye göre; "... ne genel olarak Sözleşme ve ne de Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme hükümlerinin etkili bir biçimde uygulanması için Sözleşmeciler Devletlerin iç hukukta bu hakları belirli bir tarzda güvence altına almalarını öngörmektedir. Sözleşme'yi iç hukukta içselleştirme yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin özü, Sözleşme'nin 1. maddesi vasıtasıyla,

niteliği gereği, Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler öncelikle ulusal makamlar tarafından korunmalı, olası ihlal iddiaları öncelikle ulusal makamlar tarafından incelenip karara bağlanmalıdır. Bu "ikincillik" prensibinin bir diğer tezahür alanı, iç hukuktaki başvuru yolları tüketilmeden AİHM nezdinde bireysel başvuru yapılamayacağını öngören Sözleşme'nin 35. maddesidir. Bu çerçevede her iki madde arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Zira madem 13. madde gereğince her Sözleşmeciler Devletin iç hukukunda olası hak ihlali iddialarına karşı etkili bir başvuru yolu olacaktır; o halde, bu yol tüketilmeden AİHM'ye başvurulmamalıdır. AİHS koruma mekanizmasının ikincil niteliği (*principle of subsidiarity*) hakkında bkz. (Martin Kuijer 2014: 1-2).

(İnceoğlu, 2013: 439). AİHM ise 13. ve 35. maddeler arasındaki ilişkiye şu şekilde değinmektedir: "*Bu hüküm (bireysel başvurudan önce iç hukuk yollarının tüketilmesini gerekli gören 35. madde), -yakın ilişki içinde bulunduğu- Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan, iddia edilen ihlallerle ilgili olarak iç hukuk sisteminde etkili bir başvuru yolunun ulaşılabilir olduğu varsayımına dayanmaktadır.*" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 28.07.1999 Tarih ve B.No.25803/94 Sayılı Selmouni v. Fransa Kararı, p.74.

"*Sözleşme'nin ... 1. maddesi çerçevesinde, Sözleşme tarafından garanti altına alınan hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi ve yürürlüğünün sağlanması konusunda öncelikli yükümlülük ulusal makamlara aittir. Dolayısıyla Mahkeme'ye başvuru sistemi, insan haklarını güvence altına alan ulusal sistemlere nazaran ikincildir. Bu ikincil (olma) niteliği, Sözleşme'nin 13. maddesi ile 35. maddesinin 1. fıkrasında açıkça ortaya konulmuştur.*" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.12.2024 Tarih ve B.No.36813/97 Sayılı Scordino v. İtalya Kararı, p.140.

¹¹ "AİHM, Sözleşme hükümlerine uyma görevlerine ne şekilde riayet edeceklerinin karara bağlanmasını taraf Devletlere bırakmaktadır." Bkz. (Caligiuri and Napoletano, 2010: 126).

iç hukuk düzeninde şu ya da bu biçimde, Sözleşmeciler Devletlerin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes bakımından güvence altına alınmak zorundadır. Sözleşme'deki haklar ve özgürlükler, ulusal hukuk düzeni tarafından hangi biçimde güvence altına alınmış olursa olsun, Sözleşme'nin 13. maddesi, ... Sözleşme'deki hakların ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için ulusal hukuk düzeninde etkili bir hukuk yolunun mevcudiyetini gerektirmektedir.”¹²

Özet olarak AİHS ve AİHM, genel olarak Sözleşme hükümlerinin taraf Devletlerce nasıl uygulamaya geçirileceği, özelde ise Sözleşme hükümlerinin iç hukukta hangi konumda bulunması gerektiği konusunda Sözleşme'ye taraf tüm Devletler açısından bağlayıcı genelgeçer prensipler belirlememektedir.

Açık olan, taraf Devletlerin, AİHS'nin 1. maddesi gereğince kendi egemenlik alanlarındaki tüm bireyler açısından AİHS'ye konu hak ve özgürlükleri güvence altına almakla, 13. maddesi gereğince olası hak ihlali iddialarını inceleyecek ve ihlal tespit edilmesi durumunda giderim sağlayacak iç hukuk mekanizmaları öngörmekle ve 46. maddesi uyarınca da AİHM kararları ile tespit edilen ihlalleri ortadan kaldırarak, gerektiğinde ihlaller açısından telafi sağlayacak bireysel ve genel önlemleri almakla yükümlü olduklarıdır¹³.

Bu yükümlülüklerin iç hukukta hangi araçlarla yerine getirileceği ise AİHS'ye taraf Devletlerin kendi egemenlik alanlarına bırakılmıştır.

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21.02.1986 Tarih ve B. No.8793/79 Sayılı James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, p.84. Vurgu AİHM kararında bulunmamaktadır. Benzer yönde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 06.02.1976 Tarih ve B.No.5614/72 Sayılı Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden Kararı, p.50 ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.07.1986 Tarih ve B.No.9006/80 Sayılı Lithgow ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, p.205.

¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30.06.2009 Tarih ve B.No.32772/02 Sayılı Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. İsviçre, Kararı, p.97. “... Sözleşmeciler Devletler yargısal sistemlerini, mahkemelerinin Sözleşme'nin gereklerini karşılayabileceği şekilde organize etme yükümlülüğü altındadırlar. Bu kural aynı zamanda Mahkeme'nin (AİHM) kararlarının uygulanması için de geçerlidir. ...”

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Diğer bir ifadeyle AİHS taraf Devletlerden, iç hukuklarında Sözleşme hükümlerinin ihlal edilmemesini istemekte, AİHM ise taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerini ihlal edip etmediklerini denetlemekte; ancak her ikisi de Sözleşmesel yükümlülüklerini nasıl ifa edecekleri konusunda Sözleşmeci Devletlerin takdir yetkilerine karışmamaktadır.

II. AİHS'NİN TÜRK HUKUKUNDAKİ KONUMU

AİHS ile Türk Pozitif Hukuku arasındaki ilişki ele alındığında göze çarpan ilk nokta, 5170 sayılı Kanun'la 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişikliğin, bu ilişki açısından bir *"kırılma noktası"* oluşturduğudur.

Sözleşmenin Türk normlar hiyerarşisindeki yerini yeniden belirlediği için bu nitelemeyi hak eden söz konusu değişiklik dikkate alınarak, AİHS'nin Türk Hukukundaki konumunu 2004 yılı öncesi ve sonrası açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

A. 2004 Yılı Öncesi

2004 yılından önce, 18.10.1982 tarihli, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında, genel olarak tüm uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki konumuna ilişkin şu hüküm yer almakta idi: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz."*

Maddeden açıkça anlaşılacağı üzere 2004 yılı öncesinde Anayasa koyucu, usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeleri iç hukukta *"kanun hükmünde"* görmekteydi.

Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de Anayasa'nın 90. maddesinin 1. fıkrasına uygun şekilde bir kanun¹⁴ ile onaylanması

¹⁴ 19.03.1954 tarihli, 8690 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 10.03.1954 tarihli, 6366 sayılı Kanun.

uygun bulunarak yürürlüğe girdiğinden, diğer bir ifadeyle Anayasa'nın öngördüğü anlamda *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası antlaşma"* olduğundan; kanımızca 2004 yılı öncesinde AİHS'nin, iç hukukumuzda kanun gücünde yani kanun ve kanun hükmünde kararname (KHK)¹⁵ hükümleri ile aynı hiyerarşik konumda olduğu ifade edilebilecektir¹⁶.

Ne var ki AİHS'nin iç hukuktaki bu konumu normlar ihtilafı sorunsalına doğrudan bir yanıt sunmadığından, başka bir ifadeyle *"AİHS- Kanun/KHK"* çatışmasının nasıl aşılabacağı konusunda somut bir belirleme yapmadığından, 2004'ten önceki dönemde anılan sorun, aynı hiyerarşideki normların ihtilafı halinde uygulanan genel ilkelerden¹⁷ hareketle çözümlenmekteydi. Buna göre çatışan normlar arasında öncelikle *"genel hüküm-özel hüküm"* kıyaslaması yapılarak, aynı

¹⁵ (Özbudun, 1985: 227). *"KHK'nin yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farkı, kanuna eşit hukukî güçte oluşudur"*.

(Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2005: 362). *"... 1982 Anayasasının 91. maddesi uyarınca çıkarılan KHK'lerin, Türk hukukundaki kurallar kademelenmesinde, kanunlarla eşdeğer yere ve hukukî güce sahip olduğunu da tespit etmek gerekir."*

(Teziç, 2009: 30). *"1982 Anayasasında, KHK'ler işlevsel açıdan yasama işlemi niteliğinde olduklarından, kanunlara eş değerde işlemler olarak kabul edilmeleri gerekir."*

¹⁶ Bununla birlikte 2004 yılından önceki dönemde, özellikle Anayasa'da uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağının düzenlenmesi nedeniyle, sözleşmelerin iç hukuktaki yeri konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktaydı. Anılan dönemde uluslararası sözleşmelerin ve bu kapsamda AİHS'nin Türk normlar hiyerarşisindeki konumu hakkında öğretide yapılan tartışmalar için bkz. (Akıllıoğlu, 1989: 157-158; Gözler, 2000: 35-38; Tunç, 2000: 175-181).

¹⁷ *"İlke olarak, özel kanun genel kanundan önce uygulanır (Lex specialis, derogat lex generalis). Genel kanun, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulanır. ... Yeni tarihli kanun yürürlükte olan bir kanunu veya onun bir maddesini açıkça yürürlükten kaldırmamakla beraber onunla bağdaşmayacak hükümleri ihtiva ettiği hallerde zımni kaldırma söz konusu olur. Böylece eski tarihli kanunun yeni tarihli kanun ile bağdaşmayan hükümleri yürürlükten kaldırılmış sayılmaktadır. (lege posteriori derogat lege priori)." Bkz. (Esener, 2008: 111-117).*

Her iki ilkenin uygulanma sırasıyla ilgili olarak bkz. (Esener, 2008: 249-250; Işıktaç ve Metin, 2003: 258).

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

konuda özel hüküm niteliği taşıyan kurala uygulama önceliği tanınması; bu kıyaslamadan sonuç alınamaması halinde ise her iki kuralın yürürlüğe girdiği tarihe bakılarak, “*sonraki kural*”ın diğerine nazaran öncelikle uygulanması gerekmekte idi.

Bu bağlamda anılan dönemde AİHS ile iç hukuk kurallarının çatışması olgusuna örnek olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.03.1996 tarihli, 6-2/33 sayılı kararının gösterilmesi mümkündür.

Anılan kararda Türkçe bilmeyen sanıklara mahkûmiyet kararı ile birlikte yükletilecek yargılama giderleri konusunda Türk Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun AİHS’den farklı hükümler içerdiğini saptayan Yargıtay, söz konusu normlar arasındaki ihtilafı “*genel hüküm- özel hüküm*” karşılaştırması yapıp, özel hükme öncelik tanımak suretiyle çözmüştü.

Yargıtay söz konusu kararında, “Türk Ceza Yasası’nın 39 ve (1412 sayılı) Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası’nın 406 ve devamı maddelerinde, yargılama giderlerinin kime yükletileceği ve ne şekilde tahsil edileceğini göstermiştir. Duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın, bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanacağına ilişkin, ‘İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi’nin 6/3-e maddesi, genel kuralı düzenleyen Ceza Yasası ve Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası’nın yanında istisna hükmüdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın; duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunması sağlanmıştır. Yargılama dilini anlamama yanında, sağır ve dilsizlik gibi fiziki bir arızanın neden olduğu olanaksızlık halinde de sanığa ücretsiz çevirmen sağlanacak ve kendisini savunma olanağı tanınacaktır. Bu itibarla; yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da sağır ve dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlanan

çevirmen için ödenecek ücretin; mahkûmiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün (değildir) ...”¹⁸ saptamalarında bulunmuştur.

AİHS'nin iç hukukta diğer tüm uluslararası sözleşmeler gibi kanuna eşdeğer olan konumu, geçerliliğini 2004 yılına kadar sürdürdü. 2004 yılında TBMM tarafından Anayasa'ya eklenen bir cümle ile AİHS, Türk normlar hiyerarşisindeki bugünkü konumuna kavuşmuş oldu.

B. 2004 Yılı Sonrası

2004 yılında 5170 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” şeklinde bir cümle eklenmiş; böylece “*AİHS hükmü ile ulusal kanun/KHK hükmünün aynı konuda farklı kurallar öngörmesi durumunda uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceği*” sorusu, doğrudan türev kurucu iktidar tarafından Anayasal düzeyde cevaplandırılmıştır.

Anayasa'nın toplam 10 maddesinde değişiklik öngören 5170 sayılı Kanun teklifinin genel gerekçesinde, “*dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacının temel yaşamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğunu doğurduğu*” vurgulanmıştır.

Teklifin madde gerekçelerinde ise “uluslararası sözleşme - iç hukuk” ilişkisi konusunda uygulamada yaşanan duraksamalara dikkat

¹⁸ Vurgulanan husus, kararın orijinalinde bulunmamaktadır. *Yargıtay Kararlar Dergisi*. (1996), S.22, 621 vd, <http://hamidezafer.com/wp-content/uploads/2012/09/Ceza-Muhakemesi-P%C3%87-1.pdf>, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

çekilerek, teklifle Anayasa'nın 90. maddesine getirilmek istenilen ilavenin amacı, *"Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90'ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir."* şeklinde ifade edilmiştir¹⁹.

Bu değişiklikle Anayasa koyucu, uluslararası sözleşmeler ile iç hukuk hükümleri arasında yaşanan çatışmanın uygulamada en sık rastlandığı alan olan temel hak ve özgürlükler konusunda, diğer sözleşmelerden farklı bir ilke benimsemiştir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ve bu kapsamda AİHS, kapsamına aldıkları konular bakımından, kanunlara ve esasen Anayasa dışındaki diğer tüm normlara kıyasen uygulanma önceliğine sahip bir konuma (*supra legislative status*) getirilmiştir.

Böylelikle Türk Pozitif Hukuku'nda 2004 yılı öncesinde *"Anayasa > kanun = kanun hükmünde kararname = uluslararası sözleşme"* biçiminde olan normlar kademelenmesi, 2004 yılı sonrasında *"Anayasa > temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme > kanun = kanun hükmünde kararname = temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası sözleşme"* şeklini almıştır.

Bu noktadan hareketle bugün artık Türk Hukuku bakımından, kanun veya KHK hükümleri ile AİHS arasında farklılık bulunması gibi bir sorunun kalmadığını söylemekte *-teorik açıdan-* bir sakınca görünmemektedir.

Zira böyle bir farklılık halinde, anılan normları idari alanda uygulamak zorunda olan yürütme ile adli alanda uygulamak zorunda olan yargı mercilerinin AİHS hükümlerine öncelik vermeleri gerektiği, bir

¹⁹ TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, 430 Sıra Sayılı Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278). <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>. (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

Anayasa hükmüyle ve yorum gerektirmeyecek açıklıkta saptanmış bulunmaktadır.

5170 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle-
nin bir diğer sonucu ise, Türk Hukukunun AİHS ile uyumlulaştırılması
için herhangi bir yasa değişikliği yapılmasına artık gerek kalmaması-
dır. Zira temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin
ve bu kapsamda AİHS'nin kapsamında yer alan konularda, Ana-
yasa'nın 90. maddesi gereğince kanunlar değil sözleşme hükümleri
uygulanacağından; böyle bir konuya ilişkin olarak yasa değişikliğine
gidilmesinin bir anlamı olmayacaktır.

Dolayısıyla Türk Hukukunun AİHS ile uyumlulaştırılması amacına
yönelik kodifikasyon faaliyetlerinin, (temel hak ve özgürlüklere ilişkin
uluslararası sözleşmelerin Anayasa'ya göre uygulanma önceliği bulunma-
dığından) Anayasa değişiklikleri ile sınırlı kalması gerekecektir.

Ancak ne var ki 2004 yılından sonra iç hukukumuzda gerçekleşen
uygulamalar bu teorik sonuçları doğrulamamaktadır. Zira Ana-
yasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına 5170 sayılı Kanun'la eklenen
cümleye rağmen, iç hukukumuzun AİHS sistemi ile uyumlu hale geti-
rilmesi ve AİHM nezdinde olası ihlal kararlarının azaltılması amacıyla
yapılan yasa değişiklikleri 2004 yılından sonra da devam etmiştir.

Bu çerçevede, çalışmanın devam eden bölümlerinde, Türk Hukuku-
nun AİHS sistemiyle uyumlulaştırılması için AİHM içtihatları doğrultu-
sunda yapılan Anayasa ve yasa değişiklikleri üzerinde durulmuştur.

Bu değişiklikler incelenirken, AİHM kararlarının Türk Pozitif Hu-
kukuna etkisinin daha geniş bir perspektifle değerlendirilebilmesi ve
Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişikliğin uygu-
lamadaki etkililiğinin/etkisizliğinin daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla,
2000 ilâ 2013 yılları arasındaki dönemde gerçekleştirilen yasa deği-
şiklikleri ele alınmıştır.

Ayrıca söz konusu döneme ait yasa değişikliklerinden önce, bu değişikliklerin yapıldığı dönemde iç hukukumuzda gerçekleştirilen ve dolayısıyla anılan değişikliklere zemin hazırlayan Anayasa değişiklikleri de kısaca aktarılmaya çalışılmıştır.

III. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

1982 Anayasası'nda 2000 yılından 2018 yılına kadar olan dönemde; 4709, 4720, 4777, 5170, 5370, 5428, 5551, 5659, 5678, 5735, 5982, 6214, 6718 ve 6771 sayılı kanunlar ile toplam 14 değişiklik yapılmıştır. Bunlardan 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'la, 2004 yılında 5170 sayılı Kanun'la, 2010 yılında 5982 sayılı Kanun'la ve 2017 yılında 6771 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerde -diğer faktörlerin yanı sıra AİHM içtihatlarının da etkili olduğu görülmekte/ayırt edilebilmektedir.

A. 1982 Anayasası'nda Yapılan 2001 Yılı Değişiklikleri

3 Ekim 2001 tarihinde, 4709 sayılı Yasa ile Anayasa'nın başlangıç bölümünde ve 32 maddesinde değişiklik yapılmış, 2001 yılı Anayasa değişikliklerinde de Avrupa Birliği belgeleri ve AİHS kuralları dayanak alınmıştır. Nitekim Avrupa Birliği Copenhague kriterleri ve AB ile ilgili diğer belgeler bu değişikliklere referans olmuştur. Bu değişiklikler ile hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları, azınlıkların korunması ve işleyen ekonominin kurumsallaştırılması hedeflenmiştir. Bunlarla birlikte, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlandırılma rejimini düzenleyen 13. maddesi de değişikliğe uğramıştır²⁰. Bu şekilde, 13. maddenin 1. fıkrasında belirtilen genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır.

²⁰ Bu değişiklik ile daha önce “*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*” biçiminde olan madde, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik*

Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmadan, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğine, yapılacak sınırlamaların da demokratik toplum düzeninin ve Cumhuriyetin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına yer verilmiştir.

Değişiklik, AİHS'nin öngördüğü sisteme uyum sağlamak amacıyla gerçekleştirilmiştir²¹. Özellikle AİHS sistemine yabancı olan genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması ve Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde hak ve özgürlüklere müdahale bakımından öngörülen “*demokratik bir toplumda gerekli olma (necessary in a democratic society)*” koşulunun bir sınırlandırma ölçütü olarak iç hukukumuza dahil edilmesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda iç hukukta benimsediğimiz sistem, AİHS ile büyük ölçüde benzer duruma getirilmiştir²².

Yine 2001 yılında Anayasa'nın 14. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle, hakların kötüye kullanılmasını önlemek için yeni bir düzenleme yapılmıştır.

Maddenin 2. fıkrasında, kişilerin yanında devletin de hak ve hürriyetleri yok etmek amacıyla faaliyette bulunamayacağı ifadelerine yer verilerek, bireylerin hak ve özgürlükleri Devlete karşı da korunmuştur²³. Bu düzenleme daha önce madde metninde yer almayan bir kuraldır.

toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

²¹ Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan bu değişikliğin gerekçesi teklif metninde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Anayasanın 13'üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir.*” TBMM, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, 737 Sıra Sayılı Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/803). <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

²² 4709 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle iç hukukumuzda temel hak ve özgürlükler açısından benimsenen genel sınırlandırma kriterleri hakkında detaylı bilgi için bkz. (Aliefendioğlu, 2002); (Bulut, 2001: 54).

²³ Bu değişiklikle daha önce Anayasa'nın 14. maddesinde yer alan “*Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz*” kuralı, “*Anayasa*

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

AİHM'nin yaşam hakkı ihlalleri ile ilgili Kurt/Türkiye²⁴, Çakıcı/Türkiye²⁵ ve Timurtaş/Türkiye²⁶ kararları dayanak alınarak, birçok Yasa değişikliği yapılmakla kalınmamış, aynı zamanda anılan kararlar çerçevesinde 2001 yılında Anayasa'nın çeşitli maddeleri de değiştirilmiştir.

Gözaltı kayıtlarının tutulmaması, gözaltı sonrası kaybolma ve ölüm iddialarının adli makamlarca yeterince araştırılmaması, gözaltında kayıpların olması, güvenlik güçleri tarafından gerektiğinden fazla güç kullanılması hususlarının önlenmesi amacıyla düzenlemeler yapılmıştır.

Bu çerçevede Anayasa'nın 2001 yılında değiştirilen 19. maddesinin 5. fıkrası ile yakalanan ve tutuklanan kişinin tutulma yerine en

hükümlerinden hiçbir, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesi teklif metninde şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasanın 14’üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17 inci maddesi ile uyumlu hale getirilerek eylem ve yorum yoluyla hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasının önlenmesine yönelik hükümler öngörülmektedir.” TBMM, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, 737 Sıra Sayılı Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/803).

²⁴ 25.05.1998 tarihli Kurt v. Türkiye kararında; AİHM, başvurusunun gözaltına alındıktan sonra haber alamadığı çocuğu nedeniyle Türkiye'nin, Sözleşme'nin 5. maddesinden kaynaklanan gözaltına alınan kimsenin nerede olduğunu izah etme yükümlülüğünü yerine getirmediği, ayrıca bu durumun oğlunun akıbetinden haber alamayan başvurucu için 3. madde anlamında kötü muamele teşkil ettiği sonucuna ulaşmış ve her iki madde bakımından ihlal kararı vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.05.1998 Tarih ve B.No.9763/12 Sayılı Kurt v. Türkiye Kararı.

²⁵ 08.07.1999 tarihli Çakıcı v. Türkiye başvurusuna konu olan ve gözaltına alınan kimsenin akıbeti hakkında açıklama yapılmaması, kimliğinin ölen bir terörist üzerinden çıktığı gerekçesiyle kişinin öldüğünün kabul edilmesi ancak ölüm olayının etkili şekilde soruşturulmaması şeklinde gerçekleşen olayda AİHM, Sözleşme'nin yaşama hakkını güvence altına alan 2. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.07.1999 Tarih ve B.No.23657/94 Sayılı Çakıcı v. Türkiye Kararı.

²⁶ 13.06.2000 tarihli Timurtaş v. Türkiye davasında, güvenlik güçlerince gözaltına alındıktan sonra kendisinden haber alınamayan kişinin babası tarafından yapılan başvuru üzerine AİHM, başvurusunun oğlunun gözaltına alındıktan sonra kaybolması konusunda etkili bir soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle yaşam hakkı (2. madde) açısından ihlal kararı vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 13.06.2000 Tarih ve B.No.23531/94 Sayılı Timurtaş v. Türkiye Kararı.

yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, hâkim önüne çıkarılmasına kadar toplu suçlarda 15 gün olarak belirlenmiş olan süre 4 güne indirilmiştir.

Aynı maddenin 6. fıkrasında yapılan değişiklikle de kişinin yakalandığının veya tutuklandığının derhal yakınlarına haber verilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır²⁷.

Bu doğrultuda, Anayasa'nın yanı sıra 06.02.2002 tarihli ve 4744 sayılı AB Birinci Uyum Yasası ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 107. maddesi de değiştirilmiş, Anayasa'nın 19. maddesinin 6. fıkrası ile uyumlu hale getirilmiştir.

Ayrıca 2001 yılı Anayasa değişikliği sonrasında Türkiyemiz birçok yasal değişiklikle işkence, yani AİHS 3. madde ihlallerinden kurtulma yolunu kullanmıştır.

Bu yola girilmesinde ise AİHM'nin Aksoy/Türkiye²⁸, Dikme/Türkiye²⁹, Selçuk ve Asker/Türkiye, Bilgin/Türkiye³⁰ kararları etkili olmuştur.

²⁷ Anayasa'nın 19. maddesinin 6. fıkrasının 2001 yılında yapılan değişiklikten önceki hali, "*Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında, yakınlarına derhal bildirilir.*" şeklinde idi.

²⁸ 18.12.1996 tarihli Aksoy v. Türkiye kararında AİHM, gözaltına alındığında sağlık durumu iyi olan ancak gözaltından çıktığında yaralı olan başvuruçunun durumu hakkında inandırıcı bir açıklama getiremeyen Türkiye'nin işkence, insanlık dışı ve kötü muamele yasağına ilişkin 3. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.12.1996 Tarih ve B.No.21987/93 Sayılı Aksoy v. Türkiye Kararı.

²⁹ 11.07.2000 tarihli Dikme v. Türkiye kararında AİHM, başvuruçunun polis nezaretinde maruz kaldığı kötü muamele ve kötü muamele iddiası hakkında etkili resmi soruşturma yapılmamış olması nedeniyle 3. madde açısından ihlal tespit etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11.07.2000 Tarih ve B.No.20869/92 Sayılı Dikme v. Türkiye Kararı.

³⁰ 24.04.1998 tarihli Selçuk ve Asker v. Türkiye kararı ile 16.11.2000 tarihli Bilgin v. Türkiye kararında AİHM, başvuruçuların evlerinin ve eşyalarının güvenlik güçleri tarafından tahrip edilmesini, böylelikle geçim kaynağından yoksun bırakılarak bir başka köye taşınmaya zorlanmalarını insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiş ve 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Avrupa

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Nitekim bu bağlamda Anayasa değişikliklerini takiben yedi uyum yasası çıkarılmıştır.

Anayasa'nın 20. maddesinde de 13. maddede düzenlenen genel sınırlama sebepleri kaldırıldığı için, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı açısından özel sınırlama sebepleri *"milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması"* şeklinde belirlenmiştir.

Konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddede de 20. maddede belirlenen sebepler özel sınırlama sebepleri olarak sayılmıştır. 20. ve 21. maddelerde öngörülen aynı sebepler, Anayasa'nın 22. maddesine de haberleşme hürriyetinin özel sınırlama sebepleri olarak eklenmiştir.

Diğer taraftan yerleşme ve seyahat özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa'nın 23. maddesinin 5. fıkrası değişikliğe uğramış; daha önce maddede yer alan *"ülkenin ekonomik durumu"*, vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünün sınırlandırılma sebepleri arasından çıkarılmıştır.

Yine 2001 yılı Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 38. maddesine ölüm cezasının sınırlarını belirleyen fıkra eklenmiş; *"Savaş ve çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez"* denilmiştir³¹.

Bunun yanı sıra Anayasa'nın 38. maddesine iki fıkra daha eklenecek, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği ve hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı³² düzenlenmiştir. Ayrıca 2001 yılı Anayasa değişikliği ile

İnsan Hakları Mahkemesi, 24.04.1998 Tarih ve B.No.23184/94-23185/94 Sayılı Selçuk ve Asker v. Türkiye Kararı.

³¹ Şüphesiz bu değişiklik, savaş zamanı dışında ölüm cezasını kaldıran AİHS'e Ek 6 numaralı Protokol ile iç hukukumuzun uyumlulaştırılmasını amaçlamıştır.

³² AİHS'e ek 4 numaralı Protokol'ün 1. maddesi şu şekildedir: *"Hiç kimse sadece sözleşmesel bir yükümlülüğü yerine getiremediği gerekçesiyle özgürlüğünden mahrum bırakılmayacaktır."*

hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddeye “adil yargılanma hakkı” ibaresi eklenmiştir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde adil yargılanma hakkının güvence altına alınması ve bu hakkın Türk Anayasası'nda da bulunması gerektiği, değişikliğin sebebi olarak gösterilmiştir³³.

Diğer taraftan Anayasa'nın 40. maddesinde yapılan değişiklikle maddeye 2. fıkra eklenmiş ve Devletin işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu kuralı getirilmiştir.

Bu değişikliğin de AİHS'nin 6. maddesi ile güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının (*right to a court*) kullanımını kolaylaştıracağı açıktır³⁴.

B. 1982 Anayasası'nda Yapılan 2004 Yılı Değişiklikleri

1982 Anayasası'nda 2004 yılında 5170 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler kapsamında Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasına “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” cümlesi eklenmiştir.

Bu cümlelerin Anayasa'ya eklenmesinde 2003 Avrupa Birliği Katılım Ortaklığı Belgesi etkili olmuştur³⁵. Bununla birlikte bu değişikliğin, AİHS'nin Sözleşme kapsamında yer alan hak ve özgürlüklerden

³³ Anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifinin gerekçesinde “*Bu değişikliklerle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı metne dahil edilmektedir.*” denilmiştir. TBMM, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, 737 Sıra Sayılı Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/803).

³⁴ Değişikliğin gerekçesi ve önemi teklif metninde “*Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir.*” cümlesiyle ifade edilmiştir. TBMM, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, 737 Sıra Sayılı Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/803).

³⁵ Maddede yapılan değişikliğin gerekçesi, “*2003 Katılım Ortaklığı Belgesinde, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmeler doğrultusunda cinsiyete göre ayırım yapılmaksızın, tüm bireylerin insan haklarından ve temel hürriyetlerden*

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

yararlanmada cinsiyet de dahil olmak üzere herhangi bir nedene dayalı olarak ayrımcılık yapılmasını yasaklayan 14. maddesi ile uyum arz ettiği ve 14. madde bakımından olası ihlal kararlarını önleyici rol oynayacağı açıktır.

Yine 2004 yılında, ölüm cezasının AİHS'ye ek 13 numaralı Protokol'le (savaş hali ile ulusun varlığını tehlikeye sokan olağanüstü haller de dahil olmak üzere) tamamen kaldırılmasına paralel olarak, Anayasa'nın 15, 17, 38 ve 87. maddelerinde değişikliğe gidilmiş; savaş halinde ölüm cezalarının infazına ve yine mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesine izin veren hükümler, Anayasa metninden çıkarılarak, 38. maddeye *"Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez."* cümlesi eklenmiştir.

2004 yılında Anayasa'da gerçekleştirilen bir diğer değişiklik, Anayasa'nın 30. maddesinin *"Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz."* şeklinde yeniden kaleme alınmasıdır.

Bu değişiklik şüphesiz AİHS'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüğünün basın yayın organlarınca etkili bir şekilde kullanılmasını güvence altına almaktadır. Nitekim maddenin değişiklik gerekçesinde de *"Basının, demokratik yönetimde üstlendiği*

hukuken ve fiilen tam olarak yararlanmasının teminat altına alınması beklentisi yer almaktadır. Öte yandan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 20'nci maddesinde herkesin kanunlar önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Anayasa Taslağına ayrı bir bölümle ilave edilen Temel Haklar Şartının 'III. Eşitlik' başlıklı Bölümünün 23'üncü maddesinde, 'İstihdam, çalışma ve ücret de dahil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır.' denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmektedir." şeklinde ifade edilmiştir. TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, 430 Sıra Sayılı Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278).

önemli görev nedeniyle basın araçları anayasalarda ayrıca koruma altına alınmaktadır.” denilerek; değişiklikte, ifade özgürlüğüne ancak demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde müdahale edilmesini emreden AİHS'nin de dikkate alındığı ortaya konulmuştur.

Yine 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına bir cümle eklenerek, -birinci bölümde ayrıntılı şekilde ele aldığımız üzere- temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanunların aynı konuda farklı hükümler öngörmeleri durumunda sözleşme hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Son olarak 2004 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 143. maddesi ilga edilmiş; böylelikle AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen çok sayıda ihlal kararına³⁶ konu oluşturan Devlet Güvenlik Mahkemeleri hukuk sistemimizden kaldırılmıştır.

C. 1982 Anayasası'nda Yapılan 2010 Yılı Değişiklikleri

2010 yılında Anayasa'da 5982 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle ilk olarak, Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve Devletin kadınlar ile erkekler arasındaki eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğunu öngören hükmün sonuna *“Bu maddesatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.”* cümlesi eklenmiştir.

Yine 5982 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 10. maddesine *“Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.”* şeklinde yeni bir fıkra (3. fıkra) daha eklenmiştir.

³⁶ Örneğin 09.06.1998 Tarih ve B.No.41/1997/825/1031 Sayılı İncal v. Türkiye Kararı; 28.10.1998 Tarih ve B.No.70/1997/854/1061 Sayılı Çıraklar v. Türkiye Kararı; 08.07.1999 Tarih ve B.No.26682/95 Sayılı Sürek v. Türkiye Kararı; 18.07.2000 Tarih ve B.No.26680/95 Sayılı Şener v. Türkiye Kararı; 07.02.2002 Tarih ve B.No.28496/95 Sayılı E.K. v. Türkiye Kararı. Bu kararlarında AİHM, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin AİHS m. 6 anlamında “tarafsız ve bağımsız mahkeme” olmadıkları gerekçesiyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Eşitlik ilkesine ilişkin bu her iki Anayasa değişikliği, toplumda diğerlerine göre dezavantajlı konumda bulunan bireyler lehine alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla her iki değişikliğin, Sözleşmenin 14. maddesi ile ilgili olarak AİHM tarafından yapılan *“14. madde üye bir Devleti aralarındaki fiilî eşitsizlikleri düzeltmek amacıyla gruplara farklı davranmaktan alıkoymamaktadır; gerçekten, bazı durumlarda farklı muamele yoluyla eşitsizliği düzeltmeye çalışmakta başarısızlık bizatihî söz konusu madde bakımından bir ihlali gündeme getirebilir.”*³⁷ şeklindeki yorumla uyumlu olduğu açıktır.

2010 yılında Anayasa’da yapılan bir diğer değişiklik, Anayasa’nın 20. maddesine eklenen fıkra ile herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğunun belirtilmesi ve bu hakkın kapsamının düzenlenmesidir.

Böylece Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlükler kategorisine *“kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı”* şeklinde yeni bir hak daha eklenmiştir. Bu yeni hakkın, AİHS’nin 8. maddesiyle güvence altına alınan *“özel hayatına saygı gösterilmesini isteme”* hakkına iç hukukta daha etkili bir koruma sağlayacağı açıktır.

Yine 5982 sayılı Kanun’la Anayasa’nın 23. maddesinde yapılan değişiklik ile yurt dışına çıkma özgürlüğü için bir sınırlama sebebi olan *“vatandaşlık ödevi”* madde metninden çıkarılmış, böylece uygulamada yaygın olan yurt dışına çıkmanın vergi borcu nedeniyle yasaklanması imkânı ortadan kaldırılmış, ayrıca yurt dışına çıkma özgürlüğünün ancak hakim kararı ile sınırlanabileceği kurala bağlanmıştır.

Aynı tarihte Anayasa’nın 41. maddesinde yapılan değişiklikle de her çocuğun belli şartlar dahilinde anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

³⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.04.2006 Tarih ve B.No.65731/01, 65900/01 Sayılı Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, p.51.

Şüphesiz bu değişiklik de Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen “*aile hayatına saygı gösterilmesini isteme*” hakkı ile doğrudan bağlantılıdır ve söz konusu hakkı iç hukukta güçlendirici bir etkiye sahiptir.

Diğer taraftan 2010 yılında Anayasa'nın 51, 53 ve 54. maddelerinde yapılan değişiklikler, AİHS'nin 11. maddesinde güvence altına alınan sendika kurma ve sendikalara katılma özgürlüğünün Türkiye'de kullanılmasını kolaylaştıracak nitelikte değişikliklerdir. Bu değişikliklerle aynı iş kolunda birden fazla sendikaya üye olma yasağı kaldırılmış, toplu sözleşme yapmaları mümkün hale getirilmek suretiyle memurların ve diğer kamu görevlilerinin sendikal haklarını daha etkin biçimde kullanabilmeleri temin edilmiş ve grev hakkının kullanılmasını zorlaştıran bazı hükümler Anayasa'dan çıkarılmıştır.

Yine Anayasa'nın 125. maddesine “*Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.*” cümlesi eklenmek suretiyle Yüksek Askerî Şûra kararlarına karşı yargı yolu kısmen açılmış; ayrıca Anayasa'nın 129. maddesi “*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.*” şeklinde değiştirilerek, kamu görevlilerinin uyarma ve kınama cezalarına karşı dava açamamalarını öngören yasal düzenlemeler dayanaksız bırakılmıştır.

Böylece Türk Hukukunda, AİHS'nin 6. maddesiyle koruma altına alınan adil yargılanma hakkının bileşenlerinden olan mahkemeye erişim hakkının (*right to a court*) kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca uyarma ve kınama cezalarına muhatap olan kamu görevlilerinin iç hukuktaki durumu, AİHM'nin “*Vilho Eskelinen ve Diğerleri v. Finlandiya*”³⁸ kararında belirlediği kriterlerle uyumlu hale getirilmiştir.

³⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 19.04.2007 Tarih ve B.No.63235/00, Sayılı Vilho Eskelinen ve Diğerleri v. Finlandiya Kararı, p.50-64. Söz konusu paragraflarda AİHM, kamu görevlileri hakkında tesis edilen işlemlerin hangi hallerde “medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi” kapsamında değerlendirilmeyeceğine diğer bir ifadeyle kamu görevlilerine ilişkin

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

5982 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 145. maddesi de değiştirilmiş, AB Katılım Ortaklığı Belgesi, ilerleme raporları ve istişari ziyaret raporları dikkate alınarak³⁹ askerî yargının görev alanı daha dar şekilde yeniden düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişikliklerden en önemlisi ise şüphesiz, kişiler için Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru imkânının getirilmesidir.

Bu çerçevede Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklik ile Anayasa Mahkemesinin görevleri arasına *"bireysel başvuruları karara bağlamak"* da eklenmiş; ayrıca maddeye *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."* şeklinde bir fıkra ilave edilmiştir.

Söz konusu değişiklik ile AİHS tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik olası ihlallere karşı bireylere yeni bir başvuru imkânı daha getirilmiş, böylece Sözleşmesel hakların iç hukukta daha etkin şekilde korunması amaçlanmıştır.

Nitekim AİHM de 30.04.2013 tarihinde verdiği Uzun/Türkiye⁴⁰ kararında, Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvuruyu Sözleşme ihlallerine karşı etkili ve ulaşılabilir bir iç hukuk yolu olarak

tasarrufların hangi durumlarda AİHS m.6/f.1'in kapsamı dışında kalacağına dair ilkeler tespit etmektedir.

³⁹ Değişikliğin gerekçesi için bkz. TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 4, 497 Sıra Sayılı Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/656). <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf>, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 29.01.2013 Tarih ve B.No.10755/13 Sayılı Uzun v. Türkiye Kararı, p.52-71.

kabul etmiş ve bu yol tüketilmeden AİHM nezdinde yapılan başvuru, Sözleşmenin “*iç hukuk yollarının tüketilmesi*”ni öngören 35. maddesine aykırı bulmuştur.

Böylece hem Türkiye, AİHS hükümlerine ilişkin olası ihlalleri uluslararası alana taşınmadan önce iç hukukunda tespit edip mağduriyetleri giderme imkânına kavuşmuş hem de Sözleşmeye konu tüm haklara yönelik ihlal iddiaları bakımından etkili bir iç hukuk yolunun varlığı her durumda temin edilerek, Türkiye'nin etkili başvuru hakkına ilişkin Sözleşme'nin 13. maddesi nedeniyle AİHM nezdinde ihlal kararlarına muhatap olması (neredeyse) imkânsız hale getirilmiştir.

D. 1982 Anayasası'nda Yapılan 2017 Yılı Değişiklikleri

16.04.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'nın “Yargı yetkisi” başlıklı 9. maddesindeki “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” kuralında değişiklik yapılmış ve “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” yeni kural getirilerek değiştirilmiştir. Madde metnine bağımsız kelimesinden sonra “ve tarafsız” kelimeleri ilave edilerek AİHM'nin Sözleşme 6. maddesi, adil yargılanma bağlamında mahkemeye erişim hakkı, mahkemelerin tarafsız bir görünüm vermesi içerikli ihlal karar gerekleri dikkate alınmıştır.

Vurgulamak istediğimiz AİHS'nin “adil yargılanma başlıklı” 6. maddesinde yer verilmiş olan ilkeler ile uyumun sağlanmasına yönelik değişiklik yapılmış olmasıdır. Zira Sözleşme'nin 6. maddesinde sadece bağımsız mahkeme ifadesi kullanılmamakta, bağımsızlığı, tarafsızlık ile birlikte aramakta ve somut olarak yansımaları şart koşmaktadır.

Bunlardan hareketle; Mahkemelerin/hakimlerin, toplumda/kişide bıraktığı izlenim, hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin, makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olması gerekmektedir. Tarafsız bir mahkeme garantisi bunları ifade etmektedir.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Nitekim Mahkeme, Yasa ile kurulu, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, ayrıca yargılama usulü güvencesine sahip bir mercii olarak aranılmaktadır.

Sözleşme “6. madde 1. fıkra anlamında tarafsızlık davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaatin olmaması özellikle mahkemenin veya üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh ve aleyhinde bir duygu veya çıkara sahip olmaması demektir.” (İnceoğlu, 2013: 188). AİHM, “tarafsızlığın var olup olmadığını inceleyen öznel ve nesnel tarafsızlık ayrımı yapmaktadır. Öznel tarafsızlık, mahkeme üyesi yargıcın (veya jüri üyelerinin) birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığına ilişkindir, nesnel tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimi dikkate almaktadır; Mahkemenin, hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip bulunması tarafsızlığı sağlamak için alınmış olan tedbirlerin, mahkemenin tarafsızlığı konusunda makul her türlü kuşkuyu ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır. Öznel, tarafsızlığın belirlenmesinde şu soru rol oynamaktadır. Bir yargıcın veya jüri üyelerinin belli bir davadaki başvuruca yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumu kişisel bir kanaati var mıdır? Bu tür kişisel bir taraflılık olduğunu doğuracak delil olmadığı ve kanıtlanmadığı müddetçe mahkeme üyelerinin tarafsız olduğu bir karine olarak varsayılmaktadır.” (İnceoğlu, 2013: 188).

Bunlar dikkate alındığında mahkemelerin bağımsız olmalarının yanında tarafsız bir görünüm vermeleri AİHM tarafından aranıldığından, AİHM ihlal kararlarının da etkisi göz önünde bulundurularak 2017 yılı Anayasa değişikliği ile tarafsız kelimesi de Anayasa'nın 9. maddesi kural metnine eklenmiştir.

Yine Anayasa'nın “Yargı yolu” başlıklı 125. maddesinde yer verilmiş olan “Cumhurbaşkanı tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır. Ancak Yüksek Askeri Şuranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma ha-

riç her türlü ilişik kesme kararına karşı yargı yolu açıktır.” içerikli yargıya Anayasal kısıntı oluşturan kuralı 6771 sayılı Kanun ile değiştirilerek, “Yüksek Askeri Şuranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç, her türlü ilişik kesme kararına karşı yargı yolu açıktır.” kuralına dönüştürülmüştür.

Bu değişiklik ile Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimi dışında tutulmuş olması kuralı revize edilmiş ve kısmen de olsa özellikle Yüksek Askeri Şuranın kararlarına tanınmış olan anayasal kısıntı daraltılmıştır.

Bu değişiklik de adil yargılanma gereklerinden olan mahkemeye erişim hakkının sağlanmasına yönelik bir düzenleme olmaktadır.

Bunun karşısında ise 6771 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 125. maddesinde sonndan bir önceki fıkrasında yer verilmiş olan “Kanun, olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.” kuralında ise adil yargılanma gerekleriyle barışık olmayan bir değişiklik gerçekleştirilmiştir.

IV. YASA DEĞİŞİKLİKLERİ

Son yıllarda Türkiye’de, AİHM kararlarının etkisiyle hem var olan çok sayıda yasada değişikliğe gidilmiş hem de bazı durumlarda ilk elden yeni yasalar ihdas edilmiştir. Bu nedenle AİHM içtihatlarının Türk Pozitif Hukukuna yasal düzeyde yaptığı etki, anlatım kolaylığı sağlaması amacıyla her iki kategori bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır.

A. AİHM İçtihatları Doğrultusunda İhdas Edilen Yeni Kanunlar

1. 5233 Sayılı Kanun

5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun, *‘terör eylemlerinden ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden ötürü zarara uğrayan kimselerin*

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

bu zararlarının karşılanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek' amacıyla 17.07.2004 tarihinde kabul edilmiş ve 27.07.2004 tarihli, 25535 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Bu Kanun ile yasa koyucu, (genel olarak) terör nedeniyle uğranılan zararlardan idarenin hangi koşullarda ve ne ölçüde sorumlu olacağına ilişkin genel prensipler belirlemiş ve bu tür zararların tazmin edilmesi talebinden kaynaklanan uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesini hedeflemiştir.

Yine 5233 sayılı Kanun'un amacı yasa metninde yukarıda aktarıldığı şekilde ifade edilmiş olmakla birlikte, söz konusu kanunun metninden hareketle *"kanun koyucu, terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan kişilerin zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemeyi neden istemiştir? Diğer bir ifadeyle, kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya yöneltten sâik nedir?"* sorularına cevap bulmak mümkün görünmemektedir.

Bu soruların cevabı 5233 sayılı Kanun'un gerekçesinde yer almakta olup; Kanun'un genel gerekçesi şu şekildedir: *"... Kural olarak idarenin hukukî sorumluluğu kusur esasına dayanmaktadır. Sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanması gerekmektedir. Objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir.*

Temelde Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerinin zarar gören kişilere karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmektedir. Terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmektedirler. Devleti ve toplumu hedef alan fiillerden doğan zararın mağdur kişinin üzerinde bırakılması, hak ve nefaset kurallarıyla bağdaşmaz. Ortaya çıkan zararın paylaştırılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler

arasında fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. Kişilere verilen zararlar ister terör örgütlerinin eylemlerinden ister terörle mücadele sırasında Devletçe alınan tedbirlerden kaynaklanmış olsun; bu zararların belirtilen ilkeler uyarınca karşılanması, Devlete olan güveni pekiştirecek; vatandaş-Devlet kaynaşmasını artıracak, terörle mücadeleye ve toplumsal barışa önemli katkıda bulunacaktır. Terörle mücadelede Türk Silâhlı Kuvvetlerinin ve güvenlik güçlerinin kazandığı olağanüstü başarının sosyal ve ekonomik tedbirlerle desteklenmesi zorunluluğu toplumumuzun bütün kesimlerince kabul edilmektedir.

Öte yandan, Bakanlar Kurulunun 23.6.2003 tarihli ve 2003/5930 sayılı Kararıyla kabul edilip 24.7.2003 tarihli ve 25178 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar”ın “Yargının işlevselliği ve kapasitesinin artırılması suretiyle etkin bir yargı sisteminin tesis edilmesi” başlığı altındaki (24.14.1.1.) numaralı tablodaki 18’inci sırada Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun Tasarısı’nın beklenen yürürlük tarihi 2004 yılı olarak belirlenmiştir.

Bu çerçevede yapılan çalışmalar sonunda, terör eylemlerinin ülkemizde yoğun olarak yaşandığı 19.7.1987 tarihi ile 30.11.2002 tarihi arasında, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ancak bu yolla sonuç alamayanların başvurmaları, verilen tazminat miktarlarının haksız zenginleşme aracı olarak kullanılmasının önlenmesi amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır.”⁴¹

⁴¹ Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun Tasarısı ile İçişleri ve Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/793).

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

5233 sayılı Kanun ile terör ve terörle mücadele faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle Türkiye aleyhine AİHM nezdinde açılacak davalar bakımından başvuruçuların tüketmeleri gereken bir iç hukuk yolu (*a domestic remedy*) oluşturulmuştur. Gerçekten Kanun'un gerekçesinde başka hususlara da yer verilmiş olmakla birlikte, 5233 sayılı Kanun'un ihdasında en önemli etkenin “AİHM'e yapılacak başvurular öncesinde etkili bir iç hukuk yolu oluşturmak” olduğu kanısını taşımaktadır.

Zira Türkiye 1990'lı yılların başında AİHM nezdinde, terör ve terörle mücadele faaliyetlerinin yoğun olarak yaşandığı bölgelerdeki köy ve mezraların boşaltıldığı ve buralardaki mal varlıklarına ulaşamadığı iddialarından kaynaklanan çok sayıda başvuruya muhatap olmuştur.

Bu davalarda AİHM, (Danıştayın 1993 yılından itibaren istikrar kazanmış içtihatlarıyla terör ve terörle mücadeleden kaynaklanan zararları sosyal risk ilkesi kapsamında değerlendirmesine ve tazminat taleplerinin esasının incelenmesi gerektiği yönünde kararlar vermesine⁴² rağmen) terör nedeniyle uğranılan zararlar için Türk idari yargı mercilerinde açılacak tam yargı davalarını *etkili bir iç hukuk yolu* olarak görmemiştir. Bu nedenle, uğranılan zararın tazmini için tam yargı davası açılmadan AİHM'ye intikal ettirilen başvurular *kabul edilebilir* bulunmuş ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması sebebiyle yaptığı *kabul edilemezlik* itirazları reddedilmiştir.

Örneğin, 29.06.2004 tarihli Doğan ve Diğerleri kararının 49. ve 50. paragraflarında AİHM, Malatya İdare Mahkemesi ile Danıştayın terör eylemleri nedeniyle köyüne dönemeyen ve köyündeki malvarlığından yararlanamayan kimselere tazminat ödenmesi yönünde verdiği

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss650m.htm>, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

⁴² Danıştay 10. Dairesi, 13.10.1993 Tarih ve E.1992/3372, K.1993/3777 Sayılı Karar. *Danıştay Dergisi*. S. 89, s.582 vd, Danıştay bu kararından itibaren istikrarlı bir şekilde aynı görüşü sürdürmüştür. Detaylı bilgi için bkz. (Bal vd., 2003: 563-683).

kararlara değinmiştir. Buna rağmen Mahkeme aynı kararın devamında, başvurunun iç hukuk yollarını tüketmediği yönündeki Hükümet itirazlarını reddederek, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur⁴³.

5233 sayılı Kanun'un kabulünden sonra ise AİHM, söz konusu kanunda öngörülen başvuru yolunun (kanun kapsamındaki zararların tazmini istemiyle illerde oluşturulan Zarar Tespit Komisyonlarına yapılacak başvurunun) "tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu" olduğuna karar vermiş; terör olayları nedeniyle köyüne dönemeyen ve mülkiyet hakkını kullanamayan kişinin yaptığı başvuru hakkında *ka-bul edilemezlik* kararı vermiştir⁴⁴.

Dolayısıyla 5233 sayılı Kanun, AİHM nezdinde belli bir konuda Türkiye aleyhine çok sayıda başvurunun derdest olması ve bu başvuruların kabul edilebilirlik aşamasında AİHM'nin, Türk iç hukukunda geçerli olan, olağan dava yolunun tüketilmesini zorunlu görmemesi nedeniyle ihdas edilen; bu kapsamda amacı, anılan başvurulara konu ihlal iddiaları açısından yeni bir etkili iç hukuk yolu oluşturmak olan ve bu amacı gerçekleştirmede başarıya ulaşan bir yasal düzenleme olarak nitelendirilebilecektir.

2. 6384 Sayılı Kanun

6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanunun, adından da anlaşılacağı üzere *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış bazı başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözümüne dair*

⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.11.2004 Tarih ve B.No.8803/02 Sayılı Doğan ve Diğerleri v. Türkiye Kararı, p.94-110.

⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 09.02.2006 Tarih ve B.No.18888/02 Sayılı İçyer v. Türkiye Kararı, p.86-87. "... Mahkeme başvurunun, Sözleşme'nin 35/1. maddesi gereğince 27.07.2004 tarihli Kanun kapsamındaki ilgili tazminat komisyonuna başvuru yapması ve malvarlığına ulaşamamasının sonucu olarak maruz kaldığı zararlar için tazminat talep etmesi gerektiğini değerlendirmektedir. (Mahkeme) bu iddiaların Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. ve 4. fıkraları çerçevesinde iç hukuk yolları tüketilmediği için reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır."

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

esas ve usulleri belirlemek” üzere (m.1) 09.01.2013 tarihinde kabul edilmiş ve 19.01.2013 günlü, 28533 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

6384 sayılı Kanun da 5233 sayılı Kanun gibi, belli bir konu hakkında AİHM nezdinde Türkiye aleyhine yapılan başvuruların sayıca fazlalığı dikkate alınarak, konu hakkında yeni bir etkili iç hukuk yolu oluşturmak hedefiyle ihdas edilmiştir.

Bu kapsamda 6384 sayılı Kanun’un genel amacı, AİHM önünde halen derdest bulunan başvurular⁴⁵ da dahil olmak üzere “*yargılama sürelerinin makul olmadığı*” yolundaki ihlal iddiaları açısından etkili bir iç hukuk yolu oluşturmaktır. Diğer taraftan AİHM’nin 20.03.2012 tarihli Ümmühan Kaplan/Türkiye kararının gereğinin yerine getirilmesi de 6384 sayılı Kanun’un özel amacını oluşturmaktadır.

Bu kapsamda *Ümmühan Kaplan* kararına⁴⁶ konu olan olayda AİHM, 25 yılı bulan yargılama süresinin ve uzun yargılama süresine karşı iç hukukta başvurulabilecek etkili bir çözüm yolu bulunmamasının AİHS’nin 6 ve 13. maddelerinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ile etkili başvuru hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca anılan kararda AİHM, uzun süren yargılamalar nedeniyle

⁴⁵ “AİHM verilerine göre 2011 yılı sonu itibarıyla, ülkemiz aleyhine AİHM önünde toplam derdest başvuru sayısı 15.940 olup, bunlardan yaklaşık 2.500 adedi uzun yargılama iddiasını içermektedir. Bu sayının 2012 yılı sonuna kadar 3.500’ü bulabileceği tahmin edilmektedir” 6384 sayılı Kanun olarak yasalaşan 625 sıra sayılı Kanun tasarısının genel gerekçe kısmından, *Yargılama Sürelerinin Uzunluğu ile Mahkeme Kararlarının Geç veya Kısmen İcra Edilmesi ya da İcra Edilmemesi Nedeniyle Tazminat Ödenmesine Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu (1/625)*. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss342.pdf>, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20.03.2012 Tarih ve B.No.24240/07 Sayılı Ümmühan Kaplan v. Türkiye Kararı. Kararın İngilizce versiyonu bulunmamaktadır. Kararın Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından (Fransızca’dan) yapılan Türkçe çevirisi için bkz. hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

gündeme gelen ihlallerin Türkiye’de uzun yıllardır devam ettiği, yapısal ve sistematik bir sorun oluşturduğu tespitini yapmıştır.

Yine aynı kararda makul sürede yargılama yapılamaması nedeniyle Türkiye aleyhinde derdest olan ve halen artış gösteren başvuru sayısına da dikkat çeken AİHM, Sözleşmeden kaynaklanan ihlal iddialarına karşı 23.09.2012 tarihinden sonra Türkiye’de yeni bir iç hukuk yolunun (Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun) yürürlüğe gireceğini dikkate alarak Türkiye’den, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM nezdinde 23.09.2012 tarihinden önce yapılan başvurular için etkili bir iç hukuk yolu oluşturmamasını istemiş ve bu yükümlülüğü yerine getirebilmesi için Türkiye’ye, kararın kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl süre vermiştir⁴⁷.

AİHM’nin *Ümmühan Kaplan* kararı 20.06.2012 tarihinde kesinleşmiş, dolayısıyla AİHM’nin anılan kararla yargılama sürelerinin uzunluğu konusunda etkili bir iç hukuk yolu oluşturma konusunda Türkiye’ye tanımış olduğu bir yıllık süre de bu tarihten itibaren işlemeye başlamıştır.

Bu çerçevede 6384 sayılı Kanun, 19.01.2013 tarihinde yani *Ümmühan Kaplan* kararında öngörülen süre içerisinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Söz konusu kanunla “ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı” ve “mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği” iddialarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış ve 23.09.2012 tarihi itibarıyla Mahkeme nezdinde kaydedilmiş başvurulardan kaynaklanan mağduriyetlerin tazminat ödenmek suretiyle giderilmesine ilişkin bir sistem öngörülmüş; bu başvurular nedeniyle ileri sürülecek tazminat taleplerini incelemek ve karara bağlamak üzere bir Tazmi-

⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20.03.2012 Tarih ve B.No.24240/07 Sayılı *Ümmühan Kaplan v. Türkiye* Kararı, p.63-85.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

nat Komisyonu oluşturulmuş ve komisyonun, tazminat talepleri hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin emsal kararlarını da gözetmek suretiyle gerekçeli olarak karar vereceği, bu komisyonun kararlarına karşı da Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır (6384 Sayılı Kanun m.2, 5, 7).

6384 sayılı Kanun'la kurulan İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na yapılacak tazminat başvurularının AİHS'nin 35. maddesi anlamında ulaşılabilir ve etkili bir iç hukuk yolu olup olmadığını inceleyen AİHM, "*Müdür Turgut ve Diğerleri v. Türkiye*" kararında⁴⁸ anılan başvuru yolunun AİHM'ye başvurulmadan önce tüketilmesi gereken ulaşılabilir ve etkili bir iç hukuk yolu olduğuna hükmetmiştir⁴⁹.

Bu kararı ile AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının başvurunun yapıldığı tarihe göre değerlendirilmesi prensibine de istisna getirmiş ve yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla 23.09.2012 tarihinden önce (dolayısıyla 6384 sayılı Kanun henüz yürürlüğe girmemişken) AİHM nezdinde yapılan başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Böylece 6384 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile Türkiye, hem Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamında AİHM'nin *Ümmühan Kaplan* kararından kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirmiş, hem de 23.09.2012 tarihi itibarıyla AİHM nezdinde derdest bulunan ve yargı-

⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 26.3.2013 Tarih ve B.No.4860/09 Sayılı Müdür Turgut ve Diğerleri v. Türkiye Kararı. Kararın İngilizce versiyonu bulunmamaktadır. Kararın Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından (Fransızca'dan) yapılan Türkçe çevirisi için bkz. hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 26.3.2013 Tarih ve Başvuru No:4860/09 Sayılı Müdür Turgut ve Diğerleri v. Türkiye Kararı, p.47-60.

lamanın makul sürede tamamlanmadığı veya yargı kararlarının uygulanmadığı iddialarına dayanan başvuruları⁵⁰ birinci derecede (ulusal alanda) çözümleme imkânına sahip olmuştur.

B. AİHM İçtihatları Doğrultusunda Adil Yargılanma İlkesi İle İlgili Yapılan Yasa Değişiklikleri

AİHM kararlarının Türk iç hukukuna etkisinin en çok gözlemlendiği alan, bu kararların neden olduğu yasa değişiklikleridir. Bu nedenle AİHM içtihatlarının etkisi doğrultusunda yapılan yasa değişikliklerinden örnekler aktarılırken, sayıca oldukça fazla olan söz konusu değişikliklerin sınıflandırılarak ele alınması ihtiyacı hissedilmiş ve yasa değişiklikleri yürürlüğe girdikleri tarih itibarıyla gruplandırılarak incelenmiştir.

1. 06.01.1982 Tarihli ve 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

a. 2577 sayılı Kanun'un "Dilekçelerin Verileceği Yerler" başlıklı 4. maddesini değiştiren 6352 sayılı Yasa'nın 52. maddesi;

"Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilebilir." kuralı yer almaktadır.

02/07/2012 tarihli, 6352 sayılı Yasa'nın 52. maddesi ile bu fıkra da yer alan "bulunmayan yerlerde" ibaresinden sonra gelmek üzere

⁵⁰ 6384 sayılı Kanun'un 2 ve 9. maddeleri uyarınca alınan 16.03.2014 tarih ve 28943 sayılı Resmî Gazete'yle yayımlanan K.2014/5917 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'nun görev alanı zaman ve konu bakımından genişletilmiştir.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

“büyükşehir belediyeleri sınırları içerisinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın” ibaresi getirilmiştir.

Bu değişiklik, AİHS'nin 6. maddesini yorumlayan AİHM yargıçlarının mahkemeye erişim hakkı ile ilgili kararları uyarınca yapılmıştır.

b. 2577 sayılı Kanun'un “Görevli Olmayan Yerlere Başvurma” başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasında;

“Çözümlemesi Danıştayın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir.” kuralına yer verilmiştir.

Bu kural, uygulamada birçok davanın idari yargı yerine ulaşılmasında sonuç itibarıyla süre aşımı bakımından retle sonuçlandığından Mesutoğlu/Türkiye kararını dikkate alan idari yargıçlar çözüm olarak dilekçe ret yöntemini üretmişlerdir.

Bu şekilde davaların süre yönünden ret ile sonuçlanmaması için önlem geliştirilmiştir.

c. 2577 sayılı Kanun'un “Tebliğat ve Cevap Verme” başlıklı 16. maddesi 4. fıkrası

Eski Düzenleme

2577 sayılı Kanun'un “Tebliğat ve Cevap Verme” başlıklı 16. maddesinin 4. fıkrasında *“Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler.”* hükmü yer almaktaydı.

AİHM Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Okçu/Türkiye kararında⁵¹, idari yargıda açılan tam yargı davasında istenilen tazminat tutarının davanın açıldığı tarihteki değeri ile talep edilebileceği tarihteki değeri arasındaki farkın yargılamanın yavaş işlemesinden ve gecikme faizlerinin yetersizliğinden kaynaklandığı belirtilmiştir.

AİHM, bu kararında Türk İdare Hukukunun, Devletin sorumluluğuna ilişkin tam yargı davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemesinden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm getiremediği vurgusu yapmıştır.

Başvuranların (davacıların) alacağın tamamını elde etmek için bilirkişilerin belirlediği zarar tutarını öğrendikten sonra ayrıca bir tam yargı davası açma imkânına sahip oldukları düşünülse bile AİHM kararlarında, çoğu davada böylesi bir itirazın uygulamada makul bir başarı şansı olmadığı, ek bir dava açılmış olursa bile bu davanın süre aşımı nedeniyle reddedileceği gerekçe yapılmaktadır.

Yeni Düzenleme

AİHM kararı sonrası 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 4. fıkrası, 11.04.2013 tarihli, 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile *"Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. Ancak tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözeltilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir."* şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21.07.2009 Tarih ve B.No.39515/03 Sayılı Okçu v. Türkiye Kararı.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Açıklama

İdari yargı yerlerinde açılan tam yargı davalarında zarar olarak gösterilen ve tazmini istenilen miktar, taleple bağlılık kuralı gereği hükme esas alınmaktaydı.

Ancak yargılama sırasında bilirkişinin tespit ettiği zarar miktarı tazmini istenilen zarar miktarından daha yüksek olsa bile Mahkeme, davacının dilekçede talep ettiği miktarı dikkate alıp hüküm kurmaktaydı.

Aradaki farkın hiçbir şekilde tazmini mümkün olamamaktaydı.

Davacıya sonradan belirlenen bu fazla miktarı talep etme hakkı tanınmıyordu ve buna ilişkin açılan ıslah davaları da süre yönünden reddediliyordu.

Bu kapsamda AİHM'nin Okçu/Türkiye kararında belirtilen gerekçeyle dayanılarak, böylesi durumlarda nihai karar verilinceye kadar, ıslah suretiyle talep olunan tazminat miktarını artırma hakkı yasa değişikliği ile getirilmiştir.

Bu düzenleme ile tam yargı davaları açılırken tazmini istenilen miktar düşük gösterilmiş ise bilahare bu miktarın bir kereye mahsus olmak üzere yani ıslah edilerek arttırılabileceği öngörülmüştür.

Mülkiyete erişimin engellenmesi sonucunu doğurmakta olan düzenleme bu şekilde yeniden yazılmış ve gerek mülkiyete erişim gerekse mahkemeye erişimin kolaylaştırılması ve çekişmesiz kılınması amaçlanmıştır. Dayanak olarak da Okçu/Türkiye kararı alınmıştır.

d. 2577 sayılı Kanun'un "Tebliğat ve Cevap Verme" başlıklı 16. maddenin 6. fıkrasında;

"Danıştayda ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalarda savcının esas hakkındaki yazılı düşüncesi taraflara tebliğ edilir. Taraflar, tebliğden itibaren on gün içinde görüşlerini yazılı olarak bildirebilirler." hükmüne yer verilmiştir.

Danıştayda savcı düşüncesi taraflara tebliğ edilmezken bu uygulamaya AİHM'nin Meral/Türkiye kararı uyarınca son verilmiş ve Danıştay Savcılarının düşüncelerin taraflara tebliğ edilmesi yasal zorunluluk olarak belirlenmiştir.

e. 2577 sayılı Kanun'un "Dosyaların İncelenmesi" başlıklı 20. maddenin 6. fıkrası değişikliği;

2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin 6. fıkrası *"Bölge idare mahkemelerindeki istinaf kanun yolu incelemeleri ile idare ve vergi mahkemelerinde heyet halinde görülen davalarda, birinci fıkroda belirtilen bilgi ve belgelerin istenmesine ve ek süre verilmesine ilişkin ara kararları, daire başkanı, mahkeme başkanı veya dosyanın havale edildiği üye tarafından da verilebilir."* kuralı getirilmiştir.

Bu değişiklik ile amaçlanan; heyet halinde incelenen ve karara bağlanan dosyalarda yargılamanın hızlandırılması için tek hâkim veya başkan tarafından belge ve bilgiler ilgili yerlerden ve davanın taraflarından istenilebilecektir.

AİHS 6. madde adil yargılanmanın alt ayrıntı ilkesi olan "makul sürede yargılanma" gereği olarak bu adım atılmıştır.

f. 2577 sayılı Kanun'un "İvedi Yargılama Usulü" başlıklı 20/A maddesi 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

Yapılan bu ek madde düzenlemesinde;

"i. İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyumsuzluklar hakkında uygulanır:

a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri.

b) Acele kamulaştırma işlemleri.

c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları.

d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar.

f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları.

ii. İvedi yargılama usulünde:

a) Dava açma süresi otuz gündür.

b) Bu Kanunun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.

c) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.

d) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.

e) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.

f) Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç bir ay içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.

g) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

h) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanunun 48 inci maddesinin bu maddeye aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır.

ı) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi on beş gündür.

i) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki

noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulunduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.

j) Temyiz istemi en geç iki ay içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır.” hükmü düzenlenmiştir.

g. Yine 2577 Sayılı Kanunu’nun “Merkezi ve Ortak Sınavlara İlişkin Yargılama Usulü” Başlıklı 20/B Maddesine de 10.09.2014 Tarih ve 6552 Sayılı Yasanın 96. Maddesi İle Ek Düzenleme Getirilmiştir.

Yapılan bu ek madde düzenlemesinde;

“i. Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezî ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalara ilişkin yargılama usulünde:

a) Dava açma süresi on gündür.

b) Bu Kanunun 11’inci maddesi hükümleri uygulanmaz.

c) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.

ç) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren üç gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.

d) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.

e) Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç on beş gün içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

f) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

g) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanun'un 48'inci maddesinin bu maddeye aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır.

ğ) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi beş gündür.

h) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.

ı) Temyiz istemi en geç on beş gün içinde karara bağlanır. Karar en geç yedi gün içinde tebliğe çıkarılır.

ii. Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezî ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları, söz konusu sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Gerek 20/A gerekse 20/B maddelerinde yer verilen bu kurallar tamamen bazı önemli ve ivedilikle incelenip karara bağlanması öngörülen dava konuları için geliştirilmiştir.

Elbette, dava konuları itibarıyla davalara taraf olan idarelerin ürettikleri işlemlerle ilgili yargılamanın uzun sürede sonuçlandırılmasını önlemek bir amaç olmakla birlikte diğer bir amaçta ek maddelerde belirtilmiş olan önemli konularda yargılamanın uzun sürmesini önleyerek adil yargılanma ilkesi çerçevesinde yasanın kesin kuralları ve farklı usul ile önlem geliştirilmiş olduğudur.

h. 2577 sayılı Kanun'un "Kararlara Karşı Başvuru Yolları" başlıklı madde kuralı 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve yapılan değişiklik ile "İstinaf" alt başlıklı 45. maddesinde;

"i. İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu otuz bir bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.

ii. "İstinaf, temyizizin şekil ve usullerine tabidir. İstinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir." denilerek 28.07.2024 tarihli 7524 sayılı Yasa'nın 52. maddesi ile ek cümle getirilerek "Bölge idare mahkemesinin 48. maddenin 7. fıkrası uyarınca verdiği kararlara karşı tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 7 gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir." düzenlemesi yapılmıştır. Devamla;

iii. Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun red-dine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir.

iv. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi için esası hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir.

v. Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir.

vi. “Bölge idare mahkemelerinin 46’ncı maddeye göre temyize açık olmayan kararları kesindir.” denilerek bu kurala 20.07.2017 tarih ve 7035 sayılı Yasa’nın 6. maddesi ile “Bu kararlar, dosyayla birlikte kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilir ve bu mahkemelerce 7 gün içinde tebliğe çıkarılır.” kuralı getirilmiştir.

vii. İstinaf başvurusuna konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim, aynı davanın istinaf yoluyla bölge idare mahkemesince incelenmesinde bulunamaz.

viii. İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamaz.” kuralı öngörülmüştür.

1. 2577 Sayılı Kanun’un “Temyiz” Alt Başlıklı 46. Maddesinde de;

“Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştayda, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir:

a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları,

b) Konusu dokuz yüz yirmi bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar. (Bu bent 28.07.2024 tarih ve 7524 sayılı Yasa’nın 53. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir.)

c) Konusu iki yüz yetmiş bin Türk lirasını aşıp, dokuz yüz yirmi bin Türk lirasını aşmayan; vergi davaları, tam bir yargı davaları ve idari

işlemler hakkında açılan ve istinaf kanun yolu incelemesinde kaldırma kararı üzerine yeniden karar verilen davalar (Bu bent de 28.07.2024 tarih ve 7524 sayılı Yasa'nın 53. maddesi ile eklenmiştir.).

d) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları.

e) Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları.

f) Müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları.

g) İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar.

h) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nun uygulanmasından doğan davalar.

ı) Maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar.

i) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da bir meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar.

j) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar.

k) 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar.

l) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar.

m) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar.

n) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar” kuralına yer verilmiştir.

Bu iki madde birlikte okunduğunda İdari Yargılama Usulüne tamamen yeni bir sistem getirildiğini görmekteyiz.

Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek Anayasa Mahkemesinin bireysel şikayetlerle ilgili, gerekse Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olan Adalet Bakanlığı Tazminat Komisyonu kararlarına yapılan itirazları inceleyen Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararlarından çıkarıldığı üzere, makul sürede yargılamanın aşılmasında en önemli etken; Danıştayda temyiz incelemesinde geçen sürenin uzunluğu hususudur.

Vurgulamakta fayda görmekteyiz ki idari yargılama usulüne getirilen istinaf sistemi 2577 sayılı Yasa'nın Geçici 8. maddesi uyarınca Bölge İdare Mahkemelerinin tüm yurttan göreve başlayacakları tarihten sonra verilen kararlara uygulanacağı belirtilmiştir.

Nitekim bu tarih bilahare Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından 20 Temmuz 2016 olarak gösterilmiştir.

Danıştaydaki iş yükünün yoğunluğundan kaynaklanan bu yargılamadaki gecikmenin önlenmesi amacıyla Danıştaya temyiz incelemesi için gelen dosyaların sayısının azaltılması düşünülmüştür.

Bu düşünce uyarınca idari yargıda görülen dosyaların yaklaşık %80 oranına yakın bir kısmının Bölge İdare Mahkemesinde istinaf incelemesi ile kesinleştirilmesi amaçlanmıştır.

Dolayısıyla Danıştaya artık %20 oranında alt mahkemelerden temyiz talepli dosya geleceği öngörülmüştür.

i. 2577 Sayılı Kanun'un "Temyiz ve İstinaf İstemlerinde Yürütmenin Durdurulması" Başlıklı 52. Maddesinin 4. Fıkrası Kuralı

2577 sayılı Yasa'nın 52. maddesinin 4. fıkrası 20.07.2017 tarih ve 7035 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile değiştirilmiş ve "Temyiz ve istinaf incelemesi sırasında yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar kesindir." kuralı getirilmiştir.

Bu değişiklik ile dosyanın tekemmül etmesi sağlanarak makul sürede yargılanma gerekleri ile uyum oluşturulması amaçlanmıştır.

j. 2577 Sayılı Kanun'un "Yargılamanın Yenilenmesi" Başlıklı 53. Maddesinin 1. Fıkrasının (I) Bendinde Yer Verilmiş Olan;

"Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması." kuralından sonra gelmek üzere 25.07.2018 tarih ve 7145 sayılı Yasa'nın 4. maddesi ile "veya hüküm aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi." kuralı getirilmiştir.

53. maddenin 3. fıkrasında da;

"Yargılamanın yenilenmesi süresi, (1) numaralı fıkranın (h) bendinde yazılı sebep için on yıl, (1) numaralı fıkranın (ı) bendinde yazılı sebep için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl ve diğer sebepler için altmış gündür. Bu süreler, dayananın sebebin istemde bulunan yönünden gerçekleştiği tarihi izleyen günden başlatılarak hesaplanır." kuralına yer verilmiştir.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Bu kurallar da AİHS'nin 6. maddesi adil yargılanma ilkesi uyarınca getirilmiş kurallardır.

Burada amaçlanan, AİHM kararlarının infazının gerçekleştirilmesi gereğidir. Diğer bir deyişle AİHM ihlal kararlarının içselleştirilmesidir.

2. 12.01.2011 Tarihli ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

a. 6100 sayılı Kanun'un 334. maddesi

Eski Düzenleme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Adli Yardımdan Yararlanacak Kişiler" başlıklı 334. maddesinde; *"(1) Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler.*

(2) Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler.

(3) Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılıklılık şartına bağlıdır." kuralı yer almaktaydı.

AİHM Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakan/Türkiye kararı⁵² adli yardım konusunda önemli bir referans karardır.

⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.06.2007 Tarih ve B.No.50939/99 Sayılı Bakan v. Türkiye Kararı. Kararın İngilizce versiyonu bulunmamaktadır. Kararın Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından (Fransızca'dan) yapılan özet Türkçe çevirisi için bkz. hudoc.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

Başvuranlar, idare mahkemesinin adli yardım taleplerini kabul etmemesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkından mahrum bırakıldıklarını ve buna bağlı olarak yakınlarının ölümü dolayısıyla maruz kaldıkları zararın tazminini sağlayamadıklarını iddia etmişlerdir.

Bakan/Türkiye kararında AİHM, “*...Sivil mahkemelere yapılan taleplere ilişkin masrafların ödenmesinin istenmesi AİHS’in 6/1. maddesi anlamında mahkemeye erişim hakkının sınırlanması olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, başvuranın ödeme gücü, özel koşullar hesaba katılarak takdir edilen masrafların tutarı ve söz konusu sınırlamanın uygulamaya konulduğu yargılama safhası gibi unsurlar ilgilinin mahkemeye erişim hakkı ve davasının bir mahkeme tarafından görülüp görülmediğinin belirlenmesi bakımından dikkate alınmalıdır.*”⁵³ gerekçesine yer vermiştir.

AİHM yine bu kararda, Türk yasa koyucu tarafından yürürlüğe konulmuş adli yardım istemine ilişkin koşulların, dava açanları keyfiliğinden koruyacak niteliği haiz gerekli tüm usulî güvenceleri sunmadığını vurgulamıştır.

Her ne kadar yasayla öngörülen “talebinde haklılık koşulu” hakkında yargı yerleri, yani asıl talep hakkında bir hüküm vermeye yetkili merciler karar verecek ise de, AİHM’ye göre Türk Hukuku, mahkemenin adli yardım talebinin yerindeliği hakkındaki takdirine itiraz etme imkânı sunmamaktadır.

Bu kapsamda adli yardım talebi, taraflarca yargılama esnasında sunulan yazılı belgeler temelinde yapılan tek bir incelemenin konusu olmaktadır.

Taraflar duruşma sırasında dinlenilmemekte ve itiraz etme imkânına sahip bulunmamaktadırlar.

⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.06.2007 Tarih ve B.No.50939/99 Sayılı Bakan v. Türkiye Kararının Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan özet çevirisinden.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Bu çerçevede AİHM, her ne kadar adli yardımdan yararlanmaya elverişli davaların belirlenmesini sağlayan bir uygulama yürürlüğe konulmadan adli yardım sisteminin işlemeyeceğini ifade etse de; olayda adli yardım talebinin reddedilmesinin, başvuranları davalarının bir mahkeme tarafından görülmesi imkânından tamamen yoksun bıraktığını kaydetmektedir.

AİHM'ye göre olayda Devletin, mahkemeye erişim hakkını AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının gereklerine uygun bir şekilde düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bu alanda kendisine tanınan takdir payını aştığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda AİHM, fakirlik belgesinin yeterli sayıldığı ve adli yardım isteminin kabulü için talep eden kişinin haklılığı kriterinin aranmadığı bir sistemi tavsiye etmektedir.

Yine benzer şekilde Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye kararında⁵⁴ da AİHM, sırf avukatla temsil edildiği gerekçesiyle başvuranın adli yardım talebinin reddedilmesini ve mahkemece başvuranın ekonomik gücü konusunda ayrıca bir araştırma yapılmamasını AİHS'nin 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Uygulamada, kadınlar ve çocuklar dahil, cezaevindeki tutukluların büyük bir kısmının adli yardıma erişimleri sınırlıdır. Cezaevindeki tutuklular, her zaman adli yardım imkânının var olduğundan haberdar değildirler.

Ayrıca adli yardım için dağıtılan mali kaynaklar yeterli değildir. Avukatlık ücretleri de çok düşük olup olağan davalarda davalı tarafın ödediği ücretlerle mukayese dahi edilemeyecek değerdedir.

⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.07.2007 Tarih ve B.No.52658/99 Sayılı Mehmet ve Suna Yiğit v. Türkiye Kararı, p.37-38.

Avrupa Birliği İlerleme Raporu ve İstişari Ziyaret Raporlarından ortaya çıkan bu sonuçlar, adli yardım konusunda adil bir yasal altyapı ve bilgilendirme eksikliğini ortaya koymuştur.

Yeni Düzenleme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin 1. fıkrası 11.04.2013 tarihli, 6459 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenmiştir. Buna göre maddenin 1. fıkrasının yeni hali şu şekildedir: *“Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler.”*

Açıklama

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin birinci fıkrasında yapılan bu değişiklik, adli yardım istemlerinin kabul edilebilmesi için *“davada haklı olunduğu yolunda kanaat uyandırma”* koşulu yerine *“dava ve takibin açıkça dayanaktan yoksun bulunmaması”* koşulunun gerçekleşmesi aranmış; bu suretle adli yardımın kapsamının genişletilmesi öngörülmüştür.

b. 6100 sayılı Kanun'un 337. maddesi

Eski Düzenleme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Adli Yardım Talebinin İncelenmesi” başlıklı 337. maddesinde; *“(1) Mahkeme, adli yardım talebi hakkında duruşma yapmaksızın karar verebilir.*

(2) Adli yardım talebinin kabul veya reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Ancak, adli yardım talebi reddedilirse, sonradan gerçekleşen bir sebebe dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir.

(3) Adli yardım, daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamaz.” kuralı yer almaktaydı.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

AİHM Kararları

AİHM'nin Bakan/Türkiye⁵⁵ ve Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye⁵⁶ kararlarında, ayrıca AİHM Çalıştay Raporu'nda, adli yardım talebinin mahkemece reddedilmesi halinde bu karara karşı itiraz yolunun açık tutulması tavsiye olunmuştur.

Yasa koyucu söz konusu kararlar ile rapordaki tespit ve tavsiyelerden hareketle, adli yardım taleplerine yönelik kararlar hakkında itiraz yolunu açacak düzenleme yapılması ihtiyacını hissetmiştir.

Yeni Düzenleme

6100 sayılı Yasa'nın 337. maddesinin 11.04.2013 tarihli, 6459 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen hali aşağıdaki gibidir: *“(1) Mahkeme, adli yardım talebi hakkında duruşma yapmaksızın karar verebilir. Ancak, talep hâlinde inceleme duruşmalı olarak yapılır. Adli yardım taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararlarında sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebi açıkça belirtilir.*

(2) Adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebilir. Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir. İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir. Adli yardım talebi reddedilirse, ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi bir azalmaya dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir.

⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.06.2007 Tarih ve B.No.50939/99 Sayılı Bakan v. Türkiye Kararı.

⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.07.2007 Tarih ve B.No.52658/99 Mehmet ve Suna Yiğit v. Türkiye Kararı.

(3) Adli yardım, daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamaz.”

Açıklama

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 337. maddesinde yapılan bu değişiklikle, talep halinde adli yardım isteminin incelenmesinin duruşmalı olarak yapılacağı öngörülmüştür.

Ayrıca adli yardım taleplerinin reddine dair mahkeme kararlarında, adli yardım talep eden kimse tarafından sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebinin açıkça belirtilmesi kuralı getirilerek; adli yardım istemleri hakkında gerekçesiz ret kararlarının verilmesi engellenmek istenmiştir.

Ayrıca, eski düzenlemede adli yardım talebine ilişkin kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı hiçbir kanun yolunun mevcut olmadığı gerekçesiyle AİHM tarafından yapılan eleştirilerin giderilmesi hedeflenmiştir.

Bu amaçla “adli yardım talebinin reddine ilişkin karara karşı bir hafta içinde karar veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilmesi” mekanizması getirilmiştir.

c- 6100 sayılı Kanun'un 339. maddesi

Eski Düzenleme

6100 sayılı Yasa'nın “Adli Yardımla Ertelenen Yargılama Giderlerinin Tahsili” başlıklı 339. maddesinde; *“(1) Adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile Devletçe ödenen avanslar dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunur. Adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması halinde, uygun görülürse yargılama giderlerinin en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitler halinde ödenmesine karar verilebilir.”* kuralı yer almaktaydı.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

AİHM Kararı

AİHM'nin yukarıda aktarılan kararlarının etkisiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. ve 337. maddelerinde yapılan değişiklikler sonrasında, aynı amaçlarla ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunların çözümü için aşağıdaki düzenleme yapılmıştır.

Yeni Düzenleme

6100 sayılı Kanun'un 339. maddesinde 6459 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle maddeye ikinci fıkra eklenmiştir. Buna göre 339. maddeye 2013 yılında eklenen yeni 2. fıkra şu şekildedir:

"(2) Adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme, hükümde tamamen veya kısmen ödemeden muaf tutulmasına karar verebilir."

Açıklama

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin eski halinde, adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile Devletçe ödenen avanslar dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil edilmekteydi.

Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesine eklenen ikinci fıkra ile, yargılama giderlerinin tahsilinin ilgilinin mağduriyetine neden olacağının açıkça anlaşılması halinde hüküm ile birlikte tamamen veya kısmen geri ödemeden muaf tutulmasına karar verilebilmesi imkânı getirilmiştir.

SONUÇ

Anayasamız, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir hukuk devleti olduğunu vurgulamakta olup hukuki normları uygulamakla görevli olan tüm devlet erkleri (yasama-yürütme-yargı), bu ilkenin hayata

geçirilmesinde yetkilendirilmiş ve görevlendirilmişlerdir. Bu anlayışta, Devlet bireyden önce tutulmakta, devletin varlığı ve çıkarları bireyin haklarından üstün görülmektedir.

Bunun sonucu olarak yasa veya genel düzenleyici bir hukuki normla kendini bağlı gören hâkim ve savcılar ile yüksek yargı organları mensupları tarafından yargılamada aranılan temel unsur, “mevzuata uygunluk” olmakta gerek maddî hukuk gerekse şeklî hukuk açısından prosedürlere sıkı sıkıya bağlı yargılama yapmak, yasayı yorumlamaktan ziyade mevzuatı sıkı şekilde uygulayan bir sonuçla eşleşmektedir. Dolayısıyla mevzuat gereklerinin ve prosedürlerin yerine getirilmesini hedefleyen bir yargılama icra edilmektedir. Ancak bu nitelikte bir yargılama ile AİHM'nin ihlal kararlarında aradığı hakkaniyet bir türlü temin edilememektedir. Zira, 1900'lü yıllarda çıkarılmış olan bir yasa 2025 yılındaki bir davada referans alındığında 1900'lü yıllara geri dönmekte, mevzuata uygunluk aranılırken günümüz koşullarıyla, hakkaniyetle ve temel hak ve özgürlüklerle barışıklık çok da önemsenmemektedir diyebiliriz.

Oysa Anglo-Sakson ülkeleri “hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ilkesi”ni hayata geçirmektedirler. AİHM de yargılamada bu ilkeyi temel referans olarak almakta ve kararlarında zikretmektedir. Nitekim bireyin hak ve özgürlüklerinin Devlet menfaatlerinden üstün sayılmasını önceleyen bu ilkenin yargılamaya dönük yanı sıra “*Case Law*” olmakta yani somut olaylardan, emsal kararlardan hareketle uyuşmazlıkları çözmek ve bireyin hak ve özgürlüğünü önemsemek olmaktadır.

Yaptığımız bu açıklamalar mevzuat karşılığı olarak değerlendirilmemelidir. Zira içinde bulunduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminin gereği olarak ve hukuki öngörülebilirliğin temin edilmesi için elbette yasa veya genel düzenleyici normlar olmalıdır. Ancak bu normlar yargılama aktörlerince çerçeve referans olarak alınmalı ve içi doldurularak, Anayasamız, AİHS ve AİHM içtihatlarına uygun şekilde yorumlanmalıdır. Günümüzle, davanın koşullarıyla, bireyin hakları ve

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

özgürlükleriyle barışıklık oluşturulmalıdır. Bu çerçevede ülkemizde de hukukun üstünlüğü ilkesinin yansıması ve gereği olan hakkaniyete uygun yargılama zemini oluşturulmasını önermekteyiz. Diğer bir ifade ile Anayasa değişikliği yapılarak bu zemin var edilmelidir. Zira hukuk devleti ilkesinin dar ve yasaya sıkı sıkıya bağlı yorumuyla olgunlaşmış olan mevcut sistemimiz ile önerdiğimiz sistem arasında bir zıtlasma var olagelmektedir diyebiliriz.

Bütün bunlarla birlikte, 15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesi'nde Viyana Toplantısı'na katılan Devletler iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları milletlerarası antlaşmalar ve 1 Ağustos 1975 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Nihai Belgesi ve izleme toplantıları belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokmak taahhüdünde bulunmuşlardır (Demirkol, 2012: 69). Bunun anlamı; bundan böyle insan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiçbir konunun, sadece bir iç hukuku sorunu olarak görülemeyeceğidir.

Yine 29 Haziran 1990 tarihli “*Copenhagen Belgesi*” fert merkezli “*plüralist demokrasi*” ve “*hukukun üstünlüğü*” anlayışı ile Avrupa demokratik mekanı ve Avrupa Ortak Hukuk Mekanı'na önemli bir katkı sunmuştur (Demirkol, 2012: 69). *Copenhagen Belgesi*'nde düzenlenen İnsan Hakları Kataloğu'nun 2. maddesinde, insan kimliğinin üstün değeri anlayışını kurumsallaştırmada hukuk devleti formülünden ziyade hukukun üstünlüğü formülü üzerinde durulmuştur⁵⁷. Devletimiz de bu anlayışı benimsediğini ve uygulamaya geçireceğini taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle ilan etmiştir. Ancak özellikle taraf olduğumuz AİHS'nin ve AİHM içtihatlarının Türk yargı organlarının verdikleri kararlara temel oluşturması henüz tam anlamıyla gerçekleştirilememiştir.

Aslında yasama organı bunu temin etmek üzere 2004 yılında çok önemli bir adım atmış ve Anayasa'nın 90. maddesine eklediği 5. fıkra

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. (Çağlar, 1991: 13 vd.); (Çağlar, 1992: 233 vd.).

ile Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde sözleşme hükümlerinin esas alınacağını belirtmiştir. Böylelikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ve bu kapsamda AİHS, kapsamına aldıkları konular bakımından, iç hukukta kanunlara ve esasen Anayasa dışındaki diğer tüm normlara kıyasen uygulanma önceliğine sahip bir konuma (*supra legislative status*) getirilmiştir. Bu noktadan hareketle bu değişiklikten sonra artık Türk Hukuku bakımından, kanun veya KHK hükümleri ile AİHS ve AİHM içtihatları arasında farklılık bulunması gibi bir sorunun kalmadığını söylemekte *-teorik açıdan-* bir sakınca görünmemektedir. Zira böyle bir farklılık halinde, anılan normları idari alanda uygulamak zorunda olan yürütme ile adli alanda uygulamak zorunda olan yargı mercilerinin AİHS hükümlerine öncelik vermeleri gerektiği, bir Anayasa hükmüyle ve yorum gerektirmeyecek açıklıkta saptanmış bulunmaktadır.

Ne var ki uygulama, bu teorik sonucu doğrulamamaktadır. Bunun en açık göstergesi, Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra dahi, onlarca yasada AİHS ve AİHM içtihatları doğrultusunda değişiklik yapılmasıdır. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca kanun yerine AİHS hükümleri (ve bu hükümlerin yorumlandığı AİHM içtihatları) öncelikle uygulanmadığından, yasama organı çareyi AİHS ile çelişen kanunları teker teker değiştirmekte bulmuştur. Bu durumun en önemli etkenlerinden biri de AİHS uygulaması ve AİHM içtihatlarının hukuk dünyası içinde yeteri kadar yaygınlaşmamış olmasıdır (Doğru ve Nalbant, 2012: 16). Adeta hukuk eğitimi ile yargı uygulaması, uluslararası hukuka, AİHS'ye ve AİHM içtihatlarına kapalılık noktasında birbirlerine hem sebep hem sonuç olmakta ve bir kısır döngü meydana getirmektedir.

Diğer taraftan, taraf olduğumuz AİHS ilkelerini içselleştirip yargılamalarında yorumlamaktan imtina edilmesi ve AİHM kararlarının

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

yeterince referans alınmaması Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdinde AİHS'nin uygulanması ve AİHM kararlarının infazının takibi noktasında ciddi bir sorun haline dönüşmektedir. Amaç, AİHM karar gerekçeleri ile uyumlu yargılama yapmayan ve belli bir yönde içtihat değişikliği yapmak için mutlaka o yönde bir iç hukuk normunun varlığını arayan yargı erki aktörlerine, yasa değişikliği yoluyla istedikleri zeminin sunulmasıdır.

Bu çerçevede ülkemizde 2000 yılından sonra alabildiğine yasa değişiklikleri yapılmış, yeni yasalar çıkarılmış ve Anayasamızın birçok maddesi tadil edilmiş; bu yoğun değişiklik süreci, Anayasa'nın 90/5. maddesinde değişiklik yapılmasından sonra da devam etmiştir. Biz bu değişiklik ve yenilikleri önemsemekle birlikte, hakimlerin yasal düzenlemeleri yorumlamakla AİHS'ye ve AİHM içtihatlarına dolayısıyla da adil yargılanma ilkelerine uygunluk oluşturacaklarını, bunun da Devletimiz aleyhine verilen ihlal sayısını azaltacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin (1989). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 44(3), 155 vd.
- Aliefendioğlu, Yılmaz (2002). 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut. *Anayasa Yargısı Dergisi*. C. 19, 141 vd.
- Bal, Yakup; Şahin, Yahya ve Karabulut, Mustafa (2003). Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları. (1. Bası). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Bereket Baş, Zuhale ve Demirkol, Selami. Yeni Anayasa Nasıl Olmalı?. *Milliyet*. (28.02.2015).

Brighton Declaration. *European Court of Human Rights High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*. http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

Bulut, Nihat (2001). 4709 Sayılı Kanun'la Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 5, S.1-4 37 vd.

Caligiuri Andrea and Napoletano Nicola (2010). The Application of the ECHR in the Domestic Systems. *The Italian Yearbook of International Law* C.20, s.126 https://www.academia.edu/633695/The_Application_of_the_ECHR_in_the_Domestic_Systems, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).

Çağlar, Bakır (1991). Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler. *Anayasa Yargısı Dergisi*. C. 8, 13 vd.

Çağlar, Bakır (1992). Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi. *Anayasa Yargısı Dergisi*. C. 9, 233 vd.

Demirkol, Selami (2012). Vergi Türevli Davaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Kabul Edilebilir Bulunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Vergi Yargılamasında Referans Norm Alınabilirliği Üzerine Bir Derleme. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*. 15(1), 33 vd.

Demirkol, Selami ve Akbulut, Emre (2015). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Dayanılarak Türkiye'de Yapılan Anayasa ve Yasa Değişiklikleri (2000-2013). Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları.

Dijk P, Van, hoof, G.J.H. Van. (1998). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. The Hague, The Netherlands: (3. Bası). Kluwer Law International.

Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla (2012). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler). (1. Bası, Cilt 1). Ankara: T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayınları.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

- Esener, Turhan (2008). Hukuk Başlangıcı Genel Hukuk Bilgisi. (8. Bası). İstanbul: Alkım Yayınevi.
- Gözler, Kemal (2000). İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstünlüğü Sorunu. Ankara: TODAİE Yayınları. s.25 vd. <http://www.ana-yasa.gen.tr/insan.htm>, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).
- Işıқтаç, Yasemin ve Metin, Sevtap (2003). Hukuk Metodolojisi. (1. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İnceoğlu, Sibel (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme. (1. Bası). Ankara: Beta Yayınları.
- Kilkelly, Ursula (2003). *The Right to Respect For Private and Family Life, A Guide to the Implementation of Article of 8 the ECHR*. (2. Bası). Almanya: Council of Europe.
- Kuijer, Martin (2014). *Effective Remedies As a Fundamental Right, Seminar on Human Rights and Access to Justice in EU*, İngiltere: s.1-2 (28-29 April Barcelona), <http://www.ejtn.eu>, (Erişim Tarihi: 08.12.2024).
- Macovei, Monica (2004). *Freedom of Expression, A Guide to the Implementation of Article of 10 the ECHR*. (2. Bası). Almanya: Council of Europe.
- Macovei, Monica (2002). *The Right to Liberty and Security of The Person, A Guide to the Implementation of Article of 5 the ECHR*. (1. Bası). Almanya: Council of Europe.
- Özbudun, Ergun (1985). 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler. *Anayasa Yargısı Dergisi*. C.2, 227 vd.
- Sweet Alec Stone and Keller, Helen (2008). *Assessing the Impact Of the ECHR On National Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press. s.14.
- Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi (2005). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. (7. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

Teziç, Erdoğan (2009). Anayasa Hukuku. (13. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

Tunç, Hasan (2000). Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi. *Anayasa Yargısı Dergisi*. C.17, 174 vd.

Tunç, Hasan (2008). Türkiye'ye Komşu Devletlerin Anayasaları. (1. Bası). Ankara: Asil Yayın Dağıtım.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 04.02.2005 Tarih ve B.No.46827/99, 46951/99 Sayılı Mamatkulov ve Diğerleri v. Türkiye Kararı, p.100.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.01.1978 Tarih ve B.No.5310/71 Sayılı İrlanda v. Birleşik Krallık Kararı, p.239.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.02.2004 Tarih ve B.No.39748/98, s.47. Sayılı Maestri v. İtalya Kararı. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 06.01.2011 Tarih ve B.No.34932/04 Sayılı Paksas v. Litvanya Kararı, p.119.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.02.2004 Tarih ve B.No:39748/98 Maestri v. İtalya Sayılı Kararı, p.47.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.04.2004 Tarih ve B.No.71503/01 Sayılı Assanidze v. Gürcistan Kararı, p.198.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 06.09.1978 Tarih ve B.No.5029/71 Sayılı Klass ve Diğerleri v. Almanya Kararı, p.64.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 28.07.1999 Tarih ve B.No.25803/94 Sayılı Selmouni v. Fransa Kararı, p.74.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.12.2024 Tarih ve B.No.36813/97 Sayılı Scordino v. İtalya Kararı, p.140.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21.02.1986 Tarih ve B.No.8793/79 Sayılı James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, p.84.

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 06.02.1976 Tarih ve B.No.5614/72 Sayılı Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden Kararı p.50 ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.07.1986 Tarih ve B.No.9006/80 Sayılı Lithgow ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, p.205.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30.06.2009 Tarih ve B.No.32772/02 Sayılı Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. İsviçre Kararı, p.97.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.05.1998 Tarih ve B.No.9763/12 Sayılı Kurt v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.07.1999 Tarih ve B.No.23657/94 Sayılı Çakıcı v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 13.06.2000 Tarih ve B.No.23531/94 Sayılı Timurtaş v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.12.1996 Tarih ve B.No.21987/93 Sayılı Aksoy v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11.07.2000 Tarih ve B.No.20869/92 Sayılı Dikme v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 24.04.1998 Tarih ve B.No.23184/94-23185/94 Sayılı Selçuk ve Asker v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 09.06.1998 Tarih ve B.No.41/1997/825/1031 Sayılı İncal v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 28.10.1998 Tarih ve B.No.70/1997/854/1061 Sayılı Çıraklar v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.07.1999 Tarih ve B.No.26682/95 Sayılı Sürek v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.07.2000 Tarih ve B.No.26680/95 Sayılı Şener v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 07.02.2002 Tarih ve B.No.28496/95 Sayılı E.K. v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.04.2006 Tarih ve B.No.65731/01, 65900/01 Sayılı Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, p.51.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 19.04.2007 Tarih ve B.No.63235/00, p.50-64 Sayılı Vilho Eskelinen ve Diğerleri v. Finlandiya Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 29.01.2013 Tarih ve B.No.10755/13 Sayılı Uzun v. Türkiye Kararı, p.52-71.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.11.2004 Tarih ve B.No:8803/02, Sayılı Doğan ve Diğerleri v. Türkiye Kararı, p.94-110.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 09.02.2006 Tarih ve B.No.18888/02 Sayılı İçyer v. Türkiye Kararı, p.86-87.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20.03.2012 Tarih ve B.No.24240/07 Sayılı Ümmühan Kaplan v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 26.3.2013 Tarih ve Başvuru No:4860/09 Sayılı Müdür Turgut ve Diğerleri v. Türkiye Kararı, p.47-60.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21.07.2009 Tarih ve B.No.39515/03 Sayılı Okçu v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.06.2007 Tarih ve B.No.50939/99 Sayılı Bakan v. Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.07.2007 Tarih ve B.No.52658/99 Mehmet ve Suna Yiğit v. Türkiye Kararı.

DANIŞTAY KARARI

Danıştay 10. Dairesi, 13.10.1993 Tarih ve E.1992/3372, K.1993/3777 Sayılı Karar.

