

“Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi”

Prof. Dr. Aydın Gülan

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1. Bireysel başvuru kararlarının, ülkemizde, hiç kuşkusuz en yoğun biçimde idari yargı sistemini etkileme potansiyeli bulunmaktadır.

Bunun elbette çok çeşitli sebepleri bulunmaktadır:

a. Vedel’in meşhur “İdare Hukukunun Anayasal Temelleri” makalesiyle gündeme getirdiği üzere, idare hukukunun ana başlıkları anayasa hukukundadır. Tersi de sözkonusudur; şimdi 2017 yılında yayınlanan bir tezin başlığında belirtildiği üzere (“Fransız Anayasa Hukukunun İdari Temelleri” Antoine Faye, Fondation Varenne, 2017, 606 s.) Anayasa Hukukunun ana başlıkları da idare hukukundadır. Dolayısıyla bireysel başvuru kararlarında geliştirilen hukuki malzemenin, idari yargı da kendi alanındaki faaliyeti için etkileneceği gibi, idari yargının geliştirdiği yaklaşımlardan, bireysel başvuruları değerlendiren anayasa yargısının da etkilenmesi beklenir.

b. İdari yargı, idarenin eylem ve işlemlerinin denetimini yapmakta olduğu için, bireysel başvurunun korumakta olduğu temel hakların ihlali tartışmasının yapılabileceği dava konuları, idari işlemlerin denetimi dolayısıyla ağırlıklı olarak idari yargı alanında ortaya çıkacaktır. Kamu gücünün temel haklarla karşılaştığı alan idare hukuku sınırları içindedir. Elbette bireysel başvuru dolayısıyla ortaya çıkan “hukuki çare” arayışı bu yakın bağı oluşturacaktır.

c. Ayrıca idari yargının hukuka uygunluk denetimi yapıyor olması da bu bağlantıyı sağlamaktadır. İdari uyumsuzluğa ilişkin kararlara bakıldığında, konuyla ilgili bir çok kanun maddesi ve mevzuat açıklaması olmasına rağmen, kararın çözümü ve gerekçesi çok büyük bir çoğunlukla, idare hukukunun geliştirdiği ilkeler olmaktadır. Bu durumda ilkelerin içeriğini

sürekli gelişebilen ve değişebilen şekilde doldurulması ve olaya uygulanması alanında faaliyet gösterenlerin, yani Anayasa Mahkemesinin ve idari yargı mercilerinin birbirinin kararlarını izlememesi ve etkilenmemesi mümkün değildir.

d. İdare hukuku, idarenin gündemiyle birlikte sürekli gelişen, değişen dinamik bir görünüm içindedir. İdareler sürekli yeni durumlarla karşılaşmakta, hukuki altyapısından yeni gelişmelere uyarlanmasından önce krizi yaşamakta, idari işlemler ve eylemler beraberinde yargının çözmesi gereken uyuşmazlıkları gündeme getirmektedir. Hukuka uygunluk denetimi ancak ilkeler ışığında sürekli yenilenen bir ele alma biçimini gerektirmektedir. İdari yargı sistemi de, gündeminin bu hareketliliği sebebiyle sabit duramaz. Elbette usul kurallarını düzenleyen kanuni temel çerçevesinde hareket eder, ancak konusunun hareketliliği sebebiyle sürekli daha etkin ve adil yargılama için arayış içinde olma gündemi bulunmaktadır. AİHM'nin yaşayan sözleşme yaklaşımı da zaten bu şekilde bir hareketliliği öngörmekte ve hukuki gelişmelere uyarlanma kabiliyetini sürekli diri tutma gereğinin bilincinde bir "hukuki çare" mahkemesi/mahkemeleri geliştirmektedir.

e. Ayrıca işaret etmek gerekir ki Danıştay, idari yargının yüksek mahkemesi olarak, erken dönemlerden itibaren ulusalüstü hukuk belgelerine ve kararlarına atıfta bulunmaya başlamıştır. Bu AİHM kararlarına atıf kimi zaman kararlarının gerekçelerini kuvvetlendirmek, kimi zaman "dışarıdan" destek alarak önündeki olayı, kuvvetlendirilmiş ilkelerle çözmük arayışından kaynaklanmış olsa da, kendi yargı sistemi dışından gelecek "hukuki çare"lere kapalı olduğu söylenemez. Hatta denilebilir ki, idari yargı mercileri her hukuki veriden yararlanma hususunda istekli olduğunu göstermiştir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarla, idari yargı arasında yoğun bir etkileşim için uygun bütün şartlar bulunmaktadır. Ancak gelişim/ görünüm bu yönde midir?

2. Öncelikle belirtmek gerekir ki, AİHM kararları, ülkemizde idari yargı sisteminde ve idare hukukunu ilgilendiren mevzuatta değişikliklere yol açmıştır ve açmaya da devam edecektir "Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri" başlıklı kapsamlı bir tez, kitap olarak 2016 yılında yayınlanmıştır (Nurcan Yılmaz Özel, oniki levha yayınları, İstanbul).

Ayrıca İzmir İdare Mahkemesi Başkanı Osman Ermumcu, "Türk (İdari) Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması" başlıklı bir

makalesi bulunmakta, yargı mensubu olarak konunun algılanma şekli ve düzeyi tespit ve tahlil edilmektedir (Danıştay Dergisi, Yıl 2015, Sayı 138, s. 33 – 63). Bu makalede sayın hakim 2004 yılında 9200 hakim ve savcıya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi eğitimi verilmesini bir dönüm noktası olarak görmekte ve ilgi artışını buna bağlamakta, şimdilerdeki ilgi azalmasını da eğitimlerin devamlılık içermemesiyle açıklamaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki idari yargı içinde İdari dava daireleri üyesi Doç. Dr. Selami Demirkol gibi bu konularda sürekli çalışan, yayın yapan az sayıda olmayan hakim bulunmaktadır

AİHM kararlarıyla ortaya çıkmakta olan standartlar bir dirençle karşılanmaktan ziyade, idari yargı kararlarının gerekçelerini çeşitlendiren, geliştiren, kararlarda dayanılan atıf noktaları haline gelmiştir. Her iki “hukuki çare” üreten mekanizmanın benzer sayılabilecek uyuşmazlık özleriyle uğraşıyor olmasıyla bu durum açıklanabilir.

Danıştay Dergisinde AİHM kararlarına atıfta bulunan Danıştay kararları, bu başlıktaki bir bölüm altında, düzenli olarak her dergi sayısında yayınlanmaktadır.

Bu gelişmede “yaşayan sözleşme” yaklaşımı ile AİHM’nin sürekli geliştirdiği yorumlar ve ilkelerin uygulanmasına ilişkin “hareketli” üretiminin önemli bir etkisi bulunmaktadır. İdari yargının kendi önündeki konulara irdelemesinde ve kararlarını gerekçelendirmesinde kullandığı bir dayanak noktası olmuştur. Hatta kimi zaman fantezi, süslemek amaçlı olmakla eleştirilen uygulamalara da rastlanmaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki, son dönemlerde, özellikle yargılama usulüne ilişkin yorumlarında Danıştay’ın kanunun lafzına ağırlık verdiği ve kimi “hukuki çare”leri, kanun değişikliği olmadan uygulamak yönünde pek de istekli olmadığı görülmektedir. Davanın ihbarı, müdahale gibi konulardaki Danıştay yaklaşımı, Anayasa Mahkemesinin Türkiye İş Bankası bireysel başvuru kararı ve benzeri ihlal kararları üzerine aldığı kararlardaki kıl payı çoğunluğu, konuyu yakından takip eden kişilerde bu kanaati uyandırmıştır.

3. Anayasa Mahkememizin bireysel başvuru kararlarının ayrı ve özgün bir etkisi olup olmadığını anlamak için karşı oy içeren kararlarına bakmak bir fikir verebilir. Çünkü AİHM kararları doğrultusunda verilen kararları önem taşımakta ve iç hukuk aşamasında bir çare ve çözümü içermektedir ama farklı kararlar, ister ihlal niteliğinde olsun, ister red, karşı oy içermesi pek muhtemeldir. Üstelik karşı oyda yeralan gerekçeler genelde çoğunluk kararı

gerekçesinde de karşılanmadığı için, karşı oy aslında neyin de tartışıldığını ama kabul görmediğini göstermesi bakımından önemlidir.

Bu yüzden Anayasa Mahkememizin, AİHM kararları doğrultusundaki kararları dışında, idari yargı sistemimizi etkilemesi bakımından “karşı oy”lar içeren kararlardan bakmak isabetli olacaktır. Karşı oylar kararda tartışılan ve fakat benimsenmemiş yaklaşımları göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla sadece ihlal kararları bakımından değil, ihlal kararı verilmemiş hususlarda da, karşı oylara bakarak yaklaşımı anlamaya çalışmak faydalı olacaktır.

a) Karşı oylar arasında en dikkat çeken E.D. başvurusu hakkındaki kararda yer alanıdır (2015/1668, Karar tarihi 22.2.2018) İki Saygıdeğer Anayasa Mahkemesi üyesi, karşıoylarının 26. paragrafında karşı oyları açısından

“26. Anayasa mahkemesinin bireysel başvuru yetkisinin tanınmasından önce başlayan ve beş buçuk yıla yaklaşan uygulamalara rağmen henüz kamuoyunda tartışılması bitmeyen “süper temyiz mahkemesi” eleştirilerine bu vesileyle değinmekte yarar görülmüştür.”

şeklinde başlamışlar ve “bariz takdir hatası veya açık keyfilik” kavramlarını kullanarak açıklamalarda bulunmuşlardır. Ancak asıl önemlisi 30 numaralı paragrafta yazdıklarıdır:

30. Ancak, İHLAL kararı verilmesi gerektiği yönündeki kanaatimizin bir diğer -ve en az başvurucunun mağduriyetinin giderilmesi kadar önemli- nedeni de şudur: Bireysel başvuru kurumunun Türk hukuk sistemine kazandırılmasının en önemli nedenlerinden biri de, verilecek İHLAL kararları yoluyla, emsal yaratmak ve Türk yargısında uygulamada sıkça rastlanan eksiklik ve yanlışlıkları, aynı zamanda yapısal (sistemik) sorunları hukuk aleminin ve yasa koyucunun dikkatine getirmek, bunlara çözüm bulunmasını sağlamaktır.

Kanımcıca, özellikle idari yargı sistemine etkisi bakımından en önemli ihtiyaç sayın yüksek hakimlerin belirttikleri bu “sıkça rastlanan eksiklik ve yanlışlıkları, aynı zamanda yapısal (sistemik) sorunları hukuk aleminin ve yasa koyucunun dikkate getirmek, bunlara çözüm bulunmasını sağlamaktır”. Bu yaklaşım benimsendiği takdirde başvurucunun kişisel mağduriyetine yol açan durumun aynı zamanda genel bir sorun olması sebebiyle de ihlal kararı verilmesi gündeme gelecektir.

Yeni yayınlanan istatistikten hareket edilirse karara bağlanan bireysel başvuru sayısı 137.063'dür. İhlal edildiği iddia edilen haklara göre bireysel başvuruların dağılımında 161.173 adet ile Adil Yargılanma Hakkı %65'ini oluşturmaktadır. Adil yargılanma hakkının da, ihlal kararları bakımından % 81'ini makul sürede yargılanma hakkı oluşturmaktadır. Bu durumda tek tek ihlal kararlarını beklemek yerine, bu hususa ilişkin yeni, etkili çare ve çözümler üretmek gerekmez mi? Yoksa ihlal kararları sadece ilgili dosyaya ilişkin bir "hukuki çare" yoludur ?

b) Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti başvurusu (2013/865, Karar tarihi 1.6.2016) kararında yer alan karşı oyda *"tespit edilmiş ihlalin doğrudan İdare Mahkemesi kararından kaynaklandığını söylemek olanaklı değildir"* denilerek şu görüşlere yer verilmiştir:

"Mahkememizin tespit ettiği mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararı sonrası dosyanın iade edileceği mahkeme İstanbul 8. İdare Mahkemesidir. İlgili mahkeme yeniden yapacağı değerlendirmede bu kez, kararımız gereği tesis edilen zımni ret işleminde hukuka uyarlılık bulunmadığı yönünde vereceği yeni karar, tesis edilen soyut idari işlemi, doğrudan ödeme yapılmasını tesis edecek icra edilebilir bir ilam haline getirmeyecek, ancak bu karara dayalı olarak TMSF'nin ödeme yapmasına yönelik idari bir tasarrufta bulunması talep edilebilecek ve sonucu beklenecektir." denilmekte ve "ihlali doğrudan giderecek kamu gücü niteliğindeki kurum TMSF tüzel kişiliği olduğuna göre, bulunan ihlalin giderilmesi için dosyanın mahkemesine iadesine gerek yoktur" görüşü dile getirilmektedir.

Bu karşı oy, idari yargı sisteminin ve idarenin işleyişine yönelik bir bakış açısıyla, bir ihlal kararının uygulanması aşamasında etkinlik arayışını yansıtmaktadır. İhlal kararı sonrasında, konu sadece muhatap mahkemesine gönderildiğinde, mahkeme ihlal kararı doğrultusunda karar verse dahi, hakka ulaşılabilmesi için başlayacak süreçte yeni davalar da gerekecek ve aslında yeni bir makul süre ihlali başvurusu daha belki gündeme gelecektir. Konu bu gelişimi pek muhtemel kıldığından, bu aşamaya gelmeden, şimdi tespit edilmiş olan temel ihlalin etkili bir biçimde giderilebilmesi için gerçekçi bir bakış açısıyla satırlara dökülmüş bir arayışı göstermektedir. Bu yaklaşımın zaman içinde benimsenmesi halinde arklı bir gündem oluşturacağı hiç kuşkusuzdur.

c) FORD MOTOR COMPANY başvurusu hakkındaki kararın (2014/13518, 26.10.2017) hem çoğunluk görüşünde önemli ilkeler yer almakta, hem de karşı oyda ihlalin aslında giderilememiş olmasına işaret edilmektedir:

60. Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumludur. Ancak uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkarır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir (Türkan Bal, § 64).

...

65. Hukuk kurallarının belirli olması, bunlara ilişkin yorumların değiştirilemeyeceği anlamına gelmez. Aksine bazı durumlarda içtihat değişikliği hukukun gelişmesi ve güncel gelişmelere uyulanması bakımından gerekli bir hal alabilmektedir. Bu nedenle Dördüncü Dairenin içtihat değişikliğine gitmesi olağan karşılanması gereken bir durumdur. Nitekim Dördüncü Dairenin kararları incelendiğinde yeni görüşünü tatmin edici bir şekilde gerekçelendirdiği ve temellendirdiği görülmektedir. Bununla birlikte Üçüncü Dairenin, yatırım indirimi istisnasından yararlanan kazanç üzerinden yapılan kesintinin temettü vergilendirmesi mahiyetinde olduğu yolundaki görüşünün geçerliliğini sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda Üçüncü Daire ile Dördüncü Daire arasında, 193 sayılı Kanun'un geçici 61. maddesi uyarınca yatırım indirimi tutarları üzerinden yapılan kesintinin mahiyetine ilişkin olarak görüş ayrılığının ortaya çıktığı saptanmaktadır.

66. Anayasa Mahkemesi bu görüşlerden hangisinin daha isabetli olduğu hususunda bir yorum yapmayacaktır. Esasen Anayasa Mahkemesinin böyle bir görevi bulunmadığı gibi bu yöndeki bir saptama Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki yetkisinin dışındadır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu yorum farklılığının hukuk sistemi üzerinde meydana getirdiği sonuçları ve özellikle kanunun kalitesi üzerinde yaptığı etkileri görmezden gelemmez. Anayasa Mahkemesi Danıştayın iki farklı Dairesinin aynı kanun hükmüne ilişkin farklı yorumlarının hukuk kuralının belirliliği ve öngörülebilirliğini etkileyip etkilemediğini inceler. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki denetimi sırasında belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri bakımından değerlendirme yapması bu yorumlardan birini benimsediği veya bunlardan birine üstünlük tanıdığı biçiminde anlaşılmalıdır.

Çoğunluk görüşü isabet ve önem taşımakla birlikte Karşı oyda yer alan *“hukuki belirsizliğin halen giderilmemesinden dolayı hukuki güvenlik ilkesine uygun bir çözüm de getirmeyen mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.”* tespiti aslında ihlalin bu kararlarla dahi çözülemediğine işaret etmekte ve etkinlik arayışını göstermektedir.

d) Anayasa Mahkememizin çeşitli bireysel başvuru kararlarında adli yargı ve idari yargıda takip edilmesi mümkün boyutları olan uyuşmazlıklarda, konunun sadece bir yargı yolunda başvuru yollarının tüketilmesi, diğerine başvurulmaması yeterli görmeyebilmektedir.

Nitekim *“Boyacıköy Panayia Evangelistra Kilisesi ve Mektebi Vakfı”* Başvurusunda, (2015/17.576, Karar tarihi 1.2.2017) *“... Buna göre başvuru tarafından mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak idari yargı yerinde iptal davası açma yoluna gidilmekle birlikte somut başvuru açısından daha etkili giderim yolu olan kayıt maliki aleyhine genel hükümler çerçevesinde adli yargı yerinde tapu iptali ve tescil davası açma imkanı kullanılmaksızın bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır”* denilerek başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Karşı oyda *“Başvurucu, idari işlem aleyhine yetkili mahkeme önünde dava açmış ve mahkeme kararına karşı Danıştay’a başvurarak idari dava anlamında tüketmesi gereken tüm yolları tüketmiştir”* denilmek suretiyle çoğunluk kararına katılmamıştır. Anayasa Mahkememizin AİHM kararlarından ayrılan bu yaklaşım, adli yargı idari yargı ikileminde genellikle idari yargıyı etkin görmemek şeklinde tezahür ettiği için, Anayasa Mahkememizin bu ve benzeri kararlarının idari yargının etkinliğine ilişkin bir şüpheye işaret edip etmediğini değerlendirmek gerekir.

e) Aynı şekilde *“Nafia Sevin Ergün Sefada ve diğerleri başvurusu”* (2014/14.844, Karar tarihi 1.12.2016) kararında ceza yargılaması prosedürünü tüketmiş başvuru açısından adli yargı önünde açılacak davalar ile uğranılan zararın tazmininin mümkün olduğuna işaretle (paragraf 66) *“tıbbi hata nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasının öncelikle hukuk mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması gerekmektedir (76) denilerek “başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.”*

Karşı oy gerekçesinde *“hukuk davası yolunun asıl takip edilmesi gereken yol olarak kabulü, adli veya tababet mesleğine ilişkin bir çok pratik soruna çözüm getirecek nitelikte olsa da bu sonucu adil, vicdana uygun ve yaşam hakkını etkili*

şekilde korumaya elverişli bulmadığımdan çoğunluk kararına katılmıyorum” şeklinde konunun önemli bir boyutuna işaret etmektedir.

f) Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarındaki tazminat yaklaşımı, bir karşı oyda eleştirilmektedir:

“Anayasa Mahkemesi, ihlalin tespit edilmesi halinde başvurucuya maddi ve manevi tazminat verilmesi usulünü AİHM kararlarını örnek alarak uygulamakla neredeyse tesbit ettiği her ihlale tazminat verme yoluna gitmektedir. AİHM uluslararası yargılama yapan bir mahkeme olduğundan, esas aldığı bütün kurallar uluslararası niteliktedir. Orada açılan her davanın başvurucusunun (davacısının) mutlaka bir karşı tarafı (davalısı) ulusal devlet bulunmaktadır. AİHM’de başvuru dilekçesi karşı tarafa (davalıya) tebliğ edilerek savunma ve delil ikamesi imkânı verilmekte, davanın bütün aşamalarına katılımı sağlanarak sonuca gidilmektedir. Tazminatla ilgi olarak uluslararası yargılama yapan başka bir yargı mercide bulunmadığından, AİHM’nin tazminata da karar vermesi yapısına göre yerindedir. Bireysel başvuruyu uygulayan Avrupa ülkelerinin bir kısmının mevzuatında tazminat verilmesi hususu hiç düzenlenmemiş, tazminat verilmesi kabul edilen ülkelerin uygulamalarında ise çok özel durumlara ilişkin, sınırlı sayıda tazminat verilmesi örnekleri bulunmaktadır.

Tazminat verilmesi yönünden, usulü, uygulanması ve yapısı farklı, uluslararası mahkeme olan AİHM içtihatlarının örnek alınması yerine, bireysel başvuruda başarılı olduğu bilinen Avrupa’daki ulusal mahkemelerin uygulamalarının esas alınması daha yerinde olacaktır.” (Tülay Şahin Başvurusu 2013/1568, Karar Tarihi: 8/5/2014)

g) Anayasa Mahkememizin Kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacağına ilişkin kararı, işlevini düzenleyen kanununda yer alan açık bir hükme dayanmakta ise de, hem anayasadaki hükmün bu kısıtlamayı içermemesi, hem de gerçekten kamu gücünü kullanan değil, kamu gücüne maruz kalan bir kamu tüzel kişisi olma ihtimali, sonuç olarak bu kısıtlamayı kanuna uygun ama işin ruhuna aykırı kılmaktadır. Aslında bu gibi durumlarda gerekçeler, kanun koyucuya yol göstermek amacıyla kullanılamazlar mı?

Karar metninde durum gayet net, hatta soğuk diyebileceğimiz bir yasal temel açıklamasıyla ortaya konmaktadır:

“6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacakları düzenlenmiş olup, anılan hükümde, başvuruya konu olayın özel hukuk ilişkisinden ya da kamu gücü kullanılmasından kaynaklanan bir olay olup olmadığı ayrımı yapılmamıştır. Bu açıdan ilgili idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bir önemi yoktur.”

Ancak karşı oy kanundaki bu düzenlemeye eleştiriyi ve yorum yoluyla bir çıkış arayışını içermektedir:

“Ancak, 6216, s.K. m.46,2 cümle 1’deki hükmü, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde de teşmil etmek, kamu tüzel kişilerinin de yararlanabilecekleri temel hak ve özgürleri kapsam dışı bırakacak şekilde yorumlayıp, uygulamak ve kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmek, bireysel başvurunun niteliğine aykırı olduğu gibi, amacına da uygun düşmez. O nedenle, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde, yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda, sınırlı da olsa bireysel başvuruda bulunabilmelerini kabul etmek gereklidir.”

denilmektedir.

h) Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. başvurusu (2015/6728, 1.2.2018) üzerine erilen kararda Vergi uygulamalarında aynı sektörde vergi incelemesine tabi tutulan şirketlere farklı uygulamalarda bulunulması mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayırımıcılık yasağının ihlali sayılmıştır. Karşı oyda, AİHM genel ilkelerinden ayrıldığı görüşü açıklanmaktadır.

1) Ayla Akat Ata Başvurusu (2014/221, 30.11.2017) kararında, Anayasa Mahkemesi sorumlu kolluk görevlileri hakkında soruşturma izni verilmemesi hususunda kararı kesin olan Bölge İdare Mahkemesi kararı hemen sonrasında bireysel başvuru süresinin başlayacağı, bu karar üzerine başvuru Cumhuriyet Savcılığının incelemeye yer olmadığı kararına karşı Ağır Ceza Mahkemesine itirazın yeni bir süre başlatmayacağına karar verilmiştir. Karşı oyda “Mahkememizin süre başlangıcını öne alan yorumu, mevcut hukuk kurallarına göre itiraz sonucunu bekleyen başvuru sahiplerini yanıltıcı bir işlev görecektir” gerekçesi dikkat çekici olup, aslında amacı esas alıp, çözüm geliştirme yaklaşımını göstermektedir.

i) Ramazan Tosun başvurusunda (2012/998, 7.11.2013) ve aynı yönde Kamil Koç başvurusunda (2012/660, 7.11.2013) vekalet ücreti bakımından orantılılık testi yapmaksızın başvuru aleyhine hükmedilen vekalet ücretinin mahkemeye erişim hakkına müdahale niteliğinde olmadığı ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu yönündeki çoğunluk kararına katılmadığını beyan eden “Karşı oy”, özellikle idari davalarda daha ileri giderek gerçekten idare lehine bir vekalet ücreti gerekir mi tartışmasını da mümkün kılmaktadır. Bu konu, karşı oylarla artık iç hukuk gündemimize girmiştir ve mutlaka yeni bir yaklaşımın sonuçlarına yol açacaktır.

j) İsmail Akçayoğlu başvurusu (2014/1950, 13.9.2017) kararında “*Olayda başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden işyeri tahsisinin iptaline ilişkin işleme karşı sadece iptal davası açtığı, buna karşılık işlem dolayısıyla oluştuğu öne sürülen zararın tazminine yönelik tam yargı davası açmadığı görülmektedir. İdari işleme karşı açılan davanın reddedilmiş olması, söz konusu idari işlemde doğan zararın tazmini istemiyle açılan davanın da olumsuz sonuçlanacağı anlamına gelmemektedir. Aksine idare hukukuna göre işlem hukuk uygun olsa bile işlemde doğan zararların idarece karşılanması gerektiği durumlar söz konusu olabilmektedir.*” denilerek başvuru yollarının tüketilmiş olduğuna karar verilmiştir. Bu mümkün ama genel olarak düşünülen bir yaklaşım değildir. Karşı oyda, “... başvurucunun yargı sistemindeki mevcut tüm yargı yollarını tüketmesini beklemek bireysel başvurunun amacı ve niteliğiyle uyumsuzdur. Başvurucu, tahsisin iptaline ilişkin işleme karşı iptal davası açmış ve bu yolu tüketmiştir. Bu nedenle başvurunun kabul edilebilir olduğu düşüncesine varılmıştır” denilmektedir.

4. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararında Danıştay kararına atıfla tanımlara yer verildiği de görülmektedir: Kamil Koç Başvurusu (2012/660, 7/11/2013) üzerine verdiği kararda Anayasa Mahkemesi yazılı bildirim önemi ve işlevini Danıştay 10. Dairesinin bir kararına atıfla kararında açıklamaktadır. İlgili paragraf aşağıdaki gibidir:

“67.Yazılı bildirim esasının anayasal kural olarak düzenlenmesinin temel amacı, idari işlemler karşısında kişilerin hak ve çıkarlarının yargısal yolla korunması; bunun sağlanması için de dava açma hakkının kullanılmasının anayasal güvence altına alınmasıdır. Başka bir ifade ile yazılı bildirim, özellikle kişilerin menfaatlerini ihlal eden idari işlemlere karşı dava açma hakkının kullanılmasında ortaya çıkmaktadır (Danıştay 10. Daire, E. 2010/7934, K. 2010/6948, 28/9/2010).”

5. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının uygulanmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili Şahin Alpay başvurusu (2) de, (208/3007, Karar tarihi 15.3.2018) ihlal başvurularının bağlayıcılığıyla ilgili örnek karar olarak Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun 20.1.2016 tarihli ve E. 2016/23, K. 2016/60 sayılı kararından aşağıdaki alıntı yapılmıştır (24) :

“... bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin bulunduğu belirtilerek yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda bu karara uyulması zorunlu olmakla birlikte, diğer davalarda ihlal kararına uyulmasını zorunlu kılan yasal bir

düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiğini tespit eden hak ihlali kararlarının tarafları, konusu ve sebepleri aynı olan diğer davalarda göz önünde bulundurulmaması, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralını da içeren ve Anayasanın 2'nci maddesinde yer verilen Hukuk Devleti ilkesi ile evrensel hukuk kurallarına aykırılık teşkil eder”.

Değerlendirmelerinize sunmak isterim ki, Anayasa Mahkemesinin kararına alıntılıdığı ve DVDDK kararında, sadece Anayasa Mahkemesince hak ihlali kararlarına uymak zorunluluğuna işaret edilmiyor, belki bunu zikrederek esas olarak, Anayasa mahkemesinin önüne gitmemiş benzer davalarda da, (biraz kısıtlayacak şekilde tarafları, konusu ve sebepleri aynı olan diğer davalar” diyerek) “göz önünde bulundurulmamasını”, hukuk devleti ilkesiyle evrensel hukuk kurallarına aykırılık teşkil edeceği şeklinde gerekçelendirerek ortaya koymaktadır. İşte tam bir karşılıklı etkileşim örneğini bu durum teşkil etmektedir. İhlal kararlarını ilgili davaya uygulama ama ihlal karardan hareketle başka davalara da (belli bir endişeyle sınırlandırarak emsal her davaya uygulansın demeyi uygun görmeyerek) göz önünde bulundurulmasına karar veriyor. Ne olduğunu da ortaya koymadığı “evrensel hukuk kurallarına aykırılık teşkil edecektir” diyerek ve bu durumun soyutluğunu gidermek için “Anayasanın 2. Maddesinde yer verilen Hukuk Devleti ilkesi” demek suretiyle bu yaklaşımını “tahkim” ederek kuvvetlendirerek bir boyut getirmektedir. Bundan Anayasa Mahkemesinin de yararlanmaması mümkün değildir. İdari yargı, Anayasa Mahkemesi ihlal kararlarından hareketle, kendi özgün yargılama tecrübesin dayanarak bu şekilde geliştirici yaklaşımlarda bulunacak ve sonuçta eminim ki Anayasa Mahkemesinin daraltıcı yaklaştığı eleştirilerine maruz kalan yaklaşımını, eğer idari yargıdan yeterince beslenirse, açacaktır.

6. İdari yargılama sistemini, yargılama hukukunun bir dalıdır. Dolayısıyla yargı teşkilatı bütünü ve tüm yargılama hukuku müesseseleri için verilmiş kararlarla ilgisi ve bağlantısı kurulabilir. Ancak bir de idari yargı sisteminin, kendine özgü sorunları ve gündemi bulunmaktadır. Bunlara ilişkin Anayasa Mahkemesinin “ayrı” ve “özel” katkısı beklenir.

Bunlar arasında davanın ihbarı, feragat, müdahilin yanında davaya katıldığı taraftan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma imkanı, Danıştay daireleri arasında yargılama usulü müesseselerine ilişkin farklı kararlar olması,

re'sen araştırma yetkisinin kullanılmamasının adil yargılanma hakkına etkisi, bilirkişi sorunu gibi başlıklar sayılabilir. Bu konularda verilecek kararlar idari yargının, kimi zaman çok ihtiyaç duyduğu biçimde idari yargılama usulünü, kanuni temelinden çok uzaklaşmadan hareketli hale getirebilecek, bu sayede farklı yaklaşımlara imkan sağlar hale dönüşmesini sağlayacaktır.

Elbette yapısal sorunlara, kanuni düzenleme eksikliklerine ve değişiklik gereklerine ilişkin Anayasa Mahkemesinin işareti de önem taşımaktadır:

a) Davanın ihbarı konusu Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Özellikle üçüncü kişinin idari bir makamın bir başka kişiye verdiği ruhsat gibi işlemlerin iptalini talep ettiği davalarda, mahkeme tarafından davanın ihbar edilmemesi, dava konusu işlemin iptali halinde esas zarar görecektir üçüncü kişinin yokluğunda davanın devamına yol açmaktadır. Bu durum adil yargılanma hakkı bakımından büyük önem taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi Yusuf Bilin başvurusu kararında (2014/14.498, Karar tarihi 26.12.2017) idari işlemin iptali istemiyle üçüncü kişi tarafından açılan davanın işlemin lehine tesis edildiği kişiye ihbar edilmemesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasını incelemiştir.

Somut olayda Danıştay 13. Dairesi, ancak temyiz aşamasında haberdar olunarak bu aşamada yapılan müdahale talebini kabul ettiği aynı gün temyiz istemini de yerinde görmeyerek mahkeme kararını onamıştır (karar 16. paragraf). Üstelik aynı davada müdahilin karar düzeltme talebi de, davalı idare karar düzeltme talep etmediği için, müdahilin davaya katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması durumunda tek başına kanun yollarına başvurmasına hukuken imkan bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir (paragraf 19).

Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin benzer bir durumda Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye davasındaki kararındaki "mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği" sonucuna ulaştığını (paragraf 33) zikretmekte ve fakat bütün karar boyunca ihlal sayacağı beklentisini destekleyen gerekçelerden sonra sadece 62 nolu paragrafta yazdığı gerekçelerle sonuç olarak "somut olayın özel koşullarının başvuruca aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklediği" kanaatiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bu aslında ilk derece mahkemesinin takdirine bırakılmış bir müessesenin işleyişinde, davanın sonucundan doğrudan etkilenecek kişinin varlığının tespiti halinde, davanın ihbar edilmemiş olmasının her durumda bir mahkemeye erişim hakkı ihlali sayılmasının kabulü halinde, idari yargılama

uygulamasını etkileyecek, benzer başvurulara gerek bırakmadan idari yargı mercilerinin uygulamasını dönüştürecek bir etki fırsatını işlev kapsamında uygun görmemek anlamına gelmektedir.

b) Bu olayda da işaret edilen, müdahilin yanında katıldığı tarafın kanunyoluna başvurmaması halinde tek başına kanunyoluna başvurusunun reddedilmesi “sorunu” da idari yargıda “hukuki çare” bekleyen bir durumdur. Dairelerin bu yöndeki kararları sonuç olarak oy çokluğuyla Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nda kanuni düzenleme gerektiği kanaatiyle kabul görmemiştir.

c) Anayasa Mahkemesinin benzerleri olan ve son örneği Polat Albay başvurusu üzerine verilen kararda görülen (2014/7970, Karar tarihi 22.3.2018) *“İdarelerin iyi yönetim ilkesi gereğince hatalı işlemlerinin neticelerini herhangi bir başvuru olmaksızın resen düzeltmeleri beklenir. Bu gereklilik özellikle maaş, ek gösterge ödemeleri gibi süregelen etkiler doğuran ve gelecekte de ilgisi üzerinde etki doğuracağı açık olan uygulamalar yönünden daha bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla ilgilinin ilk uygulama tarihi itibarıyla hatayı fark etmemesi ya da zamanında başvurmaması hatalı uygulamanın idare tarafından sürdürülmesini haklı hale getirmek”* (paragraf 46) anlamını taşıyacağı şeklindeki yaklaşımı, idari yargıda idari davaların süre yönünden değerlendirilmesi yaklaşımını etkilemiş ve devam eden ihlallerde her ihlalle dava açma süresinin yeniden başlamış sayılacağı yaklaşımı, özellikle mülkiyet hakkına yönelik işlemler bakımından, yaygınlık kazanmaya başlamıştır.

d) Adli tatilin bittiği günün 4 Eylül veya 5 Eylül sayılması şeklindeki idare mahkemelerinin farklı yaklaşımlarından kaynaklanan süre yönünden red kararları, Muharrem Kılıç başvurusu üzerine verilen ihlal kararına (2012/1071, Karar tarihi 11.3.2015) konu olmuştur. Konu daha sonra, kanuni düzenlemenin de değişmesiyle uygulama tutarlılığına kavuşmuştur.

Aslında ihlal kararlarından hareketle, ihlale yol açan belirsizlikleri gideren kanuni düzenlemeler yapılması Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarının idari yargı sistemi hakkında ürettiği “hukuki çare”lerin etkinliğinin sağlanmasının en önemli yolu olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, kamu tüzel kişiliğinin bireysel başvuru yapamayacağına dair daha önce değindiğimiz karar, Anayasa Mahkemesinin kendi mevzuatının daraltıcı yorumundan kaynaklanan bir sorunun da giderilememesi, aslında temel olarak mevzuattan kaynaklanan yapısal sorunların çözümüne dair bu yolun etkili olacağı yönünde ümit vermiyor.

Makul süre ihlali, artık düzeltilmesi mümkün olan bir husus olmaktan çıkıp, tazminat suretiyle meşrulaşma aşamasına gelmiştir. Mutlaka bu hususa bir çare bulmak üzere, bütün hukuk mekanizması devreye sokulmalı, yani çözüm ve çareler üretecek mekanizmalar sürekli devrede olmalıdır.

idari yargıdan esinlenen bir yargılama idi, şimdi idari yargının yitirmeye başladığı bir yaklaşımı ifade ediyor, idari yargının varlık işlevine uygun dönüşümü için destek olacağı hiç şüphesizdir.

Sonuç olarak;

İdari yargı alanında Anayasa Mahkemesinin AİHM'nden farklı ve belki onun da esinleneceği özgün kararlar geliştirmesine de ihtiyaç bulunmaktadır. Sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidişi azaltılması ve bir süzgeç olması işlevi yeterli ve tatmin edici bir işlev sayılamaz kanaatindeyim.

Bunun için,

a) Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru dolayısıyla "hukuki çare" arayışında daha bütüncül yaklaşması beklenirdi. İvedi yargılama, kanunyollarında duruşma, davanın ihbarı, müdahillik, Danıştay daireleri arasında yargılama usulü bakımından kararlarıyla ortaya çıkan farklı yaklaşım gibi hususlarda, önüne geldiğinde sadece önündeki olay açısından değerlendirmelerle yetinmemesi, bu müesseselerin idari yargının bünyesine uyabilmesi için kanuni engellere veya eksikliklere işaret etmesi beklenirdi. Sonuçta ister somut olaya özgü bir kamu makamı uygulamasından, isterse kanundaki bir eksiklikten kaynaklansın ihlal her durumda ihlaldir ve giderilmesi gerekir.

Yasa koyucunun idari yargının kimi kararlarına yönelik açık düzenlemeleri karşısında, hukuki denetim yapan ve fakat açık kanuni düzenlemelere riayet etmemelik yapamayacak idari yargı mercileri, AİHM'ne konu gitmeden de Anayasa Mahkemesi tarafından bütüncül yaklaşımla yapısal sorunlara işaretle ihlal kararları verilmesi halinde oluşacak hukuki durumdan faydalanacaklardır.

b) Ayrıca işaret etmek gerekir ki, kararlarında yer alan unsurlar, konuları ele alma, irdeleme ve yazma biçimi, kararlarında kullandığı kavramlar dikkate alındığında, idari yargının kendi yöntemi ve dilini tamamen değiştirmemiş olması, bu meyanda karar yazım biçimini dahi henüz değiştirmemiş olması, AİHM uygulaması ve ürünlerinden bu etkilenme düzeyinin şekli unsurlardan ziyade, içeriğe, sözleşmede yer alan hakların anlam ve kapsamına yönelik

geliştirilmiş boyutlardan istifade etmeye yönelik olduğu yorumunu mümkün kılmaktadır.

Bu verilerden hareketle idari yargı mercilerinin AİHM kararlarını kullanması, bir çok durumda bilinçli bir tercih ve gelişme çizgisi içermekte olduğu söylenebilir. İdari yargı mercileri zaman içinde kendi oluşturduğu terminolojiyi terk etmemekte, ancak onu karşılayacak kavramlar iç hukukta yoksa o zaman ithal etmektedir. Aslında idari yargının birden bire yeni bir yaklaşım boyutuna geçmektense, kademe kademe, tedrici bir gelişme gösteren gelişme çizgisi izlemekte olduğu dikkat çekmektedir.

Kanımcıca bu husus idari yargı için önemli bir göstergedir: Evrensel olandan beslenmeyi bilen, ulusalüstü olanı, yerelliğini terk etmeden kararlarını geliştirmek için kullanabilen; tarihi gelişim çizgisini, kaynak çeşitliliği sağlayarak sürdürebilen önemli bir kurumsallık göstergesidir.

c) Bireysel Başvuru kararlarının Danıştay'ın kararlarında kullandığı kavramlardan da beslenmesi gerekir. Örneğin, başvurucu o konuyu iddia etmiş olsaydı ihlal değerlendirmesi yapardım anlamına gelen satırlara bakınca, kimi durumlarda idari yargıda bulunan re'sen tahkik kapsamında ihlal oluşturan hususlara, tarafın işaret etmesine gerek kalmaksızın, bakılabilmesi düşünülebilirdi. İdari yargı sisteminden de beslenecek bir Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de ilham verecek kararlar geliştirebilecektir. Samimi kanaatim budur.

Türk yargı sistemi, idari yargı sistemi de çokça hem vatandaşlar hem de idare tarafından eleştirilmektedir. Ancak eleştirilen yargı mercilerimizin durumuna bir de farklı açıdan bakmak gerekir. Hiçbir başka ülkeyle kıyaslanmayacak şekilde, sayıda ve çeşitte uyuşmazlık bu yargı mercilerimizin önüne gelmektedir. Siyasi, sosyal, dini, ailevi, kişisel her türlü sorunun bir hukuk uyuşmazlığına dönüştürülerek, kendi boyutlarında çözümlerini aramak yerine, çoğu zaman yargının ve hukukun çözmesi için öncelikle yargının önüne getirilmesi alışkanlığının geliştiği bir ülkede yaşamakta olduğumuzu görmek gerekir. Diğer yandan idari makamlar da sürekli uyuşmazlık üretmektedirler. Mevzuatı, temel ilkeleri, hakkaniyeti dikkate alarak çözebilecekleri bir çok talebi, sorumluluk endişesiyle, mahkemenin çözmesi için vatandaşı dava açmaya yönlendirmektedir.

Başka ülke yargı organlarının önüne gelemeyecek kadar çok çeşitli konuda ve sayıda uyuşmazlık, atipik konular özellikle idari yargının gündemine gelmektedir. Bu kadar yoğun ve sıcak bir gündemle, üstelik

zaman baskısı altında çalışan idari yargıyı, ona yönelik haklı eleştirilere de gözardı etmeden, ama gösterdiği dayanıklılık ve herşeye rağmen sistemi sürdürmeyi başardıklarına dikkat çekmek gerekir. Bu tür bir dayanıklılığı gösterebilen, başka ülkelerde yargının kilitlenip çalışamayacağı hallere yol açabilecek zamanları ve durumları aşabilen yargı teşkilatını tebrik ve takdir etmek, gelişme ve etkinleşme gayretine katkıda bulunmak gerekir.

Aynı zamanda bu yargı sisteminin yerel tecrübesinden, olay ve durum aşma biçimlerinden yola çıkılarak, ulusalüstü çözümlerde dikkate alınabilecek üretimler yapma ihtimali de ciddiye alınmalıdır kanaatindeyim. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Medeni Kanunu'nun uygulanmasında, Türkiye'deki uygulama tecrübesinden yararlanmış, Türk doktrinine atıflarda bulunarak önemli çözümler geliştirmiştir.

Dolayısıyla şu şekilde bitirmek isterim: Danıştay ve idari yargı mercileri AİHM ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarından yoğun ve devamlı şekilde etkilenmekte ve yararlanmaktadır. Kararlarındaki atıflar ve karar gerekçelerinde kullanılan hukuki açıklamalar bu hususu hiç tereddütsüz göstermektedir.

Ama bu tespitime ek olarak değerlendirmelerinize sunmak isterim ki, Anayasa Mahkemesinin de bireysel başvuru konularında Danıştay'ın geliştirdiği yaklaşımlardan, gerekçelerden, sürekli olarak içini doldurduğu ve geliştirdiği hareketli idare hukuku ve idari yargılama kavramlarından beslenmesi mümkün ve gereklidir. Bu sayede, bireysel başvuru kararlarını ve gerekçeleri takip edecek AİHM'nin sözleşmeyi yorumlamasına Anayasa Mahkememizin, idari yargıdan beslenerek, katkı sağlaması umulur.