

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Öngörülen Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi: Geçici 9. Madde

Gül ÜSTÜN*

Öz

7103 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa eklenen Geçici 9. maddeyle Kanuna yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebi eklenmiş ve Ankara İdare Mahkemeleri bu olağanüstü yargı yolunda yetkili ve görevli kılınmıştır. Eklenen hükümde bu yola başvurmak için özel süreler de öngörülmüş olup, çalışmamızda bu süreler ve sebepler incelenmiş, usule ve hükmün uygulanışına ilişkin meselelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler:Yargılamanın yenilenmesi, tarafsız ve bağımsız mahkeme, adil yargılanma hakkı, iç hukuk yollarının tüketilmesi, yetki-görev

Abstract

With the provisional Article 9 added to the Administrative Procedure Code No. 2577, the reason for the retrial was added to the Law. Ankara Administrative Courts are the competent courts for this cumulative remedy. In addition to this, special periods are foreseen. In this study, these periods and reasons are examined, the procedures and issues related to the implementation of the provision are undertaken.

Keywords:Retrial, Independant and impartial court, right to a fair trial, exhaustion of domestic remedies, jurisdiction

GİRİŞ

7103 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa eklenen Geçici 9. madde şu hükümleri ihtiva etmektedir:

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla¹, kaldırılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yaptığı başvuru derdest olanlar, bu tarihten itibaren üç ay içinde Ankara idare mahkemelerinden yargılamanın

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Öğretim Üyesi, Doç.Dr., (ORCID: 0000-0002-5081-1771).

Bu çalışmayı kaleme almama vesile olan ve karar temininde yardımcı olan kürsü arkadaşım Ar. Gör. Alican Bulut’ a teşekkür ederim.

¹ Yürürlük tarihi, 27.03.2018’ dir. R.G. 27.03.2018, S.30373 (2. Mükerrer).

yenilenmesini isteyebilirler. Bu süre içinde istemde bulunmayanlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren üç ay içinde de istemde bulunabilirler. Süresinde istemde bulunulması halinde yargılama yeniden yapılarak karar verilir”.

Yargılamanın yenilenmesi ise 2577 sayılı Kanun 53. maddesinde düzenlenmiş olup, hangi hallerde bu yola başvurulacağı, bu talebin süresi ve hangi mahkemede karara bağlanacağı açıkça ifade edilmiştir:

“Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

- a) Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,
- b) Karara esas olarak alınan belgenin, sahteliğine hükmedilmiş veya sahte olduğu mahkeme veya resmi bir makam huzurunda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki hüküm karardan evvel verilmiş olup da, yargılamanın yenilenmesini isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması,
- c) Karara esas olarak alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması,
- d) Bilirkişinin kasıtlı gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu mahkeme kararıyla belirlenmesi,
- e) Lehine karar verilen tarafın, karara etkisi olan bir hile kullanmış olması,
- f) Vekil veya kanuni temsilci olmayan kişiler ile davanın görülüp karara bağlanmış bulunması,
- g) Çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hakimin katılmasıyla karar verilmiş olması,
- h) Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması.
- i) Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya hüküm aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi.

2. Yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır.

3. 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, dayanılan sebebin istemde bulunan yönünden gerçekleştiği tarihi izleyen günden başlatılarak hesaplanır”.

Kanunun Geçici 9. maddesinde görüleceği üzere, yargılamanın yenilenmesi için özel bir sebep öngörülmüş olup, bu sebeple söz konusu talebin yapılması halinde talebi karara bağlayacak mahkeme ve talebin süresi farklı olarak düzenlenmiştir. Bu durum söz konusu maddenin özel bir düzenleme olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

A-GEÇİCİ 9. MADDENİN UYGULANMA ŞARTLARI

Geçici 9. maddede öngörülen yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoluna başvurabilmek için öncelikle Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde davası görülmüş biri olmak ve bu mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapmış olmak gerekmektedir. Bu şartı sağlayan kişilerin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmesi için kanun koyucu tarafından üç aylık bir süre getirilmiş olup, bu sürenin başlaması için iki olanak tanınmıştır: 27.03.2018 tarihinden itibaren üç aylık süre veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren üç aylık süre. Son şart olarak da yargılamanın yenilenmesi talebinin Ankara İdare Mahkemesine yapılması öngörülmüştür.

1. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurunun derdest olması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkıdır. Zira, anılan maddede, her şahsın müstakil ve tarafsız bir mahkemede davasının dinlenilmesini isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Bu kapsamda, sadece olağan mahkemeler değil, disiplin kurulları, uzmanlık kurul ve mahkemeleri de yer almakta², bağımsızlık ve tarafsızlık şartı yerine getirildiği sürece mahkeme üyelerinin tamamının veya bir kısmının profesyonel yargıç olmaları şartı aranmamaktadır. Ancak, mahkeme üyelerinin atanmaları, görev süreleri, dış baskılara karşı güvenceleri ve bağımsız bir görünüme sahip olup olmadıkları AİHM kararlarında ayrıca irdelenmektedir³.

Nitekim, adil yargılanma hakkının (tarafsız mahkeme) ihlali gerekçesiyle yapılan başvurularda, yargıçların niteliği de AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) tarafından değerlendirilmekte olup, yargı yerinin bağımsızlığına ilişkin güvencelerin olup olmadığı, yargı işlevini yerine getirirken kamu otoritelerinden talimat alıp almadıkları (Ettl and others/Austria, Appl. No: 9273/81, 23.04.1987; Erkner and Hofauer/Austria, Appl. No: 9616/81, 23.04.1987; Poiss/Austria,

2 Karar veren organın kanunla kurulmuş olması, uyumsuzluğu hem maddi hem hukuki açıdan inceleme, bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olması gerektiği hakkında ve bu konudaki örnek AİHM kararları için bkz. İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İstanbul, 2005, s.158-166.

3 Detaylı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 168 vd.

Appl. No: 9816/82, 23.04.1987.), davanın taraflarından birinin astı konumunda olup olmadıkları (Sramek/Austria, §§ 41-42.) Mahkeme tarafından incelenmektedir.

Örneğin, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye Başvurusunda, Komisyon tarafından, iki sivil, iki askeri yargıç ile meslekten olmayan subay üyeden kurulu Sıkıyönetim Askeri Mahkemesinin askeri yargıçların kariyer ilerlemelerinde hiyerarşik amiri olan subayların olumlu sicil vermeleri şartının aranmasının bağımsız olmadıklarını gösterdiği; subay üyenin ise, her halükarda bağımsız olmadığı, dolayısıyla mahkemenin bağımsız ve tarafsız olamayacağı ifade edilmiş (15530/89, 15531/89, Komisyon kararı, 8.12.1994), AİHM tarafından (Yakış/Türkiye Kararı, B. No: 33368/96), yargıçların atanma biçimleri, görev süreleri, dış baskılara karşı güvencelerinin olup olmadığı, mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediği, bakımlarından yaklaşarak, askeri yargıçların statülerinin kimi yönlerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını kuşku kıldığı sonucuna varmıştır. Askeri yargıçlar yönünden, yürütmenin emrinde ve ordu mensubu oldukları, bu itibarla askeri disiplin ve sicile tabii oldukları, atanmalarıyla ilgili kararların idari makamlar ve ordu tarafından alındığı; subay üyenin ise, komutanın emri altında olduğu ve hiçbir biçimde bağımsız olmadığı sonucuna varmıştır.

Türkiye'deki askeri ceza mahkemelerine ilişkin İbrahim Gürkan/Türkiye Kararında (B. No: 10987/10, 03.07.2012, § 19), AİHM, askeri ceza mahkemesi heyetinde bulunan subayın ordunun hizmetinde çalıştığını ve askeri disipline tabi olduğunu kaydetmiş, üstleri tarafından yargıç olarak görevlendirildiklerinin ve diğer askeri yargıçlara sağlanan anayasal önlemlerden yararlanamadıklarının altını çizmiş ve adil yargılanma hakkı bakımından ihlal kararı vermiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne yönelik verdiği kararında (Tanışma/Türkiye, §§ 83-84. Aynı yönde Sürer/Türkiye, B. No: 20184/06, 31.05.2016, §§. 45 – 47) ise, heyette bulunan kurmay subayların güvencelerini incelemiştir. Mahkemeye göre kurmay subayların askeri hakim olan Yüksek Mahkeme üyeleri ile aynı kurallara tabi olmalarına rağmen maaşlarına, sosyal haklarına ve terfilerine ilişkin konuları düzenleyen ordunun hizmetinde olduklarını belirtmiş, muvazzaf subayların terfilerinin hiyerarşik üstleri tarafından önerildiği ve askeri hakim olan diğer üç üye için öngörülen anayasal güvencelerden tam olarak yararlanamadıklarını kaydederek ihlal kararı vermiştir.

Türkiye'deki askeri ceza mahkemeleri ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne ilişkin son dönem kararlarında AİHM ihlal sonucuna ulaşmıştır⁴. AİHM, askeri ceza mahkemesi heyetinde bulunan subayın ordunun hizmetinde çalıştığını ve askeri disipline tabi olduğunu kaydetmiş, üstleri tarafından yargıç olarak görevlendirildiklerini ve diğer askeri yargıçlara sağlanan anayasal önlemlerden yararlanamadıklarının altını çizmiştir (İbrahim Gürkan/Türkiye, § 19). Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne yönelik verdiği kararında da, kurmay subayların maaşlarına, sosyal haklarına ve terfilerine ilişkin konuları düzenleyen ordunun hizmetinde olduklarını kaydetmiş, muvazzaf subayların terfilerinin hiyerarşik üstleri tarafından önerildiğini ve askeri hakim olan

4 Nitekim bu yönde tespit Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından da yapılmıştır. Bkz. http://inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet_duyurular/2018/haziran/duyuru3/aihhaber.html

diğer üç üye için öngörülen anayasal güvencelerden aynen yararlanamadıklarını belirtmiştir (Tanışma/Türkiye, §§ 83-84)⁵.

Ancak, AİHM' in "Tanışma Kararı" ve sonrasında verilen kararların AYİM' in bağımsız ve tarafsız olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle AİHS 6. maddenin ihlal edildiği yönünde olduğu göz önde bulundurulmuş olsa gerek, kanun koyucu tarafından söz konusu ihlalleri ortadan kaldırmak amacıyla diğer bir ifadeyle bu ihlal iddialarıyla AİHM' ne başvuranlar lehine, devlet aleyhine bir tazminata hükmedilmemesi için çalışmamıza konu olan Geçici 9. madde düzenlenmiştir⁶. Böylelikle, İHAM tarafından bir karar verilmeden önce kişilerin başvurabilecekleri yeni bir iç hukuk yolu öngörülmüştür.

Ancak, bu düzenlemeden istifade edebilmek için kişilerin AİHM' deki başvurularının derdest olması, bu başvuruların Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde daha önce görülen davalarına ilişkin olup, "Mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığı" iddiasını konu almaları gerekmektedir.

2 – Başvurunun Süresi ve Niteliği

Geçici 9. madde uyarınca yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmek için üç aylık süre öngörülmüş olup, bu sürenin başlangıcı için iki farklı tarih öngörülmüştür:

İlki maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yani 27.03.2018 tarihinden itibaren, diğeri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren.

Maddede açıkça ifade edildiği üzere, AİHM' deki başvurusu derdest olanlar 27.06.2018 tarihine kadar yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabileceği gibi, bu hakkı kullanmayarak AİHM tarafından iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kararın tebliğinden itibaren üç ay içerisinde başvurabilecektir. Ancak, 27.06.2018 tarihine kadar başvuru yapmış olanlar AİHM kararının tebliği akabinde başvuru yapamayacaklardır. Zira, maddede açıkça maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde başvuruda bulunulabileceği ifade edildikten sonra takip eden cümlede "*Bu süre içinde istemde bulunmayanlar*" ifadesine yer verilmek suretiyle başvuru yapmak isteyenlerin öngörülen yollardan birini seçebileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer bir yandan, AİHM tarafından verilen kararın tebliğinden itibaren üç ay içerisinde başvurabilme hakkı ise, AİHM kararının gerekçesinin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde olması şartına tabi kılınmıştır. Böylelikle kanun koyucu düzenlediği hüküm doğrultusunda kişilere bir hak tanımaktadır.

5 İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi), Ankara, 2018, s.86.

6 Nitelikim, 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 17. maddesiyle 16 Nisan 2017 tarihinden itibaren (Söz konusu hükmün Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Bkz. 6771 sayılı Kanun madde 18/a, R.G. 11.02.2017, S.29976.), Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve askeri mahkemeler kaldırılmıştır. Bu tarihten itibaren söz konusu mahkemeler yargılama faaliyetlerine devam edememişlerdir.

Zira, Geçici 9. maddeyle kanun koyucu artık yeni bir iç hukuk yolu yaratmıştır. İç hukuk yolları tüketilmeden AİHM' e başvurulması halinde ise, AİHM kabul edilemezlik kararı vermek durumunda kalacaktır⁷. Nitekim maddenin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan itirazlar sonucu Adnan Oğuz Baysal-Türkiye (B. No:29698/11), Ceyran – Türkiye (B. No:41886/05.) kararları tesis edilmiş; AYİM' in bağımsız ve tarafsız olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle yapılan başvurulara ilişkin olarak idare mahkemeleri nezdinde yeniden yargılanma talep etme hakkının getirilmesi yeni bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmiş ve başvuru iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmiştir⁸.

Ancak, kanun koyucunun Geçici 9. maddeyle yarattığı olanağın kullanımı, salt mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerine yapılan başvurular kapsamında olmakta, başkaca nedenlerle tesis edilen kabul edilmezlik kararlarını yargılamanın yenilenmesine gerekçe gösterilememektedir.

Bu durum, kanun koyucunun özelde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde genelde askeri mahkemelerde görülen davalarda tarafsız ve bağımsız mahkeme şartının –aslında – sağlanmadığının kabul ettiğini göstermektedir. Yapılan düzenlemeyle, adil yargılanma hakkını ihlal edecek bu şartın eksikliğinin giderilmesi hedeflenmekte, tazminat ödemek yerine hakkın yerine getirilmesi sağlanmaktadır.

3 – Başvurunun Yapılacağı Mahkeme/Görevli-Yetkili Mahkeme

Geçici 9. maddede yargılamanın yenilenmesi taleplerinin Ankara İdare Mahkemelerine yapılması gerekliliği ifade edilmiştir. Yani, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapan kişiler tarafından yine bu gerekçeyle yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulması halinde, bu talebin Ankara İdare Mahkemelerine yapılması gerekmektedir. Geçici 9. madde bu konuda özel bir düzenleme olduğundan, 53.maddede yer bulan “*Yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır*” hükmü uygulanmayacaktır.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. İdare Dava Dairesi' nin 2018/3415 E., 2019/73 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, Geçici 9. maddede öngörülen şartlar gerçekleştiği takdirde Ankara İdare Mahkemeleri tarafından sanki ilk kez dava açılıyormuş gibi esastan inceleme yapılarak karar verilmesi gerekmektedir:

“...Anılan Geçici maddenin yorumlanmasından, a) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih olan 27.03.2018 tarihinde, b) Bir kişinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, kaldırılan Askeri Yüksek

7 AİHM' e başvurunun derdest olması halinde yeni bir iç hukuk yolunun sağlanması halinde ise, AİHM bu yeni yolun etkili olup olmadığını araştırmaktadır (Xenides-Arestis/Türkiye Kararı, B.No: 46347/99, Scordino-İtalya Kararı, B.No: 36813/97,). Bu kapsamda, kanun koyucunun aslında yeniden yargılama yapılmak suretiyle etkili bir iç hukuk yolu sağladığı muhakkaktır.

8 Bkz. http://inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet_duyurular/2018/haziran/duyuru3/aihhaber.html
Ayrıca, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından üç yüze yakın derdest başvurunun AİHM tarafından düşürüleceğinin beklenildiği ifade edilmiştir.

İdare Mahkemesince verilmiş olup, bu Mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla başvurulmuş derdest bir davasının olması, c) Üç ay içinde de yargılamanın yenilenmesinin dava edilmiş olması koşullarının aranması gerekeceği, buna göre, kaldırılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde hakim olmayan üyelerin bulunması nedeniyle anılan Mahkemece daha önceden verilmiş olup, AİHM'de 27.03.2018 tarihi itibarıyla derdest olan davaların bu kapsamda olacağı anlaşıldığı, dolayısıyla, anılan Geçici 9. madde kapsamında açılan yargılamanın yenilenmesi davalarında, Mahkemece, öncelikle bu maddede yer alan koşulların mevcut olup olmadığının açıklığa kavuşturulması, bu madde kapsamında koşulların sağlanmış olduğu kanaatine varılması halinde ise, artık dava konusu işlemin esastan ilk defa açılan yeni davaymış gibi ele alınıp, hukuki denetiminin yapılarak karar verilmesinin gerekeceği, Geçici 9. maddede aranan koşullar yanında, yargılamanın yenilenmesinin düzenlendiği ve şartların tahdidi olarak sayıldığı 2577 sayılı Kanunun 53. maddesi yönünden de ayrıca bir incelemenin yapılmasının gerekmeyeceği, Geçici 9. maddeyle getirilen düzenlemenin, adeta sözü edilen 53. maddeden farklı olarak ayrı ve yeni bir yargılamanın yenilenmesi yolu şeklinde değerlendirilmesinin gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının, Türk Silahlı Kuvvetlerinde Y0üzbaşı rütbesinde görev yapmakta iken, 08.11.2012 tarihli işlemle Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisinin kesildiği, bu işleme karşı açtığı davada, AYİM 1. Dairesinin 17.09.2013 tarihli kararıyla dava konusu işlemin iptaline karar verilse de, 16.01.2014 tarihli kararında karar düzeltme isteminin kabulü ile davanın reddine karar verilerek davacının aleyhine sonuçlandığı, akabinde Anayasa Mahkemesine yaptığı başvurusunun 16.02.2017 tarihinde kabul edilemez bulunduğu ve son olarak 24.08.2017 tarihinde AİHM'ne başvurduğu, dosyanın Geçici 9. Maddenin yürürlüğe girdiği 27.03.2018 tarihi itibarıyla AİHM'de derdest olduğu, yargılamanın yenilenmesi istemli davasının da 3 aylık süre içinde 11.06.2018 tarihinde açıldığı anlaşılmıştır.

Dolayısıyla, Geçici 9. madde kapsamında yargılamanın yenilenmesi koşullarına haiz olduğu anlaşılan davacının, yargılamanın yenilenmesi istemi kabul edilerek Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisinin kesilmesi işleminin iptali istemi hakkında sanki ilk kez dava açılıyormuş gibi esastan inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken, ayrıca 2577 sayılı Kanunun 53. maddesi yönünden de bir irdeleme yapılarak, dava dilekçesinde öne sürülen sebeplerin anılan 53. madde kapsamında öngörülen nedenlerden birine uymadığı gerekçesiyle de yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine ilişkin verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamıştır..”

Ancak, AİHM' e yapılan başvurularda Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiası gündeme getirilmemiş ise bu durumda özel düzenlemeden faydalanmak mümkün olmayacak, Kanunun 53. maddesinde öngörülen şartların sağlanması gerekecek, yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı veren mahkeme tarafından karara bağlanacaktır. Fakat, bu aşamada da, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de 6771 sayılı Kanunla kaldırıldığından, aynı Kanunun b bendi uyarınca⁹ 2577 sayılı Kanuna göre yetkili idari mahkemesi esas kararı

9 “Kaldırılan askeri yargı mercilerinde görülmekte olan dosyalardan; kanun yolu incelemesi aşamasında olanlar ilgisine göre Yargıtay veya Danıştaya, diğer dosyalar ise ilgisine göre görevli ve yetkili adli veya idari yargı mercilerine dört ay içinde gönderilir”.

veren mahkemenin yerine geçecektir. Kısaca, AİHM' e yapılan başvurularda Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiası gündeme getirilmemiş ise yetkili idare mahkemesi 53. maddedeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edecek, gerçekleştiği yönünde karar verirse esastan inceleme yapacaktır.

B-BAŞVURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Geçici 9. Madde kapsamında yapılan başvurularda başvurunun uygun olup olmadığını irdeleyecek olan da Ankara İdare Mahkemeleridir. Zira, madde metninde “...kaldırılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yaptığı başvuru derdest olanlar, bu tarihten itibaren üç ay içinde Ankara idare mahkemelerinden yargılamanın yenilenmesini isteyebilirler..” hükmüne yer verilmektedir.

Geçici 9. Madde kapsamında yargılamanın yenilenmesini isteyen tarafın Ankara İdare Mahkemelerine başvurması bir gereklilik ise de, tarafın başka bir mahkemeye başvurması halinde, dilekçede Geçici 9. Maddedeki şartların gerçekleştiği ifade edilmişse veya ifade edilmemesine rağmen dava dilekçesinden anlaşılıyor ya da resen araştırma ilkesi uyarınca davanın her safhasında bu durum tespit edilebiliyorsa, mahkemenin özel görev/yetki kuralı gereğince görevsizlik ve/veya yetkisizlik kararı vermesi ve dosyayı Ankara İdare Mahkemesine göndermesi gerekmektedir.

Zira, her ne kadar yargılamanın yenilenmesi talebinde Geçici 9. madde açıkça zikredilmemişse de¹⁰, 2577 sayılı Kanunun 14. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere, ilk inceleme konusunu oluşturan hususların her aşamada dikkate alınması gerektiğinden, mahkemenin bu durumu sonradan tespit etmesi halinde de Kanunun 15. maddesi gereği davanın herhangi bir safhasında tespit edilmesi halinde görevsizlik/yetkisizlik kararı verilerek Ankara İdare Mahkemelerine gönderilmesi gerekmektedir.

Ankara İdare Mahkemesi ise dilekçe üzerinden ilk inceleme yaparak talebin Geçici 9. madde kapsamında kalıp kalmadığını inceleyecek, talebin maddede öngörülen şartlara uygun olduğuna karar verirse, yargılamanın yenilenmesi talebini değerlendirecektir. Aksi karar tesis ederse, diğer bir ifadeyle talebin Geçici 9. maddede öngörülen şartlara uymadığı yönünde karar tesis ederse Kanunun 53. maddesinde öngörülen şartların sağlanıp sağlanmadığını irdeleyecek olan genel yetkili mahkemeye yani esas hakkında karar tesis eden mahkemeye (yetkili idare mahkemesine) dosyanın gönderilmesine karar verilecektir.

Diğer bir yandan bir şekilde Ankara İdare Mahkemesi haricinde bir idare mahkemesine başvuru yapılması durumunda söz konusu İdare Mahkemesinin başvurunun Geçici 9. madde kapsamında değerlendirme yapmayıp bu değerlendirmeyi yapmak üzere Ankara İdare Mahkemesine dosyanın gönderilmesinin usul ekonomisine aykırı olacağını düşünmek de mümkün görünmektedir.

¹⁰ Yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunan tarafın kanımızca dilekçesinde bu talebi iletme haricinde 53. maddeyi ve 9. maddeyi zikretme zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim yargılamanın yenilenmesi usulünü konu alan 55. maddede ve geçici 9. maddede bu yönde bir zorunluluk öngörülmemiştir. Ancak, elbette ki, tarafın dilekçesinde ilgili maddeyi zikretmesi halinde yargılamada süre makul işleyecek talepler daha net anlaşılacaktır.

Örneğin makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasıyla İHAM' a yapılan derdest başvuru gerekçesiyle Geçici 9. madde kapsamında yargılamanın yenilenmesi talep eden kişi yetkili yargı yerini atlayarak yanlışlıkla davasını İstanbul İdare Mahkemesinde açmışsa, bu durumu gören İstanbul İdare Mahkemesinin dosyayı Ankara İdare Mahkemesine göndermesi, aynı tespitte bulunacak olan Ankara İdare Mahkemesinin dosyayı 53. madde kapsamında iade etmesi yargılama sürecini uzatacağı gibi gereksiz posta masraflarına da neden olacaktır. Bu nedenle, bu tür başvurularda başvurunun yapıldığı mahkemece dosyanın incelenebileceğini Geçici 9. maddedeki şartlar sağlanıyorsa dosyanın Ankara İdare Mahkemesine gönderileceğini söylemek daha yerinde bir uygulama olarak öngörülebilecektir.

Bu tür bir duruma örnek olarak, Kanunun 48. maddesinde yer alan düzenlemeyi de göstermek mümkündür. Zira, anılan maddede, bölge idare mahkemesinin istinafa ilişkin kararının temyiz edilmesi halinde, kararın temyize kabil olup olmadığı değerlendirmesinin bölge idare mahkemesince yapılacağı hükme bağlanmıştır. Oysa ki, Kanun'da temyiz merci Danıştay olarak açıkça gösterilmesine rağmen, kararın temyiz edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi işi bölge idare mahkemelerine verilerek, olası, gereksiz posta masraflarının ve zaman harcanmasının önüne geçilmiştir. Bu nedenle, aynı esasın yani dilekçenin önüne geldiği mahkemece yargılamanın yenilenmesi isteminin Geçici 9. madde kapsamında kalıp kalmadığını irdelemesi gerekliliği düşünülebilecektir.

Ancak, yetkisinin kamu düzeninden olması ilkesi gereği, davayı görececek yetkili mahkemenin açıkça düzenlenmesi nedeniyle bu tür bir yol tercihi kanımızca güç görünmektedir. Kaldı ki, Kanunun 48. maddesinde yer alan düzenlemenin açıkça kanun koyucu tarafından hükme bağlandığı görülmekte, ancak Geçici 9. maddede bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanımızca bu konuda yetki verilmeyen idare mahkemelerinin talebin gerçekten Geçici 9. madde kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirmesi mümkün görünmemektedir. Ancak, kanun koyucunun usul ekonomisini sağlamak adına diğer mahkemeleri de yetkilendirmesinde herhangi bir engel de bulunmamaktadır.

C-DEĞERLENDİRME

Tüm bu usuli sorunlar haricinde, bağımsız ve tarafsız olmadığı kabul edilen bir mahkemenin kararları bakımından, sadece AİHM' e bu yönde başvuru yapan kişilere yargılamanın yenilenmesi imkanı tanımak da ele alınması gereken bir konudur. Zira, zamanında bu yönde bir talebi olmayan kişilerin, haklarından bu tarihlerde vazgeçtiğini düşünsek dahi, tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma hakkının, adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu göz önünde bulundurulursa, nasıl olsa bu hakkı da kapsıyor diyerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuran kişilerin kapsam dışı bırakılması da düşündürücü bir meseledir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bağımsız ve tarafsız mahkeme olmadığı yönündeki başvurularda, AİHM' in Tanışma/Türkiye (17.11.2015) kararı öncesinde, – yine bu karar öncesi AİHM kararlarına atıf yaparak – ihlal olmadığı yönünde

hüküm tesis etmekteydi (Kenan Özteriş başvurusu, B. No:2012/989, 19.12.2013, Bülent Karataş başvurusu, B. No: 2013/6428, 26.06.2014, Tanju Taş başvurusu, B. No: 2014/9052, 11.12.2014, Gökhan Günaydın başvurusu, B. No: 2012/1099, 06.05.2015).

Şevki Burak Kaya başvurusunda (B.No: 2013/2818, 06.01.2016) da şu ifadelere yer verilmiştir:

“.. Anayasa Mahkemesi tarafından bu konu daha önce incelenirken belirtildiği üzere AYİM’in oluşumu, statüsü ve görevleri Anayasa ve ilgili Kanununda hüküm altına alınmıştır. AYİM’e atanan askerî hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili Kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden askerî hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun olmadığı, kararlarından dolayı idareye hesap verme durumunda bulunmadıkları, disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir (Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 29). Diğer yandan sınıf subayı üyelerin en fazla dört yıl görev yapmaları, disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları, görev süreleri zarfında idari veya askerî yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaları, bu subayların idareye karşı bağımsızlıklarını güçlendirmiştir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Mustafa Yavuz ve diğerleri/Türkiye (k.k.), B. No: 29870/96, 25/5/2000; Bek/Türkiye, B. No: 23522/05, 20/4/2010, § 30).

Açıklanan nedenlerle Mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin bir husus saptanmadığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir..”

Tanışma/ Türkiye Kararı sonrasında, hatta kanun koyucunun yaptığı düzenlemeler sonrasında bu kararların aksine hüküm etmesi beklenen Anayasa Mahkemesi 2019 tarihli kararların da dahi aynı yönde karar vererek ihlal oluşmadığı yönünde hüküm tesis etmektedir.

Örneğin, Hasan Okan Deligöz Başvurusunda (2015/16727),

“..Anayasa Mahkemesi tarafından bu konu daha önce incelenirken belirtildiği üzere AYİM’in oluşumu, statüsü ve görevleri Anayasa ve ilgili Kanununda hüküm altına alınmıştır. AYİM’e atanan askerî hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili Kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden askerî hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun bulunmadığı, kararlarından dolayı idareye hesap vermek zorunda olmadıkları, ayrıca disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir (Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 29). Diğer yandan sınıf subayı üyelerinin en fazla dört yıllık bir süre ile görev yapmaları, disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları, görev süreleri içinde idari veya askerî yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaları bu subayların idareye karşı bağımsızlıklarını güçlendirmiştir (Yaşasın Aslan, § 30; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Mustafa Yavuz ve diğerleri/Türkiye (k.k.), B. No: 29870/96, 25/5/2000; Bek/Türkiye (k.k.), B. No: 23522/05, 20/4/2010).

Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının da diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir...”

ifadelerine yer verilmiştir.

Fatih Yılmaz ve Diğerleri Başvurusunda (B.No: 2014/12203) ise, başvuruçular, AYİM’de görev alan üyelerin statüsü ve kurmay subay üyelerin heyete katılımı göz önüne alındığında adalete güven duygusunu zedeleyen bir yapı ile yargılama yapıldığını belirterek bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bakanlık görüşünde ise, AYİM’in yapısal sorunlarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Tanışma/ Türkiye kararına atıf yapılarak AHİM’in bu kararda verdiği ihlal kararı da dikkate alınıp üyelerin bağımsız ve tarafsızlığı yönünden adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirme yapılabileceği ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme ise, bu kararında şu ifadelerle yer vererek, Bakanlığın adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirme yapılması gerektiği yönündeki kabulüne rağmen şu ifadelerle yer vermiştir:

“...Anayasa’nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkı, adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Nitekim 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle Anayasa’nın 9. maddesine “bağımsız” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve tarafsız” ibaresi eklenmiş, böylelikle madde metni “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” hâlini almıştır. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu dikkate alındığında – Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi gereği – Anayasa’nın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 60).

AYİM’e atanan askerî hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden askerî hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun olmadığı ve kararlarından dolayı idareye hesap verme gerekliliğinin bulunmadığı, disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir. Diğer yandan sınıf subayı üyelerinin en fazla dört yıl görev yapmaları, disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları, görevleri süresince idari veya askerî yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaları bu subayların idareye karşı bağımsızlıklarını güçlendirmiştir (Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, §§ 29, 30).

Anayasa’nın 157. maddesinde AYİM’in – askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile – asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ile eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini yapacağı belirtilmiştir. 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı mülga Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 20. maddesinde ise asker kişinin TSK’de görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askerî memur, astsubay, askerî öğrenci, uzman

jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş, er, erbaş ve erler ile sivil memurlar olduğu kural altına alınmıştır.

1602 sayılı mülga Kanun'un 21. maddesi uyarınca AYİM, söz konusu kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal ve tam yargı davalarını çözmek ve karara bağlamakla görevlendirilmiştir.

Başvurucular AYİM'deki askerî hâkim olmayan üyelerin kararda belirleyici olduğunu ileri sürmekte ise de AYİM'in bağımsız ve tarafsız bir mahkeme niteliğinde olduğu, Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında sayıldığı, yasa ile kurulduğu, yargılamaya ilişkin usul kurallarının açık ve öngörülebilir nitelikte olduğu, bu kuralların 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile benzerlik taşıdığı, 2577 sayılı Kanun'a göre dava açanlara kıyasla 1602 sayılı mülga Kanun'a göre dava açanlara farklı ve belirgin bir yük getirilmediği, 1602 sayılı mülga Kanun'da yer alan kuralların demokratik bir toplumda olması gereken güven duygusuna zarar vermediği sonucuna varılmıştır (Ahmet Seher Yıldız, B. No: 2013/2320, 3/2/2016, § 37).

Son olarak başvurucular Mahkeme üyelerinin bir kısmının FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında açığa alındığını ileri sürmüş ise de bu durumun kendi davalarına nasıl etki ettiği hususunda yeterli açıklamada bulunmamıştır. 33. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir..."

YARARLANILAN KAYNAKLAR

İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İstanbul, 2005.

İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi), Ankara, 2018.

http://inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet_duyurular/2018/haziran/duyuru3/aihmhaber.html

AIHM kararları için: <https://www.echr.coe.int>, www.anayasa.gov.tr