

# DANIŖTAY DERGİSİ

YIL : 34

SAYI : 108

2004

# DANIŞTAY DERĐİSİ

## DANIŞTAY TASNİF VE YAYIN KURULU

<b>BAŞKAN :</b> Mustafa BİRDEN	Danıştay İkinici Daire Başkanı
<b>ÜYE :</b> Yılmaz ÇİMEN	Danıştay Birinci Daire Üyesi
<b>ÜYE :</b> Őevket APALAK	Danıştay Sekizinci Daire Üyesi
<b>ÜYE :</b> Esen EROL	Danıştay Beşinci Daire Üyesi
<b>ÜYE :</b> Suna TÜRKOĞLU	Danıştay Üyesi – Genel Sekreter

## DANIŞTAY TASNİF VE YAYIN YÜRÜTME BÜROSU

<b>Başkan</b>	: Suna TÜRKOĞLU
<b>İdari Görevli Tetkik Hakimi</b>	: Hüseyin Ünal KARA
<b>Tetkik Hakimi</b>	: Özlem ERDEM KARAHANOĞULLARI
<b>Tetkik Hakimi</b>	: Őehnaz GENÇAY KARABULUT

**Yayın İŐleri Müdürü** : R. Yıldırım ÜNAL

- Dergide yayımlanan eserlerden, Danıştay Dergisi kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

### **YazıŐma Adresleri**

- Yayınlarla ilgili olarak Danıştay Başkanlığı Yayın İŐleri Müdürlüğü
- Satın alma ve abone iŐleri için Danıştay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı  
İhlamur Sokak No: 4 YeniŐehir 06448 – ANKARA  
Tel: 425 41 26

### **ISSN 1300 – 0187**

Bu Dergi Danıştay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı tarafından yayımlanmıştır.

**Baskı :** Kardelen Ofset Matbaacılık Ltd. Őti., 432 23 78

## İÇİNDEKİLER

<b>İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması</b>	
<i>Ender ÇETİNKAYA</i> .....	1
<b>Kamu Mallarında Ecrimisil</b>	
<i>Yrd. Doç. Dr. Yasin SEZER</i> .....	5
<b>İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi</b>	
<i>K. Eren GÖNEN</i> .....	23
<b>11 Nolu Protokol Bağlamında Avrupa Konseyi Denetim Sisteminin Kurumsal Yapı ve Yargısal İşleyişi Açısından Kazanımları</b>	
<i>Yrd. Doç. Dr. Naci DOĞAN</i> .....	39
<b>Avrupa Toplulukları Adalet Divanı</b>	
<i>Suat DURSUN</i> .....	57
<b>Avrupa Hukuku'nda İyi Yönetim Hakkı Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi</b>	
<i>Aytaç KURT</i> .....	85
<b>DANIŞTAY DERGİSİ YAYIN İLKELERİ</b> .....	105
<b>DANIŞTAY YAYINLARI</b> .....	106



# İNSAN HAKLARI ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİNİN İÇ HUKUKTA DOĞRUDAN UYGULANMASI\*

*Ender ÇETİNKAYA\*\**

İnsan hakları en yalın ifadesi ile, kişiyi koruyan, özgürlük ve onurunu güvence altına alan hakların bütünüdür. Anlam itibarıyla geniş kapsamlı olan bu kavram, her türlü ayrımı reddederek tüm insanların doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlükleri ifade eder. Bu hak ve özgürlükler öncelikle bireyin korunmasını, maddi ve manevi varlığının geliştirilmesini içermektedir. Hak ve özgürlük kavramları üzerine temellendirilen insan hakları olgusu, dinamik bir yapıyı öngörmekte, olanı değil, olması gerekeni hedeflemektedir.

İnsanlık tarihi kadar eski olan hak ve özgürlüklerin korunması, güvence altına alınması mücadelesinin ürünü, pek çok, hak ve özgürlük bildirgesi yayımlanmıştır.

İnsan hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik bilinen ilk yazılı metin olan Hammurabi Kanunlarının düzenlendiği tarihten bu yana yaklaşık dört bin yıl geçti. Öngördüğü yaptırımlar, çağımız evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasa da, bu yazılı metinde yer alan pek çok ilke, insan haklarına önem vermesi bakımından değer taşımaktadır.

Hak ve özgürlük mücadelesinin batıda bilinen ilk önemli ürünü, 19 Haziran 1215 tarihli Magna Charta Libertatum, yani Büyük Hürriyet Fermanıdır. Ferman ile kralın yetkileri sınırlandırılmış, kimi hak ve özgürlükler dünyevi ve ruhani liderlere devredilmiştir. 17'nci ve 18'inci yüzyıllarda yayımlanan Hollanda Bağımsızlık Bildirisi, İngiltere İnsan Hakları Bildirisi, Amerika Birleşik Devletleri Bağımsızlık Bildirisi ve Fransa da yayımlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile bireyin korunması, hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması amaç edinilmiş ve buna yönelik kurallara yer verilmiştir.

---

\* Türkiye Barolar Birliğince 5.11.2004 tarihinde düzenlenen, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" konulu toplantının açış konuşması.

\*\* Danıştay Başkanı

Hak ve özgürlük mücadelesinin önemli kilometre taşlarını oluşturan ve zaman darlığı nedeniyle ismini telaffuz edemediğim pek çok belge, bildiri, beyanname, demokrasinin ve hukuk devletinin temelini oluşturmuşlardır.

Diğer milletlerde olduğu gibi bizde de insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması için verilen mücadeleler neticesinde çeşitli sözleşmeler imzalanmış, fermanlar yayımlanmıştır. 7 Ekim 1808 tarihinde merkezi hükümet ile Anadolu ve Rumeli ayanları arasında imzalanan Sened-i İttifak ile ayanlık sistemi bozulmuş, saltanat haklarına sınırlama getirilerek, anayasal ve demokratik toplum düzenine geçiş yolunda sınırlı da olsa ilk adımlar atılmıştır.

İnsan haklarına ilişkin, Cumhuriyet öncesinde yayımlanan önemli diğer bir belge ise; Tanzimat Fermanıdır. 1839'da ilan edilen Ferman ile padişahın yetkileri sınırlandırılmış, hukuk kurallarına bağlı olunacağı taahhüt edilmiştir. Güvenlik ve haklara ait garantilerle bunların gerçekleşmesi gayesini güden ceza ve usul ilkelerine yer verilerek, temel insan hak ve özgürlükleri olan; can, ırz, namus ve mal emniyetinin korunması gerektiği vurgulanmıştır.

Türk siyasi tarihinde ilk yazılı anayasa olan Kanun-i Esasi'nin 8 ila 26'ncı maddeleri insan hakları ile ilgili düzenlemelere ayrılmış, Cumhuriyetin ilan edilmesinin ardından yürürlüğe giren 1924 Anayasasının beşinci bölümünde de insan hakları ile ilgili maddelere yer verilmiştir. Uluslararası bildirgelerde vurgulanan, çeşitli sözleşmelerle güvence altına alınan kişi hak ve özgürlüklerine esas itibarıyla 1961 ve 1982 Anayasalarında da yer verilmiş, bireyin korunması anayasal teminat altına alınmıştır.

Çağımızda insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması sorunu, bir iç hukuk meselesi olmaktan çıkmış, modern tüm dünya milletlerinin ortak uğraşı alanını oluşturmuştur.

İnsan hak ve özgürlüklerinin korunması, güvenceli bir yapıya kavuşturulması, ulusal ve uluslararası etkin bir yargısal denetim mekanizmasının varlığını gerekli kılmaktadır.

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması bakımından, Birleşmiş Milletler Andlaşması önemli kurallar koymuştur. Kişisel, siyasal, ekonomik ve sosyo-kültürel hakları da içeren bu kuralların somutlaştırılması ve tüm dünya milletlerine ilanı, İnsan Hakları Evrensel Beynamesi ile gerçekleşmiştir.

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi çabası, bölgesel işbirliği ve oluşum sürecini hızlandırmış, bu bağlamda Roma Sözleşmesi adıyla da anılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Kasım 1950'de imzalanmış, 3 Mayıs 1953'de yürürlüğe girmiştir.

Türkiye Devleti tarafından da 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmış bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, zaman içinde yürürlüğe giren eki protokoller ile kişi hak ve özgürlüklerinin korunması konusunda etkin bir denetimi hayata geçiren evrensel bir model olmuştur.

Türk Hükümeti sözleşen taraf olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokolleri imzalamakla, Sözleşmede yer alan bütün hak ve özgürlüklere hem kendi vatandaşları, hem de ülkesinde bulunan tüm yabancılar için uyma yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğün gereği ve sonucu olarak da, Sözleşme ve eki protokollere imza koyan diğer katılımcı devletler gibi Türkiye Cumhuriyeti de uluslararası güvence mekanizmasını işletmek, Sözleşme ile oluşumu, görev ve yetkileri düzenlenen organların verecekleri kararlara uymak ve bunların iç hukukta hayata geçirilmesi için gerekli tedbirleri almak mecburiyetindedir.

Sözleşme ve ek protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin korunması, hak ihlallerinin engellenmesi veya zararlı etkilerinin ortadan kaldırılması konusunda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde bireysel başvuru hakkının tanınmış olması, etkili bir uluslararası yargısal denetim mekanizmasının hayata geçirilmesi sonucunu doğurmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukukumuzdaki konumu ve etkisi özellikle bireysel başvuru hakkının ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yargı yetkisinin tanınması ile önem kazanmış, bu konular toplumun geniş kesimlerinin ilgi alanına girmiştir.

Milletlerarası andlaşmaların hukukumuzdaki yeri ile ilgili olarak 1961 ve 1982 Anayasalarında düzenlemeye yer verilmiş, her ikisinde de, uluslararası andlaşmaların yasa gücünde olduğu ve Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Doktrinde ve kimi yargı kararlarında, milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerinin yasalarla eşdeğer veya üstünde olup olmadığı, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bir andlaşmanın, Anayasaya veya yasalara aykırı olması halinde uygulamasının ihmal edilip edilemeyeceği hususu hep tartışıla gelmiştir.

Anayasa'da 5170 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle 90'ıncı maddeye eklenen, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere

ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı” yolundaki kural ile kanun koyucu; temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmak kaydıyla milletlerarası andlaşmalara yasalar önünde öncelik vermiş, başka bir anlatımla andlaşmaları ulusal hukuk kurallarının üstüne taşımıştır.

Genelde tüm temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar, özelde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokoller pozitif hukukumuzun yasalar üstünde bir parçası haline gelmiş, idare, gerçek ve tüzel kişiler tarafından uyulması, yargı organları tarafından da doğrudan uygulanması gereken hukuk kaynakları arasında yer almıştır.

Avrupa Birliği temel hak ve özgürlükler konusunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokolleri esas almış, Kopenhag Kriterleri ile insan haklarına saygı, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü birliğe ait olmayı tanımlayan şartlar arasında saymıştır. Avrupa Birliği yolunda ilerleyen Türkiye, insan hakları konusunda mevzuatında yaptığı düzenlemeleri pratiğe aktarmalı, bunun tesisi için de resmi ve özel tüm organlar kolektif bir mücadele içine girmelidirler.

İnsan hak ve özgürlüklerinin pratiğe aktarılması sorunu, sadece Ülkemiz için geçerli değil, kişi hak ve özgürlüklerinin elde edilmesi yolunda yukarıda anılan mücadeleleri veren ve bunun ürünü olarak kendi halklarına insan onuruna yakışır yaşam biçimi ve davranış kurallarını layık gören ve bu konuda model olma iddiasını taşıyan devletler, bunu diğer dünya milletlerine de uygulamak mecburiyetindedirler.

Özgürlük ve demokrasi anlayışını ihraç etme görüntüsü altında bu halklara karşı açılan savaş veya her türlü müdahale sona erdirilmeli, hak ve özgürlük çağı olarak kabul edilen bu yüzyılda gözümüzün önünde Irak’ta, Filistin’de ve dünyanın pek çok yerinde yaşanan ve yaşanmaya da devam eden hak ve özgürlük ihlalleri sona erdirilmelidir.

İnsan hak ve özgürlüklerinin teminat altına alındığı, hak ihlallerinin olmadığı ve özgürlük alanlarının genişlediği yaşanır bir dünya, tüm milletlerin ortak gayesi olmalıdır.



# KAMU MALLARINDA ECRİMİSİL

Yrd. Doç. Dr. Yasin SEZER\*

## GİRİŞ

İdare üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için personel ve idari teşkilatın yanında malvarlığına da ihtiyaç duyar. Zira, mal varlığı olmadan idarenin üstlendiği hizmetleri yerine getirmesi mümkün değildir.

İdarenin sahibi olduğu mallar hukuksal bakımdan özel mülkiyetteki mallardan farklı olduğu gibi, kendi aralarında da farklılıklar göstermektedir. Yine bu malların elde edilmesi, elden çıkarılması ve bunlardan yararlanma farklı hükümlere tabidir.

Kişiler kamu mallarından değişik biçimlerde yararlanabilmektedir. Kişilerin kamu mallarından yararlanması “genel yararlanma” ve “özel yararlanma” olarak iki kısma ayrılır. Genel yararlanma, kamu mallarının tahsis amacına uygun bir biçimde bunlardan herkesin yararlanmasıdır. Kural olarak, kamu mallarından genel yararlanmada serbestlik, eşitlik ve bedavalık<sup>1</sup> ilkeleri geçerlidir.

Özel yararlanma ise, bir kamu malından bir veya birkaç kişi tarafından başkalarının o kamu malından yararlanmasını engelleyecek biçimde yararlanılmasıdır. Genel yararlanmadan farklı olarak özel yararlanma serbest değildir. İdareden izin almayı gerektirir. Kamu mallarından özel olarak yararlanmak için idare ile ruhsat, sözleşme ya da imtiyaz yoluyla hukuken geçerli bir ilişki içinde olmak gerekir. Kamu malından özel yararlanmak isteyen kişiye izin verip vermemede veya verdiği izni geri almada idare takdir yetkisine sahiptir. Kamu mallarından özel yararlanma için verilen izin geçici nitelikli ve ücretlidir<sup>2</sup>. Kamu malından başkalarının yararlanmasını

\* Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü

<sup>1</sup> Bedavalık ilkesi, kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilmiş kamu mallarından genel ve ortak bir şekilde yararlanırken bir ücret ödenmemesini ifade eder. Ancak, uygulamada bu ilkeye pek çok istisnaların getirildiğini görüyoruz. Örneğin, müzelere giriş ücreti, köprü geçiş ücreti gibi.. bu konudaki tartışmalar için bkz: İsmet GİRİTLİ – Pertev BİLGİN – Tayfun AKGÜNER, *İdare Hukuku*, Der yayımları, İstanbul, 2001, 657; Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa, 2002, s.569; Yıldızhan YAYLA, “Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu), *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.I, S.I, İstanbul, 1986, s.33-37.

<sup>2</sup> Aydın GÜLAN, “Kamu Malları”, İlhan ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, Alfa yayımları, İstanbul, 1996, s.632; Pertev BİLGİN, *İdare Hukuku Dersleri – İdare Malları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, 93; Şeref GÖZÜBÜYÜK-Turgut TAN, *İdare Hukuku I- Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, 1998, s.700.

engeller biçimde özel yararlanmak isteyen kişi bunun ücretini ödemek durumundadır.

Kişilerin kamu mallarından yararlanmaları ya genel yararlanma şeklinde ya da önceden izin almak suretiyle özel yararlanma usulleri çerçevesinde olur. Ancak, kamu mallarının büyük bir bölümü “elinde bulundurmasını gerektiren hiç bir hukuki sıfatı ve hakkı bulunmayan özel kişiler tarafından işgal edilmiş olarak kullanılmaktadır”<sup>3</sup>. Bu durum, daha önce usulüne uygun bir yararlanma statüsünde iken yararlanma süresinin dolmasına rağmen fiilen kullanmaya devam etme suretiyle; ya da baştan itibaren herhangi bir yararlanma hakkı olmamasına rağmen kamu malını kullanmaya başlama, şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Bunun sebepleri arasında, kamu mallarının envanterinin çıkarılmaması ve idarenin ihmali sayılmaktadır. Ancak, kişilerin bu yola başvurmada bazı yasal düzenlemelerle hukuka aykırı yararlanmaların yasal statüye sokulması veya bu malların haksız kullanıcılara devir ve ferağına imkan tanınması da etkili olmaktadır.

Kamu mallarını herhangi bir izin almaksızın veya arada sözleşmesel bir ilişki almaksızın kullanan kişilere Türk İdare Hukukunda fuzuli şağil (haksız kullanıcı); bu kullanıcılardan alınan ücrete de “ecrimisil” denilmektedir.

Bu çalışmada kamu mallarında ecrimisil uygulaması incelenecektir. Çalışmada önce kavram olarak ecrimisil üzerinde durulacak, daha sonra kamu mallarından yararlanan kişilerden ecrimisil alınabilmesinin şartları incelenecektir. Ecrimisil özel hukukta da (eşya hukuku) uygulama alanı bulur<sup>4</sup>. Ancak, bu çalışmada konunun özel hukuk boyutu incelenmeyecektir.

### **I. Ecrimisil Kavramı ve Mevzuatımızdaki Yeri**

Kamu malından haksız olarak yararlanmanın karşılığının tazmin ettirilmesi olarak da ifade edilebilecek ecrimisilin ne olduğu, ne zaman ve kimden istenebileceği konusunda gerek yargı kararlarında ve gerekse öğretilerde farklı yorum ve görüşler ortaya çıkmıştır. Devlet İhale Kanunu

<sup>3</sup> GÜLAN, s.639.

<sup>4</sup> Eski hukukumuzda kötüniyetli zilyedin kullanma karşılığı ödeyeceği tazminat bir çeşit kira bedeli sayılmış ve bunun adına ecrimisil denilmiştir. Uygulamada da, önceki hukukumuzun tesiriyle Medeni Hukuk açısından kötüniyetli zilyedin ödeyeceği bedele ecrimisil denilmiştir. Fakat bu tazminatın hukuki dayanağının ne olacağı konusu tartışmalıdır. Bu konuda öğretilerde ve yargı kararlarında farklı yorumlar vardır. Daha fazla bilgi için bkz: Kemal OĞUZMAN – Özer SELİÇİ, *Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi*, İstanbul, 1988, s.123; Şeref ERTAŞ, *Eşya Hukuku*, Ankara, 1989, s.74.

dışında değişik kanunlarda ecrimisil kavramına yer verilmesine rağmen ayrıntılı düzenleme yapılmamıştır.

08.03.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun, 22.05.1986 tarih ve 3290 sayılı Kanun ile değişik, 18. maddesinin (d) bendinde; “Bu Kanun kapsamında kalan gecekonduculara, ecrimisil ve arsa kullanım bedeli tahakkuk ettirilmez ve alınmaz. Tahakkuk ettirilen veya tahakkuk ettirilip tahsil edilen ecrimisiller ve arsa kullanım bedeli, arsa bedeline dönüşür,” hükmü bulunmaktadır.

3402 Sayılı Kadastro Kanununun 46. maddesinde; “Hazine adına tescil edilmiş taşınmaz mallardan iskan suretiyle veya toprak tevzii suretiyle verilen yerler (işlemleri tamamlanmamış olsa dahi) başka bir şart aranmaksızın hak sahipleri adına tespit ve tescil olunur. Bu şekilde hak sahipleri adına tespit işlemleri gerçekleşinceye kadar geçen süre içinde evvelce tahakkuk ettirilenler de dahil olmak üzere ecrimisil alınmaz,” hükmü yer almaktadır.

6831 Sayılı Orman Kanununun 2. maddesinin sonuna 22.05.1987 tarih ve 3373 sayılı Kanunla eklenen fıkrada ise; “Bu maddenin (B) bendi ile orman sınırları dışına çıkarıp, 2924 sayılı Kanunun 11 ve 12 inci maddeleri gereğince fiili durumlarına göre ifraz edilerek bedeli karşılığı satılacak yer, yapı ve tesisleri kullananlardan, satış işlemleri tamamlanıncaya kadar ecrimisil alınmaz,” hükmü yer almaktadır.

4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karamamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 19. maddesinin (B) bendinin (d) fıkrasında ise; “Bu maddenin (B) bendinin birinci paragrafında belirtilen taşınmaz mallar için; tapuda tescil tarihine kadar hükmen kesinleşenler hariç, tahakkuk eden ecrimisil bedelleri talep edilme(yeceği), tahsil edilenler iade edileme(yeceği),” düzenlenmiştir.

Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında 4070 sayılı Kanunun 5, 6, 7. maddelerinde sırasıyla; kiracılara, hissedarlara ve tarımsal amaçla kullananlara arazi satışı ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

Kanunun 7. maddesinin son fıkrasında ise; “Bu Kanunun 5,6,7 nci maddelerinden yararlanacak kişilere satış yapılabilmesi için birikmiş kira ve ecrimisil borçlarının asıllarının %20 fazlasıyla ödenmesi şarttır. Bu şekilde ödeme yapıldığı takdirde ayrıca gecikme zammı ve faiz alınmaz,” hükmü vardır.

Kanunun 5, 6, 7. maddeleri uyarınca ve taksitle yapılacak doğrudan satışlarda, taahhüt senedinin düzenlenmesinden bedelin tamamının ödenerek

taşınmazın alıcısı adına tesciline kadar geçecek süre için, Kanundan kaynaklanan kullanma nedeni ile fuzuli işgalden söz edilemeyeceğinden, ecrimisilin de dayanağı kalmayacaktır.

Kanunun 8. maddesiyle, doğrudan satış hakkından yararlanamayan kişilere öncelikli alım hakkı tanınmıştır. Kanunda belirtilen şartları taşıyan öncelikli alım hakkı sahibi, Kanunun 2. maddesine göre satışa çıkarılacak taşınmaz mal satış ihalesine katılsın veya katılmasın, kendisine 8. maddedeki hükümler uyarınca öncelikli alım için tebligat yapılır. Hak sahibi bu madde hükmü gereğince yükümlülüğünü yerine getirirse, ihale hak sahibine yapılır. Aksi takdirde ihale, taşınmaz malın daha önce ihale edildiği kişi üzerinde kalır.

Eğer ihale öncelikli alım hakkına sahip kişiye ihale edilirse ve taksitli satış söz konusu ise, yukarıda yer alan açıklamalar nedeniyle ecrimisilin dayanağı olmayacaktır. Ancak, ihale yöntemi ile yapılan peşin veya taksitli satışlarda geçmiş döneme ilişkin kira ve ecrimisil borçlarının tahsili gerekir. İhale taşınmazı kullanmayan bir kişi üzerinde kalırsa fuzuli işgalden zaten söz edilemeyeceğinden, ecrimisil de alınmayacaktır.

3 Mart 1340 (1924) Tarihli ve 431 sayılı Kanunla Hazineye Kalan Taşınmaz Mallardan Bazılarının Zilyetlerine Devri Hakkında 4071 sayılı Kanunun amacı; 3 Mart 1340 (1924) tarihli ve 431 sayılı Hilafetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun gereğince Hazineye intikal eden taşınmaz malların tapu kaydı içinde kalmaları sebebiyle Hazine adına tescil edilen veya edilmesi gereken yerlerin, zilyetlerine verilmesi esas ve usullerini düzenlemektir (m.1).

Kanunun 10. maddesi; “Bu kanundan yararlanmak amacıyla başvuruda bulunanlardan, taşınmaz malın bedelini ödemeleri şartıyla, ayrıca ecrimisil alınmaz; alınmış ecrimisiller iade edilmez ve henüz tahsilatı gerçekleşmemiş olanlar tahsil edilmez,” şeklindedir.

Görüldüğü üzere, değişik kanunlarda ecrimisilin alınıp alınmayacağı konusunda düzenlemeler bulunmasına rağmen, ecrimisil kavramının tanımı, şartları ve ecrimisilin tahsili konularında ayrıntılı düzenleme yapılmamıştır. Kişilerin haksız bir şekilde kamu mallarından yararlanmasının değişik kanunlarla yasal statüye kavuşturulması ve bu malların ilgili kişilere devrinin kolaylaştırılması öğretilerinde eleştirilmiş ve yapılan düzenlemelerin haksız yararlanmaları kısmen meşrulaştırdığı belirtilmiştir<sup>5</sup>. Ancak, uygulamadan

<sup>5</sup> GÜLAN, s.640.

gözlemediğimiz kadarıyla, idarenin de kolayına geldiği için bu tür yararlanmalara göz yumduğu da bir vakıdır.

Ecrimisil işlemleri konusunda ayrıntılı düzenleme, 01.01.1984 tarihinden itibaren, bu tarihte yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75. maddesine ve bu kanunun 74. maddesine dayanılarak 16.12.1984 tarihinde çıkarılan Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa ve Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği ile yapılmıştır. Devlet İhale Kanununa göre, devletin özel mülkiyetinde ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların gerçek ve tüzel kişilerce işgali durumunda fuzuli şagilden ecrimisil tahsil edilir (m.75).

Ecrimisilin tanımı Yönetmeliğin 2. maddesinde yapılmıştır. Buna göre, "Ecrimisil: Bir malın, sahibinin rızası dışında ve onun bu malı kullanmakla bir zarara uğrayıp uğramayacağı söz konusu edilmeksizin bu maldan işgal, tasarruf veya her ne şekilde olursa olsun yararlanılması sebebiyle fuzuli şagil tarafından ödenen veya idarece talep edilen tazminatı ifade eder."

Tanımda yer alan fuzuli şagil (haksız kullanıcı) ise; kusuru aranmaksızın kendisine ait olmayan ve sahibinin de rızası ve muvafakatı bulunmayan bir malın zilyetliğini eline geçiren, elinde tutan veya her ne şekilde olursa olsun bu maldan tasarrufta bulunan gerçek veya tüzel kişi ya da kişilerdir.

## II. Ecrimisil İstenebilmesinin Şartları

Kişilerin kamu malından yararlanması nedeniyle ecrimisil istenebilmesi için belli şartlara ihtiyaç vardır. Yönetmelikte verilen tanımdan da hareketle söz konusu şartları şöyle sıralamak mümkündür.

### - Kamuya ait bir taşınmaz işgal edilmiş olmalı

İdarenin ecrimisil isteyebilmesi için devletin özel mülkiyetinde veya hükmü ve tasarrufu altında bulunan bir taşınmazın işgal edilmiş olması gerekir. Kişilerin kamu malını işgali değişik biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin, tarıma elverişli bir araziye ekip biçmek; devlete ait arsaya bina ya da tesis yapmak; sahillerde başkalarının denize girmesini engeller biçimde izinsiz olarak plajın bir bölümünün kapatmak gibi. Yönetmelikte, "işgal, tasarruf veya her ne şekilde olursa olsun yararlanılmadan" bahsedildiği için ecrimisil istenebilmesi için işgalin biçimi önemli değildir. Hukuki dayanağı olmayan her türlü yararlanma işgal kabul edilmektedir. Uygulamada, kamu mallarının işgali genellikle,

- izinsiz inşaat yapmak,

- kamu malını izinsiz kullanmak,
- kira süresi bittiği halde, sözleşmeyi yenilemeden malı kullanmaya devam etmek,
- tahsisli veya kamu hizmetinde kullanılmak üzere kiralanmış bir binanın bir kısmının işgal edilmesi, şeklinde olmaktadır<sup>6</sup>.

Kanunda geçen “devletin özel mülkiyetinde bulunan mallar” ve “devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallar” kavramlarını açmakta yarar vardır. Özel mallar, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan, fakat, kamunun doğrudan yararlanmasına ya da bir kamu hizmetinin görülmesine tahsis edilmemiş mallardır<sup>7</sup>. Kişiler, kamunun özel mallarından doğrudan doğruya yararlanamazlar<sup>8</sup>. Kişiler, bu mallardan ancak, kiralama, satın alma ya da izin alma suretiyle yararlanabilirler. İdarenin özel malları ayrık durumlar olmakla birlikte, özel hukuk hükümlerine tabidir<sup>9</sup>.

Kanunda geçen “devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler<sup>10</sup>”, kamunun mülkiyetinde olup da kamunun özel mallarının dışında kalan tüm

<sup>6</sup> Milli Emlak Genel Müdürlüğü, *Ecrimisil İşlemleri*, Ankara, 1998, s.3.

<sup>7</sup> GİRİTLİ vd., s.673.

<sup>8</sup> “Devlet malı olmakla beraber, kamu hizmetlerine tahsis edilmeyen işlerde kullanılan veya yalnız gelirlerinden yararlanan mallar da medeni hukuk hükümlerine tabi tutulmaktadır. örneğin....herhangi bir kamu hizmetinin görülmesi için tamamlayıcı parça olarak yer almamış (dinlenme tesisleri gibi) binalar söz konusu ise, artık idare hukuku kuralları değil, özel hukuk kuralları ile çözüm aranmaktadır”. Yargıtay 4HD., E.1985/398, K.1985/5074 in BİLGİN, s.24.

<sup>9</sup> Sadık KIRBAŞ, *Devlet Malları*, Birlik Yayıncılık, Ankara, 1985, s.28

<sup>10</sup> “Devletin hüküm ve tasarrufu altında” ifadesi gerek Anayasada ve gerekse mevzuatta yer almasına rağmen, bunun ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Kavram, bazı kanunlarda tek tek mal türleri bakımından değil sahihsiz mallar ile devletin hüküm ve tasarrufu terimleri arasındaki ilişkiyi gösterecek şekilde kullanılmış olmasına rağmen, bazı kanunlarda kamunun özel mallarının dışında kalan tüm malları kapsayacak şekilde kullanılmıştır(GÜLAN, s.592.). Dolayısıyla, “devletin hüküm ve tasarrufu altında olma” ifadesinin anlamı ve hangi malları kapsadığını anlamak için her kanun ayrı değerlendirmek daha isabetli olur. Örneğin, Anayasanın 43. maddesinde “kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu” düzenlenmiştir. Yine, Medeni Kanununun 715. maddesinde sahihsiz yerler ile yararı kamuya ait malların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu düzenlenmiştir. Kanuna göre, “sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile, kayalar, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde mülkiyete konu olamazlar”(m.715). Ecrimisil konusunun düzenlendiği Devlet İhale Kanununun 75. maddesinde ise, “devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altındaki” mallardan söz edilerek, kamunun özel mallarının dışında kalan tüm mallarını ifade etmek için kullanılmıştır.

kamusal malları ifade etmektedir. Buna göre kamusal mallar, “ya kamunun doğrudan yararlanmasına ya da kamu hizmetine tahsis edilmiş” olan mallardır<sup>11</sup>.

Giriş bölümünde de belirtildiği üzere, kişilerin kamusal mallardan yararlanması genel yararlanma ve özel yararlanma olarak iki kısma ayrılabilir. Genel yararlanma, kamu mallarının tahsis amacına uygun bir biçimde herkes tarafından yararlanmadır. Kural olarak, kamu mallarının ortak kullanımında serbestlik, eşitlik ve bedavalık<sup>12</sup> ilkeleri geçerlidir. Özel yararlanma ise, bir kamu malından başkalarının yararlanmasını engelleyecek biçimde yararlanmadır. Kamusal mallardan özel olarak yararlanma için idare ile ruhsat, sözleşme ya da imtiyaz yoluyla hukuken geçerli bir ilişki içinde olmak gerekir. Ayrıca, kamusal mallarından özel yararlanma için verilen izin geçici nitelikli ve ücretlidir<sup>13</sup>. Dolayısıyla bir kamu malından idareden izin almadan ve başkalarının o maldan yararlanmasını engeller biçimde özel yararlanma ecrimisil alınmasını gerektirecektir. Örneğin, Danıştay’ın bir kararında belirtildiği gibi, “herkesin eşit yararlanma hakkını sınırlayarak,

---

‘Devletin hüküm ve tasarrufu altında olma’ ölçütü, kanunlarda olduğu gibi, yargı içtihatlarında da farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Anayasa Mahkemesine göre, “devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde özel mülkiyet kurulamayacağı, esasen, Medeni Kanunun 641. maddesinde (kanunun eski hali) ilke olarak, hükme bağlamıştır. Bu yerler özel mülkiyete konu olamayacağı içindir ki, Medeni Kanunun 912.maddesine göre tescilleri de gerekmemektedir”. Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde 16/2/1965 günlü E: 1963/126, K: 1965/7 sayılı kararına atıfta bulunarak “Devletin hüküm ve tasarrufu altında olmasının” ne anlama geldiği açıklanmıştır. Bu karara göre “...Anayasa tabii servetleri ve kaynaklarını Medeni Kanun hükümlerine bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmakta, onlara, Devletin Devlet olma niteliği ile eli altında tuttuğu nesnelere düzeni içinde yer vermektedir. Her iki düzen başka başka koşullara ve kurallara bağlıdır; değişik niteliktedir; aralarında birbirlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır. Anayasa’nın 130. maddesi tabii servetlerin ve kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu açıklamakla aynı zamanda bunların mülkiyet konusu olamayacağını da hükme bağlamıştır... Aslında mülkiyet düzenine bağlı bulunmayan bir nesnede mülkiyetin devri de öncelikle söz konusu olamaz” (Anayasa Mahkemesi, E.1985/ K.1986/4, [www.anayasa.gov.tr/kararlar](http://www.anayasa.gov.tr/kararlar), 8.4.2004). Danıştay, bu ölçütü idarenin kamusal mallarını ifade etmede kullanmaktadır. Danıştay’a göre, “Türk Medeni Kanununun 64 linci maddesi, ‘sahipsiz şeyler ile menfaati umuma ait olan mallar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır’ hükmü ile amme emlaki üzerindeki hakkın idare hukukuna mahsus bir mülkiyet hakkı olduğu kuramını bertaraf edecek bir hüküm değildir” Danıştay GK., E.1981/4, K.1981/25, BİLGİN, s.11.; Danıştay 6.D., E.1998/2291, K.1999/1383, *Danıştay Dergisi*, S.101, s.412

<sup>11</sup> GÜLAN, s.580.

<sup>12</sup> GİRİTLİ vd., s.657; GÖZLER, s.569.

<sup>13</sup> GÜLAN, s.632.

şezlong ve şemsiye konulması kumsal alanın işgali olduğu için, bu işgal nedeniyle ecrimisil istenilmesi,"<sup>14</sup> gerekir.

**- Kullanıcıların geçerli bir hukuki sıfatı veya hakkı bulunmaması**

Yönetmelikte, ecrimisilin tanımı yapılırken "taşınmaz malikinin rızası" dışında kullanmadan bahsedilmektedir. Bu durumda, kişilerin kamu malını kullanmalarından dolayı ecrimisil istenebilmesi için, bu malın kullanılmasında idarenin "rızasının bulunmaması" şartı aranmaktadır. İdarenin rızası varsa ecrimisil istenemez. Bir kamu tüzel kişisi olan idarenin rızası hukuka uygun bir irade açıklamasıyla olabilir. Kamu görevlilerinin kamu malı üzerindeki işgale göz yummaları geçerli bir rıza değildir. "İdarenin rızasının bulunmaması" ölçütü, kamu malından özel yararlanma konusunda kişilerin geçerli bir hukuki sıfatının veya hakkının bulunmaması olarak anlaşılmalıdır. Kişilerin kamu malından özel yararlanmaları "ilgili kişilerin talebi üzerine idarenin tek taraflı bir işlemi olan ruhsat (izin) vermesi ya da idareyle kişi arasında sözleşme yapma şeklinde olabilir. Ruhsat, talep üzerine idare tarafından yapılan tek taraflı bir izin verme işlemidir. Ruhsat işlemiyle idare, yararlanma süresi, yararlananın hak ve yükümlülükleri, yararlanmaya karşılık alınacak bedel gibi iznin içeriğine ilişkin konuları birel koşul işlemle tespit etmektedir<sup>15</sup>.

Kamu mallarından özel yararlanma yollarından biri de ilgili kişi ile idare arasında bir sözleşmenin imzalanmasıdır. İmzalanacak olan sözleşmenin hukuki rejimi (özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşme), sözleşme konusu kamu malının türüne göre değişecektir. Sözleşmenin konusunun kamusal mal olması durumunda yapılacak sözleşme, kanunda aksine hüküm bulunmadığı durumlarda<sup>16</sup>, idari sözleşme olacaktır ve idari yargının görev alanına girecektir<sup>17</sup>. Öğretide idarenin özel mallarının kamu yararından çok gelir getirme amacı taşıdıkları, bunların özel hukuka tabi oldukları ve çıkacak uyumsuzlukların adli yargının görev alanına gireceği belirtilmektedir<sup>18</sup>. Dolayısıyla, bu konuda yapılacak sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmesi olacağı düşünülebilse de bunun pek çok istisnası vardır. Örneğin, sözleşme öncesi alınan kararların ayrılabilir işlem kuramınca idari yargıda görülmesi gibi.

<sup>14</sup> Danıştay 10 D., E.1992/2421, K.1994/1092, *Danıştay Dergisi*, S.90, s.1071

<sup>15</sup> GÜLAN, s.631; BİLGİN, 116.

<sup>16</sup> 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun, madde 5: "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir".

<sup>17</sup> BİLGİN, s.117.

<sup>18</sup> GÖZLER, s. 549; GİRİTLİ, s. 673; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.709.



Kişilerin kamuya ait bir taşınmazı, yukarıda bahsedildiği şekilde, bir ruhsat işlemine ya da sözleşmeye dayanmaksızın kullanması durumunda idarenin ecrimisil isteme yetkisi doğar. Ancak, bazı durumlarda da, kişilerin idareden aldıkları izin veya idareyle yaptıkları sözleşmeyle belirlenen sürenin dolmasına rağmen fiilen yararlanmaya devam etmeleri nedeniyle hukuka aykırılık oluşabilmektedir. Bu konuda Devlet İhale Kanununun 75.maddesinde bir düzenleme yapılmıştır. Kanuna göre, “kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren işgalin devam etmesi halinde, sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edilir. Aksi halde ecrimisil alınır”(m.75/3). Kanaatimizce, kanundaki düzenleme bu konuda bir örnektir. Kira sözleşmesinin dışındaki sözleşmelerde veya ruhsat usulünde de bu tür bir haksız işgal söz konusu olabilir. Bazı durumlarda da baştan hukuka aykırı bir işgal söz konusu iken sonradan izin alınabilir ya da sözleşme yapılabilir. Bu durumda da izin ya da sözleşme öncesi dönem için ecrimisil ödenmesi gerekir<sup>19</sup>.

**- Haksız kullanıcı gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir**

Kamuya ait bir taşınmazın hukuka aykırı bir şekilde işgali halinde ecrimisil alınmasında işgal edenin kişiliği önemli değildir. Kanunda sadece gerçek ve tüzel kişilerden bahsedilmektedir. Gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin haksız kullanıcı olması konusunda bir tereddüt yoktur. Ancak, kamu tüzel kişileri için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Danıştay’ın belediyelerden ecrimisil alınamayacağı yönünde kararları olmasına rağmen, uygulamada kamu tüzel kişilerinden de, özellikle belediyelerden, ecrimisil alınmaktadır<sup>20</sup>.

Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kumsal alanın şemsiye ve sezlong kiralamak suretiyle işgal edilmesi nedeniyle 2886 sayılı yasanın 75.maddesi uyarınca ecrimisil istenilmesine ilişkin işlemin iptali için açılan davanın temyiz incelemesinde Danıştay, belediyeden ecrimisil alınmayacağına karar vermiştir. Danıştay’a göre,

1580 sayılı Belediye Kanununun 1.maddesinde belediyenin, belde ve belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tavsiye ile mükellef hükmi

<sup>19</sup> “İşgal edilen taşınmazın 2886 sayılı yasa hükümlerine göre kiraya verilmesi halinde anılan işlemlerin tamamlanmasına kadar geçen dönem için geriye dönük ecrimisil istenilmesi mümkündür”. Danıştay 6.D, E.1997/3062, K.1998/1683, *Danıştay Dergisi*, S.97, s.246.

<sup>20</sup> Hidayet MAT, “Hazinenin Özel Mülkiyetinde veya Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Bulunan Taşınmaz Mallara İlişkin Ecrimisil İşlemleri”, [www.milliemlak.gov.tr/konktur](http://www.milliemlak.gov.tr/konktur) (6.4.2003).

şahsiyet olduğu belirtilmektedir.....Güneşlenen ve denize girenlere belli bir ücret karşılığında da olsa şemsiye ve şezlong kiralanması faaliyetinin toplumun kıyılardan yararlanması amacına yönelik olduğunda duraksama bulunmamaktadır... Gördüğü kamu hizmeti nedeniyle şemsiye ve şezlong kiralayan belediyenin bu faaliyetinin işgal, kendisinin de fuzuli şağil olarak nitelendirilerek ecrimisil tahakkuk ettirilmesi mümkün bulunmamaktadır<sup>21</sup>”.

Karardan da anlaşılacağı üzere, Danıştay, bir kamu tüzel kişisi olan belediyeden ecrimisil alınmayacağına karar verirken, kamu hizmetine vurgu yapmaktadır. Kanaatimizce de, kamu tüzel kişilerinin kamu malını işgalî kamu hizmetinin görülmesine yönelik bir faaliyetten kaynaklıyorsa ecrimisil alınmamalıdır.

**- İdarenin zarar etmesi şart değildir**

Kamu malının haksız kullanıcılarından ecrimisil istenebilmesi için idarenin zarara uğramış olması şart değildir. Devlet İhale Kanununun 75.maddesinde bu konu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, “ecrimisil talep edilebilmesi için (idarenin) işgalden dolayı bir zarara uğramış olması aranmaz”(m.75/1). İşgal edilen taşınmaz, idarenin fiilen kullanmayıp atıl bıraktığı bir mal dahi olsa yine de ecrimisil istenebilir.

**- Haksız kullanıcının kusuru aranmaz**

Devlet İhale Kanununda ecrimisil alınmasında haksız kullanıcının kusurunun aranmayacağı belirtilmiştir(m.75). Kanunda geçen “haksız kullanıcının kusuru aranmaz” ifadesini, kişinin iyi niyetli ya da kötü niyetli olması şeklinde anlamak gerekir. Türk hukuk düzeninde iyiniyet, bir kimsenin, bir hakkın kazanılmasındaki fiili veya hukuki bir engelin varlığını bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi olarak tanımlanmaktadır. Kötüniyet ise, kişinin bir hakkın kazanılmasındaki fiili veya hukuki engelin varlığını bilmesi ya da bilmesi gerekmesidir<sup>22</sup>. Kanun koyucu, ecrimisil istenmesi konusunda kişilerin iyi niyetli ya da kötü niyetli olması arasında bir fark gözetmemiştir. Diğer bir ifade ile, kişilerin kamu malını haksız kullandıklarını bilip bilmemeleri önemli değildir. Her iki durumda da ecrimisil alınabilecektir.

<sup>21</sup> Danıştay 6 D., E.1998/865, K.1999/1147, *Danıştay Dergisi*, S.101, s.414.

Danıştay 6D., E.1998/2291, K.1999/1383, *Danıştay Dergisi*, S.101, s.412.

<sup>22</sup> Ömer ANAYURT, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002, s.312.

Kamu mallarının haksız kullanıcılarında kusur şartı aranmazken özel hukukta (Eşya Hukuku) durum farklıdır. Özel hukukta haksız zilyedin maldan istifadesi nedeniyle ecrimisil (tazminat) ödeyip ödemeyeceği, kişinin iyi niyetli ya da kötünietli olmasına göre belirlenmektedir. İyiniyetli zilyed malı iade ederken maldan istifadesi nedeniyle bir tazminat ödemek zorunda değildir. Medeni Kanuna göre, “iyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya ondan yararlanan zilyed, o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden her hangi bir tazminat (ecrimisil) ödemek zorunda değildir” (m.993). Malı iade edecek olan zilyed, kötü niyetli ise, malı iade ederken maldan bizzat istifadesi nedeniyle ecrimisil ödemek zorundadır<sup>23</sup>.

### III. Ecrimisil Bedelinin Tespiti ve Tahsili

#### - Ecrimisil bedelinin tespiti

Ecrimisil bedelinin tespit ve takdiri ihale usullerine tabi olmayan işlerdendir. Kamu malının haksız kullanımının belirlenmesi ve alınacak olan ecrimisil bedelinin tespiti idarenin tek taraflı işlemiyle yapılmaktadır. Ecrimisil bedelinin tespit ve takdiri konusu 2886 sayılı Kanunun 75. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun “Ecrimisil ve Tahliye” başlığını taşıyan 75. maddesinin ilk fıkrasına göre, “Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların, gerçek ve tüzel kişilerce işgali üzerine, fuzuli şagilden, bu Kanunun 9 uncu maddesindeki yerlerden sorulmak suretiyle, 13 üncü maddesinde gösterilen komisyonca takdir ve tespit edilecek ecrimisil istenir”. Bu maddeye göre, ecrimisil bedelinin veya bu bedelin hesabında kullanılacak fiyatların, Kanunun 9. maddesinde belirtilen belediye, ticaret odası, sanayi odası, borsa gibi kuruluşlardan veya bilirkişilerden soruşturulması gerekmektedir.

Ecrimisil tespit ve takdir komisyonunun teşekkülü ve çalışma biçimi gibi uygulamaya ilişkin konulara girmek istemiyoruz. Ancak, Danıştay’ın farklı yönde kararları nedeniyle uygulamada duraksamalara neden olan aynı kişiden ikinci defa ecrimisil alınıp alınamayacağı konusuna değinmek istiyoruz.

Danıştay, önceki kararlarında, gerek Hazinesinin özel mülkiyetindeki gerekse Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz mallardan aynı şahsın işgalinin devam ettiği ve bu durumda işgalin idarenin bilgisi dahilinde olduğu, gerekçesiyle ikinci defa ecrimisil alınamayacağına karar vermiştir.

<sup>23</sup> Özel hukukta, zilyedin maldan istifadesi nedeniyle bir tazminat (ecrimisil) alınıp alınamayacağı iyi niyetli ya da kötü niyetli olmasına göre tespit edilmesine rağmen, bu tazminatın hukuki dayanağı tartışmalıdır. OĞUZMAN- SELİÇİ, s.118-121; ERTEAŞ, s.85; Ali Rıza DÜZCEER, *Ecrimisil Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.19 vd.

Danıştay'a göre, "davacının aynı taşınmazı işgali nedeniyle uyuşmazlık konusu dönemden önceki dönemlerde de ecrimisil tahakkuk ettirilmesi (durumunda devam eden işgalin) davalı idarenin bilgisi dahilinde bulunduğu açıktır.... Bu durumda davacının artık davalı idarenin bilgisi dahilindeki işgalden dolayı fuzuli şağil olarak nitelendirilmesi ve ecrimisil istenmesi mümkün<sup>24</sup>", değildir.

Ancak, Danıştay, yakın zamanlarda verdiği kararlarda, işgalin devamı süresince, daha önce ecrimisil alınmış olsa bile bir daha ecrimisil alınabileceğine karar vermiştir. Danıştay'a göre, " gerek 2886 yasanın 75. maddesinde ve gerekse ilgili yönetmelikte devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların işgal edilmesi halinde ilgililerden bu işgal nedeniyle ecrimisil istenilmesi durumunda işgalin devamı süresince bir daha ecrimisil istenmeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi; işgalin devam etmesi durumunda idarenin ecrimisil istemesi yasal bir zorunluluktur<sup>25</sup>".

Kamu malını haksız olarak işgal eden kişiden işgal süresince ecrimisil alınması yerinde bir karardır. Ancak, mahkemenin bu kararı, kamu mallarının sürekli ecrimisil alınarak idare edileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira ecrimisil hukuka aykırı bir yararlanmadan dolayı ilgili kişiden alınan bir tazminattır. Bir kamu malı idare yöntemi değildir. Tam aksine, kamu malını korumaya yönelik bir yaptırımdır. Bu nedenle, idare, ecrimisil olarak işgalin devamına müsaade etmemeli; kamu malının boşaltılmasına yönelik yasal işlemleri başlatmalıdır(2886 sayılı k., m.75/son ve 3091 sayılı k., m.9). Veya nitelik itibariyle kamu malının uygun olması ve ilgili kişilerin de istekli olması durumunda usulüne uygun sözleşme yaparak, hem kamu malının atıl verimsiz kalmasını önlemeli, hem de idarenin gelir elde etmesini sağlamalıdır. Danıştay'ın bir başka kararında da belirtildiği üzere, "işgalin devamı nedeniyle ecrimisil alınması yetkililerce kamu malının boşaltılmasına yönelik yasal işlemlerin yapılmasına engel teşkil etmez"<sup>26</sup>

Danıştay kararlarındaki bu içtihat değişikliğinden sonra, ecrimisille ilgili yönetmeliğin 78. maddesine Mart 2004 tarihinde bir fıkra eklenerek<sup>27</sup>, "fuzuli şağilin işgal veya tasarruf ettiği taşınmazdan tahliyesinin herhangi bir nedenle sağlanmamış olması, aynı taşınmazdan ikinci ve müteakip defa

<sup>24</sup> Danıştay 6D., E.1995/2917, K.1996/2403 (yayımlanmamıştır )

Danıştay 6D.,E.1995/4058, K.1996/12175 (yayımlanmamıştır)

Danıştay 6D., E.1995/290, K.1996/2232 (yayımlanmamıştır)

<sup>25</sup> Danıştay 10D., E.2001/4103, K.2003/3912 (yayımlanmamıştır)

<sup>26</sup> Danıştay 10D., E.2003/85, K.2003/3930 (yayımlanmamıştır)

<sup>27</sup> Resmi Gazete, 24 Mart 2004, S.25412.

ecrimisil bedeli istenmesine engel teşkil (etmeyeceği), ecrimisil bedellerinin tahsil edilmesi taşınmazdaki kullanımın devamı hakkını (vermeyeceği)" hükme bağlanmıştır.

#### **- Ecrimisil bedelinin tahsili**

Tespit ve takdir edilen ecrimisil bedeli haksız kullanıcıya ecrimisil ihbarnamesi ile tebliğ edilir. Haksız kullanıcıya tebliğ edilen bu ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren 1 ay içinde ödenmesi gerekir. Tebliğ edilen işlemde bir hata bulunduğu düşünülerek rızaen ödenmek istenmediği takdirde aynı süre içinde tebliğ eden idareye bir dilekçe ile müracaat edilerek düzeltme talebinde bulunulabilir.

Haksız kullanıcı tarafından yapılacak düzeltme talepleri bu taleplerin milli emlak servislerine geldiği tarihten itibaren en geç 1 ay içerisinde milli emlak müdürlüğü veya malmüdürlüğünce incelenerek neticesi Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesi ile muhataplarına tebliğ edilir.

Ayrıca, 132 sıra sayılı Milli Emlak Genel Tebliğinde, ecrimisil alacaklarının zamanaşımı da dikkate alınmak suretiyle, hasat sonu itibariyle tahakkuk ve tahsil ettirilmesine yönelik düzenleme bulunmaktadır.

Vadesinde ödenmeyen ecrimisil alacaklarına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı olmak üzere, 6183 sayılı Kanunun 51. Maddesinin son fıkrası uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen gecikme zammı oranı uygulanarak, bu alacaklar tahsil edilir<sup>28</sup>.

Vade tarihine kadar rızaen ödenmeyen ecrimisil bedeli 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil olunur.

#### **IV. Ecrimisilde Zamanaşımı**

##### **- Tahakkuk Zamanaşımı**

Ecrimisil tahakkuk zamanaşımı süresi konusunda Devlet İhale Kanununda özel bir düzenleme yoktur. Kanunun 92.maddesinde ise, bu kanunda yazılı sürelerin hesaplanmasında hüküm bulunmayan hallerde, Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, Borçlar Kanununda düzenlenen zamanaşımı sürelerinden hangisinin uygulanacağı konusunda tereddütler vardır.

Kanunda açık bir hükmün bulunmaması nedeniyle, bu husus uygulamada ve yargı mercilerinde tartışmalara ve farklı yorumlara konu olmuştur. Yargıtay, 1938 tarihli içtihadı birleştirme kararında "ecrimisilin

<sup>28</sup> Salahaddin KARDEŞ, *Hazine Malları*, Maliye Bakanlığı APK yayınları, Ankara, 1999, s.182.

kira bedeli gibi Borçlar Kanununun 126.maddesi gereğince beş senelik müruru zamana tabi” olduğunu belirtmişti. Yüksek Mahkeme, 1950 tarih ve 22/4 sayılı içtihadı birleştirme kararında ise, ecrimisilin kiraya benzetilemeyeceği, bunun bir haksız fiil sayılması gerektiğini ve haksız fiile ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını gerektiğine karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, yakın tarihli kararlarında<sup>29</sup> ecrimisile kira bedeline ilişkin beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Ecrimisil davalarındaki zamanaşımı konusunda Danıştay, Yargıtay’la aynı görüşte değildir. Danıştay, ecrimisil davalarında Borçlar Kanununun 125.maddesinde düzenlenen 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği, görüşündedir. Danıştay’a göre,

“2886 sayılı yasanın 75.maddesinin 1.fıkrasında ‘Devletin özel mü!kiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların, gerçek veya tüzel kişilerce işgali üzerine, fuzuli şagilden...ecrimisil istenir’, hükmü yer almıştır. Aynı yasanın 92.maddesinde de, bu kanunda yazılı sürelerin hesaplanmasında hüküm bulunmayan hallerde, Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Ecrimisilin tahsilinde, yukarıda anılan hükümler ile tanımlanan niteliği itibariyle Borçlar Yasasında yer alan genel zamanaşımı süresi göz önünde bulundurulmalı ve idare tarafından fuzuli şagilin tesbit edildiği tarihten geriye doğru 10 yıllık .....zamanaşımı (süresi dikkate ) alınmalıdır”<sup>30</sup>.

Diğer taraftan, Milli Emlak Genel Müdürlüğü’nün Ecrimisil konusundaki 1.4.1986 tarih 132 sıra sayılı Genel Tebliğin 2 numaralı bendinde, beş yıllık sürenin dikkate alınarak işlem yapılması istenmiştir.

Danıştay kararlarında 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanması gerektiği belirtilmesine rağmen uygulamada Milli Emlak Genel Müdürlüğünün 132 sıra sayılı Genel Tebliği dikkate alınarak beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaktadır.

<sup>29</sup> Yargıtay HGK., 25.5.1938, E.1937/29, K. 1938/10; Yargıtay 3GD., 26.6.1999, E.1999/6090, K.1999/6902, kararlar için bkz: [www.kazanci.com.tr/kho2/ibb](http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb) (15.4.2004);S. Sulhi TEKİNAY – Servet AKMAN – Haluk BURCUOĞLU- Atilla ALTOP, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989; Rona SEROZAN, *Taşınır Eşya Hukuku*, İstanbul, 2002.

<sup>30</sup>Danıştay 10D., E.1988/2276, K.1991/1936, [www.milliemlak.gov.tr/konktur](http://www.milliemlak.gov.tr/konktur) (6.4.2003). Danıştay DDGK., E.1997/169, K.1998/633, *Danıştay Dergisi*, S. 100, s.56; Danıştay 10D., E.1990/2551, K.1992/1771, *Danıştay Dergisi*, S.86, s.503

Kanaatimizce, Danıştay'ın kararı yerinde bir karardır. Çünkü, 2886 sayılı kanununun 92.maddesindeki atıf nedeniyle, ecrimisil davalarındaki zamanaşımı süresi konusunda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'nun 125.maddesine göre, "kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik müruru zamana tabidir". Ecrimisil zamanaşımı süresi konusunda Borçlar Kanununda özel hüküm bulunmadığına göre, genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık sürenin uygulanması gerekir. Uygulamada, Yargıtay kararlarından esinlenerek, kira bedeline ilişkin beş yıllık süre dikkate alınmaktadır. Ancak, kamu mallarının haksız kullanımının kiracılık ilişkisi olarak düşünülmesi isabetli değildir. Kamu mallarının haksız kullanımı kendine özgü bir haksız yararlanma ve alınan ecrimisil de buna ilişkin bir tazminat olarak değerlendirilmelidir.

#### **- Tahsil Zamanaşımı**

6183 sayılı Kanununa göre, "amme alacağı, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılının başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar. Para cezalarına ait hususi kanunlarındaki zamanaşımı hükümleri mahfuzdur. Zamanaşımından sonra mükellefin rızaen yapacağı ödemeler kabul olunur"(m.102).

Ecrimisil alacağının tahsil zamanaşımına uğraması için sürenin kesilmemiş ya da durmamış olması gerekir. Kanununun 103. maddesinde zamanaşımı süresinin kesileceği, 104. maddesinde ise zamanaşımının işlemeyeceği durumlar belirtilmiştir. Kamu alacağı olan ecrimisil, 103. ve 104.maddedeki şartlardan biri gerçekleşmez ise, 5 yıllık sürenin dolmasıyla zamanaşımına uğrar.

Bununla beraber, Borçlar Kanununun 140. maddesinde, "müruru zaman dermeyan edilmediği surette, hakim müruru zamanı kendiliğinden nazarı itibara alamaz", hükmü düzenlenmiştir. Bu durumda, haksız kullanıcı ileri sürmediği müddetçe, ecrimisil alacağı zamanaşımına uğramış olsa dahi tahsil edilebilecektir.

#### **V. Ecrimisil İle İlgili Davalar**

Kamu malının haksız kullanıcısı, ecrimisil konusunda yaptığı düzeltme talebinin reddi veya tam olarak kabul edilmemesi durumlarında ilgili idare aleyhine yargıya başvurabilir. Öğretide ve yargı içtihatlarında<sup>31</sup>, 2886 sayılı yasa kapsamına giren sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiği kabul edilir. Kamu mallarının haksız kullanılması neticesinde alınması gereken ecrimisile ilişkin

<sup>31</sup> Bahtiyar AKYILMAZ, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s.303; Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, İmaj yayınları, Ankara, 2002, s.179.

işlemler ise, idareyle ilgili kişi arasında yapılan bir sözleşmeyle değil, idarenin tek taraflı kararıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla, idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmektedir. Ayrıca, kanun koyucu, ecrimisil alacaklarının rızaen ödenmemesi durumunda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanacağını belirterek, ecrimisil yönünden yeni ve değişik bir uygulama getirmiştir. Yargıtay'ın kararlarında da belirtildiği üzere, idarenin tek taraflı işlemle tahakkuk ettirdiği ecrimisil işlemlerine karşı adliye mahkemelerinde değil idari yargı mercilerinde dava açılmalıdır<sup>32</sup>.

Diğer taraftan, Devlet İhale Kanununun 75. maddesinin 3. fıkrasında ecrimisil alacaklarının rızaen ödenmemesi durumunda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerine göre tahsil edileceği hükmüne bağlanmıştır. Kanundaki bu düzenleme, ecrimisilin vergi benzeri bir kamu alacağı olduğu yönünde bir izlenim uyandırmaktadır. Dolayısıyla, çıkan uyuşmazlıkların da vergi mahkemelerinin görevine girmesi gerektiği izlenimi vermektedir. Ancak, ecrimisil mahiyeti itibarıyla vergi benzeri bir alacak değil, kamu malının haksız kullanımından kaynaklanan bir tazminattır<sup>33</sup>. Ecrimisil konusunda açılan dava, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunun uygulamasından doğan bir uyuşmazlık değil; ecrimisile ilişkin idari işleminden doğan bir davadır. Ayrıca, İdari Yargılama Usulü Kanununun 34. maddesinde “...işgal..gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulamasında...veya kamu mallarına ilişkin idari davalarda yetkili mahkeme(nin) taşınmaz malların bulunduğu yer idare mahkemesi” olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, çıkan uyuşmazlıkların da vergi mahkemelerinde değil idare mahkemelerinde görülmesi gerekir. Danıştay'ın uygulaması da bu yöndedir.

Ecrimisil alacağının tazminat kabul edilmesinin bir diğer sonucu, ecrimisil işlemlerine karşı açılacak davaların takip ve tahsil işlemlerini durdurmamasıdır. Oysa, İdari Yargılama Usulü Kanununa göre, vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması tahsil işlemlerini durdurur(m.27/3). Şayet, ecrimisil alacağından kaynaklanan uyuşmazlıklar vergi mahkemelerinin görevine girmiş olsaydı açılan dava, takip ve tahsil işlemini durduracaktı. Ancak, ecrimisil işlemlerinden doğan davaların idare mahkemesinin görevine girdiği kabul edilmesi nedeniyle davanın açılmış olması yürütmeyi durdurmaz. Yürütmenin durdurulması için ayrıca mahkeme kararı gerekir.

<sup>32</sup> Yargıtay 3 HD., E.1988/6019, K.1989/591, Dinçer GÖNEN- Hikmet IŞIK, *Açıklamalı Devlet İhale Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.408.

<sup>33</sup> GÖNEN – IŞIK, s.407.



Ecrimisil işlemlerine ilişkin davalarda yetkili mahkeme, bir taşınmaz malın işgaline ilişkin uyuşmazlık olduğu için, İdari Yargılama Usulü Kanununun 34.maddesine göre, taşınmaz malın bulunduğu yer idare mahkemesidir.

### SONUÇ

Kişilerin kamu mallarından yararlanmaları içinde buldukları statülerine bağlı olarak genel yararlanma şeklinde ya da idareden alacakları izin veya idareyle yapacakları sözleşmeye dayalı olarak özel yararlanma şeklinde olabilir. Ancak, kamu mallarının önemli bir bölümü geçerli bir hukuki sıfatı veya hakkı olmayan kişilerin işgali altındadır.

Kamu mallarının etkin bir şekilde korunamaması, kamu mallarından hukuka aykırı yararlanma eğiliminde olan kişileri cesaretlendirmektedir. Kamu mallarının etkin bir şekilde korunamamasının temel sebepleri arasında, bu güne kadar kamu mallarının bir envanterinin çıkarılamaması ve idarenin ihmali sayılabilir. Diğer taraftan, kamu mallarının haksız kullanımı konusunda değişik zamanlarda çıkan af kanunlarının da etkili olduğu söylenebilir.

Ecrimisil, kamu mallarının hukuka aykırı bir şekilde kullanılması nedeniyle işgalciden alınan bir bedeldir. Özel hukukta haksız zilyedin maldan yararlanması nedeniyle ecrimisil ödemesinin şartları ve bunların hukuki dayanağı tartışmalıdır. Kanun koyucu kamu mallarının kullanıcılarından ecrimisil alınabilmesi için kullanıcının kusurlu olması ya da idarenin bir zarar görmüş olması şartının aranmayacağını belirterek olası tartışmaları ortadan kaldırmıştır.

Kamu mallarının hukuka aykırı bir şekilde işgal edildiğini öğrenen idarenin buna derhal son verme yetki ve görevi vardır. Ne yazık ki, uygulamada idarenin bu tür tecavüzleri ortadan kaldırma yerine ecrimisil almak suretiyle mallarını idare etmeye devam ettiği gözlemlenmektedir. Oysaki, ecrimisil bir kamu malı idare usulü değildir. Aksine, kamu malından haksız olarak yararlanan kişilerden geçmişe dönük olarak alınan bir bedeldir. Dolayısıyla, ecrimisili kamu mallarının hukuka aykırı kullanılmasına meşruiyet kazandırma usulü değil, kamu mallarının korunmasına yönelik bir yaptırım olarak görmek gerekir.

Diğer taraftan, ecrimisil bedelinin tespitinde “gerçek değerlerin” tespit edildiğini söylemek imkansızdır. Bir çok durumda, popülist nedenlerden dolayı, ecrimisil bedelleri çok düşük tutulmaktadır. Ecrimisil bedellerinin düşük tutulması haksız kullanıcılar açısından bir yaptırım değil, adeta ödüllendirme anlamına gelmekte ve kamu malını işgal edenleri daha da cesaretlendirmektedir. Bu durum, hukuka aykırılığın yanında ekonomik

olarak büyük kayıplara neden olmaktadır. Bu nedenle, ecrimisil bedelleri gerçek değer üzerinden hesaplanmalıdır.

#### KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- ANAYURT, Ömer, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002.
- BİLGİN, Pertev, *İdare Hukuku Dersleri – İdare Malları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996.
- DÜZCEER, Ali Rıza, *Ecrimisil Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- ERTAŞ, Şeref, *Eşya Hukuku*, Ankara, 1989.
- GİRİTLİ, İsmet – BİLGİN, Pertev – AKGÜNER, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- GÖNEN, Dinçer – IŞIK, Hikmet, *Açıklamalı Devlet İhale Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref – TAN, Turgut, *İdare Hukuku I – Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, 1998.
- GÜLAN, Aydın, “Kamu Malları”, İl Han ÖZAY, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara, 2002.
- KARDEŞ, Salahaddin, *Hazine Malları*, Maliye Bakanlığı APK Yayınları, Ankara, 1999.
- KIRBAŞ, Sadık, *Devlet Malları*, Birlik Yayıncılık, Ankara, 1985.
- MAT, Hidayet, “Hazinenin Özel Mülkiyetinde veya Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Bulunan Taşınmaz Mallara İlişkin Ecrimisil İşlemleri”, [www.milliemlak.gov.tr/konktur](http://www.milliemlak.gov.tr/konktur) (6.4.2003).
- Milli Emlak Genel Müdürlüğü, *Ecrimisil İşlemleri*, Ankara, 1998.
- OĞUZMAN, Kemal – SELİÇİ, Özer, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.
- SEROZAN, Rona, *Taşınır Eşya Hukuku*, İstanbul, 2002.
- TEKİNAY, S.Sulhi – AKMAN, Servet – BURCUOĞLU, Haluk - ALTOP, Atilla, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- YAYLA, Yıldızhan, “Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu)”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.I, S.I, İstanbul, 1986, s.33-37.

# İDARİ YARGIDA MANEVİ TAZMİNAT MESELESİ

*K. Eren GÖNEN\**

## GİRİŞ

Özel hukuktakine kıyasla uzun bir gelişim süreci sonunda olmakla birlikte, manevi tazminat müessesesi idari yargıda da yerini almıştır. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer alan manevi tazminata ilişkin düzenlemeler idari yargı bakımından da esas alınmakta ve bu düzenlemeler doğrultusunda “ölüm”, “bedensel zarar” ve “kişilik haklarına saldırı” nedeniyle manevi tazminata hükmedilmektedir. Ancak, idari yargının kendine özgü kuralları ve idari yargılama sürecinin adli yargıya göre ağır işleyen yönleri, diğer birçok konunun olduğu gibi, manevi tazminat konusunun da idari yargı tarafından adli yargı ile her bakımdan birbirine paralel olarak ele alınmasına ve gelişim göstermesine engel olmuştur. Manevi tazminatın idari yargıda kabulünden başlamak üzere hemen her aşamanın ağır ve sancılı geçtiği söylenebilir.

Bu çalışmada, idari yargıda manevi tazminat meselesi, manevi tazminatın hukuki niteliği, manevi tazminata hükmedilen haller ve manevi tazminatın belirlenmesi başlıkları altında, özel hukuk uygulamaları ile kıyaslanarak, adli ve idari yargı kararları ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır. İdari yargının konuya yaklaşımında da Danıştay'ın ve AYİM'in bakış açıları ayrı ayrı ele alınacaktır.

## I. MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Manevi tazminatın hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Genelde, “ceza görüşü”, “telafi görüşü” ve “tatmin görüşü” olmak üzere üç temel görüş bulunmaktadır<sup>1</sup>.

Manevi tazminatın ceza niteliğinde olduğunu ileri süren görüşe göre, buradaki tazminatın esas görevi -bir miktar para almak suretiyle- failin

---

\* Avukat

<sup>1</sup> KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk Hukuku, C.1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002, s.141.

cezalandırılmasıdır<sup>2</sup>. “Telafl görüşü”nü savunanlara göre ise, manevi tazminatın amacı, uğranılan manevi zararın aynen veya nakden tazmin ve telafi edilmesini sağlamaktır<sup>3</sup>. Buna göre, manevi tazminat, malvarlığı dışındaki hukuksal değerlere yapılan saldırılar nedeniyle meydana gelen eksilmenin giderilmesi olup, manevi zarar karşılığında bir para verilmesi, bu zararın doğrudan doğruya gideriminin olanaksızlığından ötürüdür<sup>4</sup>. Buradaki zarar, kişinin, iç huzuru ve manevi bütünlüğüne yapılan saldırı nedeniyle, kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin mecazi ifadesidir<sup>5</sup>. Bu anlamda, manevi zarar, zarar görenin kişilik haklarına yapılan tecavüzün, onun psikolojik varlığı üzerindeki etkisi biçiminde ortaya çıkar. Başka bir deyişle, uğradığı tecavüz sonucu, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevincini kaybeden kişi manevi zarara uğramış sayılır<sup>6</sup>.

Bugün, doktrinde daha ziyade kabul gören “tatmin görüşü” ise, manevi tazminata yol açan olaylarda, kişiye miktar olarak ölçülemeyen maddi veya manevi bir acı verilmesinin ya da kişinin toplum içinde küçük düşürülmesinin söz konusu olduğu; manevi tazminatın amacının bu acıyı unutturmak, kişinin toplum içinde sarsılan itibarını düzeltmeye çalışmak olduğu ve dolayısıyla, manevi tazminatın bir tatmin niteliği taşıdığı şeklindedir. Bu görüşü savunanlar, zararın malvarlığında meydana gelen bir eksiklik, tazminatın da bu eksikliği gidermeye yarayan bir araç olduğunu belirterek, manevi tazminata yol açan olaylarda ise, kişinin malvarlığında bir eksilmenin doğmadığını ve bu nedenle, ne gerçek anlamda bir zarar ne de tazminattan bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedirler<sup>7</sup>.

Manevi tazminatın hukuki niteliği konusunda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 16.06.1977 tarih ve E:1976/9690 K:1977/7016 sayılı kararında,

*“...Esasen, manevi tazminat ne bir ceza ne de gerçek anlamda bir tazminattır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde belirtildiği gibi, ceza değildir; çünkü davacının yararı düşünülmeksizin, sorumlu olana, hukukun ihlalden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaç*

<sup>2</sup> KILIÇOĞLU, A., “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, S.1984/1, s.15.

<sup>3</sup> KILIÇOĞLU, M., a.g.e., s.142.

<sup>4</sup> KARAHASAN, M. R., Tazminat Hukuku, İkinci Kitap, Manevi Tazminat. Ankara 1996, s.835-836.

<sup>5</sup> KILIÇOĞLU, M., a.g.e., s.140.

<sup>6</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.836.

<sup>7</sup> KILIÇOĞLU, A., a.g.m., s.21.

*edinmediği için de gerçek anlamda bir tazminat sayılmaz. Manevi tazminat, mağdurda veya zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu doğurmalıdır. Manevi tazminatta temel olan ana düşünce budur."*

ifadelerine yer verilmiştir<sup>8</sup>. Yargıtay, bu görüşünü diğer birçok kararında da tekrarlamıştır<sup>9</sup>.

Danıştay da, manevi tazminatın, tam ve gerçek anlamıyla bir tazmin aracı değil, tatmin aracı olduğu görüşündedir<sup>10</sup>. Danıştay 5. Dairesi'nin 08.05.1990 tarih ve E:1988/470 K:1990/929 sayılı kararında<sup>11</sup> da yerini bulan, "*manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye, manevi tazminat adı altında bir miktar para verilerek, onun bu yoldan tatmin edilmesinin sağlandığı*" şeklindeki bu görüş, Danıştay'ın yerleşik içtihadı halini almıştır.

AYİM'in ise, genel olarak, manevi tazminat konusunda Danıştay tarafından oluşturulmuş içtihadı benimsediği söylenebilir<sup>12</sup> de, kararları incelendiğinde, manevi tazminatın hukuki niteliği konusunda, manevi zararın telafisine ilişkin görüşe daha yakın durduğu düşünülmektedir. Kanımızca, AYİM'in manevi tazminat miktarının saptanmasında belirli kriterler geliştirmesi ve her yıl belirli manevi tazminat miktarları tespit etmesi<sup>13</sup>, bu yaklaşımının bir göstergesi ve sonucu olarak görülebilir.

Günümüzde, modern sorumluluk hukukunda, manevi tazminatın, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir araç olduğu genel olarak kabul görmektedir.

<sup>8</sup> Yargıtay Kararları Dergisi, C.4, S.6, Ankara 1978, s.915; bkz., KILIÇOĞLU, A., a.g.m., s.19.

<sup>9</sup> Bkz., KILIÇOĞLU, A., a.g.m., s.20.

<sup>10</sup> ARMAĞAN, T., İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara 1997, s.226; ESİN, Y., Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1973, s.450.

<sup>11</sup> Danıştay Dergisi, S.81, Ankara 199, s.177-180.

<sup>12</sup> GÜRAN, S., "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne Göre Manevi Tazminat", İÜSBF Dergisi, Y.1, S.1, İstanbul 1983, s.157; ÖZGÜLDÜR, S., Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996, s.357.

<sup>13</sup> ÖZGÜLDÜR, S., "İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması", AYİM Dergisi, S.11, Ankara 1997, s.26.

## II. MANEVİ TAZMİNATA HÜKMEDİLEN HALLER

Hukukumuzda, kişinin manevi değerlerinde meydana gelen ve onun yaşama zevkini azaltan eksilmelerin hangi nedenlerden doğabileceği açıkça belirlenmiştir. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde, "*hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan*" kimsenin manevi tazminat isteyebileceği hükme bağlanmıştır<sup>14</sup>. Borçlar Kanunu'nun 47 ve 49. maddelerinde de, bedensel zarara uğrayan veya kişilik haklarına hukuka aykırı bir şekilde saldırılan kişi ile ölenin ailesine manevi tazminat verilebileceği belirtilmiştir.

İdari yargıda da bu hükümlerden yararlanılmakta ve manevi tazminata, özel hukuktaki bu düzenlemeler çerçevesinde, "*ölüm*", "*bedensel zarar*" ve "*kişilik haklarına saldırı*" hallerinde hükmolunmaktadır<sup>15</sup>.

### A) Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde, ölenin "*ailesine*" manevi tazminat verilebileceği hükme bağlanmıştır. Ancak, bu hüküm, hem öğretide hem de adli ve idari yargıda -İsviçre Medeni Kanunu'nun Almanca metninde yer aldığı şekilde- "*ölenin yakınları*" olarak anlaşılmaktadır<sup>16</sup>.

Manevi tazminata hak kazanabilmek için "*kan veya sıhri hısımlığın şart olmadığını*" belirten Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, "*bir kimsenin ölenin yakını sayılabilmesi için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan, aile hukuku çerçevesinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır. Böyle olunca da, uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine, ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın varlığı aranmalıdır*"<sup>17</sup>.

Görüldüğü gibi, Yargıtay, ölüm hallerinde manevi tazminatın normatif dayanağını teşkil eden<sup>18</sup> Borçlar Kanunu'nun 47. maddesindeki "*ölenin ailesi*" ifadesini "*ölenin yakınları*" olarak yorumlamakta ve bunun da

<sup>14</sup> Aynı düzenleme, yürürlükten kaldırılan Medeni Kanun'un 24 ve 24/a maddelerinde yer almaktaydı.

<sup>15</sup> ESİN, Y., a.g.e., s.450; AKILLIOĞLU, T., "Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C.22, S.2, Ankara 1989, s.107.

<sup>16</sup> ESİN, Y., a.g.e., s.451; KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.856; KILIÇOĞLU, M., a.g.e., s.151.

<sup>17</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.857-858.

<sup>18</sup> KILIÇOĞLU, M., a.g.e., s.151.

anlamını ve kapsamını “ölen ile eylemli ve gerçek bir bağıllık ve ilişki içindeki yakınlar” olarak belirlemektedir<sup>19</sup>.

İdari yargıda da, manevi tazminat “ölenin yakınları”na verilmektedir. Danıştay’ın, hayatta kalan eş, çocuklar, ana-baba ve kardeşlerin yanısıra evlatlık, nişanlı ve hatta yerine göre nikahsız eş, büyük ana, büyük baba ve üvey anaya da manevi tazminat verdiği bilinmektedir<sup>20</sup>. Ancak, Danıştay Daireleri arasında bu konuda bir birlik olmadığını ve her zaman ölenin yakınlarının bu şekilde belirlenmediğini de belirtmek gerekir<sup>21</sup>.

AYİM de, “destekten yoksun kalanlar”ın yanısıra, ölenin gerçek yakınlarına, onunla gerçekten bir aile ilişkisi içinde bulunanlara manevi tazminat verileceğini kabul etmektedir<sup>22</sup>. Hatta, bu konuda AYİM’in, Danıştay’ın da önüne geçerek, ölene olan bakım ve yetiştirmedeki emek ve çabası ile orantılı olarak üvey ana ve üvey babaya<sup>23</sup>, üvey kardeşe<sup>24</sup>, nikahsız ya da imam nikahlı eşe, büyük baba ve büyük anaya, nişanlıya<sup>25</sup>, yardıma muhtaç teyzeye de manevi tazminat verdiği görülmektedir<sup>26</sup>.

Bu noktada, ölüm sırasında küçük yaşta olan çocuk ve kardeşlerin de manevi tazminata müstehak olduklarını belirtmek gerekir. Zira, manevi tazminata hükmedilebilmesi bakımından, manevi acının, ölüm anında ya da daha sonra duyulması önem arz etmemektedir<sup>27</sup>. Bu itibarla, ölüm tarihinde henüz ana rahminde olan çocuğun da -sağ doğması kaydıyla- manevi tazminat hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir.

<sup>19</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.858.

<sup>20</sup> ESİN, Y., a.g.e., s.451.

<sup>21</sup> ATAY, E. E. – ODABAŞI, H. – GÖKCAN, H. T., Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s.162-163; ARMAĞAN, T., a.g.e., s.224-225.

<sup>22</sup> AYİM 2. Dairesi’nin 30.10.1996 tarih ve E:1996/204 K:1996/862 sayılı kararında, “kocasının ölüm tarihinden çok kısa bir süre önce boşanma davası açan ve bu davada eşi aleyhine ağır itham ve isnatlarda bulunan eşin, destek ile aralarındaki gönül bağının tamamen koptuğu” belirtilerek, manevi tazminata müstehak olamayacağına hükmedilmiştir (AYİM Dergisi S:11, s.873 vd.

<sup>23</sup> AYİM 2.Dairesi’nin 05.11.1997 tarih ve E:1997/479 K:1997/858 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S.12.

<sup>24</sup> AYİM 2.Dairesi’nin 13.04.1994 tarih ve E:1994/626 K:1994/781 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S.9.

<sup>25</sup> AYİM 2.Dairesi’nin 23.03.1994 tarih ve E:1993/159 K:1994/1058 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S.9.

<sup>26</sup> ÖZGÜLDÜR, S., a.g.e., s.336.

<sup>27</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.859.

Nitekim, Yargıtay, “*çocuğun ölümden sonra doğmasının aile kavramına dahil olmasına engel teşkil etmeyeceğini; babasını tanımak mutluluğundan dahi yoksun kalacak çocuğun bütün yaşantısı boyunca eksiklik ve acı duyacağına tartışmasız olduğunu; manevi tazminatın yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunduğunu*” belirtmekte ve ölüm tarihinden sonra doğan çocuk ile ölüm tarihinde küçük yaşta olan çocuğa ve kardeşe de manevi tazminat verilebileceğine hükmetmektedir<sup>28</sup>.

Danıştay da, 10. Daire'nin 18.11.1996 tarih ve E:1995/2428 K:1996/7639 sayılı kararında<sup>29</sup> olduğu gibi, “*ölüm tarihinde küçük olan çocukların, bunun acısını olay anında duyması mümkün olmasa bile, daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedeceklerini ve dolayısıyla manevi acı duyacaklarını*” kabul etmektedir.

AYİM ise, “*manevi acıyı hissetme*” yönünden, ana-baba ve çocuklardan oluşan “*çekirdek aile*” tipini değil, kardeşleri de içine alan “*geleneksel aile*” tipini esas almakta ve fakat “*manevi acıyı idrak etme*” yönünden buna bir yaş sınırı getirmektedir. AYİM'e göre, 7 yaşını doldurmamış olan kardeşlerin manevi acıyı idrak edebilmeleri ve dolayısıyla manevi tazminata hak kazanabilmeleri imkanı bulunmamaktadır<sup>30</sup>. Öğretide, AYİM'in bu yaklaşımı, yaş sınırının belirlenmesine yönelik herhangi bir bilimsel açıklamaya yer verilmemesi nedeniyle eleştirilmiştir<sup>31</sup>. Gerçekten, bilimsellikten uzak olmanın yanısıra, adalet ve hakkaniyet kurallarına da ters düşen bu anlayış uyarınca -kısa bir süre öncesine kadar- manevi acıyı idrak edebilmek için 10 yaşını doldurmuş olmak gerektiğine hükmedilmekteydi<sup>32</sup>. AYİM kararlarında, bu yaş sınırının aşağıya çekilmesine ilişkin herhangi bir bilimsel açıklamanın bulunduğunu da söylemek mümkün değildir. Ancak, AYİM'in son dönemdeki bazı kararlarında bu içtihadından ayrıldığı da görülmektedir<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.859-860.

<sup>29</sup> BAL, Y. – ŞAHİN, Y. – KARABULUT, M., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003, s.283.

<sup>30</sup> ÖZGÜLDÜR, S., a.g.m., s.26; bkz., ARMAĞAN, T., a.g.e., s.225; ATAY, E. E. – ODABAŞI, H. – GÖKCAN, H. T., a.g.e., s.162; AYİM 2.Dairesi'nin 22.03.2000 tarih ve E:2000/95 K:2000/157 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S.15.

<sup>31</sup> ARMAĞAN, T., a.g.e., s.226.

<sup>32</sup> AYİM 2.Dairesi'nin 30.03.1994 tarih ve E:1994/669 K:1994/583 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S.9.

<sup>33</sup> AYİM 2.Dairesi'nin 03.10.2001 tarih ve E:2001/640 K:2001/688 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S.17.



Öte yandan, AYİM de, ölüm tarihinde ana rahminde bulunan ve sonradan doğan çocuğun manevi tazminata müstehak olduğunu kabul etmektedir<sup>34</sup>

### **B) Bedensel Zarar Nedeniyle Manevi Tazminat**

Aslında, kişinin beden bütünlüğüne ilişkin hakları da “kişilik hakları” kavramı çerçevesinde değerlendirilmekle birlikte, Borçlar Kanunu’nun mezkur düzenlemesi neticesinde, sorumluluk hukuku bakımından bedensel bütünlüğe ilişkin haklar ile kişilik hakları ayrı ayrı ele alınmaktadır<sup>35</sup>.

Borçlar Kanunu’nun 47. maddesinde, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiye manevi tazminat verilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden, öncelikle, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi tazminat isteme hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bedensel zarar gören ve bunun sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan ya da organları fonksiyon kaybına uğrayan kişinin, bu nedenle acı ve üzüntü duyacağı şüphesizdir. Bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi durumunda manevi tazminat, ekonomik yönden bir zarar doğup doğmadığına bakılmaksızın, bedensel zarardan kaynaklanan sırf bu acı ve üzüntü nedeniyle verilir<sup>36</sup>.

Burada, “*bedensel bütünlük*” kavramının, sadece fiziki anlamda bütünlüğü değil, kişinin ruhi bütünlüğünü de kapsadığını belirtmek gerekir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bedensel zarar kavramına “*ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin de girdiğini; burada, sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhi ve asabi bütünlüğün de korunduğunu*” belirtmektedir<sup>37</sup>.

İdari yargıda da, gerek Danıştay gerekse AYİM, “bedensel zarar” kavramının, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalıklarını da kapsadığı görüşündedir<sup>38</sup>.

Bedensel zarar nedeniyle manevi tazminat bakımından önem taşıyan bir diğer husus da, burada, manevi tazminat talep etme hakkının doğrudan doğruya bedensel zarara uğrayan kişiye tanınmış olduğudur. Yani, aynı eylem nedeniyle “yansıma yoluyla” acı ve üzüntü duyan kişilerin manevi

<sup>34</sup> AYİM 2. Dairesi’nin 26.04.2000 tarih ve E:1998/553 K:2000/319 sayılı kararı, AYİM Dergisi S.15.

<sup>35</sup> ESİN, Y., a.g.e., s.450.

<sup>36</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.844.

<sup>37</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.851.

<sup>38</sup> ARMAĞAN, T., a.g.e., s.225.

tazminat talep etme hakları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bedensel zarara uğrayan kişinin çok yakınlarının da -aynı eylem nedeniyle- “yansıma yoluyla” değil ve fakat “doğrudan” ruhi ve asabi yönden bedensel bütünlüklerinin zarar görmüş olabileceklerinin de kabulü gerekir. Bu durumda, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya bedensel zarara maruz kalınmış olunmaktadır ki, sırf bu nedenle söz konusu kişilerin manevi tazminat talep etme haklarının bulunduğu kabul edilmektedir. Yargıtay da, işlenmiş olan haksız fiilin aynı zamanda bedensel bütünlüğü zarar gören kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğramalarına neden olması durumunda, yakınların da manevi tazminat talep etme haklarının bulunduğu görüşündedir<sup>39</sup>.

Bedensel bütünlüğü zarar gören kişinin -aynı eylem nedeniyle “doğrudan doğruya” bedensel zarara uğrayan- yakınlarının da manevi tazminat talep etme hakları Danıştay ve AYİM tarafından da teslim edilmektedir<sup>40</sup>. Örneğin, Danıştay 10. Dairesi'nin 19.02.1998 tarih ve E:1996/4061 K:1998/742 sayılı kararında, askeri atış sahası içinde kalan patlamamış dinamit ve mermilerin patlaması sonucu yaralanan ve el parmağında kalıcı sakatlık meydana gelen çocuğun, bu sakatlık nedeniyle bir üzüntü ve acı duydukları kabul edilen ana ve babası için de manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>41</sup>.

AYİM de, askerlik görevini yapmaktayken bir operasyon sırasında yaralanarak kalıcı şekilde felç olan kişinin erkeklik gücünü tamamen kaybetmiş olması nedeniyle, evlilik birliğinin doğal sonucu olarak, bu zararın eşi bakımından da “doğrudan gerçekleşmiş bir zarar” olduğunu belirtmiş ve eş için de ayrıca manevi tazminata hükmetmiştir<sup>42</sup>.

### **C) Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat**

“Kişilik hakları” kavramı, özgürlük, namus, şeref, onur, anı gibi değerlerin yanı sıra özel yaşama ve aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırları, isim ve fotoğraf üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık gibi birçok manevi değeri ve tüm sosyal ve siyasal hakları içermektedir<sup>43</sup>. Modern hukuk anlayışı, kişiliğin en yüksek bir ahlaksal değer olarak her yoldan

<sup>39</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.853-854.

<sup>40</sup> ÖZGÜLDÜR, S., a.g.e., s.334-335.

<sup>41</sup> BAL, Y. – ŞAHİN, Y. – KARABULUT, M., a.g.e., s.117-118.

<sup>42</sup> AYİM 2. Dairesi'nin 06.05.1998 tarih ve E:1997/255 K:1998/364 sayılı kararı, AYİM Dergisi S.13.

<sup>43</sup> ESİN, Y., a.g.e., s.453; KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.873.

korunmasını temel almıştır<sup>44</sup>. Bu anlamda, manevi tazminat, kişilik haklarının korunmasını sağlamak üzere öngörölmüş araçlardan birisidir. Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde, "kişilik hakları hukuka aykırı bir şekilde saldırıya uğrayan kişinin" manevi tazminat talep etme hakkının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin korunması" Yeni Medeni Kanun'un da 24. maddesinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, "kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça", kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Böylelikle, Medeni Kanun'un anılan hükmü ile, kişilik haklarının korunmasına ilişkin temel düzenlemenin çerçevesi çizilmiş ve sınırları belirlenmiştir. Hukuk düzeni, kişilik haklarının belli sınırlar içinde korunmasını öngörmüş; tüm saldırılara karşı değil, sadece hukuka aykırı saldırılara karşı bir koruma mekanizması getirmiştir.

Yargıtay'a göre de, "*kişilik haklarına saldırıda bulunan kimse, eğer üstün çıkarları korumak için davranmışsa, halele uğratılan kişilik hakkı korunmadan yararlanamaz. Ne var ki, tecavüzün izlediği hedeflerin korunmaya değer bulunması yetmez; başvuru araçları yönünden de aşırı davranılmaması gerekir. Kişilik haklarının ihlali görünümünü taşıyan eylem ve davranışlar, diğer kişilerin ya da kamunun üstün çıkarlarını korumak amacı ile yapılmışsa, doğru amaca yönelik olduklarından, hukuka aykırı sayılamaz*"<sup>45</sup>.

Danıştay 10. Dairesi'nin 28.05.1998 tarih ve E:1996/9113 K:1998/2308 sayılı kararında da, "*zarar gören kişinin eylemi, üçüncü kişilerin eylemi ve mücbir sebeplerin idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller olduğu*" belirtilmiştir<sup>46</sup>.

Görüldüğü üzere, hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kişinin, bu saldırı neticesinde duyduğu acı ve üzüntünün bir nebze de olsa tatminini sağlamak üzere manevi tazminat talep edebileceği açıktır. Burada, bedensel zarar nedeniyle manevi tazminatta da olduğu gibi, söz konusu saldırıdan doğrudan doğruya etkilenen yakınların da manevi tazminat isteyebileceklerini belirtmek gerekir. Kişilik haklarına yapılan saldırıların bazı durumlarda o kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya acı ve elem

<sup>44</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.871.

<sup>45</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.924.

<sup>46</sup> BAL, Y. – ŞAHİN, Y. – KARABULUT, M., a.g.e., s.75-77.

duymalarına neden olabileceği bilinmektedir. Özellikle, kişinin aile bütünlüğüne yönelik bu tür saldırılar neticesinde saldırıya maruz kalanın yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğradıkları kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Yukarıda da belirtildiği gibi, kişilik haklarına saldırıda bulunan kişinin - aynı eylem nedeniyle “doğrudan doğruya” zarara uğrayan- yakınlarının da manevi tazminat talep edebilecekleri görüşü gerek adli yargı gerekse idari yargı tarafından benimsenmiştir<sup>48</sup>.

Kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat bakımından tüzel kişilerin durumu da öğretide uzun süre tartışma konusu yapılmıştır. Bugün, gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de kişilik haklarına yapılan saldırılar nedeniyle manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmektedir<sup>49</sup>.

### III. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

Manevi tazminatın niteliği gereği, tazminat şeklinin ve tutarının belirlenmesi konusu büyük önem taşımaktadır. Manevi tazminata hükmedilmesini gerektiren bir durumun varlığı halinde, öncelikle tazminat şeklinin ne olacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Hiç kuşkusuz, manevi tazminatın manevi acı ve üzüntünün kısmen de olsa tatminine ilişkin yönü nedeniyle ve günümüzde egemen olan değer yargılarının doğal bir sonucu olarak, mağdura belirli miktarda para ödenmesi, manevi tazminatın en belirgin ve yaygın şeklidir. Bununla birlikte, manevi tazminatın parasal yollar dışında gerçekleştirilmesinin de mümkün olup olamayacağının tartışılması gerekir. Öte yandan, parasal tazmin yolunda da, tazminat miktarının saptanmasına ilişkin usul ve esaslar önem arz etmektedir.

#### A) Tazminatın Şekli

Genel olarak, tazminatın şekli konusunda, “aynı tazmin” ve “nakdi tazmin” olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır. “Aynı tazminat”, bir şeyin aynen ifası veya eski halin iadesi gibi tazmin yollarını içerirken, “nakdi tazminat”, mağdura belirli bir miktar paranın ödenmesi şeklindeki tazmin yoludur. Adli yargıdaki aksine, idari yargıda “aynı tazmin” usulü kabul edilmemekte, gerek maddi gerekse manevi tazminat bakımından<sup>50</sup>, lehine tazminata hükmedilen kişinin parasal olarak tatmini, yani “nakdi tazminat” şekli kabul görmektedir.

<sup>47</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.957.

<sup>48</sup> ÖZGÜLDÜR, S., a.g.e., s.334-335.

<sup>49</sup> ESİN, Y., a.g.e., s.453; EDE, N., “Manevi Tazminat Konusundaki Gelişmeler ve Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat İstemleri”, Ankara Barosu Dergisi, S.1992/5, s.728 vd.

<sup>50</sup> ARMAĞAN, T., a.g.e., s.285.

Danıştay, “işlevlerin ayrılığı” ilkesinin, idari yargıda “aynen tazmin”e hükmedilebilmesini veya idareye bu yönde bir girişimde bulunmasının emredilebilmesini engellediği görüşündedir<sup>51</sup>. Öte yandan, öğretide, “aynen tazmin” şeklinin birçok durumda idari faaliyetin tamamen felce uğramasına neden olacağı ve bu nedenle idari yargıda benimsenemeyeceği de belirtilmiştir<sup>52</sup>.

Her ne kadar, parasal tazminatın yeterli olmayacağı durumlarda tazminatın para ile sınırlı tutulmayarak, diğer tazmin yollarından da yararlanılması ve örneğin idareyi bir edimde bulunmaya mahkum eden yöntemlerin geliştirilmesi önerilse<sup>53</sup> de, özellikle manevi tazminatın tatmin edici yönü gözönüne alındığında, parasal tazminat şeklinin manevi tazminat bakımından en uygun yöntem olarak kabul edildiği ve uygulamada da benimsendiği görülmektedir.

Bununla birlikte, hukukumuzda parasal tazmin şeklinin uygulanmasını zorlayıcı bir düzenleme bulunmadığına<sup>54</sup> göre, manevi tazminat gerektiren bazı durumlarda, mağdura cevap hakkı tanınması gibi para dışındaki tazmin yollarına<sup>55</sup> da gidilebilmesi gerekir. Ancak, Danıştay, “başka türlü giderim yollarının bulunmadığı veya yetersiz kaldığı; bu nedenle de, manevi tatmin aracı olan manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesinin zorunlu olduğu” görüşündedir<sup>56</sup>.

## B) Tazminat Miktarının Hesaplanması

Manevi tazminata hükmedilmesi durumunda, tazminat miktarının belirlenmesinde “somut veriler”e dayanılmasının mümkün olmayacağı açıktır. Burada, tazminat miktarını belirleme yetkisi en geniş şekilde hakimın takdirine bırakılmıştır<sup>57</sup>. Hakim, olayın özelliğine göre, yapılan saldırının niteliği, mağdurun kişisel durumu ve özellikleri, duyulan fiziksel ve/veya

<sup>51</sup> ATAY, E. E. – ODABAŞI, H. – GÖKCAN, H. T., a.g.e., s.165.

<sup>52</sup> ARMAĞAN, T., a.g.e., s.284.

<sup>53</sup> GÜRAN, S., “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 3 (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul 1980, s.158; ARMAĞAN, T., a.g.e., s.286.

<sup>54</sup> ATAY, E. E. – ODABAŞI, H. – GÖKCAN, H. T., a.g.e., s.166.

<sup>55</sup> GÜRAN, S., “İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, s.123 vd.

<sup>56</sup> Bu ifadeleri içeren birçok kararına örnek olarak Danıştay 10.Dairesi’nin 30.01.2004 tarih ve E:2003/626 K:2004/1376 sayılı kararı verilebilir.

<sup>57</sup> KILIÇOĞLU, M., a.g.e., s.301

manevi acı, elem ve üzüntüyü göz önünde bulundurarak tazminatın miktarını belirleyecektir<sup>58</sup>.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin eski bir kararında, "*manevi tazminat, bozulan ruhi huzurun kısmen ve imkan nisbetinde iadesini temin eden bir meblağdır. Kanunlarımızda bunun kesin bir ölçüsü yoktur. Onun için hakim, Medeni Kanun gereğince takdir hakkını hak ve nesafete uygun şekilde kullanarak miktarı tespit eder. Takdir hakkı kullanılırken gözönünde bulundurulması gereken bazı objektif ölçüler vardır. Ezcümle, bu para bir zenginleşme vasıtası olmamalı, mağdurun tahassüs gücü ve ailevi bağlarının olağanüstü derecelere yükseltilerek mübalağadan kaçınılmalıdır. İşte, bu kıstaslar içinde bir takdir yapıлып, kadri maruf bir rakamın tespiti şarttır*" denilmektedir<sup>59</sup>.

Gerçekten, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde somut verilere dayanılmasına imkan bulunmama ile birlikte, bazı objektif ölçütlerden yararlanılması gerekmektedir. Manevi tazminatın miktarı, hem saldırıya maruz kalanın duyduğu acı ve üzüntünün bir nebze de olsa tatmin edilmesini sağlayacak, hem de zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmelidir. Yargıtay'ın öğretide eleştirilmiş olan bazı kararlarında, tazminat miktarının "*felaketi özlenir hale getirmeyecek*" şekilde belirlenmesi gerektiği de ifade edilmiştir<sup>60</sup>.

Danıştay'a göre de, manevi tazminata hükmedilirken, "*bir yandan ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu manevi acının kısmen giderilmesini ifade edecek, ancak ilgilinin zenginleşmesine yol açmayacak, buna karşın da idarenin eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirilmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir*"<sup>61</sup>.

Uygulamada, gerek Yargıtay'ın gerekse Danıştay'ın ilk derece mahkemesi tarafından belirlenen manevi tazminatın miktarını da titizlikle değerlendirdiği ve bu noktadan da kararlara müdahale ettiği sıkça görülmektedir. Örneğin, Danıştay'ın hemen yukarıda belirtilen kararında, "*yaralanan kişide meydana geldiği iddia edilen ve idarece de aksi ileri sürülmeyen kalıcı hasarlar ve sağlık sorunları ve de manevi tazminatın niteliği gözönüne alındığında takdir edilen manevi tazminat miktarı*

<sup>58</sup> ATAY, E. E. – ODABAŞI, H. – GÖKCAN, H. T., a.g.e., s.167.

<sup>59</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.866.

<sup>60</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 31.10.1983 tarih ve E:1982/7617 K:1983/8056 sayılı kararı.

<sup>61</sup> Danıştay 10. Dairesi'nin 19.02.2003 tarih ve E:2001/4704 K:2003/551 sayılı kararı.

*yetersizdir*” denilerek, manevi tazminat miktarının ilk derece mahkemesi tarafından yeniden değerlendirilmesini sağlamak üzere karar bozulmuştur.

Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde uzun yıllardır belirli kriterler geliştiren AYİM ise farklı bir yol izlemekte ve mağdurlar ile yakınları bakımından her yıl belirli manevi tazminat miktarlarını içeren “tarife”ler belirlemektedir<sup>62</sup>. AYİM’in bu yaklaşımının “insani” açıdan kabulü mümkün olmadığı gibi, “hukuki” açıdan da kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Nitekim, öğretide de, manevi tazminat tutarlarının saptanması için “tarife” yapılamayacağı; tazminat miktarının, olaydan olaya değişen bütün durum ve koşulların değerlendirilmesi sonucunda belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>63</sup>.

Tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşıyan bir husus da mahkemenin istemle bağlı olmasıdır. Bilindiği gibi, özel hukukta, davacının dava dilekçesindeki talebi ile bağlı olmasını sağlayan; davanın genişletilmesini ve yargı yerinin de istem dışında karar vermesini engelleyen yargılama usulü kuralı “istemle bağlı olma” (ultra petita) kuralı olarak adlandırılmaktadır<sup>64</sup>. İdari yargılama usulü yasasında ise, “istemle bağlı olma kuralı”na yer verilmemiş ve fakat dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktarın belirtilmesi zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte, uygulamada, istemle bağlı olma kuralının yargılama usulünün genel ilkeleri arasında sayılarak idari yargıda da benimsendiği görülmektedir<sup>65</sup>. Öğretide, adli yargıda kısmi dava açılarak fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması imkanının bulunduğu ve bu nedenle istemle bağlı olma kuralının uygulanmasında bir sakınca bulunmadığı; oysa, idari yargıda buna imkan tanınmadığından ve yasada da engelleyici bir hüküm bulunmadığından istemle bağlı olma kuralının katı olarak uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir<sup>66</sup>.

Son olarak, tazminat miktarının belirlenmesi konusunda üzerinde durulması gereken bir nokta da hükmedilen manevi tazminata faiz uygulanıp uygulanmayacağıdır. Önceleri, Danıştay, manevi tazminatın niteliği gereği ayrıca faize hükmedilemeyeceğine karar verirken, AYİM, manevi tazminata da faiz yürütülmesi esasını benimsemekteydi<sup>67</sup>. Daha sonra, Danıştay’ın da bu içtihadından dönerek, manevi tazminata da faiz uygulanması gerektiği

<sup>62</sup> ÖZGÜLDÜR, S., a.g.m., s.26-27.

<sup>63</sup> KARAHASAN, M. R., a.g.e., s.868.

<sup>64</sup> ÜNLÜÇAY, M., “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, Danıştay Dergisi, Y.28, S.94, Ankara 1998, s.7.

<sup>65</sup> ÜNLÜÇAY, M., a.g.m., s.7.

<sup>66</sup> ARMAĞAN, T., a.g.e., s.287; ÜNLÜÇAY, M., a.g.m., s.9

<sup>67</sup> ARMAĞAN, T., a.g.e., s.311-312.

görüşünü benimsediği görülmektedir. Ancak burada, Danıştay, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz uygulanması gerektiği görüşünde<sup>68</sup> iken, AYİM, faizin karar tarihinden ödeme tarihine kadarki dönemi kapsayacağına hükmetmektedir<sup>69</sup>

## SONUÇ

İdarenin sorumluluğu prensibinin doğal bir sonucu olarak idari yargıda da manevi tazminata hükmedilmektedir. Özel hukuktaki gelişimine nazaran daha ağır ve geç kabul edilmiş olmakla birlikte, günümüzde modern sorumluluk hukukunun gerekleri idari yargı tarafından da büyük ölçüde yerine getirilmeye başlanmıştır.

Manevi tazminatın, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir araç olduğunun kabulü, manevi tazminata ilişkin yargılama faaliyetini idari yargıda da oldukça olumlu yönde etkilemiştir. Bugün, gerek manevi tazminata müstehak kişiler, gerekse tazminat miktarının belirlenmesi konusunda oldukça ilerici adımların atıldığını söylemek mümkündür.

Bu olumlu adımların yanında, idari yargıda, manevi tazminat davalarında istemle bağlı olma (ultra petita) kuralının esnekleştirilmesinin ve tazmin şekli olarak, gerektiğinde paraya ilaveten başka yolların da kabulünün gerektiği belirtilmelidir.

Öte yandan, AYİM tarafından uygulanan ve “insani” açıdan kabulünün mümkün olmaması yanında, “yargılama” kavramına da uygun düşmeyen “tarifeye dayalı manevi tazminat” usulünün de bir an önce terkedilmesi gerektiği açıktır.

## KAYNAKÇA

- **AKILLIOĞLU, T.**, “Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.22, S.2, Ankara 1989.
- **ARMAĞAN, T.**, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara 1997.

<sup>68</sup> Danıştay 10. Dairesi'nin 25.03.2003 tarih ve E:2002/4177 K:2003/1089 sayılı kararı.

<sup>69</sup> AYİM 2. Dairesi'nin 15.03.1996 tarih ve E:1994/949 K:1996/307, *AYİM Dergisi*, S.10.



- **ATAY, E. E. – ODABAŞI, H. – GÖKCAN, H. T.**, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.
- **BAL, Y. – ŞAHİN, Y. – KARABULUT, M.**, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003.
- **EDE, N.**, “Manevi Tazminat Konusundaki Gelişmeler ve Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat İstemleri”, Ankara Barosu Dergisi, S.1992/5, Ankara 1992.
- **ESİN, Y.**, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1973.
- **GÜRAN, S.**, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’ne Göre Manevi Tazminat”, İÜSBF Dergisi, Y.1, S.1, İstanbul 1983.
- **GÜRAN, S.**, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 3 (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul 1980.
- **GÜRAN, S.**, “İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996.
- **KILIÇOĞLU, M.**, Sorumluluk Hukuku, C.1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002.
- **KILIÇOĞLU, A.**, “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, S.1984/1, Ankara 1984.
- **KARAHASAN, M. R.**, Tazminat Hukuku, İkinci Kitap, Manevi Tazminat, Ankara 1996.
- **ÖZGÜLDÜR, S.**, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996.
- **ÖZGÜLDÜR, S.**, “İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması”, AYİM Dergisi, S.11, Ankara 1997.
- **ÜNLÜÇAY, M.**, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, Danıştay Dergisi, Y.28, S.94, Ankara 1998.



# 11 NOLU PROTOKOL BAĞLAMINDA AVRUPA KONSEYİ DENETİM SİSTEMİNİN KURUMSAL YAPI VE YARGISAL İŞLEYİŞİ AÇISINDAN KAZANIMLARI

*Yrd. Doç. Dr. Naci DOĞAN\**

## GİRİŞ

Churchill'in, AB fikrinin kurumsallaştırılması amaç ve çabaları çerçevesinde, 1946 tarihli Zürih konuşmasında yaptığı öneriyi sıcak karşılayan Avrupa'nın diğer ülke liderleri, bu amaçla 5 Mayıs 1949'da Londra'da bir araya gelerek Avrupa Konseyi örgütünü kurmuş; akabinde de, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi ilkelerine saygı hususunda ortak değerleri paylaşan kurucu devletler, örgütün faaliyet alanını bu değerler doğrultusunda belirleyerek İnsan Hak ve Hürriyetlerinin etkin bir şekilde korunması ve geliştirilmesi için bölgesel düzeyde bir "kamu düzeni" oluşturmak adına üye devletleri yükümlülük altına sokacak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalamışlardır.

Ancak bu sözleşme ile, insan haklarının salt bölgesel düzeyde etkili bir biçimde korunması için bir "düzen kurulması ve üyelerin bazı yükümlülükler altına sokulması ile yetinilmemiş, bireyin uluslararası hukuktan doğan bazı haklarının olduğu da kabul edilerek, oluşturulan kurumsal yapının faaliyet alanı ile koruma ve denetim mekanizmalarının yetki ve işlevselliğine evrensel bir boyut kazandırılmıştır.

Böylece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, "Dünyada barış ve adaletin "asıl dayanağını oluşturan temel hak ve özgürlüklerin, gerçekten demokratik bir ortamda gelişebileceğine inanan; insan haklarına saygılı, hukukun üstünlüğüne bağlı, ortak demokratik değerleri özümsemiş Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin insan hak ve hürriyetlerinin bölgesel düzeyde olduğu kadar evrensel düzeyde de ortak güvence altına alınarak korunup geliştirilmesi amacına yönelik derin inanç ve kesin kararlılıklarının ürünü

---

\* Muğla Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

olarak çok taraflı, normatif ve bağlayıcı bir uluslararası andlaşma niteliğinde doğmuştur.

Kuşkusuz, ulusal hukuk düzeninde olduğu gibi, uluslararası hukuk düzeninde de çeşitli tip ve düzeydeki bireysel ve toplumsal ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları ile bu kuralların yer aldığı hukuksal düzenlemeler zaman içinde, toplumsal yaşamda meydana gelen sürekli değişim ve gelişmelerin gerisinde kalarak güncel ihtiyaç, talep ve beklentilere cevap veremez duruma gelmektedir. Bu kaçınılmaz olgu karşısında yasa koyucuya düşen görev, söz konusu kural ve düzenlemeleri ya tâdil ya da ilga yoluyla yenileyerek güncellemek ve pozitif hukuk kaynaklarını günün koşullarına uyarlayarak hukuk sistemini ve sistemin öngördüğü kurumsal yapıları işlevsel hale getirmektir.

İşte bu bağlamda olmak üzere, Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde bölgesel düzeyde olduğu kadar evrensel düzeyde de hak ve hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesi amacına gönül vermiş üye devletler tarafından, doğduğu döneme göre ideal nitelik taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu Sözleşmenin öngördüğü denetim mekanizmaları 50 yılı aşkın bir süreden beri uygulandığı dönem zarfında amaca yönelik ihtiyaç ve taleplerin karşılanmasında daha etkin, güncel ve işlevsel kılınmak adına sürekli revize edilegelmiştir. Bu anlamda en kapsamlı ve radikal değişiklik 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol<sup>1</sup> ile gerçekleştirilmiştir.

## 11 NOLU PROTOKOLÜN AİHS VE DENETİM MEKANİZMASINA GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER

1950 yılından bu yana Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde çeşitli tarihlerde yapıla gelen değişiklikler arasında en kapsamlı, yoğun ve genel nitelik taşıyan 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren **11 Nolu Protokol** ile yapılmıştır. Söz konusu protokol ile, Sözleşme'nin düzenlediği hakların niteliğine genel anlamda bir değişiklik getirilmemiş olmasına karşın, denetim mekanizmalarının kurumsal oluşum, işlev ve işleyişlerinde büyük değişiklikler yapılmıştır. Bu cümleden olmak üzere 11 Nolu Protokol ile aşağıdaki değişikliklerin yapılması sağlanmıştır. Ancak, Avrupa Konseyi faaliyet alanı çerçevesinde İnsan Hak ve Hürriyetlerinin korunması ve geliştirilmesinin yargısal denetimi mekanizmalarında 11 Nolu Protokol ile gerçekleştirilen söz konusu değişiklikleri irdelemeye geçmeden önce, bu denli kapsamlı bir reform ve restorasyona gidilmesini gerekli kılan nedenlere

<sup>1</sup> Bkz., *Journal Officiel de Communauté Européenne* (U.E.), ann. 1994, n°. C44/32

değınmenin, hem konunun daha iyi anlaşılıp kavranması hem de çalışmamızın sistematığı açısından yarar sağlayacağı kansındayız.

**a) Koruma Sisteminde Yeniden Yapılanmayı Zorunlu Kılan Nedenler**

Erkek veya kadın, yurttaş ya da yabancı ayırımı yapmaksızın bireyin hak ve özgürlüklerini her düzeydeki totaliter yönetim anlayışı ve hukuk dışı uygulamalara karşı korumayı amaçlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en önemli yargısal denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (değişiklik öncesi adıyla "Divan"), üstlendiğı görev ve işlevini etkin ve gereğine uygun biçimde yerine getirebilmesi için, Sözleşmecı Devletlerin olası etki, baskı ve müdahalelerine karşı tam anlamıyla özerk, yetkin ve bağımsız olmak durumundadır.

Savaş sonrası dönemde bir daha topyekûn savaşlar yaşanmamak üzere dünyada barış, huzur ve güven ortamının kurulup sürdürülmesi amacıyla 25 Haziran 1945 tarihli San Francisco Konferansında imzalanan andlaşmayla kurulan Birleşmiş Milletler Örgütü, bu yüksek ideallere ulaşabilmenin yegane yolunun insan haklarına saygı ilkesine uyum ve riayetden geçtiğinin bilincinde olarak 10 Aralık 1948'de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni deklare etmiş; ancak bağlayıcılık açısından hukuki değeri bulunmayan, sonuçta dünya liderlerinin ideal özlemlerini yansıtan bir çağrı niteliğinde olmaktan öteye geçmeyen bu belgeyi, insan haklarına saygı ilkesine uygun eylem ve işlemde bulunma, ve ilkeye uyumun gerektirdiğı önlemleri alma bağlamında devletleri uluslararası taahhüt altına sokacak bağlayıcı güç ve etkiye sahip bir uluslararası Sözleşme'ye dönüştürme işlev ve onuru, Avrupa Konseyi kurucu üye devletlerine nasip olmuştur.

Böylece, hak ve özgürlükler konusunda bireyi devlete karşı koruyan ve kendisine, saygı ilkesine aykırı ya da hukuk dışı uygulamalarla hak ve özgürlüklerini ihlal eden devleti bireysel başvuru yoluyla uluslararası yargı mercii nezdinde yargılatma hakkını kazandıran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu amaca yönelik yargısal denetim işlevinde bulunmak üzere iki temel kurum öngörmüştür: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı.

Kuruldukları tarihten itibaren ilk çeyrek asır süresince, insan haklarına saygı ilkesinin yargısal denetiminde, son derece etkin, seri ve bağımsız çalışabilen Komisyon ile Divan, Sözleşmeye taraf ülke sayısındaki artış ve kişisel başvuru hakkının kullanılmasındaki yoğunluk olguları karşısında giderek etkin, seri ve bağımsız çalışabilme vasıflarını yitirme noktasına gelmişlerdir.

Her alanda durmadan evrimleşen, sürekli bir değişim ve gelişim içinde bulunan dünyanın günümüz koşullarında yargı bağımsızlığı ilkesi ve seri adaletin tecellisi bakımından oldukça yetersiz konuma gelen bu mekanizmaların artık köklü bir reformasyona tâbi tutulup, siyasi amaçlardan ve devlet müdahalelerinden arındırılmış olarak sadece hukuka ve sözleşmeye bağlı bir şekilde karar verebilecek bir yapıya kavuşturulması gereği, çok net ve acil bir ihtiyaç olarak Strasbourg gündemine oturmuştur.

Bir başka önemli reform nedeni de, “1980’lerden sonra dava sayısında görülen sürekli artış ve bu artışın davalardaki yargılama sürecini kabul edilebilir sürede tamamlanmasını güçleştirmesi olmuştur. 1990’ların başında 23 olan Sözleşmeye taraf devletlerin sayısının 1999 yılına gelindiğinde 41’e yükselmesi (halen 46), adaletin geç işlemesi probleminin büsbütün artmasına neden olmuş, 1981 yılında Komisyona 404 başvuru kaydedilirken, 1993 de bu sayı 2.037’ye, 1997’de 4.750’ye yükselmiştir<sup>2</sup>.”

Dava sayısındaki bu artış, Sözleşmenin denetim organlarında köklü reform gereğinin taraf devletlerce de benimsenmesine yol açmıştır. Sözleşme sisteminin yeniden yapılandırılması konusunda başlangıçta görülen derin görüş ayrılığına rağmen, sonuçta ayrı zamanlı çift kurum yerine tam zamanlı çalışan bir tek mahkeme oluşturulması fikri genel kabul görmüştür.

### **b) Hazırlık Çalışmaları ve Geçiş Dönemi**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin getirdiği sistem içerisinde, üye devletlerin siyasal yönetim ve ulusal otoritelerinin eylem, işlem ve icraatlarında insan haklarına saygı ilkesine riayetlerinin yargısal denetimini sağlayacak mekanizmaların yapı ve işleyişinde zamanla ortaya çıkan bu tür sorunları aşmak, sistemi daha etkin, bağımsız ve işlevsel hale getirmek amacıyla radikal bir reformasyonu hedef alan 11 Nolu Protokol’ün hazırlık çalışmaları, aslında 1990’lı yılların başında başlatılmış ve Protokol 11 Mayıs 1994 tarihinde nihai biçimiyle tamamlanarak imzaya açılmıştır.

Yürürlük maddesine göre, 11 Nolu Protokol’ün Sözleşmeye taraf tüm devletlerce onaylanması ve en son onayın alınmasından bir yıl sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Son onay bildiriminin Ekim 1997 tarihinde Avrupa Konseyi’ne teslim edilmesi ile birlikte, 13 ay sürecek bir geçiş dönemi başlatılmış; bu geçiş dönemi boyunca Mahkemede görev yapacak hakimler seçilmiş; yeni Mahkemenin yapısı ve çalışma usûlleri hakkında seri toplantılar yapılmış ve bu süreçte, eskiden Divan’da hakim

<sup>2</sup> BIÇAK.Vahit; “*Yeni Yapıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* ” Liberal Düşünce Dergisi, 2003, S. 16, s.12.

olup da yeniden seçilen hakimler tarafından yeni Mahkeme'nin İçtüzük Tasarısı hazırlanmıştır.

## **1. DENETİM MEKANİZMASINDA KURUMSAL YAPI DEĞİŞİKLİKLERİ**

11 Nolu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin oluşumunda, yetki ve yargılama usulünde son derece önemli değişiklikler yapılmış; bu değişiklikler, protokolün gerekçesinde açıklandığı üzere, **“Avrupa Konseyi üye sayısındaki artış ve üyelik başvurularındaki yoğun talep nedeniyle hakların korunmasındaki etkinliği sürdürmek ve geliştirmek amacıyla denetim mekanizmasını yeniden yapılandırmak”** biçiminde ifade edilmiştir.

### **a) Yeni Mahkemenin Kuruluşu, Divan ve Komisyonun İlgası**

Yukarıda değindiğimiz dönemde İçtüzük Tasarısı da hazırlanıp kabul edilen yeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1 Kasım 1998'de 11 Nolu protokolün yürürlüğe girmesi ile fiilen çalışmaya başlamıştır. Eski Divan da işlevine 31 Ekim 1998'de son vermiş, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ise, 31 Ekim 1999 tarihine kadar önceden "kabul edilebilirlik" kararı verilen dosyaların eksikliklerini ikmal etmek üzere 1 yıl daha varlığını devam ettirdikten sonra, 31 Ekim 1999 tarihinde lağvedilmiştir. Özetle, Türkiye'nin ardından (11.7.1997) “Protokolü onaylayan sonuncu devlet olan İtalya'nın da 1 Ekim 1997'de onaylaması nedeniyle bu tarihi izleyen bir yıl sonraki tarih olan 1 Kasım 1998'den itibaren Komisyon-Divan ayrımı kaldırılıp yerine her ülkeden bir hakim seçilerek tek bir AIHM uygulanmasına 11 Nolu protokolün 5/3. maddesi gereğince geçilmiştir<sup>3</sup>.”

### **b) Yeni Mahkemenin Örgütsel Yapısı ve Oluşumu**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni içtüzüğe göre, üç yıllık bir süre için oluşturulan ve her birinin bir başkanı ile bir başkan vekili bulunan dört Daire (Section) ye ayrılmıştır. Dört Dairenden ikisinin başkanlığı, aynı zamanda mahkeme başkan yardımcısı olan iki hakim tarafından yürütülür. Diğer iki Daire için ise, ayrıca iki başkan seçilir. Daireler, Sözleşmeye taraf ülkelerin buldukları coğrafi bölge ve sahip oldukları farklı hukuk sistemleri dağılımı esasına göre oluşturulur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, 46 üye ülkeden her biri bir dairede görev almak üzere 46 hakim çalışmaktadır.

<sup>3</sup> TEZCAN, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / SANCAKTAR, Oğuz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002, s. 86

İnsan Hakları Mahkemesi, “Comité” (Komite), “Chambre” ya da “Section” (Daire, Kurul), “Grande Chambre” (Büyük Daire, Büyük Kurul ), Cour Plénière (Genel Kurul) adı altında kurulan heyetler halinde çalışmaktadır.

Her dairede, eski sistemdeki Komisyon’un yaptığı işlevi yerine getirmek üzere, 1 yıllık süre için atanan 3 hakimin oluşturduğu bir Komite bulunur. Böylece her daire, yapılan başvuruları hem önkoşullar açısından hem de esas yönünden inceleme, denetim ve yargılama işlevleri bakımından genel görevli ilk derece mahkemesi gibi kendi bünyesinde sahip olduğu oluşum ve olanaklarla ve kendi münhasır yetkisiyle yargılayıp karara bağlama imkanına kavuşmuş olur.

Komitelerin yanı sıra her bir Daire’de, görev yerleri dönüşümlü olarak değişebilen yedi hakimden oluşan bir Kurul (Chambre, Séction) bulunur. Üye açısından oluşumu sabit olmaksızın olaydan olaya değişebilen bu Kurula, ilgili Daire Başkanı yanı sıra inceleme konusu davayla ilgili taraf devletin ulusal hakimi doğal üye olarak katılır. Taraf devletin ulusal hakimi davaya bakan Dairede görevli değilse, dışardan üye olarak yargılama sürecine katılır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde ayrıca, görev süresi üç yıl olan ve oluşumunda taraf devletler arasındaki coğrafi denge ve farklı hukuk sistem ve geleneklerinin esas alındığı, on yedi hakimden oluşan bir Büyük Daire (Grande Chambre) ile tüm yargıçların katılımıyla oluşan bir Genel Kurul (Cour Plénière) mevcuttur. İçtüzük, görev dağılımı ve seçim gibi örgütsel konulara ilişkin karar ve işlemler, Genel Kurul’un uhdesinde bulunur.

### **c) Hakimlerin Statüsü, Belirlenme ve Atanma Usûlleri**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, eski Divan gibi, Sözleşme’ye taraf ülke sayısı kadar hakimden oluşur. Lağvedilen Komisyon’dan 10, eski Divan üyelerinden 10 olmak üzere 20 eski hakim Mahkeme’nin yeni oluşumunda yer almıştır. 2004 sonu itibariyle Mahkeme’de görev yapan toplam üye sayısı, Sözleşme’ye taraf devlet sayısına denk olmak üzere 46 hakimden oluşmaktadır.

11 Nolu Protokol ile getirilen değişikliklerden biri de, eski sisteme göre her üye devletin mahkeme üyeliğine atanmak üzere belirleyip göndereceği hakimin mutlaka kendi uyruklu olma zorunluluğu bulunmakta iken, bundan böyle uyruklu koşulu aranmaksızın ilgili devletin iradesi doğrultusunda yabancı uyruklu bir hakimin de belirlenip göreve getirilebileceğine olanak sağlanmış olmasıdır. Örneğin şu anda, İtalyan



uyruklu olmalarına rağmen Mahkeme'de Malta, San Marino ve İtalya Devletleri adına görev yapan üç hakim yer almaktadır.

Protokol'le sağlanan bir diğer değişiklik de, hakimlerin 9 yıllık görev sürelerinin 6 yıla çekilerek kısaltılması, buna karşın görevi sona eren hakimlerin tekrar göreve getirilebilmesidir.

Eski dönemde hakimler dokuz yıllık bir görev süresi için seçilirken yeni dönemde bu süre altı yıla indirilmiştir. Her iki dönemde de hakimlerin yeniden seçilebilmeleri mümkün kılınmıştır. Hakimler, hiçbir zorlayıcı vekalet ile bağlanmaksızın kendi devletlerini değil, tamamen kendilerini temsilen (eskiden olduğu gibi), tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde Sözleşme amaçlarının gerçekleştirilmesi ve yargısal denetim mekanizmasından beklenen adaletin tecelli etmesinin sağlanması adına görevlerini yürütürler. Mahkeme üyeliğine liyakat için aranan koşulların başında, birinci sınıf yüksek yargıçlık mesleğine mensubiyet ve görevin gerektirdiği yüksek ahlâki karakter ve ilkelere sahip olma vasıfları gelmektedir.

Yeni sistemde hakimlere ayrıca ikinci görev yasağı getirilmiş (m.21/3); görev açısından azami yaş haddi 70 yaşın hitamı (m.23/6) olarak öngörülmüştür. Gerek tam zamanlı çalışma (full-time) koşulları ve ikinci görev yasağı, gerek kişisel ehliyet ve niteliklerde aranan ölçütler, gerekse görevin yürütümünde uyulması zorunlu yetki kullanımı ve sorumluluk kurallarına aykırı bir durumun saptanması, ilgili hakimın Mahkemedeki görev ve üyeliğinin sona ermesine neden oluşturur. Bu nedenle üyeliğin sona ermesi "... diğer yargıçların üçte iki çoğunluk ile alacakları kararla..." gerçekleşir (m.24).

## 2. DENETİM MEKANİZMASINDA YARGISAL İŞLEV DEĞİŞİKLİKLERİ

### a) Yargısal Denetim Sürecinde Bakanlar Komitesinin Devre Dışı Bırakılması

11 Nolu Protokol ile sağlanan bir diğer önemli değişiklik de, 31 Ekim 1999 tarihine kadar uygulanan eski sistemde AİHS'ne taraf devletlerin Sözleşme'den doğan taahhüt ve yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğilerinin denetlenmesinde görev ve yetkiyi, denetim mekanizmasının diğer iki organı olan Komisyon (kuruluş: 1954) ve Divan (kuruluş: 1959) ile paylaşan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin denetim sürecindeki rol ve ehliyetinin bundan böyle sona erdirilmiş olmasıdır.

Bu suretle, eskiden Komisyon, Divan ve Bakanlar Komitesi olmak üzere üç organ arasında paylaşılan yargısal denetim işlevi, yeni sistemde tam zamanlı çalışan tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "münhasır" görev ve yetkisi haline getirilmiştir.

Değınildiği üzere, yeni düzenlemeyle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yargısal işlevi sona erdirilmiş olup bu sayede yargı işlevi, sistemin tam zamanlı çalışan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bünyesinde yer alan yargı mercilerinin münhasır yetkisi haline getirilmiş, politik tercih ve kararların etkisinden arındırılmıştır. Bu suretle denetim sisteminin salt yargısal nitelik kazanması sağlanmıştır. Bu da, uyuşmazlıkların objektif adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olarak çözümlenmesi ve de kurumlar arası görev karışımı olgusunun ortadan kaldırılması açılarından son derece önemli bir gelişmedir.

Bilindiği gibi denetim mekanizmasının değışiklik öncesi işleyişinde, yapılan başvuruların önkoşullar açısından ilk incelemesini yapan Komisyon, kabul edilebilirlik kararı verdiği, ancak Divan önüne götürmeye gerek duymadığı konuları, Avrupa Konseyinin icra organı olan Bakanlar Komitesine tevdi ediyor; Bakanlar Komitesi de Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine, edildiği kanaatine vardığı takdirde ilgili devletten durumu düzeltici gerekli önlemleri almasına ya da mağdura tazminat ödemesine karar verebiliyordu. Bugünkü durumuyla Bakanlar Komitesinin sistemdeki rolü ve yetkisi, AIHM organlarının verdiği kesinleşmiş kararların ilgili taraflarca yerine getirilmesini denetlemekten ibarettir.

11 Nolu Protokol ile gerçekleştirilen bu değışim ve değışiklikler sonucunda yargı erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olarak tek elde toplanmış olması dolayısıyla Mahkeme, lağvedilen Komisyon'dan 1 Kasım 1998 tarihinde, 6.750 kayıt edilmiş başvuru ve 40.000 geçici dosya, Divan'dan da 89 dosya devralmıştır. 1999 yılı sonu itibariyle mahkemede 12.454 kayıt edilmiş başvuru ve 45.303 geçici dosya bulunmaktadır. Kayıt edilmiş başvuruların yarısı Türkiye, İtalya ve Polonya olmak üzere üç ülke aleyhine yapılmıştır. Türkiye, aleyhine yapılan 2.369 başvuru ile birinci sırada yer almaktadır.

Durum bu merkezde iken, 1.11.1998 – 31.10.2000 dönemi içinde Sözleşme'ye taraf 46 üye Devlet aleyhinde AIHM'ne yapılan toplam 45.279 başvurunun sadece 1.325'i Türkiye'ye ilişkin olup bu bağlamda Türkiye, Ukrayna (2.100), (2.473), Romanya (2.901), Almanya (3.252), Rusya (3.625), Fransa (5.298), Polonya (5.945) ve İtalya'dan (8.124) sonra

dokuzuncu sıraya düşmüştür<sup>4</sup>. Kaldı ki, 2001 yılı ile başlayan süreçte gerek Anayasa değişiklikleri, gerek uyum yasaları etkinlikleri ve özellikle Ceza Hukuku ve Yargılama Hukuku alanında yapılan reformlarla İnfaz Kurumlarında (münhasıran cezaevleri) gerçekleştirilen iyileştirmeler sonucu Türkiye'nin bu bağlamdaki konumunun günümüz (2004 yılı) itibariyle çok daha alt sıralara düşmüş olduğu kuşkusuzdur.

### **b) Kısmî Zamanlı Yargılama İşlevinden Tam Zamanlı Yargılama İşlevine**

Bilindiği üzere, değişiklik öncesi sistemde gerek Divan üyeleri gerekse Komisyon üyeleri kendi ülkelerindeki aslî görevlerinin yanı sıra, Divan ya da Komisyon'daki üyelik görevlerini de kısmî zamanlı olarak yürütmekte olduklarından bu durum, denetim mekanizmasının fonksiyonelliğini kesintilere uğratarak yavaşlatmakta ve makûl sürede karara bağlanması beklenen başvuru ya da dava (yargılama) sonucunun epey geç elde edilmesine neden olmakta idi.

11 Nolu Protokol, sistemin kurumsal yapısı ve işleyiş tarzından kaynaklanan bu aksaklık ve olumsuzlukları gidermekle kalmamış; getirdiği düzenlemeyle, Komisyonu lağvedip devreden çıkararak başvuru incelemesi ve yargılama süreçlerindeki görev ve yetkileri tek elde toplayıp Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adıyla üniter (tekçi) bir yapıya kavuşturduğu yargısal denetim mekanizmasına, her yönüyle tam zamanlı çalışan etkin, verimli ve bağımsız bir işlerlik kazandırmış; ayrıca mahkeme üyelerini de, Strasbourg'ta sürekli ikamet koşulunu getirerek, kendi ülkelerindeki aslî görevleri ile sistemdeki üyelik görevleri arasında mekik seyahatleri yapma külfetinden kurtarmıştır.

### **c) Önkoşullar ve Kabul Edilmezlik İncelemesinde Yargılama Süresinin Kısılması**

Yeni denetim mekanizmasının işleyişinde gerek devletsel (étatique) gerekse kişisel (individuel) başvurular doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ne yapılır. Komisyon döneminde, yapılan başvuruları önkoşullar açısından incelemek ve karara bağlamak üzere üye devlet temsilcileri arasından belirlenen 25 kişilik kurul tarafından yerine getirilen bu işlevin, bundan böyle Mahkeme bünyesinde sürekli görevde bulunmak üzere oluşturulan 3'er kişilik komiteler tarafından yürütülmesi sağlanmıştır. Öte yandan, Komisyon döneminde başvurular önkoşullar açısından "kabul edilebilirlik" mantığı çerçevesinde inceleme ve

<sup>4</sup> Bkz., <http://www.adalet.gov.tr/istatistik>

değerlendirmeye tâbi tutulurken, yeni sistemde bu filtrasyon denetimi “kabul edilmezlik” incelemesi esasına dayandırılmıştır.

11 Nolu Protokol değişiklikleriyle sağlanan bu iki önemli gelişmenin, denetim mekanizmasının çok daha seri çalışarak yargılama sürecinin son derece kısılmasına, bu sayede sıra bekleyen dava stokunun -kısa vadede olmasa bile orta vadede- eritilmesine, başvuru hakkının iyiniyet kuralları hilafına olası art düşünce, gizli emel ya da politik amaçlar doğrultusunda kullanımının önlenmesine büyük ölçüde katkıda bulunduğu ve daha da bulunacağı kuşkusuzdur.

Mer’î sistemde, aralarındaki işbölümü sayesinde her biri benzer davalar alanında uzmanlaşmış bu Komiteler, dava başvurularını önkoşullar açısından inceleme ve karara bağlama işlev ve yetkisi hususunda bir bakıma özel görevli ilk derece mahkemeleri konum ve ehliyetinde değerlendirilebilir. 3 kişilik heyet şeklinde oluşarak önkoşullar açısından incelemeye tâbi tuttukları başvurulardan “kabul edilemez” nitelikte görmedikleri davaları esas yönünden yargılama süreci sağlanmak üzere ilgili Daire’ye tevdi eder.

Komiteler ve Büyük Dairelerin yetkisi dışında kalan hususlarda daireler gerek devlet gerekse bireysel başvurularda hem kabul edilebilirlik hem de davanın esası konusunda incelemede bulunmak yetkisine sahiptir. Raportör her türlü temaslarda bulunmak ve başvurunun kabul edilirlği kararı alındıktan sonra da dostça çözüm işlemlerini yürütmekle görevlidir.<sup>5</sup>

### **3. DENETİM MEKANİZMASINDA YARGILAMA YÖNTEM DEĞİŞİKLİKLERİ, TARAFLARIN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

11 Nolu Protokol, İnsan Hakları Koruma Sisteminin Kurumsal Yapısına getirdiği değişikliklere koşut olarak Yargılama Sürecine getirdiği yönetsel değişikliklerle de Denetim Mekanizmasının işlev ve işleyişinde etkinlik, verimlilik ve nesnellik açılarından büyük kazanımlar sağlamıştır. Söz konusu değişiklik ve kazanımları aşağıdaki genel başlıklar altında toplayarak irdedecek olursak;

<sup>5</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s.441; GÖLCÜKLÜ Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamast*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 13

### **a) Daire Kararına Karşı İtiraz Hakkı ve Temyiz Kurumu**

11 Nolu Protokol'ün, sistemin yargılama süreci ve yöntemine kazandırdığı son derece önemli bir gelişme, m. 44. f. 2. uyarınca, ilgili dava taraflarına Daire kararlarına karşı üç ay içinde kullanılmak üzere "itiraz hakkı"nın tanınmasıdır. Daire kararına karşı itiraz Büyük Daire'ye yapılır. Büyük Daire'nin itirazı başvurusu sonuçlandıran kararı kesindir. Bu suretle, eski sistemde gerek Komisyon gerekse Divan kararlarının kesin olması dolayısıyla her iki organ bağlamında olmak üzere hatalı ya da sakat doğmuş yargı kararlarının itiraz ya da temyiz türünden bir yargı yoluna gidilerek düzeltilmesini sağlama gibi bir olanak bulunmuyor; çıkan karardan tatmin olmamış taraf veya taraflar ister istemez hatalı kararın sonuçlarını sineye çekmek zorunda kalıyordu. Bu gibi durum ve örnekler de, yargısal denetim sistemine, sistemin kurumsal yapısı ve işleyişine, kendinden beklenen adil çözüm kararlarına olan güven ve inancın aşınıp, giderek yok olmaya yüz tutacağı aşıkardır.

### **b) Duruşma Yönteminde Aleniyet İlkesi**

11 Nolu Protokol değişikliklerinin Yargısal Denetim Sistemine kazandırdığı önemli bir gelişme de, her yönüyle yargılama sürecinin "şeffaflık ilkesi" esasına dayandırılmasıdır. Şeffaflığı sağlamanın yegane yolu da "Aleniyet" tir. Önceki sistemde her aşaması büyük bir gizlilik içinde yürütülen; bilgi, belge ve bulguları kamuoyundan saklanan davalar, bundan böyle aleniyet prensibi gereğince herkesin gözü önünde yürütülecek; katılmak isteyen herkes duruşmaları izleyebilecek, görüntü alabilecek, yabancı dillerde sağlanan simültane tercüme hizmet ve olanaklarından anında ve serbestçe yararlanabilecek, dinleyici ve izleyicilerden isteyen kimseler duruşmaların esasını oluşturan bilgi ve belgelere dahi ulaşabilecek, birer örneğini isteyip sağlayabilecektir. Bu suretle yargılama sürecindeki duruşmalar; mekan, koşul ve yöntemleri bakımından adeta uluslararası sempozyum havasını andıran bir aleniyet, imkan ve özgürlük ortamı içinde cereyan etmektedir.

### **c) Davaya Müdahale ve Müdahil Bulundurma Hakkı**

Yeni sistemdeki yargılama sürecine egemen olan "Aleniyet ve şeffaflık" ilkesinin bir gereği ve doğal sonucu olarak, Protokol'le sağlanan önemli gelişmelerden biri de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülmekte olan davayla yakın ya da uzak, hukukî veya fiili ilgi-ilişkisi bulunan kimse veya kimselere, bu illiyeti kanıtlamak kaydıyla, davaya müdahil olarak katılma, tanıklık etme, ilgili bilgi belge aktarma, sözlü veya yazılı görüş belirtme hakkının tanınmasıdır. Üçüncü kişilere böyle bir hakkın

tanınmış olması, davanın gizli-saklı, örtülü ya da muğlak kalmış yönlerinin “alenen” açığa çıkarılarak uyuşmazlığı çözecek yargı kararının adalet ve hakkaniyete uygun doğrultuda gerçekleşmesine, kuşkusuz büyük katkı sağlayacaktır.

Öte yandan Mahkeme, bakmakta olduğu bir davanın tüm yönleriyle irdelenip anlaşılabilmesi, dava dolayısıyla hukukun ne olduğunun adil ve objektif bir kararla hükme bağlanabilmesi için gerek duyduğu hallerde “ex-officio” (isteme bağlı olmaksızın, re’sen) harekete geçerek ilgili kişi, kurum ve kuruluşların, bilirkişi ve uzmanların bilgisine başvurabilmekte, gerekli bilgi, belge ve bulguları talep edebilmekte, bizzat kendilerini ya da temsilcilerini duruşmaya celp edip katılmalarını sağlayabilmektedir. Bu da maksada elverişli, önemli bir yetki olarak sayılmak gerekir.

### SONUÇ

İnsan haklarının daha iyi korunması ve geliştirilmesi amacıyla hazırlanan 11 Nolu protokol, temelde denetim mekanizmasının yapısını tamamen değiştirmiş VİHM’nin oluşumu ile doğru ve etkin bir denetim sistemi teşkil edilmiştir.

Duruşmaların aleni olması, müdahale imkanı verilmesi ve bilirkişi müessesenin kurulması son derece önemli, isabetli ve can alıcı değişikliklerdir. Protokol öncesi dönemde 3 – 5 yılda ancak sonuçlanan davalar yeni sistem düzeninde artık 1 – 1.5 yıl gibi kısa süre zarfında sonuca bağlanabilmektedir.

Yargılama sisteminde böylesine köklü ve kapsamlı değişiklik yapılması, ileri derecede gelişmiş yargılama modeli ve tekniğine uygun bir düzenlemedir. Bu değişikliklerle sağlanan kazanımlar sayesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi ve bu sistemin öngördüğü Denetim Mekanizması en azından bir yarım yüzyıl daha bu bağlamdaki ihtiyaç ve taleplere cevap verecek; olası hukuksal olgu ve ilişkilere uygulanacak niteliktedir.

Anayasamızın 125. maddesi, İnsan Hak ve Hürriyetlerinin korunması amacıyla yönelik önemli ve temel bir hüküm içermektedir: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” İşaret edelim ki bu hükmün lafzî yorumundan elde edilen önemli sonuçlardan biri, buradaki “idare” kavramının salt “kamu yönetimi”ni belirtmek üzere dar kapsamlı anlamda olmayıp; yasama, yürütme ve yargı organları da dahil olmak üzere “Devlet ve Devleti temsil eden tüm kamu kurum ve kuruluşları ile kamu görevlilerini” kapsamasıdır. İkinci önemli nokta, nitelik ve nicelik yönünden hiçbir kısıtlama getirmeksizin İdarenin tüm işlem (karar) ve eylemlerinin (uygulamalar) yargı denetimine tâbi olması; üçüncü önemli nokta ise, yargı

yalun salt ulusal denetim mekanizmalarıyla sınırlı olmayıp, uluslararası yargısal denetim mekanizmalarının görev ve yetki alanına da münhasır olduğudur.

Öte yandan, Avrupa Konseyine üye ülkelerin tümünün demokrasiyle yönetilme, hukukun üstünlüğü ilkesini benimsemiş olma koşulu çerçevesinde bir yükümlülük altında bulunduğundan ve hepsinin de hukuk devleti olma iddiası uyarınca hareket etme durumunda olduğundan hemen tümünün anayasalarında yukarıdakine benzer hükümler düzenlenmiştir.

Hukuk Devletinın gerekleri arasında “yönetimin yasallığı” ve “yönetimin yargısal denetimi” ilkelerini başat olarak sayabiliriz. Bu iki ilkenin gerçekleşebilmesi ulusal toplum yaşamında belirli bir kamu düzeninin kurulmasını gerektirir. Birden çok devletin taraf olup yer aldığı bir toplumsal yaşam biçiminde ise bir kamu düzeninin kurulmasına duyulan gereksinme ulusal sınırların ötesinde bölgesel ya da evrensel bir boyut kazanır. İşte kişinin insan hak ve hürriyetlerini ulusal düzeyde olduğu kadar bölgesel ve dolayısıyla evrensel düzeyde yönetimlerin işlem ve uygulamalarına karşı korunması gereğinin ortaya çıkardığı kurumsal yapı ve yargısal sistemlerden biri de Avrupa Konseyi ile Konseyin çabaları sonucu gerçekleştirilen AİHS ve bunun öngördüğü Denetim mekanizmasıdır.

Avrupa Konseyi örgütü kurucu üyeleri, insan hak ve özgürlüklerinin gerek “yersellik” gerek “kişisellik” ilkelerine bağlı olarak ulusal ve uluslararası düzeyde korunması ve geliştirilmesinin gerektirdiği hukuki normlar çerçevesinde ve onlara uygun olarak eylem ve işlemde bulunma, yasaları her düzey ve düzende iyiniyet kurallarına tabi olarak nesnel ve eşitlikçi bir anlayış ve kararlılıkla uygulama hususunda devletleri yükümlülük altına sokacak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni hazırlarken, azami sayıdaki katılımı sağlama amaç ve düşüncesiyle Sözleşme’nin kapsamını, kaynak olarak örnek alınan 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne göre daha dar tutmaya özen göstermiş; lakin zaman içinde katılım sayısı artııkça, Bildirge’nin geri kalan kısımları peyderpey çıkarılan Ek Protokollerle düzenlenerek Sözleşme kapsamı genişletilip koruma sistemi pekiştirile gelmiştir.

Bilindiği üzere, her alanda olduğu gibi hukuk alanında da mevcut kurumsal yapı ve hukuki düzenlemeler, geçen zaman içinde toplumsal yaşamda meydana gelen değişim ve gelişmelerin beraberinde getirdiği yeni gereksinmeler, yeni sorunlar, başka başka talep ve beklentiler karşısında güçsüz, aciz, etkisiz ve yetersiz duruma düşebilmektedir. Uygur toplum düzeninde süreklilik kazanan bu evrimleşme olgusu sürecinde ortaya çıkan yeni yaşam koşul ve ihtiyaçlarının gerektirdiği ortam ve olanakların

sağlanmasında, çeşitli yeni ilişkilerden doğan sorun ve uyuşmazlıkların çözümlenmesinde artık arkaik konum almış olan söz konusu kurumsal yapı ve hukuksal mekanizmaların ya ıslah ya da ilga yoluyla yenilenecek güncellenmesi; günün koşullarına uygun daha etkin ve verimli, daha bağımsız ve tarafsız bir konum ve işlevselliğe kavuşturulması zarureti, bu alandaki misyoner otoritelerin icraat gündeminde başat yerini alır.

Aynı amaçtan hareketle, AİHS'nin kabul edildiği 4 Kasım 1950 tarihinden bu yana geçen zaman içinde muhtelif tarihlerde hazırlanıp imzaya açılan ve gerek Sözleşme'ye, gerekse Sözleşme'nin öngördüğü kurumsal yapı ve denetim sistemine değişiklik getiren 12 adet Ek Protokol gerçekleştirilmiştir. Ancak, 11 Nolu Protokol dışında geri kalanların hemen hepsi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin, AİHS'ce düzenlenmemiş hak ve özgürlükleri düzenleyerek bu bağlamda Sözleşme'yi tamamlama amacına yönelik olarak çıkarılan ek düzenlemelerdir. Kaldı ki, bunlardan 1, 4, 6, ve 7 Nolu Protokoller, Sözleşme'nin de düzenlediği bazı hak ve özgürlüklerin kapsamında genişleme sağlayan düzenlemelerdir. Bu bakımından diğerlerinin arasında 11 Nolu Protokol'ün münhasır ve müstesna bir önemi bulunur.

Gerçekten, 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol'ün öngördüğü değişikliklere koşut olarak yeniden yapılanan Koruma Sistemi Kurumsal Yapı, İşleyiş ve Yargısal Denetim Mekanizmaları açısından son derece önemli kazanımlar sağlamış bulunmaktadır. Çalışmamızın seyri içinde ayrıntılarıyla irdelemeye çalıştığımız söz konusu değişiklik ve kazanımları burada yineleyecek değiliz. Ancak, sentezci bir yaklaşımla genel başlıklar altında gruplayarak bütüncül bir sonuca varacak olursak:

i) 11 Nolu Protokol sayesinde İnsan Hakları Koruma Sistemi toplumsal evrime uygun güncelliğe kavuşmuştur: Geçen yarım asırlık süreç zarfında ulusal ve uluslararası düzeyde toplumsal yaşam düzeninde meydana gelen değişim ve gelişmelerin gerisinde kalarak gittikçe eskijen ve etkisizleşen, insan hak ve hürriyetlerine saygı ilkesine aykırılık olaylarında ortaya çıkan yoğun yargısal denetim talep ve beklentilerinin karşılanmasında kısıtlı ve yetersiz kalan, onca haksız ve adaletsiz işlem ve uygulamaların sorgulanmasında süper güçlerin baskı ve talimatları nedeniyle yansızlık ve bağımsızlığını yitirip yıpranan Avrupa Konseyi Koruma Sistemi ve Yargısal Denetim Mekanizmaları 11 Nolu Protokol değişikliklerinin sağladığı restorasyon sayesinde eski güç ve etkinliğine kavuşmuş; toplumsal yaşamın somut olay ve gerçek koşulları ile Koruma Sisteminin kurumsal yapı ve işleyişi arasındaki zaman farkı ve kopukluk giderilmiş; günün koşullarına uygun kurumsal bir dinamizm ve işlevsel bir ivme kazanmıştır.



ii) 11 Nolu Protokol ile Sistemin Anayasası (AİHS) da çağdaş hukuk anlayışıyla revize (tadil) edilmiştir: 11 Nolu Protokol, farklı olarak yeni hak ve özgürlükleri düzenlemeyi değil, sistemin hukuki altyapısında; bir başka deyişle, sistemin Anayasası niteliğindeki AİHS'nin temel ilke ve umumi esasları yanı sıra bazı spesifik hükümlerinde güncel bir revizyon sağlamayı amaçlamış; bu hedefe ulaşmak üzere Sözleşme'nin, ilk 18'i hariç, diğer maddelerinin tümünde oldukça kapsamlı ve köklü değişiklik ve düzenlemeler getirmiştir. Bu suretle, sistemin kurumsal yapısı ve yargısal denetim mekanizmalarında gerekli değişikliklerin yapılması hususunu, zamana ve taraf ülkelerin iyiniyet çerçevesindeki tek yanlı (sélectif) tutum ve kararlılıklarına bırakmadan, bu husustaki sorumluluğun tüm taraf ülkeler açısından salt protokoller düzeyinde ve ihtiyari bir ödev değil, Anayasal bağlamda bağlayıcı etkiye haiz bir görev ve yükümlülük olduğunu hükme bağlamıştır.

iii) Çok-organlı karmaşık kurumsal yapıdan, Merkezi-organlı basit yapıya geçilmiştir: Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu'nun lağvedilmesiyle birlikte, bu aşamaya gelene dek organ, görev ve yetki bakımından parçalanmış ve karmaşık bir görünüm arz eden kurumsal yapı bu noktadan itibaren örgensel açıdan basit, işlevsel açıdan merkezi bir konum kazanmıştır. Bu da, denetim sürecini kısaltıp hızlandıran, kurumlar arasında olası görev ve yetki karışımı ve uyuşmazlıklarının yaşanmasını önleyici etkiye sahip önemli bir gelişmedir.

iv) Kısmî-zamanlı yargısal işlevden, Tam-zamanlı yargısal işleve geçilmiştir: 11 Nolu Protokol değişiklikleri çerçevesinde, "Ad hoc" denebilecek türden periyodik olarak toplanıp kısmî zamanlı çalışan Divan yerine, tam mesai ile sürekli çalışan daimi (permanent) görevli genel Mahkeme yönteminin ikame edilmesi; sistemde görev alacak yargıçlar açısından tam mesai çalışma, ikinci görev yasağı ve Strasbourg'ta ikamet mecburiyeti getirilmesi gibi düzenleme ve önlemler sayesinde işlevlerde süreklilik, işleyişte serilik, denetimde etkinlik ve kurumsal saygınlıkta derinlik kazanılmış; zaman ve gider tasarrufu sağlanmıştır.

v) Yargısal görev ve yetkiler merkezileştirilmiş; yargısal denetim süreci, mixte (karma işlevli) organların<sup>6</sup> politik tercih ve kurumsal

<sup>6</sup> Gerek Konsey Statüsü gerekse Sözleşme hükümleri çerçevesinde kurulmuş olup Yargısal Denetim sürecinin bazı konu ve aşamalarında, İcrai ve Teşrii yetkilerinin yanı sıra Kazai yetkilerle de donatılmış olan ve başvurunun tabi tutulacağı yol, yöntem ve sürecin saptanıp izlenmesinde belirleyici karar organları olarak hareket edebilen Komisyon, Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi gibi organlar yargı denetiminin şeffaflık, objektiflik ve hakkaniyet ilkelerine gölge düşürecek karar ve sonuçların

etkilerinden arındırılmıştır: Komisyon'un lağvedilmesinin yanı sıra, Bakanlar Komitesi'nin yargısal işlevine de son verilmesi sonucu yargı görev ve yetkisi merkezileştirilmiş ve yargısal işlev, tüm aşamalarıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nin münhasır yetkisi haline getirilmiştir.

**vi)** Daire kararlarına karşı dava taraflarına itiraz hakkı getirilmiş; yargı kararlarında olası adli hataların düzeltilmesi olanağı yaratılmıştır.

**vii)** Davaya müdahale ve müdahil bulundurma hakkı getirilerek dava konusu hukuki uyuşmazlıkların tüm yönleriyle aydınlanması ve bu sayede bakılmakta olan davalar dolayısıyla daha objektif ve adil, "hak ve nisfet" ölçütlerine uygun kararların çıkması sağlanmıştır.

**viii)** Yargılama sürecinde aleniyet ilkesi benimsenmiş; bu yöfla, çıkan kararlara ilişkin olası eleştiri, polemik tartışma, spekülatif değerlendirme ve duraksamaların önüne geçilmiştir.

**ix)** Yargıçlık açısından "misyoner" görev yükümlülüğünden "profesyonel" görev uygulamasına geçilmiş; yargıçlar, ulusal düzeydeki asli görevleri ile denetim sistemi bağlamındaki misyoner görevleri arasında ağır yük, bölünmüşlük ve mekik dokuma külfetinden kurtarılmıştır.

**x)** İhtiyari yargı yetkisi bildirimini yerine zorunlu yargı yetkisinin kabulü ve uluslararası kamu hukukunun gelişmesine katkısı: Kanımızca, 11 Nolu Protokol'ün getirdiği değişiklikler çerçevesinde Avrupa Konseyi İnsan Hakları Koruma Sistemine sağladığı en büyük ve önemli kazanım, Kişisel Başvuru Hakkı'nın kullanılmasına konulmuş olan, bir nevi "ipotek" ya da "ihtiyati tedbir" niteliğindeki engelleyici kaydın kaldırılmasıdır. Bu amaca yönelik değişiklik öncesi sistemde, Kişisel Başvuru Hakkı'nın kullanılabilmesinin önkoşulu (sine qua non) olarak, yakınılan ilgili devletin, AİHS'nin öngördüğü Kişisel Başvuru Hakkı'nı ve Divan'ın bu husustaki yargısal yetkisini, daha önce imzalayarak taraf olmuş olduğu Sözleşme'den bağımsız olarak ayrıca tanımış olması şartı aranıyordu.

Öte yandan, bir devletin Sözleşme'ye taraf olmadan Avrupa Konseyi'ne üye olabilme olanağı bulunuyordu. Bir diğer deyişle, Konsey'e üyelik, üye devlet açısından Sözleşme'ye taraf olma ve bu bağlamda bir takım yükümlülükler üstlenmiş olma sonucunu doğurmamaktaydı. Özet bir değerlendirmeye; Sözleşme'ye taraf olma, Konsey'e üyeliğin; Kişisel Başvuru Hakkı'nı tanıma.da; Sözleşme'ye taraf olmanın doğal ve otomatik sonucu değildi. Nitekim Türkiye, 8 Ağustos 1949'da Avrupa Konseyi'ne üye ülke olarak katılmış, Sözleşme'yi 18 Mayıs 1954'te onaylayarak taraf olmuş

---

doğmasında etken rol oynayabilmekteydi.

olmasına rağmen, Kişisel Başvuru Hakkı'nı ancak 28 Ocak 1987 tarihinde bir bildirimle kabul etmiş; Divan'ın zorunlu yargı yetkisini ise, bazı çekince ve koşullara bağlayarak 22 Ocak 1990 tarihinden geçerli olmak üzere bir bildirimle tanımıştır.

Sonuç olarak, 11 Nolu Protokol'le gerçekleştirilen söz konusu düzenleme ve değişiklikler, İnsan Hakları Koruma Sistemine kazandırdığı büyük güç ve etkinliğin yanı sıra, evrensel düzeyde de "Uluslararası Hukuk" un gelişmesine ve sağlam, güvenli bir "Kamu Düzeni"nin oluşmasına katkıda bulunmuş; insan haklarının bu düzeyde de korunması ve geliştirilmesi için gerekli zemini hukuksal ve yargısal manada sağlamlaştırmıştır. Şöyle ki, AİHS getirdiği düzenle, bireyin evrensel bir değer olarak insan hak ve hürriyetlerinin, hiç değilse Sözleşme'ye taraf devletler açısından, devleti temsil eden resmi örgüt ve makamların eylem, işlem ve uygulamalarına karşı yerli ve yabancı topraklar üzerinde korunmasına ilişkin konularda Uluslararası Hukuka (Devletler Umumi Hukuku), Devletler ve Uluslararası Örgütler yanı sıra üçüncü bir suje, birey'i kazandırmıştır. İnsani Hukuk gerekleri bağlamında Uluslararası Hukuk kuralları çerçevesinin birey'i de kapsadığında tereddüt yoktur. Bu suretle, Uluslararası Hukukun gerek düzenleme, gerekse uygulama alanında bir gelişme kaydedilmiştir.

Bununla birlikte Sözleşme'nin, yukarıda konu edilen değişiklik öncesi düzenlemesinin öngördüğü Koruma ve Denetim sisteminin işleyerek sonuç verebilmesi, hakkında yakınmada bulunulacak devletin Sözleşme'ye taraf olmuş olmaktan bağımsız olarak ayrıca Bireysel Başvuru Hakkı'nı, bu yöndeki Komisyon ehliyetini ve de Divan'ın yargı yetkisini tanımış olmasına bağlı kılınmıştır. Bu yöntemin hukuki mantığı, Uluslararası Hukuk düzeninin temel dayanaklarından olan "devletlerin eşit egemenliği ilkesi" ne dayanmakta ve onunla bağdaşmakta idi. Dolayısıyla, uluslararası hukuk ilişkilerinde hiçbir devlet, örgüt ya da oluşum; kendi üyesi bile olsa, başka bir devlet hakkında o yöndeki kabul ve rızası koşulu sağlanmadan "ex-officio" (re'sen) hareket ederek meseleye el atamayacağı, karar tesis edemeyeceği, kamusal mükellefiyet, ya da başka türden bir edim altına sokamayacağı esası temel bir ilke olarak egemen olmuş ve olma ya da devam etmektedir.

Ancak, insanlık tarihinin M.S. XX. yüzyılımı yaşamaya başladığımız bu dönemde, insanlık adına ve insan için artık bir şeylerin değişmesi, Uluslararası Hukuk alanında bile olsa, İnsani Hukuk adına insan hak ve hürriyetlerinin korunması ve geliştirilmesinin söz konusu olduğu durumlarda yargısal denetim mekanizmaları da dahil olmak üzere hukuksal ve kurumsal

bağlamda taraf devletlerin ihtiyari kabul ve tercihinin bırakılmaksızın ex-officio hareket edilebilmesi ve durumun gerektirdiği önlem ve kararların tek taraflı iradeyle (icrai yetki/agréments exécutifs) kaçınılmaz bir zaruret olarak karşımıza çıkmıştır. Bu durum, Uluslar arası Hukuk mantığı ve ilkeleri karşısında, bir nevi “ızdırar hali” telakki edilmek gerekir.

Sonuç olarak 11 Nolu Protokol değişiklikleri bu alandaki ihtiyacı da giderip gerekli olanağı sağlamış; Uluslararası Hukukun değinilen ilkesini ikinci plana iterek, insan hak ve hürriyetlerini daha sağlam, etkili ve caydırıcı bir Koruma ve Denetim Sistemine kavuşturmuştur. Bu da, hiç değilse insan hakları alanında ulusal kamu düzeninden uluslararası kamu düzenine doğru bir kayışın yaşanmaya ve “devlet egemenliğini aşan bir uluslararası kamu hukuku düzeni”nin oluşmaya başladığının yadsınmaz işaretidir.

#### **KAYNAKÇA**

- BIÇAK, Vahit; “*Yeni Yapısıyla İnsan Hakları Mahkemesi*”, Liberal Düşünce Dergisi, 2003, S.16
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- *Journal Officiel de Communauté Européenne* (U.E.), ann. 1994, n°. C44/32
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SANCAKTAR, Oğuz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Kitabevi, Ankara 2002

# AVRUPA TOPLULUKLARI

## ADALET DİVANI

*Suat DURSUN\**

### GİRİŞ

Son zamanlarda Türkiye ile Avrupa Birliği (AB) arasında yaşanan gelişmeler, özellikle Avrupa Birliği Komisyonunun üyelik görüşmelerinin başlaması konusunda olumlu görüş bildirmesi, Aralık 2004 tarihinde de Avrupa Birliği Konseyinin Türkiye'ye müzakere tarihi vereceği yolundaki olumlu beklentiler, hem Türkiye'de hem de Avrupa'da kamuoyunun yoğun ilgisini Türkiye'nin tam üyeliğine yöneltmiştir. Ülkemizde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin aksine pek tanınmayan Avrupa Birliğinin yargı organı olan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) hakkında temel bilgiler vermek, insan hakları konusunda ATAD ile AİHM arasındaki ilişkileri açıklamak ve Avrupa Birliği Hukukunun literatürdeki kullanımıyla Topluluk Hukukunun dinamik ve hızla değişen ve gelişen özelliğinin bir sonucu olarak ATAD'ın hukuk yaratması konusunda bilgiler vermek bu çalışmanın temel amacıdır. Doğal olarak sayfalarca kitapların yazıldığı bir alan olan Topluluk Hukuku ve onun yargı organı hakkında her türlü bilginin böylesi bir çalışmada yer alması, her kavramın ayrıntılı açıklanması olanaklı olmadığı için, dipnotlarda konular ve kavramlar hakkında daha fazla bilgi edinilmesini sağlayıcı kaynaklara yer verilmiştir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde, ilk derece mahkemesinin kurulduğu tarihe kadar tek yargı organı olarak görev yapan ATAD ve ilk derece mahkemesinin kuruluşu, yapısı, işleyişi, hakim ve savcılar, kararları ve kararlarının niteliği üzerinde açıklamalar yapıldı. Yargı organlarının Topluluk hukuku içerisindeki yeri eski düzenlemelere göre ortaya konulmaya çalışıldı. Daha sonra yargı sisteminde önemli değişiklikler getiren ve geleceğe yönelik düzenlemeler içeren Nice Antlaşmasının hükümleri irdelendi. Bu değişikliklerin ayrı bir başlık altında irdelenmesinin tarihsel süreç içerisinde ATAD'ın geçirdiği değişiklikleri ve yargı ile ilgili gelecekte ortaya çıkabilecek olası durumları anlamamıza yardımcı olacağı düşünülmüştür. İkinci bölümde, ATAD'ın hukuk yaratma yetkisi, yorumları ve bunların sınırları üzerinde duruldu. ATAD'ın hukuk yaratması alanında önemli bir konu olan temel haklar konusu ayrıntılı olarak ele alınarak, bu

---

\* Danıştay Tetkik Hakimi

çerçevede ATAD'ın İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye verdiği değer ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ilişkilerine de değinildi. Üçüncü bölümde ise, ATAD'ın fonksiyon yeteneği üzerinde duruldu. Son bölümde ise, ATAD'ın topluluk organlarıyla ilişkisi ve bu ilişki çerçevesinde kurumsal yapıdaki dengenin nasıl değiştiği, Topluluğun hukuk devleti olma yolundaki evrimi hakkında ilgili bir takım değerlendirmeler yer aldı.

## **1. NİCE ANTLAŞMASINA KADAR TOPLULUK YARGI DÜZENİ**

### **1.1. Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Kuruluşu**

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, (The Court of Justice of The European Communities) Avrupa Kömür Çelik Topluluğu Antlaşması'nın 31. maddesinde, bu antlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasını garanti etmek üzere 25 Eylül 1952'de Avrupa Kömür Çelik Topluluğu (The European Coal and Steel Community)'nun bir organı olarak kurulmuştur. 25 Mart 1957 Roma Antlaşması ile her üç Avrupa topluluğunun (Avrupa Ekonomik Topluluğu, Avrupa Kömür Çelik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu) ortak yargı organı olmuştur. Oysa, bu üç topluluğun yürütme ve karar organları 1967 tarihli Birleşme Antlaşması (The Merger Treaty) ile birleşmişlerdir. Bir başka ifadeyle, ATAD, Birleşme Antlaşmasından önce Toplulukların tek ve ortak yargı organı olarak kurulmuş ve faaliyet göstermiştir.

Kısaca söylemek gerekirse ATAD, Topluluk hukuku olarak bilinen Avrupa Birliği hukukunun bir başka anlatımla gerek kurucu antlaşmalar, gerekse topluluk organları tarafından ihdas edilen sekonder (ikincil) Topluluk hukukunun her üye devlette aynı şekilde uygulanmasını ve yorumlanmasını sağlamaktadır.

ATAD'ın çalışma esaslarını gösteren bir içtüzük düzenlenmiş ve bu içtüzük, 7 Mart 1953 tarihinde AKÇT Resmi Gazetesinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>1</sup>

#### **1.1.1. Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Yapısı**

ATAD yargılama işlevini ya genel kurul olarak ya bünyesindeki daireler aracılığıyla yürütür. ATAD, bünyesinde altı daire (chambers) bulunmaktadır. Bu dairelerden ikisinde beş hakim dördünde üç hakim görev

<sup>1</sup> S. Rıdvan Karluk, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, Yedinci Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 2003. s. 193.

yapmaktadır. Daireler, kurul halinde çalışmaktadır. Kararlar oyçokluğu ile alınır.

### 1.1.2. ATAD'da Görev Yapanlar

ATAD'da toplam 15 hakim<sup>2</sup>, 8 hukuk sözcüsü (savcı)<sup>3</sup> görev yapmaktadır. Hakimler, buldukları ülkedeki yüksek yargı organı görevi yapabilecek hakimler veya hukuki görüşleriyle kendini kabul ettirmiş kişiler arasından altı yıllık bir süre için üye devletler arasında varılan uzlaşma sonucu Konsey tarafından atanırlar. Atanan hakimler üç yılda bir kısmen yenilenir. İlk yenileme sekiz, ikinci yenileme yedi hakim için yapılır.<sup>4</sup>

Hakimler kendi aralarından üç yıllık bir dönem için bir Divan başkanı seçerler. Görev süresi dolan Divan başkanın yeniden aynı süre için seçilmesi mümkündür. Divan başkanı idari görevlerinin yanısıra yargılama aşamasındaki duruşma ve tartışmaları yönetir. ATAD her yargı yılı için savcılar arasından bir başsavcı atar.

Her üye devletten bir hakim görev yapmaktadır. Teorik olarak ATAD'da İspanya sandalyesi veya Avusturya sandalyesi vb. ulusal kota bulunmadığı gibi hakimlerin Avrupa Birliği vatandaşı olmaları da zorunlu değildir. Hakimler, görev yaptıkları sürece ulusal kimliklerini bir kenara bırakarak, diğer bir anlatımla Topluluk hakimi olarak, tamamen bağımsız ve tarafsız bir şekilde ve vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Her üye devletten bir hakim bulunmasının ATAD kararlarının üye devletlerde kabul görmesinde psikolojik bakımdan olumlu bir etki yarattığı söylenilebilir.<sup>5</sup>

Görev yapan sekiz savcı, hakimler gibi her üç yılda bir her defasında dört savcı olmak üzere yenilenirler. Savcılar, hukuk sözcüsü olarak yargılamada hukukun ne olduğunu ortaya koyarlar.<sup>6</sup>

Hakim ve savcılarının çalışmasında geçerli olan hakimlik ve savcılık teminatı, başka görev alma yasağı, ihsası rey olarak adlandırılan daha önce görüş açıkladığı bir konuya ilişkin uyuşmazlıkla ilgili davaya katılmama gibi

<sup>2</sup> 2004 Mayıs ayında Avrupa Birliğine yeni katılan on yeni devlet ile birlikte üye sayısı 25'e ATAD'daki hakimlerin sayısı da üye devlet sayısına bağlı olarak 25'e çıkmıştır.

<sup>3</sup> Hukuk sözcüsü olarak adlandırılan bu görevlileri Türk hukuk sistemiyle paralellik arz etsin diye biz savcı olarak adlandırmayı uygun gördük.

<sup>4</sup> [http://europa.eu.int/institutions/court/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/institutions/court/index_en.htm)

<sup>5</sup> John McCormick, *The European Union Politics and Policies*, Second Edition, 1999 by Westview Press, s.161.

<sup>6</sup> [http://europa.eu.int/institutions/court/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/institutions/court/index_en.htm)

adil yargılamanın gerekli olduğu her türlü ilke ATAD yargıçları için de geçerlidir.<sup>7</sup>

Hakimler istifa edebilecekleri gibi görevle ilgili sorumlulukları yerine getirmemeleri durumunda ATAD'daki diğer yargıçların oybirliğiyle alacağı kararlar görevden de alınabilirler.

ATAD bünyesinde, ATAD bütçesinin hazırlanması ve ödemelerin yapılması, personel işlemlerinin yürütülmesi, kararların arşivlenmesi ve bir yüksek mahkemede yer alan genel sekreterin yaptığı benzer görevleri yapmak üzere altı yıllık bir süre için bir genel sekreter atanır.<sup>8</sup>

### 1.1.3. İlk Derece Mahkemesi

Avrupa Topluluğu kurucu antlaşmalarında ATAD dışında başka bir yargı organının kurulması öngörülmemiştir. AKÇT Antlaşmasına daha sonra eklenen düzenlemeyle ilk derece mahkemesinin kurulmasının yolu açılmıştır. Benzer düzenleme AAET Antlaşmasında da yapılmıştır.

Zamanla ATAD'ın iş yükünde meydana gelen artış yeni bir yargı organına ihtiyaç duyulmasına yol açmıştır. İlk derece mahkemesi binlerce davayla uğraşan ATAD'a yardım etmek, vatandaşlara daha iyi hukuki korunma sunmak amacıyla kurulmuştur.

ATAD, Topluluk içerisinde 1988 yılına kadar tek ve ortak yargı organı olarak görev yapmıştır. Avrupa Topluluğu yargı sisteminde Avrupa Tek Senedi'ne kadar ilk derece mahkemesi yüksek mahkeme ayrımı yapılmamıştır. 1987 tarihli Avrupa Tek Senedi (Single Act)'nde ATAD'ın isteği üzerine, Komisyonun olumlu görüşü alınmak suretiyle, Konsey tarafından oybirliğiyle alınacak bir kararla yeni bir mahkeme kurulabileceği kararlaştırılmıştır. Bu karardan sonra, ATAD'ın isteği üzerine Konsey tarafından ilk derece mahkemesi kurulmuştur.<sup>9</sup>

İlk derece mahkemesi, özellikle personel davaları gibi gerçek kişilerin davaları ile şirketler arasındaki haksız rekabetle ilgili davaları karara bağlamaktadır. Nice Antlaşmasına kadar ilk derece mahkemesinin önkarar alma yetkisi bulunmamaktaydı. Bu yetki münhasıran ATAD'a aitti.

<sup>7</sup> Haluk Günöğür, Avrupa Topluluğu Hukuku, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi yayını, bilim serisi-1, Ankara, 1996, s.271.

<sup>8</sup> Bizim genel sekreter olarak adlandırdığımız görevli için "Divan Başkatibi" ya da "Genel Yazman" terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. Tuğrul Arat, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, ATAUM yayını, No: 3, 1989, s. 21 ve Haluk Günöğür, a.g.e., s.273.

<sup>9</sup> Avrupa Topluluğu Bakanlar Konseyi'nin 24.10.1988 gün ve 88/591 sayılı kararı ABİ. L. 319/1 ve ABİ. L. 241/4 tarihli metinler.



İlk derece mahkemesinde 1995 yılından itibaren üç veya beş hakimle çalışan beş daire bulunmaktadır. Önemli ve karmaşık konuları ilk derece mahkemesi genel kurulu diğer konuları daireler karara bağlar.

#### 1.1.4. ATAD Kararları ve Bu Kararların Niteliği

ATAD, ilk olarak 226-228'inci (eski 169-171)<sup>10</sup> maddelerde düzenlenen, Komisyonun üye devletlerin antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden birini ihlal ettiği kanısına varması halinde ATAD'a başvurmasıyla açılan davalara bakmaktadır. Bu madde uyarınca Komisyon ilgili üye devleti ihlale dair görüşünü belli bir süre içerisinde bildirmeye davet eder. Komisyon tarafından verilen sürede üye devlet görüş bildirmezse veya bildirir ancak bu görüş Komisyonu tatmin etmezse, Komisyon, gerekçeli bir görüş hazırlar ve ilgili devlete ihlale son vermesi için bir süre tanır. Tanınan bu süre içerisinde ihlale son verilirse sorun çözülmüş olur. Aksi durumda Komisyon, ATAD'a başvurur. ATAD alacağı kararla ihlal durumunu tespit eder, ihlalin giderilmesi için alınacak önlemleri belirler. Yoksa üye devleti önlem almaya zorlayamaz. Uygulamada üye devletler ATAD kararlarını eninde sonunda uygulamaktadır. Fransa'nın İngiltere'den yapılan koyun eti ithalatına koyduğu kısıtlamaların antlaşma hükümlerini ihlal ettiği yolundaki kararına Fransa önce uymamış, ancak daha sonra Konsey'de sorun siyasi bir antlaşmayla çözümlenmiştir.<sup>11</sup>

İkinci olarak, 227'inci (eski 170) maddede düzenlenen, bir üye devletin başka bir üye devletin antlaşmayı ihlal etmesi durumunda ATAD'a başvurması halinde açılan davaları karara bağlamaktadır. Bu maddede, üye devletin dava açmadan önce Komisyona bilgi vereceği, Komisyonun, şikayetçi devletle ihlali yapan devletin karşılıklı görüşlerini dinledikten sonra üç aylık süre içerisinde gerekçeli görüşünü bildireceği, Komisyonun görüşünü bildirmemesi veya ihlalin olmadığı yolunda görüş bildirmesi hallerinin şikayetçi devletin dava açmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir.

Üçüncü olarak, 230 ve 231'inci (eski 173 ve takipeden maddeler) maddelerde düzenlenen, Konsey ve Komisyonun görüş ve tavsiye dışındaki tasarruflarının yargısal denetimine ilişkin davalardır. Topluluk kurumları tarafından ihdas edilen ve uygulanma zorunluluğu olan tüzükler, yönergeler,

<sup>10</sup> 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması Avrupa Topluluklarını kuran Antlaşmaları ve Avrupa Birliği Antlaşmasını (Maastricht Agreement) ve ilgili düzenlemeleri değiştirmekle kalmamış madde numaralarını da değiştirmiştir.

<sup>11</sup> Haluk Günugur, Avrupa Topluluğu Hukuku, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını Bilim Serisi-1, Ankara, 1996, s.292.

kararlar gibi tasarrufların iptali istemiyle üye devletler, Konsey, Komisyon, Maastricht Antlaşmasından sonra Parlamento ve Avrupa Merkez Bankası ATAD'a dava açabilirler. ATAD, verdiği kararlarla Antlaşma metninde yer almasa da Avrupa Parlamentosunun kararlarına karşı da iptal davası açılmasını kabul etmiştir. Burada hemen akla Konsey'de üye devletlerin oybirliğiyle karar alıp daha sonra kabulü için oy kullandığı karara karşı dava açmasının bir çelişki oluşturup oluşturmadığı gelebilir. ATAD, bunun bir çelişki olmadığını hükme bağlamıştır.<sup>12</sup>

Gerçek kişilerin Topluluk kurumlarının tasarruflarına karşı iptal davası açıp açamayacakları hususu 232'inci (eski 175) maddede düzenlenmiştir. Buna göre; her gerçek ve tüzel kişi kendisine yöneltilen ya da görünüşte tüzük veya bir başka kişi için alınmış karar şeklinde olup da, doğrudan doğruya ve kişisel olarak kendisini ilgilendiren bir başka ifadeyle çıkar ihlaline yol açan kararlara karşı dava açabileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlenmeden anlaşıldığı üzere tüzük ve yönergeler hakkında gerçek ve tüzel kişiler dava açamazlar. AKÇT antlaşmasında ise, işletme ve ortaklıkların kendilerini ilgilendiren, genel olmayan ve yetki saptırması nedeniyle kendilerine zarar verdiğini düşündükleri genel karar ve tavsiyelere karşı dava açabilecekleri kabul edilmişti.<sup>13</sup>

ATAD Topluluk kurumlarının tasarruflarını; yetkisiz tasarruf ihdas edilmesi, şekil hükümlerinin ihlali, tasarruf ihdas edilirken antlaşmaların ihlali, verilen yetkinin verilmiş amacı dışında kullanılması hallerinde iptal eder ve iptal kararı geriye yürüyerek (retroactive) tasarrufun yapıldığı andan itibaren tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırır.

Dördüncü olarak, 232'inci (eski 175) maddede düzenlendiği üzere antlaşmanın ihlal edildiği durumlarda Konsey ve Komisyon karar almaktan kaçınırsa, üye devletler ve Topluluğun diğer kurumları ihlali tespit ettirmek amacıyla ATAD'a başvurur. Konsey ve Komisyondan bir girişimde bulunulması istenmiş ve iki aylık süre sonunda herhangi bir girişimde bulunulmamışsa dava iki aylık yeni bir süre içinde açılabilir. Bu çerçevede gerçek ve tüzel kişiler ise, Topluluk kurumlarından birinin görüş ve tavsiye dışındaki tasarruflarını kendisine göndermemeyi ihmal etmesi halinde ATAD'a başvurabilirler. Bu madde kapsamındaki davalar hareketsizlik davaları olarak da adlandırılmaktadır.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Haluk Günöğür, a.g.e., s.298-299.

<sup>13</sup> 1952 tarihinde yürürlüğe giren elli yıl süreli AKÇT Antlaşması 2002 tarihinde yürürlükten kalktı.

<sup>14</sup> Haluk Günöğür, a.g.e., s.310.

Beşinci olarak, önkara davası olarak adlandırılan ve 234'üncü (eski 177) maddesinde, üye devletlerden birinin yargı organı önünde görülen bir davada yargı organı hüküm tesis edebilmek için Topluluk hukukunun yorumuna ihtiyaç duyduğu zaman ATAD'a başvurabilir. Maddede yargı organının önkara gerekliliğini düşünmesi halinde ATAD'a başvurabileceği düzenlenmiştir. Şayet ulusal yargı organı, kararlarına karşı iç hukukta başka bir kanun yoluna baş vurma imkanı bulunmayan bir yargı organı ise bu yargı organının önkara prosedürü için başvurması zorunludur. Önkara prosedürü Topluluk hukukunun her üye devlette aynı biçimde uygulanmasını dolayısıyla bütünleşmeyi sağlayan önemli bir araçtır. İlk derece mahkemesinin önkara alma yetkisi yoktu. Nice Antlaşmasından sonra bu yetki ilk derece mahkemesine de verildi.

Bunların yanısıra akit dışı sorumluktan doğan davalar, personel davaları, Avrupa Yatırım Bankası ile ilgili davalar da vardır. ATAD'ın danışma niteliğinde verdiği kararlar da mevcuttur.

## **1.2. Nice Antlaşması ile Getirilen Yenilikler**

Nice Antlaşmasıyla Avrupa Birliğinin yetkilerinin denetimi ve hukuk devleti esaslarına bağlanması açısından önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, en çok Avrupa Parlamentosu, ATAD ve İlk Derece Mahkemesini etkilemiştir. Hukuk alanında yapılan bu değişiklikler, İlk Derece Mahkemesine yeni yetkiler vermiş, mahkemenin çalışma şekli ve oluşumunu değiştirmiş, kurumsal hukuk ve usul hukuku alanında yeni düzenlemeler getirmiştir.

### **1.2.1. Nice Antlaşmasının İlk Derece Mahkemesine İlişkin Değişiklikleri**

Nice Antlaşmasıyla, AT Antlaşmasının 220. maddesinde antlaşmanın yorumu ve uygulanmasında tek yetkili olarak kabul edilen ATAD'ın yanısıra, ilk derece mahkemesinin de bu antlaşmanın yorum ve uygulanmasında hukuka saygıyı temin edeceği şeklinde değişiklik yapılmıştır. Başka bir anlatımla her iki yargı organı da antlaşmanın yorumunda ve uygulanmasında yetkili kılınmıştır.

Avrupa Toplulukları Konseyinin ilk derece mahkemesini kuran kararı ortadan kaldırılmıştır. İlk derece mahkemesinin ATAD nezdinde bir mahkeme olduğu ibaresine Nice Antlaşmasında yer verilmemektedir.

İlk derece mahkemesinin yetkileri artırılarak bazı doğrudan davaları karara bağlayabileceği kabul edilmekle birlikte doğrudan açılan davalar bakımından önemli istisnalar getirilmiştir. Üye devletlerin, Topluluk

organlarının açtıkları davalar ile Avrupa Merkez Bankası Tüzüğü'nün 51'inci maddesine göre açılan davalarda ATAD yetkilidir.

Bu Antlaşmayla ilk derece mahkemesinin yetkileri artırılmış, pozisyonu güçlendirilmiş olmasına rağmen, bu Antlaşmadan sonra da ilk derece mahkemesi AT Antlaşmasının 7'nci maddesi anlamında ATAD gibi Topluluk organı değildir.

ATAD önkarar davalarında tek başına yetkiliyken Nice Antlaşmasıyla belli konular hakkında ilk derece mahkemesi de önkarar davalarında yetkili kılınmıştır. AT Antlaşmasının 225'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, Antlaşmanın 234'üncü maddesinde yer alan; antlaşmanın yorumlanması, Topluluk ve Avrupa Merkez Bankası organlarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumlanması ve Konseyin bir tasarrufu ile kurulan organların tüzüklerinin yorumlanması konularında ilk derece mahkemesi önkarar alabilir. Bilindiği üzere, Topluluk hukukunun üye devletlerde yeknesak bir biçimde uygulanması konusunda ve bütünleşmenin geliştirilmesinde önkarar davalarının önemli bir işlevi bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi, alacağı önkarar ile Topluluk hukukunun birliğinin ve uyumunun bozulabileceği görüşünde ise, kendisinin bakacağı davayı ATAD'a havale edebilir. Şayet ilk derece mahkemesi bu yola başvurmadıysa savcı, ilk derece mahkemesinin kararının denetimini temyiz yolu ile ATAD'dan isteyebilir. ATAD, savcının talebini kabul edebileceği gibi reddedebilir. Bu yolla Topluluk hukuk düzeninde içtihat birliği korunmaktadır.

Getirilen bu yeni düzenleme, temyiz hakkının sadece savcıya tanınması en azından Komisyonun da bu hakka sahip olması gerektiği, prosedürünün çok karmaşık olduğu, ATAD kararının etkisi konusunda bir düzenleme içermediği şeklinde ciddi eleştirilere uğramıştır. Hükümetlerarası konferans bu eleştirileri yayımladığı bildirimlerle açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır. ATAD kararının etkisinin tüzükte açıklığa kavuşturulmasını, gecikmelerin önlenmesini, ATAD'ın acil prosedürle karar vermesini öngören bildirimlerle konunun çözümlenmesi zordur. Çünkü, Topluluk hukukunun birlik ve uyumuna ilişkin davalarda hukuki durumların çok iyi analiz edilmesi ve değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Yapılan işin doğası gereği zamana ihtiyaç duyulacaktır.<sup>15</sup>

İlk derece mahkemesinin hakim sayısı da artırılmıştır. Konsey oybirliğiyle alacağı kararla hakim sayısını değiştirebilir. İlk derece

<sup>15</sup> Füsun Arsava, "Nice Antlaşmasının Getirdikleri", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, cilt: 1, sayı: 2 (Bahar 2002), s.18-19

mahkemesi ATAD gibi üç ve beş hakimle toplanacağı gibi tek hakimle de karar verebilir.

İlk derece mahkemesinde görülmekte olan davaların büyük kısmını çevre ile ilgili olanlar oluşturmakta (1997 yılı itibarıyla toplam 636 davanın 324'ü çevreyle ilgili), bu davaları sırasıyla Topluluk kurumlarının personel davaları, tarım ve balıkçılıkla ilgili davalar, rekabet ve devlet yardımları, malların serbest dolaşımı ve gümrük davaları takip etmektedir.<sup>16</sup>

### 1.2.2. Daireler Oluşturulması

Konsej, AT Antlaşmasının 225/a maddesi uyarınca belli kategorideki davalar için yetkili olmak üzere oybirliğiyle alacağı kararla daireler oluşturabilir. Böylece, bir taraftan uyuşmazlıklar uzman dairelerce karara bağlanırken, diğer taraftan ATAD'ın iş yükünün azaltılması sağlanacaktır. ATAD'dan ve Komisyondan öncelikle personel uyuşmazlıkları ile ilgili bir daire oluşturulmasına dair bir tasarı hazırlanması istenmiştir. Şu an personel uyuşmazlıkları hakkında ilk derece mahkemesi karar vermektedir.

Daireler, AT Antlaşmasının 220/2. maddesine göre Topluluğun yargı yetkisine ortak olacaktır. AT Antlaşmasının 225/2. maddesi gereğince, ilk derece mahkemesi kurulacak bu daireler için kanun yolu mercii konumunda olacaktır. Bu düzenlemeyle daireler belirli davalarda yetkili olacak, daire kararlarına karşı kanun yolu ile ilk derece mahkemesine başvurulacak, tüzüğe göre; ilk derece mahkemesinin kararının Topluluk hukukunun birliği ve uyumuna ilişkin olması halinde ise, savcının talebi veya ilk derece mahkemesinin göndermesi üzerine bu kararlar ATAD tarafından denetlenecektir. Topluluk hukukunun bekçisi konumunda olan Komisyona temyiz hakkının tanınması düşündürücü bulunmaktadır.<sup>17</sup>

### 1.2.3. ATAD'ın Örgütlenmesinde Meydana Gelen Değişiklikler

ATAD'da her üye devletten gelen hakimlerin bulunduğunu daha önce belirtmiştik. AT Antlaşmasının 221'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca her üye devletin hakimi bulunacağına göre üye sayısının 27'ye çıkması halinde ATAD'da 27 hakim görev yapacaktır. Doğal olarak çok hakim birlikte çalışması bazı zorluklar içermektedir. Bu zorluklar, dairelerin yeni düzenlenmesi ile ortadan kaldırılabilir.

ATAD, daireler, yeni teşkil edilen büyük daire ve genel kurul olarak toplanacaktır. ATAD daireleri önceden belirttiğimiz gibi yine üç ve beş

<sup>16</sup> H. Wallace, and W. Wallace, Policy-Making in the European Union, Oxford University Press, 4<sup>th</sup> Edition, 2000, s. 25.

<sup>17</sup> Arsava, a.g.m., s.20

hakimden oluşacaktır. Büyük dairede beşi daire başkanı geriye kalanları tüzüğe göre atanan hakimlerden olmak üzere toplam 11 hakim görev yapacaktır. Büyük daire üye devletin veya Topluluk organının talep etmesi üzerine toplanacaktır. Başkanlığını ATAD Başkanın yürüteceği büyük dairenin görevi, içtihatların uyumunu temin etmektir.

ATAD Tüzüğü'nün 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca Topluluk organlarının mensuplarına disiplin cezası verilmesi, ombudsmanın, Komisyon ve Sayıştay üyelerinin görevden alınması hallerinde ATAD genel kurul olarak toplanacaktır. Yine Tüzüğü'nün 16'ncı maddesinin 5'inci fıkrası gereğince savcının dinlenmesinden sonra ATAD, olağanüstü önemi haiz bir hukuki konuyu genel kurula havale edebilecektir.

Gerek ilk derece mahkemesinde, gerekse ATAD'da görev yapan hakimlerin altı yıllık görev süresinde bir değişiklik yapılmamıştır.

#### **1.2.4. ATAD'ın Yargı Denetiminde Meydana Gelen Değişiklikler**

Nice Antlaşmasının ATAD'ın yargı yetkisinin Avrupa Birliği Antlaşmasının 7'nci maddesini de kapsadığını kabul etmesi önemli bir gelişmedir. Bu madde ile devletler hukuku seviyesinde yaptırıma başvurma devre dışı kalmış, Avrupa hukuk düzeni bir erken uyarı sistemine kavuşmuştur. Konsey, Parlatentonun uygun bulması halinde üyelerinin 4/5'inin oyuyla AB Antlaşmasının 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan prensiplerin üye devletler tarafından ihlal edilmesi tehlikesinin açık olarak bulunduğunu saptayabilir. İlgili üye devletin oy hakkı bulunmakla beraber veto hakkı bulunmamaktadır. Avrupa Parlamentosu, Komisyon ya da üye devletlerin 1/3'ü bir üye devletin Antlaşmanın 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasındaki ilkeleri ihlal ettiği yolunda gerekçeli bir öneri sunmaları halinde Konsey, konuyu ele almaktadır. Konsey, üye devlete sadece tavsiyede bulunma hakkına sahiptir. Böyle bir durumda, ATAD'ın yargı yetkisi, AB Antlaşmasının 46'ncı maddesinin (e) fıkrasına dayanmaktadır. Öncelikle Konseyin bu prosedür sonucu aldığı tavsiye kararı, hukuki etkisi bulunmaması nedeniyle ATAD'ın yargı yetkisinin dışındadır. Konsey tarafından açık bir tehlikenin olduğu yolunda yapılacak saptama ve AB Antlaşmasının 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında alınan tespit kararı, ATAD'ın yargı yetkisi içindedir. Gerek saptama gerekse tespit kararının iptali için iptal davası açılabilir. AB Antlaşmasının 46'nci maddesi hükmü açık olmadığından sadece tespit kararlarının mı, yoksa diğer tasarruf veya ihmallerin de yargı denetimine tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bir kararın hukuki bir tasarruf olabilmesi için öngörülen prosedüre uygun olarak ihdas edilmesi gerekir. Bu çerçevede ATAD'ın yargı yetkisi 7'nci madde

kapsamındaki tüm usul hükümlerini kapsar. Genişletici yorum benimsenerek oy haklarının kullanılması dahil yargı denetimine tabi tutulmalıdır.

Konseyin, Antlaşmanın ihlaline yönelik bir tehlikenin mevcudiyetini düzenli olarak denetlemediği takdirde de dava açılabilir. Konseyin, böyle bir denetim sonucu saptamanın doğru olduğu veya ortadan kaldırılması yolunda bir karar alması gerekir. Konseyin bu görevini yerine getirmemesi halinde, ilgili devlet, bu prosedürün işletilmesi için ATAD'a başvurabilir. Böyle bir başvuruda, ATAD, bir ay içinde karar vermek zorundadır. İlgili üye devletin başvurusu kabul edildiği takdirde Konsey usule aykırı karar almışsa bu kararı iptal eder, karar almamışsa önleyici önlemlerin devamı için Konseyin karar almasını öngörür.

ATAD, suçlanan devletin gerçekten temel anayasal garantileri tehlikeye sokup sokmadığını veya ihlal edip etmediğini ayrıntılı olarak denetleyemez. ATAD'm denetimi Konseyin gerekli çoğunlukla karar alıp almadığı, Parlamentonun onayının bulunup bulunmadığı, ilgili devletin dinlenme hakkının ihlal edilip edilmediği, kısaca Konseyin usulüne uygun bir karar alıp almadığını ilişkindir. ATAD'm denetimiyle Konseyin gerekçelerinin tam olup olmadığı gözden geçirilmiş olmaktadır. Yoksa ATAD gerekçelerin doğru olup olmadığını denetleyemez.<sup>18</sup>

### 1.2.5. Nice Antlaşmasında Savcıların Durumu

Savcıların görevinde önemli bir değişiklik olmuştur. AT Antlaşmasının 222'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, savcı, katkısının gerekli olduğu hukuki konularda nihai talepte bulunma yetkisini haizdir. ATAD'da görülmekte olan bir davada yeni hukuki sorunlar çıkmadığı takdirde ATAD, savcıyı dinledikten sonra, nihai talep olmaksızın karar verebilecektir. Bu düzenleme, konunun uzmanları tarafından ciddi şekilde eleştirilmiştir. Eleştiriler temelde düzenlemenin baştan itibaren sakat olduğu, hükmün lafzından dahi anlaşılmasının çok zor olduğu yolundadır. İlk olarak, hemen hemen her davada hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Düzenlemede yeni hukuki sorunlar ortaya çıkmasıyla kastedilen husus, yerleşik prensiplerin uygulanması veya sekonder (ikincil) hukuk tasarruflarının rutin olarak yorumlanması dışındaki hukuki konular ise, bunun Tüzükte açıkça dile getirilmesi gerekliydi. İkinci olarak, savcıların artan iş yükü ve üstlendiği yeni görevler nedeniyle ilk derece mahkemesinde de görev almaları gerekirken, bu konuya düzenlemede yer verilmemiştir. Üçüncü olarak, savcının sadece dinlenmesi ve kendi iradesi dışında prosedürün dışında tutulmasıdır.

<sup>18</sup> Arsava, a.g.m., s.25-26

### **1.2.6. Nice Antlaşması ile Usul Hukuku ve Kurumsal Hukukun Esnekleştirilmesi**

Nice Antlaşmasında temel prensipler antlaşmada düzenlenmiş, detaylar ise AT Antlaşmasının 311'inci maddesine göre antlaşmanın ayrılmaz bir parçası olan ATAD Tüzüğünde düzenlenerek bir esneklik getirilmiştir. Çünkü, Tüzüğün Konsey tarafından oybirliğiyle alınacak bir kararla değiştirilmesi mümkündür. Gelecekte oybirliği yerine nitelikli çoğunluk yeterli olacaktır. Konsey şimdilik usul hükümlerine ilişkin bölümü değiştirebilir. Aşlında Tüzük değişikliği Amsterdam Antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile mümkün olmuştur. ATAD ve Komisyonun değişiklik talep etme hakkı bulunmaktadır. Parlamentonun da dinlenmesi gerekmektedir. Komisyondan gelen değişiklik önerilerinde ise ATAD'ın dinlenmesi gereklidir.

Teşkilatlanma ve usul hukukunun hükümetlerarası konferans toplanmaksızın değiştirilebilmesi bu alanda bir esneklik getirmiştir. Ancak, İlk derece mahkemesiyle ilgili değişikliklerin ATAD'ın onayıyla Konsey tarafından gerçekleştirilmesi ve gelecekte de bu değişikliklerin nitelikli çoğunlukla yapılmasının mahkemelerin, bu şekilde daha çok yasama yetkisi elde edeceği, bu durumun ise kurumsal dengeyi bozacağı eleştirisi yapılmaktadır. Bu eleştiriye rağmen her iki mahkeme de şimdiye kadar Avrupa yargısına dair reform önerilerinde oldukça isabetli yaklaşımlarda bulunmuştur.<sup>19</sup>

Suçlanan devletin dinlenmesinin kabul edilmesi usul hukuk alanında olumlu bir değişikliktir.

### **1.2.7. Nice Antlaşmasının Parlamento Yargı Alanında Tanıdığı Yetkiler**

Parlamento, Topluluk kurumlarının tasarruflarına karşı iptal davası açma hakkını elde etmiştir. Bunun yanı sıra artık, Parlamento da Komisyon ve Konseyin sahip olduğu bir uluslararası antlaşmanın AT Antlaşmasıyla uyumlu olup olmadığını denetlemek için ATAD'dan istişari mütalaa alabilme hakkını haizdir.

Nice Antlaşmasıyla Parlamento, Konsey, Komisyon ve üye devletlerle Topluluk hukukunun dava sisteminde eşit bir konum elde etmiş, Topluluğun kurumsal yapısındaki denge Parlamento lehine değişmiştir.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Arsava, a.g.m., s.22

<sup>20</sup> Arsava, a.g.m., s.26



Nice Antlaşmasında ATAD, ilk derece mahkemesi ve Parlamento hakkında önemli düzenlemeler getirilmiş, bu düzenlemelerle adı geçen organlar güçlü bir konum elde etmişler, gelecekte ortaya çıkabilecek sorunların çözümüne yönelik adımlar atılmış, üye devletlere savunma hakkı tanınarak Topluluğun hukuk devleti gerekleriyle uyumlu hale getirilmesi sağlanmıştır.<sup>21</sup>

## 2. ATAD'IN İŞLEVİ

ATAD'ın işlevinin belirlenmesi için Topluluk hukukunun ATAD'a verdiği yetkilere ve görevlere bakmak gerekmektedir. Öncelikle şunu ifade etmeliyiz ki; Topluluk hukuku dinamik karakterinin bir sonucu olarak boşlukları olan bir hukuktur. Bu boşluklar ATAD'ın hukuk yaratması ve yaptığı yorumlar ile giderilmektedir.<sup>22</sup>

ATAD'ın hukuk yaratması özellikle temel haklar alanında söz konusu olmaktadır. Bunun iki önemli nedeni bulunmaktadır. İlk neden, Avrupa Topluluğu hukuk düzeninde ulusal devletlerin anayasalarında olduğu gibi bir temel haklar kataloğunun bulunmamasıdır. İkinci neden ise, zamanla bir devletin üye devlet olarak birliğe katılmasında temel haklarla ilgili düzenlemelerinin ve uygulamalarının vazgeçilmez bir ön koşul olarak değerlendirilmesidir. Bir iki istisna dışında 1.11.1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Antlaşmasına kadar Avrupa Topluluğu hukukunda temel haklara ilişkin düzenlemeler yer almamıştır.<sup>23</sup>

Ekonomik pazarların Avrupasından hakların ve özgürlüklerin Avrupasına doğru geri dönülmez bir adım atıldığı ifade edilmek suretiyle temel hakların Avrupa Birliği için ne kadar önemli olduğu vurgulanmıştır.<sup>24</sup> Artık Avrupa Birliği vatandaşlığından ve bu vatandaşların sahip olduğu

<sup>21</sup> Füsün Arsava, Nice Anlaşması Sonrası Avrupa Birliğinin Geleceği, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:18, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2003, S.25-39

<sup>22</sup> Füsün Arsava, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan, Cilt 52, Sayı:1-4 Ocak-Aralık S.117-124

<sup>23</sup> İstisnalar: **1.** Avrupa Parlamentosunun 12.4.1989 tarihli Temel Haklar ve Özgürlüklere ilişkin Bildirgesi. **2.** 11 üye devletin devlet ve hükümet başkanlarınca 8 ve 9 Aralık 1989 tarihlerinde kararlaştırılan Topluluk Şartı. **3.** Avrupa Tek Senedi ile üye devletlerin anayasalarında ve kanunlarında Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Sözleşmesinde ve Avrupa Sosyal Şartında tanınan temel hakları özellikle özgürlük, eşitlik ve sosyal adaleti destekleyeceklerini ifade etmeleridir.

<sup>24</sup> Romano Prodi, President of the European Commission, For a Strong Europe, with a grand design and the means of action, Institut d'Etudes Politiques, Paris, 29 May 2001.

temel haklar ve özgürlüklerden bahsedilmek suretiyle konunun AB için vazgeçilmez olduğu ifade edilmektedir.<sup>25</sup>

### **2.1. Maastricht Antlaşmasına Kadar ATAD'ın Temel Haklara İlişkin Değerlendirmesi**

Maastricht Antlaşmasına kadar Topluluk hukukunda temel haklara dair düzenlemelerin yer almadığını belirtmiştik. ATAD temel haklar nedeniyle önüne gelen uyuşmazlıklarda hukuki düzenlemeler mevcut olmadığı için yaptığı yorumlar ile sorunları çözmüştür. Bu yorumlarda, ATAD'ın iki temel kritere dayandığını görmekteyiz. Bunlardan birincisi, üye devletlerin ortak anayasa gelenekleri (common constitutional traditions of the member states), ikincisi ise, hukukun genel ilkeleri (general principles of law) olarak karşımıza çıkmaktadır.

ATAD, ilk olarak Stauder davasında (12.11.1969 tarihli karar, Rs. 29/69, Slg. S. 419), temel hakların Topluluk genel hukuk ilkeleri içerisinde yer aldığına karar vermiştir. Olayda, bir Alman mahkemesi Komisyonun bir kararının ilgili bölümünün Topluluk hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı sorusunu sormuş; ATAD, ilgili hükmü yorumlayarak Komisyon kararından Topluluk hukukunun genel ilkeleri içinde yer alan temel hakları ihlal eden bir sonuç çıkarılamayacağı yorumunda bulunmuştur. ATAD, bir başka kararında (17.12.1970 tarihli, Internationale Handelsgesellschaft, Rs. 11/70, Slg. S. 1125) ise, üye devletlerin ortak anayasa hukuku geleneklerine atıf yapmıştır. Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere üye devletlerin ulusal hukukundan veya uluslararası hukuktan çıkarılan hukukun genel ilkeleri ve üye devletlerin ortak anayasa gelenekleri Topluluk hukuku boşluklarının doldurulmasında ATAD içtihatlarıyla Topluluk hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedirler.<sup>26</sup>

ATAD, Nold kararında (14.5.1974 tarihli, Rs. 4/73, Slg. S. 1125) olduğu gibi üye devletlerin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara da atıfta bulunmuştur. ATAD, gerek uluslararası anlaşmalara gerekse üye devletlerin ortak anayasa geleneklerine kararlarında yer verirken, yaptığı hukuksal yorumun temel dayanağı olan ortak genel hukuk ilkelerini belirleme amacı taşımaktadır. Yoksa, ne uluslararası hukukun ne de ulusal anayasaların bağlayıcı kurallarına atıf yapmamıştır. Örneğin Nold kararında yaptığı yorum ile üye devletlerin anayasalarında tanınan ve korunan temel haklarla

<sup>25</sup> Antonio Vitorino, European Commissioner for Justice and Home Affairs, "The Convention as a model for European Constitutionalisation" at the Humboldt University Berlin, 2001

<sup>26</sup> Arsava, a.g.m., s.119

bağdaşmayan önlemleri hukuki kabul etmeyeceğini belirtmiştir. ATAD için öncelikli olan Topluluk hukukudur.<sup>27</sup>

Topluluk hukuk düzeniyle ilgili bir tasarrufun temel hakları ihlal edip etmediğinin sorulduğu Hauer davasında, konuyu Topluluk hukuk düzeni içinde değerlendirebileceğini vurgulamış, belli bir devletin anayasa ve ya yasama düzeni ışığında yapılacak değerlendirmenin Topluluk hukuk düzeninin birlik ve etkinliğini bozacağını ifade etmiştir.

## **2.2. ATAD ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme**

ATAD, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye çeşitli kararlarında atıf yapmıştır.<sup>28</sup> Ancak daha önce açıkladığımız üye devletlerin ortak anayasa geleneklerine veya uluslararası anlaşmalara yapılan atıfta olduğu gibi, Sözleşmeye de temel hakların Topluluk düzeyinde teminat altına alınmasını sağlamaya yönelik hukukun genel ilkelerinin belirlenmesi amacıyla atıf yapılmıştır.

ATAD, insan haklarının korunması bakımından şimdiye kadar oluşturulan yapının bozulmasına ve Topluluğun kurumsal yapısının değişmesine neden olacağı gerekçesiyle Topluluğun Sözleşmeye katılmasını reddetmiştir.

Burada hemen akla gelen bir soru da şudur, Avrupa Birliğine üye devletlerin tamamı aynı zamanda Sözleşmenin de tarafıdır. Öyleyse, üye devletlerin bağlı olduğu gibi Avrupa Birliğinin de Sözleşmeye bağlı olup olmadığı ve üye devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olup olmadıklarıdır.

Bu soruyu fonksiyonel ve sınırlı halefiyet<sup>29</sup> konuları çerçevesinde cevaplamaya çalışalım. İlk olarak, ATAD'ın Sözleşmenin kendisi için

<sup>27</sup> Arsava, a.g.m., s.119

<sup>28</sup> 28.10.1975 tarihli karar, Rutili, Rs. 36/75, Slg. S. 1219, Rdnr. 32

<sup>29</sup> Gerek kavramlar gerekse konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Arsava, Nice Anlaşması Sonrası Avrupa Birliğinin Geleceği, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:18, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2003. S.70-128 ve Füsun Arsava, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan, Cilt 52, Sayı:1-4 Ocak-Aralık S.117-124., ayrıca Haluk Günüşür, Avrupa Topluluğu Hukuku, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi yayını, bilim serisi-1, Ankara, 1996. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, 3.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1993.,S. 210 ve devamı., Hüseyin Pazarcı, Avrupa Topluluklarının Uluslararası İlişkileri (Hukuksal Çerçeve), ATAUM Yayını, No:8, 1991.

bağlayıcı nitelikte olduğu yolunda bir kararı yoktur. İkinci olarak, Sözleşmeye taraf olan aynı zamanda Avrupa Birliği üyesi devletlerin Avrupa Birliğine yaptığı yetki devri nedeniyle Sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulamayacaklarıdır.

Avrupa Birliğini üye devletlere halef olma bakımından üye devletlerle eşit kılmak pek olası değildir. Çünkü, Türkiye örneğinde olduğu gibi Sözleşmeye taraf ancak Avrupa Birliğine üye olmayan devletlerin de bu sonucu kabul etmesi gerekmektedir. ATAD'ın GATT ile ilgili kararında üye devletlerin GATT ile ilgili yetkilerinin AB'ye devri anlaşmaya taraf diğer devletlerin bunu kabul etmesine bağlanmıştır.

Avrupa Birliğinin üye devletlerin gönüllü olarak sahip oldukları yetkileri Birliğe devretmeleriyle kurulmuş bir uluslararası örgütlenme olduğu unutulmamalıdır.

### **2.3. ATAD ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ATAD'ın ilişkilerini değerlendirdiğimizde AİHM'in, Avrupa Birliğine karşı yapılan şikayetlerde uyuşmazlığın çözümü konusunda kendisinin yetkili olmadığını belirttiğini görmekteyiz. ATAD ise, AİHM'in Sözleşmeye ilişkin yorumunu nitelikli bir yorum kaynağı olarak kabul etmiştir. Bu çerçevede, ATAD, Orkem kararında (08.10.1989 tarihli Orkem/Kommission, Rs.374/87, syf s. 3283) kendi aleyhinde beyanda bulunmama hakkının ne Sözleşmede ne de AİHM'nin içtihatlarında yer almadığını belirterek Sözleşmeye ve AİHM kararlarına önem verdiğini göstermiştir.<sup>30</sup>

Bütün bu işbirliğine rağmen yine de iki ayrı yargı organı olduğu zaman bunların kararları arasında hüküm uyuşmazlıklarının olması mümkündür. AİHM kararları ATAD'ı yönlendirmekle beraber doğrudan bağlayıcı değildir. Hatta iki yargı organının kararları arasında farklılıklar da ortaya çıkabilir. Topluluk hukukuna istinaden üye devlet tarafından ihdas edilen ulusal tasarruflar nedeniyle ulusal mahkemeye yapılan bir başvuru olması halinde ulusal mahkeme 234'üncü madde uyarınca ATAD'dan önkarar alarak buna göre karar verebilir. Bu karara muhatap olan kişinin İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 25'inci maddesi uyarınca konuyu AİHM'e götürmesi halinde AİHM sözleşmeyi farklı yorumlayarak karar verebilir. Nitekim, AİHM konut dokunulmazlığı hakkının teminat alanın mesleki faaliyetleri ve iş alanlarını da kapsadığı yorumunda bulunmasına rağmen, ATAD konut

<sup>30</sup> Arsava, a.g.m., s.121

dokunulmazlığı hakkının Topluluk hukuk düzenine üye devletlerde ortak bir hukuk ilkesi olarak şirketler için değil, gerçek kişiler için tanındığını belirtmiş ve işletmelerin işyerlerinin maddenin teminat alanı kapsamına girmeyeceği yorumunda bulunmuştur.

Herşeye rağmen, ATAD, içtihatlarını AHİM'in içtihatlarına göre revize ettiğini ifade etmiştir. AİHM'in yorumları Sözleşmenin amacına uygun, toplumun gelişmesine yönelik, dinamik ve sistematik bir şekilde, bütün Avrupa hukuk düzenini göz önüne alan, mukayeseli ve ortak paydaları çıkarmaya yöneliktir.<sup>31</sup> Farklı yorumlara rağmen ATAD Sözleşmeyi Topluluk hukukunun bir parçası olarak görmektedir.<sup>32</sup>

ATAD içtihatlarıyla Topluluk hukuk düzenince tanınan temel hakların bu arada Sözleşmede yer alanlar da dahil olmak üzere teminatının Topluluğun normatif ve idari faaliyetlerini aştığını, bu konunun asıl olarak Topluluk hukuku içinde kalmak kaydıyla üye devletlerin tasarrufları ile sağlanacağını, temel hakların Topluluk hukuku dışında münhasıran ulusal hukuka ait bir alan olduğunu belirtmiştir.<sup>33</sup>

ATAD gerek Defrenne (15.6.1978 tarihli karar, Rs. 149/77, Slg. 1365) gerek Cinetheque (11.7.1985, Rs. 60 ve 61/84, Slg. S. 2605) kararlarında, ATAD'ın hukuki denetiminin ulusal hukukun geçerli olduğu alanları kapsamadığını, böyle bir hukuksal denetimin ulusal mahkemeler tarafından ilgili ulusal hukuk esaslarına ve uluslararası hukuka göre yapılacağını, ulusal yasama organının alanına giren bir ulusal kanunun Sözleşme ile uyumadığını denetleyemeyeceğini ortaya koymuştur.

Demirel (30.9.1987, Demirel, Rs. 12/86, Slg. 3719) kararında ise, Topluluk içerisinde yaşayan Türk işçilerinin ailelerinin birleştirilmesi konusunda bir Topluluk hukuku normunun bulunmadığını, ATAD'a açılan davada tartışmalı ulusal düzenlemenin Topluluk normunun icrasına yönelik olmadığı belirtmek suretiyle zımnen de olsa Topluluk hukukunun icrasına yönelik ulusal düzenlemelerin Topluluk hukuku tarafından tanınan temel hakların temini alanına girdiğini kabul etmiştir.

<sup>31</sup> Joël Adriantsimbazovina, "Les Méthodes d'Interprétation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Instrument de Dialogue," Danıştay Paneli, Ankara, 24-25 Ekim 2003.

<sup>32</sup> Arsava, a.g.m., s.121

<sup>33</sup> Arsava, a.g.m., s.121

Bir ulusal düzenlemeyle temel haklara istisna getirilmesi halinde bu istisnanın Topluluk hukuk düzeninde tanınan temel haklarla uyum içinde olması gerekmektedir.<sup>34</sup>

Ulusal düzenleme, Topluluk hukuku çerçevesinde ihdas edilmişse artık, Topluluk hukuk düzeninin uygulama alanına girdiğinden konuyu kendisine arz eden ulusal mahkemeye önkarar prosedürü, bu düzenlemenin temel haklara uygunluğunu değerlendirebilmesi için gerekli yorum kriterlerini verecektir.<sup>35</sup>

Sözleşme Topluluk hukukunun bir parçasıdır. Üye devletlerin Topluluk hukuk düzeni ile uyumlu olarak yaptıkları ulusal düzenlemeler ATAD tarafından Sözleşmeye uygunluk yönünden denetlenebilir. Sözleşme de Topluluk hukukunun bir parçası olduğuna göre, Topluluk hukukunun önceliği prensibi onun için de geçerlidir. ATAD kararlarında açık olmayan durum, Sözleşme hükümlerinin Topluluk hukuku alanında herhalükarda doğrudan sonuçlarını gösterip göstermeyeceğidir.

#### **2.4. Avrupa Birliği Antlaşması ve Temel Haklar**

ATAD'ın şimdiye kadar açıklanan içtihatları Avrupa Birliği Antlaşmasından önceki dönemi kapsamaktadır. Maastricht Antlaşmasının F/2 maddesinde, Avrupa Birliğinin, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmede yer alan ve üye devletlerin ortak anayasa geleneklerinden doğan temel haklara saygı göstereceği ifade edilmek suretiyle, temel haklar konusu, Avrupa Birliği hukuk düzeninin parçası haline getirilmiştir.

Avrupa Birliği Antlaşmasının temel haklara ilişkin olarak L maddesinde yaptığı düzenleme ile, bu konu, ATAD'ın yargı yetkisinin dışında kalmıştır. Bizim de katıldığımız Sn. Arsava'nın görüşüne göre, bu düzenleme, ATAD'ın Avrupa Birliği bakımından temel hakların bağlayıcılığı konusunda fikir yürütmesine engel teşkil etmez.<sup>36</sup>

#### **2.5. Amsterdam Antlaşması**

Avrupa Birliği Antlaşmasından sonra Amsterdam Antlaşmasıyla da Avrupa Birliğinin, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin garanti etmiş olduğu çerçevede, ve üye devletlerin demokratik gelenekleriyle Topluluk

<sup>34</sup> Arsava, a.g.m., s.122

<sup>35</sup> Arsava, a.g.m., s.122

<sup>36</sup> Füsun Arsava, "Amsterdam Antlaşmasının Ortak Hükümlerinin Analizi", Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı:2 Güz, s.7-21.

hukuku geleneklerinden kaynaklanan şekilde temel özgürlüklere riayet edeceği benimsenmiştir.

## 2.6. Nice Antlaşması ve Avrupa Temel Haklar Şartı

Nice zirvesinde temel haklar şartı resmi olarak ilan edilmiştir. Bu Şart Antlaşmadan ayrı, bağlayıcı olmayan bir bildiri niteliğinde olup; ATAD'ın hukuk yaratması ve yorum yöntemleriyle ortaya çıkardığı temel haklar alanındaki hukukun genel ilkeleriyle beraber temel hakların yargısal olarak somutlaştırılmasında kaynak teşkil edecek bir belge olarak değerlendirilmiştir.<sup>37</sup>

## 3. TOPLULUK HUKUKUNUN İŞLEVSELLİĞİ

### 3.1. ATAD'ın Hukuk Yaratması

Ulusal hukuk sistemlerinde, hakimin, önüne getirilen uyuşmazlıkla ilgili olarak kanunda hüküm yoksa bu boşluğu kanun koyucunun nasıl gidereceği noktasından hareketle doldurması mümkündür. Aynı şekilde, yüksek yargı organları da sürekli hale gelen içtihatlarıyla yasal düzenleme yapıncaya kadar ve yapılacak yasal düzenlemeye de esas alınmak üzere yasal boşlukları doldurabilirler. Bu noktadan hareketle bir yargı organı olan ATAD'ın hukuk yaratma yetkisi var mıdır? Böyle bir yetkisi varsa bunun sınırları nelerdir?

ATAD'ın Francovich kararından<sup>38</sup> sonra bu konu tartışılmaya başlanmıştır. Kısaca özetlemek gerekirse; Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 189'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca Topluluk direktifleri doğrudan ulusal hukukta geçerli olamazlar. Ulusal bir kanunla iç hukuka ithal edilmeleri gerekir. Federal Almanya hükümeti konuya ilişkin bir direktifi 31.12.1992 tarihine kadar iç hukukunda düzenlemesi gerekirken, bu işlemi, 1.7.1994 tarihinde yaptığından ATAD, Francovich kararında, Federal Almanya hükümetinin sorumlu olacağına karar vermiştir. Avrupa Topluluğu Antlaşmasında devletin sorumluluğu konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu kararda, Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 4'üncü maddesinde ve Avrupa Birliği Antlaşmasının N maddesinde düzenlenen Topluluk kurumları arasındaki kurumsal dengeyi bozduğu ileri sürülmüştür. Yasama yetkisi antlaşmalarla üye devletlerin temsilcilerinin yer aldığı Konsey tarafından kullanılmaktadır. ATAD'ın yasama yetkisini kullanacak

<sup>37</sup> Füsün Arsava, "Nice Antlaşmasının Getirdikleri", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 1 Sayı: 2 (Bahar 2002), s.26.

<sup>38</sup> Francovich, ECR (1991) I – 5357

şekilde hukuk yaratması hem hukuksal dengeyi bozacaktır hem de antlaşmalara aykırı olacaktır.

### 3.1.1. Subsidiarite Prensibi ve Münferit Yetki Prensibi<sup>39</sup>

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi üye devletler ile Topluluk arasındaki yetki ilişkisini tartışmaya açmıştır. Maastricht Antlaşmasının 3'üncü maddesinin (b) fıkrası, üye devletlerin kendi tasarruf alanlarının dolayısıyla ulusal kimliklerinin korunmasını sağlayan bir düzenleme öngörmektedir. Dolayısıyla, ATAD'ın hukuk yaratmasıyla yetkisini geniş olarak kullanmasının anılan maddeye aykırı bir durum doğuracaktır.

Bu çerçevede, Francovich kararından sonra Almanya, Avrupa Topluluğu normlarının ATAD tarafından antlaşmanın genişletilmesi sonucunu doğuracak şekilde yorumlanması halinde bu yorumun kendileri bakımından bağlayıcı olmayacağını ifade etmiştir. ATAD'ın hukuk yaratma yetkisini geniş olarak kullanmaması konusunda uyarı yaparak üye devletlerle Topluluk arasındaki yetki ilişkisini yeniden gündeme getirmiştir.<sup>40</sup> Topluluğun üye devletlerin kurucu antlaşmalarda tanımadığı bir yetkiyi kullanamayacağı eleştirisini getirmiştir.

### 3.1.2. Tamamlayıcı Yetkiler

Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan kararından sonra, Topluluğun tamamlayıcı bir takım yetkilere sahip olup olmadığı konusu gündeme geldi.

ATAD'ın kararlarının nihai nitelikte, bir başka ifadeyle başka bir organın onaylamasına veya kararına ihtiyaç duyulmaksızın sonuç doğuracak ve uygulanacak nitelikte kararlar olduğunu belirtmiştir. Avrupa Topluluğunun icra mercileri olmadığı için Topluluk hukuku ulusal düzeyde ulusal mercilerce icra edilir. Topluluk hukuku üye devletlerin ulusal hukuklarına nazaran önceliğe sahiptir. Bu çerçevede, üye devletlerin mahkemelerinin ATAD kararlarının bağlayıcılığı konusunda takdir hakları

<sup>39</sup> Devletler hukukunun bir ilkesi olan "genel yetki ilkesi" uyarınca devletler istedikleri ölçüde yetki kullanabilirler. Başka bir ifadeyle devletler kendilerini yetkilendirme yetkisine sahiptirler. Devletlerin aksine uluslararası örgütler ne kadar geniş yetkileri olursa olsunlar kendinden menkul yetkilere sahip değildir. Diğer bir anlatımla, kendilerini kuran antlaşmaların tarafı olan üye devletlerin verdiği yetkilerle sınırlı olarak, antlaşmanın tanıdığı yetkileri kullanırlar. Kurucu antlaşmaların Topluluğa tanıdığı yetkiler, üye devletlerin sahip olduğu yetkileri ortadan kaldıracı nitelikte değildir. Bu çerçevede, Topluluk, üye devletlerin yetkilerine saygı gösterecek, açık olarak yetkilendirildiği alanlarda yetki kullanacaktır.

<sup>40</sup> Arsava, a.g.m., s.15



yoktur. Aksi düşünülseydi, her bir üye devletin mahkemesi, Topluluk hukukunun yorumlanmasında yetkili olurdu. Böyle bir durum ise bütünleşmeyi bozucu bir özellik arz eder.

Ulusal mahkemelerle ATAD arasındaki ilişki önkarar prosedürünü düzenleyen AT Antlaşmasının 234'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, ATAD'ın hukuk yaratma yetkisinin ortadan kaldırmayacaktır. Böyle bir durumda yani, ATAD'ın üye devletlerin iradesini aşan bir hukuk yaratması halinde, üye devletler, Konsey'de ATAD'ın yarattığı hukuku düzeltebilirler.<sup>41</sup>

AT Antlaşmasının 5'inci maddesinde yer alan Topluluğa sadakat prensibi Topluluğun fonksiyon yeteneğini temin etmek için getirilen bir düzenlemedir. ATAD'ın caiz olmayan bir hukuk yaratması durumunda, ATAD kararları kendiliğinden geçersiz olamaz. Bizce böyle bir durumda, ATAD'ın caiz olmayan bir hukuk yaratması halinde bu kararın denetlenmesi gerekmektedir. Ancak, yargı organı olan ATAD kararının denetlenmesi yine yargı sistemi içinde olmalıdır. İnsanlığın yargı alanında bugüne kadar elde ettiği tecrübeler ışığı altında AT Topluluk hukuku içerisinde ve ATAD bünyesinde ATAD'ın verdiği kararlara karşı yargı yolları adını verdiğimiz itiraz ve temyiz yollarının veya yargılamanın yenilenmesi müesseselerinin işletilmesinin yararlı bir çözüm olacağına inanmaktayız.

AT Antlaşmasının tanıdığı yetkilerin yanısıra dinamik yapısı ve Topluluğun zaman içinde tasarruf kabiliyetini korumasının bir sonucu olarak tamamlayıcı yetkilere de ihtiyaç duyulmaktadır.

### 3.1.3. Topluluk Hukukunun Fonksiyon Yeteneği

ATAD Francovich kararıyla devletin sorumluluğu yolunda hukuk yaratılması sonucunu doğuran bir karar vermiştir. Bu karar ATAD'ın hukuk yaratma yetkisini kullandığı temel haklar veya özel hukuk alanındaki konulardan farklı bir özellik arz etmektedir. Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 171'inci maddesinin 2'nci, ATAD'ın bir üye devletin antlaşmayı ihlal ettiğini iki kararla tespit emesi durumunda sadece para cezası uygulanmasına imkan tanımaktadır. Oysa, ATAD bu düzenlemenin çok ötesine giderek üye devletin sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu kararın Avrupa Birliği Antlaşması öncesi alındığı dolayısıyla Avrupa Birliği yasama ve yürütme organlarının bu karardan haberdar oldukları hususu da göz önüne alınınca kararın önemi daha da açıkça ortaya çıkıyor. ATAD Topluluk hukukunda yer almamasına rağmen direktifi iç hukuka geç ithal eden

<sup>41</sup> Arsava, a.g.m., s.15

devletin sorumlu olacağı yolunda verdiği bu kararıyla Topluluk hukukunun fonksiyon yeteneğini ortaya koymuştur.

Direktiflerin iç hukukta doğrudan etkili olmadığını, üye devletin ulusal yasama organı tarafından yapılacak bir işlemle ulusal hukuka uygulanabildiklerini belirtmiştik. Direktifi iç hukukta düzenlemeyen veya Francovich kararında olduğu gibi geç düzenleyen devlet antlaşmanın ihlali sayesinde bir avantaj elde edecek, direktifi zamanında ulusal hukukuna aktaran devlet ise dezavantajlı duruma düşecektir. Oysa Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 5'inci maddesi üye devletlerin Topluluğa sadakat prensibi ile bağlı oldukları hususunu düzenlemiştir. Direktiflerin üye devletlere doğrudan etkisi kabul edilmek suretiyle ATAD tarafından Topluluk hukukuna sadakat yükümlülüğü ve fonksiyon yeteneği Topluluk Antlaşmasının bir değer yargısı olarak somutlaştırılmıştır<sup>42</sup>.

### **3.2. Ulusal Yargının Avrupa Hukukunu Esas Alarak Hukuk Yaratması<sup>43</sup>**

Ulusal yargı organları Topluluk hukukunun önceliği prensibi gereği, Topluluk hukukuna ve direktiflere uygun yorum yapmakla mükelleftir. Ancak burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, ulusal yargı organının direktiflere uygun olarak yorum yaparken bu yorumun kapsamı ve sınırının ne olacağıdır? Bir başka ifadeyle üye devlet yargı organının direktife uygun yorum yapması, üye devlet yargı organının hukuk yaratmasını da kapsar mı? Soruyu cevaplarken yine primer (birincil) hukuktan farklı olarak direktiflerin ulusal hukukta uygulanabilmesi için yasama organının bu direktifi iç hukuka geçirmesi işleminin gerekliliğinin bir sonucu olarak, yasama organı yerine direktifi iç hukuka ithal etme görevi yargı organınca gerçekleştirilemez.

Sonuç olarak, direktifi iç hukuka ithal eden yasama organınca kabul edilen ulusal normun lafzı açık ise, ulusal yargıcın hukukun açıklığı ve hukuka olan güven prensibi gereği bu lafza uyması gerekmektedir. Direktifin icrası için ihdas edilen norm yargıca hareket alanı bırakmışsa, bu durumda ulusal yargıç Topluluk hukukunun gereksinmeleriyle uyum içinde bir yorum yapabilecektir.

ATAD hukuk yaratırken kanunun lafzı ve kanunun iradesine bağlı kalacak, bir normun eksik olması halinde bu eksikliği belirlediği içtihatlarla göre tamamlayacaktır.

<sup>42</sup> Arsava, a.g.m., s.21

<sup>43</sup> Arsava, a.g.m., s.24

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME: ATAD'IN DİĞER TOPLULUK KURUMLARIYLA İLİŞKİLERİNDEKİ DENGE

Avrupa Topluluğu üye devletlerden farklı ve bir uluslarüstü kuruluş olarak kurucu antlaşmaların kendisine tanıdığı yetkilere sahiptir. Bir başka ifadeyle üye devletler için geçerli olan genel yetkinin aksine Topluluk için sınırlı yetki prensibi söz konusudur. AT Antlaşmasının 235'inci maddesi kapsamında Topluluğun yetkilerini aşması dava konusu edilmemiştir. Çünkü, Konsey'de kararlar oybirliğiyle alınmaktadır.

Antlaşmalar, Topluluğun yetkilerinin ve üye devletlerle Topluluk arasında yetki dağılımının kaynağını oluşturur. Antlaşmaların, Topluluk veya üye devletlerin yetki alanlarının sınırlanmasının yorumlanması münhasıran ATAD'a aittir. ATAD, Topluluk ile üye devletler arasındaki yetki uyuşmazlıklarını üye devletlerin Topluluk tasarruflarına karşı açtığı iptal davası ya da Komisyon veya üye devletin başka bir üye devlete karşı antlaşmadan doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde açılan davalarda karara bağlar.<sup>44</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Maastricht kararında, Topluluk kurum ve organlarının hukuki tasarruflarının kendilerine verilen egemenlik sınırı içinde kalıp kalmadıklarını veya bu sınırları aşip aşmadıklarını denetleme yetkisini saklı tutmuştur ve yetki aşımı olduğu oranda Topluluk tasarruflarının Alman ulusal egemenlik alanında geçerli olamayacağını belirtmiştir.<sup>45</sup>

Topluluk bünyesinde bir yetki aşımı olması ve ATAD'ın da bunu onaylaması durumunda, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, ATAD tarafından yapılan yorumların sistematik olarak denetimini yapma hakkını saklı tutacaktır. Böyle bir durum, hele Federal Almanya Anayasa Mahkemesi tutumunun diğer üye devletlerin Anayasa Mahkemeleri veya diğer yüksek mahkemeleri tarafından da sergilenmesi halinde Topluluk hukukunun muhtariyeti ve hukuk yargısını inkar etmek sonucunu doğuracak ve Topluluk hukukunun üye devletlerde uygulanmasını sona erdirecektir.

Avrupa Toplulukları hukukunun en karakteristik özelliği sürekli değişen dinamik bir yapıya sahip olmasıdır. Avrupa Topluluğu hukukunun değişim yeteneği sistemin temel koşulu olarak kabul edilmektedir. Topluluk hukukunun bütünleşmesini sağlama amacına yönelik olarak yorumlaması ve her üye devlette aynı biçimde uygulanması gerekmektedir. Değişen kurumsal yapı, yeni problemlerin ortaya çıkması, Topluluk kurumlarının

<sup>44</sup> Arsava, a.g.m., s.127

<sup>45</sup> Arsava, a.g.m., s.127

sürekli olarak görevlerinin değişmesi ve gelişmesi ATAD'ın Topluluk hukukunu yorumlarken dar yorum yerine genişletici yorumu benimsemesini gerekli kılmaktadır.<sup>46</sup>

ATAD'ın, Topluluk hukukunu şimdiye kadar gerçekleştirilen bütünleşme kapsamında bütünleşme sürecini devam ettirecek şekilde yorumlamaya devam etmesi gerekmektedir. Topluluk günümüz itibarıyla Avrupa Birleşik Devletleri diye adlandırabileceğimiz birleşik bir yapıya henüz dönüşmemiştir. Antlaşma değişikliklerinin devam ediyor olması, yeni üye devletlerin katılması vb. gelişmeler Avrupa Birliği kavramının sürekli olarak değişmesine yol açmakta, bu dinamik süreç içerisinde sürekli olarak bütünleşme amacını gerçekleştirmek gerekmektedir. Bu süreç sadece antlaşma hükümleriyle sağlanamayacağından Topluluk kurumlarının tasarrufları da bütünleşme sürecinde önem kazanmaktadır. Gerek antlaşma hükümlerinin gerek tasarrufların hukuksal denetimi ve topluluk bünyesinde her üye devlette aynı biçimde uygulanması önemli bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede ATAD'ın kararları, yaptığı yorumlar, hukuk yaratması bir başka ifadeyle yaratıcı hukuk yaratma yetkisini kullanması önem kazanmakta ve ATAD'ın yetkileri ve bu yetkilerin sınırı Federal Alman Anayasa Mahkemesinin yaptığı gibi kimi zamanda eleştirilere uğramaktadır. Çok uzun zamandan beri Topluluk bünyesinde bir yetki kataloğunun oluşturulması talebi sürekli olarak gündeme getirilmektedir. Nice zirvesinde, 2004 tarihinde yapılacak hükümetlerarası konferansta yetki kataloğunun oluşturulması konusunun ele alınması kararlaştırılmıştır. Yetki kataloğunun oluşturulmasına yönelik olarak Topluluğun dinamik ve esnek yapısı ile sabit bir yetki kataloğunun bağdaşmasını zor olduğu eleştirileri yapılmıştır. Yetki kataloğunun, Topluluğun, antlaşmada öngörülmeven durumlar için antlaşma değişikliği yapmaksızın hareket etme kabiliyetini ortadan kaldırması sonucunu doğurması mümkündür. Böyle bir durumda ATAD'ın fonksiyonu diğer bir anlatımla genişletici yorum tekniğini kullanması, hukuk yaratması önemli ölçüde sınırlandırılacaktır.

ATAD, insan haklarının korunması bakımından şimdiye kadar oluşturulan yapının bozulmasına ve Topluluğun kurumsal yapısının değişmesine neden olacağı gerekçesiyle Topluluğun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılmasını reddetmiştir. Ancak, Avrupa Birliğinin ilerici bir insan hakları politikası uygulamasını savunanlar ortak savunma ve para

<sup>46</sup> Füsün Arsava, Nice Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği'nin Geleceği, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:18, s.58

birliğinden ziyade temel hakların federalleşme sürecinde daha etkili olacağını ileri sürmektedirler.<sup>47</sup>

Temel haklar konusunda AB'nin dış politika çerçevesinde üçüncü devletlere karşı uygulanmak, üye devletlerin sağladıkları temel hakların teminatının denetiminde kullanılmak ve Birlik tasarruflarının ve üye devletlerin Birlik hukukunun uygulanması çerçevesindeki tasarruflarının denetimine esas olmak üzere üçlü bir temel hak standardı oluşturulması önerilmektedir. Böyle bir durumda ATAD'ın Birlik tasarrufları üzerindeki denetim yetkisini artırması AB'nin kurumları arasındaki dengeyi bozacağı, oysa yargı lehine bu dengenin bozulmasına esas teşkil edecek bir dayanağın bulunmadığı savunulmaktadır.<sup>48</sup>

Üye devletlerin ATAD kararlarını görmezlikten gelmeleri mümkün olmakla birlikte böyle bir davranış Toplum hukukunun ihlali anlamına gelir ki, bu da siyasi bakımından Toplumun varlığının tehlikeye sokulması demektir. Bu nedenle uygulamada ATAD'ın en önemli görevi Toplumun varlığının ve birlik yurttaşlarının çıkarlarının üye devletlere karşı korunması olarak karşımıza çıkmaktadır. ATAD kararına uymayarak Toplum hukukunu ihlal eden üye devlet, ATAD tarafından AT Antlaşmasının 228'inci maddesi uyarınca götürü bir meblağ veya para cezası ile cezalandırılmaktadır. Böyle bir ihlal sadece para cezası ile geçitirilemeyecek kadar önemli siyasi sonuçlar doğurur. Dolayısıyla, üye devletlerin yargı organlarının ATAD ile işbirliği içerisinde olması ve Toplum hukukunun uygulanması ve yorumlanmasında ATAD'ın görevli olduğunun kabul edilmesi gereklidir.

Avrupa Birliğinin yargı organı olarak ATAD, bütünleşmenin gerçekleştirilmesini, Toplumun hukuksal ve siyasi olarak varlığının korunmasını, temel hakların güvence altına alınmasını sağlamaktadır.

AT Antlaşmasının 173'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının önceki lafzına rağmen, ATAD içtihatlarıyla bir Toplum kurumu olan Avrupa Parlamentosunun kararlarına karşı iptal davası açılabilmesini kabul etmiştir. Bu ve benzeri kararlar ile ATAD, Toplum hukukunun dinamik yorumunu yaparak Toplumun gelişmesinde önemli bir rol üstlenmiştir. Oysa, bütünleşmeyi sağlama Toplum kurumları içerisinde öncelikle Konsey'e verilmiş bir görevdir. ATAD'ın yorumlarıyla, hukuk yaratmasıyla bunu

<sup>47</sup> von Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Baden-Baden 1999, s.50 vd. Kaynak ve daha fazla bilgi için; Bkz. Arsava, a.g.e. s.96.

<sup>48</sup> Arsava, a.g.e., s. 96

üstlenmesi Topluluğun yargıçlar hükümetine dönüşmesi tehlikesini doğuracağı yolunda eleştiriler getirilmektedir. Bütünleşme amacına yönelik olarak FotoFrost (Rs.314/85, syf 1987, 4199) kararında ulusal mahkemelerin Topluluk organlarının tasarruflarını geçersiz kılamayacağını karar vermiştir. Oysa, bu kararlar AT Antlaşmasının 177'inci maddesindeki hükümden sapıldığı sonucu çıkmaktadır. Topluluk hukuk düzeninde birliğin korunması ve antlaşmalar tarafından yaratılan yargı sistemine bağlılık gereksinimi bu iki gerekçe ile ATAD kararını desteklemiştir.<sup>49</sup>

ATAD'ın anayasa mahkemesi olarak görev yapıp yapmadığı konusu tartışılmaktadır. Bu tartışmaları bir tarafa bırakırsak ATAD'ın kararlarıyla antlaşmaların tek bir anayasa niteliği kazanmasına katkıda bulunacağı kabul edilmektedir. Bunu yaparken de siyasal konularla uğraşması da kaçınılmazdır.<sup>50</sup>

AB'nin bir anayasaya ihtiyacı olup olmadığı konusu, bu konuda hazırlanan ve görüşülmeye başlanan anayasa taslağından önce başlayan, günümüzde devam eden ve öyle anlaşılıyor ki gelecekte de devam edecek bir sürü tartışmayı beraberinde getirmiştir.<sup>51</sup> Bu tartışmaları bir kenara bırakırsak, Anayasa Taslağına AB'nin yargı düzeninde önemli bir değişiklik getirilmektedir. Buna göre; ATAD yerine Avrupa Adalet Divanı (The European Court of Justice)'nin, şimdiye kadar ilk derece mahkemesi olarak adlandırılan mahkeme yerine Yüksek Mahkeme (The High Court)'nin, Nice Antlaşmasıyla "Daireler" olarak tanımlanan mahkemeler yerine de Uzman Mahkemeler (Specialised Courts)'in görev yapacağı düzenlenmektedir.<sup>52</sup>

Bu yargı organlarının Topluluk hukukunun uygulanmasında sorumlu oldukları ve üye devletler, Birlik ile üye devletler, Birlik kurumları, gerçek kişiler ile Birlik arasındaki uyumsuzlukları yargılama hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Bu yargılama gücünün Birlik içinde Topluluk hukukunun aynı biçimde yorumlanmasına yönelik olan önkarar prosedürünü de içermektedir. Anayasa Taslağı kişisel olarak etkilenmeseler bile Birlik düzenlemelerine karşı kolay bir şekilde tavır alması konusunda kamuoyuna

<sup>49</sup> Füsun Arsava, "Kurucu Antlaşmalar ve Antlaşmaların Anayasa Hukuku Karakteri" Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, S. 1245, 126.

<sup>50</sup> L. Neville Brown, Francis G. Jacobs, The Court of the European Communities, Sweet & Maxwell Ltd. October 1989, s. 167.

<sup>51</sup> Beate Kohler-Koch, A Constitution for Europe?, Arbeitspapiere- Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung, Nr. 8, 1999. s.4-10.

<sup>52</sup> Draft Treaty for Constitution, Title IV, Chapter 1, Section 5: Article III-258-III-289.

izin tanımaktadır. Aynı zamanda üye devletlerin antlaşma ihlalleri halinde hızlı bir şekilde cezalandırılması da sağlanmaktadır.<sup>53</sup>

Son söz olarak, ATAD, diğer Avrupa Birliği kurumlarından daha küçük ve Brüksel ve Strasbourg'da yaşanan siyasal kavgalardan fiziksel olarak uzak olmasına rağmen, antlaşmaların hem güç hem de istikrar kazanmasına yardım ederek Avrupa bütünleşmesi sürecinde önemli bir rol oynamaktadır.<sup>54</sup>

### KAYNAKLAR

- Antonio Vitorino, European Commissioner for Justice and Home Affairs, "The Convention as a model for European Constitutionalisation" at the Humboldt University Berlin, 2001.
- Avrupa Topluluğu Bakanlar Konseyi'nin 24.10.1988 gün ve 88/591 sayılı kararı ABI. L. 319/1 ve ABI. L. 241/4 tarihli metinler.
- Beate Kohler-Koch, A Constitution for Europe? Arbeitspapiere-Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung, Nr. 8, 1999.
- Draft Treaty for Constitution, Title IV, Chapter 1, Section 5: Article III-258-III-289.
- Füsun Arsava, "ATAD'm Hukuk Yaratma Yetkisi" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.
- Füsun Arsava, "Nice Antlaşmasının Getirdikleri", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, cilt:1, sayı:2 (Bahar 2002).
- Füsun Arsava, "Nice Anlaşması Sonrası Avrupa Birliğinin Geleceği", Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:18, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2003.
- Füsun Arsava, "Amsterdam Antlaşmasının Ortak Hükümlerinin Analizi" Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı:2 Güz.

<sup>53</sup> J.H.H. Weiler and Martina Kocjan, The Law of the European Union, The Academy of European Law at the EUI in Florence and Jean Monnet Center at NYU School of Law, Eylül-2003, S.26-27.

<sup>54</sup> John McCormick, The European Union Politics and Policies, Second Edition, 1999 by Westview Press, S. 171.

- Füsün Arsava, “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu’na Armağan, Cilt 52, Sayı:1-4 Ocak-Aralık.
- Füsün Arsava, “Kurucu Antlaşmalar ve Antlaşmaların Anayasa Hukuku Karakteri” Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi.
- Haluk Günöğür, Avrupa Topluluğu Hukuku, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını Bilim Serisi-1.
- H. Wallace, and W. Wallace, Policy-Making in the European Union, Oxford University Press, 4<sup>th</sup> Edition, 2000.
- Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, 3. Baskı Turhan Kitabevi, Ankara, 1993.
- Hüseyin Pazarcı, Avrupa Topluluklarının Uluslararası İlişkileri (Hukuksal Çerçeve), ATAUM Yayını, No:8, 1991.
- [http://europa.eu.int/institutions/court/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/institutions/court/index_en.htm)
- Joël Adriansimbazovina, “Les Méthodes d’Interprétation de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, Instrument de Dialogue” Danıştay Paneli, Ankara, 24-25 Ekim 2003.
- J.H.H. Weiler and Martina Kocjan, “The Law of the European Union”, The Academy of European Law at the EUI in Florence and Jean Monnet Center at NYU School of Law, Eylül-2003.
- John McCormick, The European Union Politics and Policies, Second Edition, 1999 by Westview Press.
- L. Neville Brown, Francis G. Jacobs, The Court of the European Communities, Sweet & Maxwell Ltd. October 1989.
- Rıdvan Karluk, Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta- Yedinci Baskı, İstanbul 2003.
- Romano Prodi, President of the European Commission, For a Strong Europe, with a grand design and the means of action, Institut d’Etudes Politiques, Paris, 29 May 2001.
- Tuğrul Arat, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, ATAUM yayını, No:3, 1989.



# AVRUPA HUKUKU'NDA İYİ YÖNETİM HAKKI ÇERÇEVESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Aytaç KURT\*

## GİRİŞ

Avrupa toplumları, ulusal ve uluslararası düzenlemelerle yönetilen toplumlardır. Avrupa Birliği ve kurumları gerek yasal gerekse yönetsel düzeyde düzenlemelerle hukuksal ve ekonomik bir birlik oluşumunu tamamlamaya çalışmaktadır. Aynı zamanda vatandaşların hak ve özgürlükleri alanını düzenleme gereksinimi duyulmuştur. Bugün, hukuk, kişisel zorunluluklar ve sorumluluklardan çok hak ve özgürlükler biçiminde görülmektedir. Avrupa'da bireylerin hakları antlaşmalarda, antlaşmaların Avrupa mahkemelerince yorumunda, Topluluk Hukukunun genel ilkelerinde, Temel Haklar ve Özgürlükler Avrupa Sözleşmesi'nde ve tabii ki en çok İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer bulmaktadır. Avrupa Birliği, henüz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni içselleştirmedir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da, insan hakları koruma alanına el atmadı; ama, Sözleşme ile garanti altına alınan haklara saygı gösterilmesi gerektiğini daha 1970 yılında kabul etti.<sup>1</sup>

Bütün hak istemleri bir çözüm doğurmuştur. Avrupa Ombudsmanı (Avrupa Ombudsmanı, Avrupa Topluluğu, Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu gibi Avrupa kurum ve kuruluşlarında yönetimden kaynaklanan kusur ve aksaklıkları araştırır ve rapor eder. Sadece Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ile adli kimliği ile görev yapan İlk Derece Mahkemesi Avrupa Ombudsmanı'nın yetki alanı dışında kalır. Avrupa Ombudsmanı soruşturmasını genellikle şikayet üzerine yürütürse de, resen de soruşturma açabilir. Avrupa Ombudsmanlığı kurumu 1992 yılında Maastricht Sözleşmesi'nin bir sonucu olarak kurulmuştur. Avrupa Parlamentosu, ilk Ombudsmanı 1995 yılında seçmiştir. 1 Nisan 2003 tarihinden bu yana bu görevi Yunanistan eski Ulusal Ombudsmanı Prof. P. Nikiforos Diamandouros yürütmektedir.) da hakların korunma

\* Danıştay Tetkik Hakimi

<sup>1</sup> Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 11/70 Handelgesellscahaft (1970) kararı

gereksiniminden doğmuş olup Avrupa Hukuku ile tanınan hakları koruyan organlardan biridir.

Bu çalışmanın konusu Avrupa Hukuku'ndaki "iyi yönetim hakkı"nın ortaya konulması ve bu ilkelerden ölçülülük ilkesinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki yorumu olacaktır.

İyi yönetim, iyi yönetsel süreç demektir. Yönetim süreci ise, Yönetim Hukuku ilkelerinden oluşmaktadır. Özgürlüğün tarihi de zaten ilkelerin konulmasının ve bu ilkelerin korunması için ilkeler oluşturulmasının tarihidir.

### **Avrupa Hukuku'nda genel ve uygulanabilir bir "İyi Yönetim Hakkı" var mıdır?**

Bu soru yanıtını dolaylı olarak Roma Sözleşmesi'nin 253 ve 255 inci maddelerinde bulmaktadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi'nin 41inci maddesinde ise doğrudan yerini bulmuştur. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da "iyi yönetim hakkını" Avrupa Hukuku'nun genel ilkeleri arasında saymıştır.

İyi yönetim hakkı, Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi'nin 41 inci maddesinde,

"1. Herkes, kendi işlerinin Avrupa Birliği örgütleri ve kurumlarınca tarafsız, ölçülü ve makul sürede görülmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hak herkesin, kendisini etkileyecek ya da kendisine karşı alınan her türlü tedbirden önce dinlenilme hakkını, kendi dosyasına ulaşabilme hakkını idarenin kararları için gerekçe gösterme zorunluluğunu içerir.

3. Herkes, Birlikten Birlik ve kurumlarınca ve kamu görevlerince verilecek zararların tazminini isteme hakkına sahiptir.

4. Herkes Birliğin kurumlarına üye devletlerden birinin diliyle başvurma ve başvuruda bulunduğu dile yanıt alma hakkına sahiptir" şeklindeki düzenlemeyle yerini bulmuştur.

Avrupa Eski Ombudsmanı Jacob Soderman da, 6.9.2001 tarihinde Avrupa Parlamentosu'nca kabul edilen "İyi Örgütsel Davranış Kodu" çerçevesinde yayınladığı "Avrupa İyi Örgütsel Davranış Kodu"nda iyi yönetim hakkının unsurlarını Avrupa Birliği

Temel Haklar Sözleşmesindeki düzenlemeye koşut olarak belirlemiştir.

### **I. AVRUPA BİRLİĞİ KURUCU ANTLAŞMALARINDA İYİ YÖNETİM HAKKI**

Avrupa Toplulukları kurulurken daha çok ekonomik yönlü kuruluşlar olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, Toplulukların 6 kurucu üyesi (Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg) özellikle savaş zamanı stratejik açıdan önem arzeden ekonomik alanlarda işbirliğini amaçlamışlardır. Söz konusu ülkeler ekonomiye ilişkin konularda, ulusal egemenlik haklarının uluslararası bir kuruluşa devrini kabul etmişlerdir.

Başlangıçta, Avrupa Toplulukları sosyal ve politik konular üzerine gitmemişlerdir. Gerek 18 Nisan 1951 yılında AKÇT'nu kuran Paris Antlaşması'nda, gerekse 25 Mart 1957 tarihinde AET ile Avrupa ile Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması'nda insan hakları ve bu hakları korumak için uluslararası tedbirlere somut olarak değinilmemiştir. Bu zaman diliminde insan hakları AET'nin aktiviteleri arasında önemli bir yer tutmamaktadır. Çünkü ilgi odağı "birey" değil, "halklar"dır bu dönemde. Yine de söz konusu iki antlaşmada, hem İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde, hem de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde üstün tutulan iki konu demokrasi ve insan hakları, Topluluk kurumlarının özel yetki alanı içine alınmıştır. Topluluğun ilk antlaşmalarında hukukun üstünlüğü Adalet Divanı, demokrasi ise Avrupa Parlamentosu tarafından temsil edilmiştir. Ancak daha sonraki yıllarda, AET kuvvetli bir şekilde insan hakları ve demokrasiye saygı gibi, politik konulara girmeye başladıktan sonra bu durum çok belirgin bir şekilde değişmeye başlamıştır.

Bu çerçevede en önemli adım 1977 yılında Avrupa Komisyonu, Bakanlar Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu tarafından temel özgürlüklerin korunması hakkında bir deklarasyonun kabulü ile atılmıştır. Bu üç kurum üye ülkelerin özellikle anayasalarından ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden kaynaklanan temel hakların korunmasına öncelikli önem verdiklerini vurgulamışlardır. Aslında Avrupa üyesi ülkelerin hükümetleri ve Avrupa Parlamentosu, insan haklarına en çok değer verilen Avrupa Siyasi İşbirliği (EPC) çerçevesinde toplanmaktaydı.

### **Avrupa Tek Senedi (ATS)'nde İnsan Hakları**

Haziran 1985'de Milano Zirvesi'ne katılan ülkelerin büyük bir çoğunluğu Roma Antlaşması'nın 236. Maddesine dayanarak, Antlaşma'da birtakım değişiklikler tavsiye etmek üzere bir konferans düzenlenmesine karar vermişler ve Milano Zirvesi'ni takip eden 2-3 Aralık 1985 tarihleri arasında Lüksemburg'ta gerçekleştirilen Zirve'de, Avrupa Birliği için Antlaşma Taslağı, devlet ve hükümet başkanlarına sunulmuştur.

Söz konusu antlaşma 17 Şubat 1986'da Lahey'de imzalanmış, ancak Danimarka ve İrlanda'daki yürürlüğe giriş işlemlerinin uzaması nedeniyle İç Pazarın 1987 yılına kadar tamamlanmasını öngören ve hukuki yapıyı oluşturan Avrupa Tek Senedi adı altında 1 Temmuz 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Lüksemburg'ta toplanan Zirve'de mutabakata varılan AET Antlaşması'nın değiştirilmesi ve genişletilmesi, bunun yanısıra dış politika açısından Avrupa siyasi işbirliği hususunda ortaya konulan yeni hükümler, Avrupa Tek Senedinde tümüyle yer almıştır. ATS'nin önemi de buradan gelmektedir.

Senet'in başlangıç bölümünde Avrupa Birliği'nin entegrasyon amacı teyit edilerek, insan haklarının Topluluk içinde korunması, üye devletlerin anayasa ve yasaları ile Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne ve BM Antlaşması'na atfen üçüncü ülkelerle ilişkilerde insan haklarının korunmasına açık bir şekilde işaret edilmiştir. İnsan hakları hususu resmi olarak Senet'in politik işbirliği çerçevesinde ortaya çıkan başlangıç bölümündeki iki paragrafında yer almaktadır.

Topluluk kurumlarının yetkilerini belirleyen hükümlerin yer aldığı paragraf "Üye devletlerin anayasa ve yasalarında, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'de ve Avrupa Sosyal Şartı'nda tanınan temel haklara, özellikle özgürlük, eşitlik ve sosyal adalete dayanarak demokrasiyi geliştirmek için işbirliği yapmak kararlılığıyla..." ve diğeri dış politika alanındaki hükümetler arası işbirliğine ilişkin hükümlerin yer aldığı 5inci paragrafta "Avrupa'nın ortak çıkarlarını ve bağımsızlığını koruma özellikle bağlı oldukları demokrasi ve hukuka ve insan haklarına saygı ilkelerini ortaya koyarak Birleşmiş Milletler Antlaşması çerçevesinde girdiği taahhüde uygun olarak uluslararası barışın ve güvenliğin korunmasına bir katkıda bulunmak amacıyla, tek sesle konuşma ve tutarlı biçimde ve dayanak içinde hareket etmeye gittikçe daha fazla yönelme

konusunda, Avrupa'ya ait sorumluluğun bilincinde olarak" ibarelerinde ifadesini bulmaktadır.

Avrupa Topluluklarının kurucu antlaşmalarında, insan hakları veya ilgili uluslararası konularda çok kesim imalarda bulunulmamaktadır. Bu türden ima ancak 30 yıl sonra, siyasi işbirliğini resmi olarak teminat altına alacak olan Avrupa Tek Senedi'nin başlangıç bölümünde yer alana değin görülmemiştir.

Avrupa Tek Senedi'nden önce, insan hakları ölçütü ve demokratik ilkeler konusuna ilişkin resmi ifadelerin olmayışı, bundan böyle kademeli olarak Toplulukların dış ilişkilerinde yerini almaya başlayacaktır.

Avrupa Tek Senedi ile başlayarak Topluluk tarafından benimsenen fikirler, açık bir şekilde pratiğe dökülerek, etkin hale gelmiştir. Bu yaklaşım, Topluluğun içinde insan hakları standartlarının iyileştirilmesi için işbirliğindeki gayretlerin artmasını sağlamıştır. 28-29 Haziran 1991 yılındaki Konsey'in Lüksemburg Toplantısı'nda insan haklarının etkin bir şekilde geliştirilmesini sağlayacak bir politik platformun prensip ve temel hususlarını oluşturma açısından, üye ülkelere insan hakları deklarasyonunu adapte ederek taahhütlerini göstermeleri buna zemin teşkil etmiştir. 28 Kasım 1991'de ise Avrupa Konseyi ve Üye Ülke temsilcilerinin Konsey bünyesinde yaptıkları toplantıda, insan hakları ve demokrasi üzerine bir öneri kabul edilmiştir. Önergede, bu konudaki girişimlerin birlik ve beraberlik içinde geliştirilmesi için rehber prosedürler ve önceliklere yer verilmiştir.

Avrupa Tek Senedi'nin tartışma gündemine girdiği 1985 yılından Avrupa Birliğini kuran Antlaşma'ya, diğer bir deyişle Maastricht Antlaşması'nın yürürlüğe girmesine kadar geçen süre içinde insan hakları ve demokrasi konularında Topluluk Müktesabatına dahil edilen konular:

- Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Bildirge (Avrupa Parlamentosu Konsey ve Konsey bünyesinde toplanan Üye Devletlerin temsilcileri ile Komisyon, 11 Haziran 1986).

- İnsan Haklarına İlişkin Açıklama (Avrupa Siyasi İşbirliği çerçevesinde toplanan Dışişleri Bakanları 21 Temmuz 1986).

- Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Mücadeleye İlişkin Karar (Konsey ve Konsey bünyesinde toplanan Üye Devletlerin temsilcileri 29 Mayıs 1990),

- Antisemitizm, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına İlişkin Bildirge (Dublin) Avrupa Zirvesi, 25-26 Haziran 1990),

- İnsan Hakları Bildirgesi (Lüksemburg, Avrupa Zirvesi, 28-29 Haziran 1990)

- İnsan Hakları, Demokrasi ve Kalkınmaya İlişkin Karar (Konsey ve Konsey bünyesinde toplanan Üye Devletlerin temsilcileri, 28 Kasım 1991)

- Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Bildirge (Maastricht Avrupa Zirvesi 9-10 Aralık 1991),

### **Avrupa Birliği (Maastricht) Antlaşması'nda İnsan Hakları**

7 Şubat 1992 tarihinde imzalanan ve resmi adı "Avrupa Birliği Antlaşması" olan ve 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması, Roma Antlaşması'na çok önemli ve kapsamlı değişiklikler getirerek, gerek gelecekteki Avrupa'nın inşaaı için gerekli zemini oluşturma, gerekse Birlikte yer alan toplumların kültür ve geçmişini göz önünde tutarak dayanışmayı pekiştirme, demokrasi, temel hak ve özgürlükleri güçlendirme yönünde hem siyasal, hem de tarihsel açıdan hedefleri ortaya koymaktadır. Anılan Antlaşma ile insan hakları konusu, Avrupa Entegrasyon sürecinin vazgeçilmez bir parçası olmuştur. Bu Antlaşma ile Üye Ülkeler ve Avrupa Entegrasyon sürecinde yer almak isteyen ülkeler, insan haklarını korumayı garanti etmek için imzalanan antlaşmalarda tanımını bulan görev ve yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır.

Birliğin iç ve dış politikalarında önem arzeden bir unsur olarak insan haklarının birleşme için yasal meşruiyet sağlanması açısından, Maastricht Antlaşması'nın ileriye dönük önemli bir adım olduğu ifade edilebilir.

Maastricht Antlaşması'nın bir çok bölümünde insan hakları, temel özgürlükler, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne saygı ile ilgili doğrudan ifadeler bulmak mümkündür. Bunun anlamı, yukarı da belirtilen konuların, bu andan itibaren Avrupa Birliği entegrasyon sürecinde dönüm noktası olabileceğidir. Maastricht Antlaşması'nı önemli kılan asıl nedenlerden biri de, AB'nin insan haklarına,

demokrasi ilkelerine ilişkin siyasetini uygulayacağı yönündeki ifadesinin Antlaşmanın başlangıç kısmında değil, asıl metinde yer almasıdır. Başka bir anlatımla, insan haklarına ve demokratik değerlere saygı, AB üyeliği için ön koşul olmuştur.

Dış faaliyetlerde, Maastricht Antlaşması; demokrasi, hukuk düzeni, insan hakları ve temel özgürlüklere saygıyı geliştirmek ve pekiştirmenin “Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası”nın temel hedefleri arasında olduğunu ifade eder. Aynı şekilde Avrupa Topluluğu'nun kalkınma ve işbirliği politikaları, kaçınılmaz bir şekilde bu konuya ilişkin olarak Antlaşma'da yer alan genel prensipleri destekleyecektir.

Sonuçta Maastricht Antlaşması'ndaki bütün bu yaklaşımlar ve bölümler esas itibariyle, ekonomik bir topluluğun, siyasi bir kuruma dönüşmesine dahil bir kararı tesis etmektedir. Gerçekte bu geçiş, 1970'lerin başında başlamış olan uzun bir sürecin sonucudur.

Avrupa Topluluğu, kendi politik gücü ve kabiliyetinin, kendi ekonomik yeteneklerinden geldiğini anladığında, tam üyelik konusunda siyasi faktörler Avrupa Topluluğu'nun önemli talepleri arasında yer almıştır.

Antlaşma her ne kadar 12 üye ülkenin gelecekteki strateji ve politikalarını belirlemek amacıyla imzalanmış olup, AB'nin genişlemesine ilişkin bir düzenleme burada yer almasa da, genişleme ile ilgili olarak, Antlaşma'da her Avrupa devletinin AB'ye üyelik için başvurabileceği ifade edilmiş ve üyelik için üç şart sayılmıştır: Ülkenin Avrupalı olması, demokratik bir rejime sahip olması, insan haklarına saygılı olması.

Dolayısıyla siyasi faktörlere ek olarak, demokrasi ve insan haklarına saygı gibi değerler de üçüncü taraflarla ilişkilerde bir baskı unsuru olarak kullanılmaya başlanmıştır. Siyasi anlamda bu unsurun kullanılması aynı zamanda topluluğun uluslararası arenada tanınma fırsatını da beraberinde getirmiştir. Sözkonusu kimlik, bu kuruluşun bir üyesi olmayı arzu eden ülkelerin iç politika dinamiklerini harekete geçirmeye çalışan Birliğe meşruiyet kazandırmıştır. Maastricht Antlaşması “Topluluklar”, “Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası”, “Adalet ve İçişlerinde İşbirliği” olmak üzere üç ayak üzerinde kurulmuştur.

### **Maastricht Antlaşması**

Başlangıç Bölümü, 3üncü Paragraf;

“Bağımsızlık, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlükler ile hukuk düzenine ilişkin prensiplere bağlılıklarını teyit ederek...”

### **Başlık 1, Ortak Hükümler**

Madde F(1)

“Birlik, hükümet sistemleri demokrasi prensipleri üzerine kurulmuş Üye ülke kimliklerine saygı duyacaktır.”

Madde F(2)

“Birlik, 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanan Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme ile güvenceye alınan ve Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel hakları Topluluk Hukukunun genel ilkeleri olarak kabul eder.”

### **Başlık V, Ortak Dış Güvenlik ve Güvenlik Politikası**

Madde J.1 (2), 5 inci paragraf;

“Ortak dış ve güvenlik politikası hedefleri demokrasi ve hukuk düzeni, insan hak ve temel özgürlüklere saygıyı geliştirecek ve pekiştirecektir.”

### **Başlık VI, Adalet ve İçişleri Alanında İşbirliği**

Madde K.2 (1)

“Madde K.1’de belirtilen hususlarda, 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme ve 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme ve siyasi konularda uyumlu olunarak eziyete tabi olmuş kişilere üye devletler tarafından koruma sağlanacaktır.”

### **Başlık XVII AT, Kalkınma İşbirliği**

Madde 130 (2);

“Bu alanda Topluluk politikası demokrasi ve hukuk düzeni ve buradan insan hakları ve temel özgürlüklerine saygıyı geliştirme ve pekiştirme genel hedefini destekleyecektir.”



Bu konuda AB'nin oynadığı rol, AB Antlaşması'yla sadece siyasi görüşü değişen aynı zamanda kamuoyunun beklentilerini ve Birliğin organları tarafından yapılacak davranışı yansıtmaktadır.

Bu etkin rol, Maastricht Antlaşması ile düzenlenen Ortak Dış ve Güvenlik Politikası altında ortaya konan ilk ortak hareket olarak şekillenmiştir. Birliğin endişeleri, ayrıca Toplulukların Kalkınma İşbirliği Politikası için tesisi edilen genel stratejide ifadesini bulmuştur.

### **Amsterdam Zirvesi**

Maastricht Antlaşması'nın günün koşullarına göre uyarlanması, tek para birimine geçiş ve AB'nin genişlemesine ilişkin sürecin belirlenebilmesi açısından Mart 1996 yılında başlayan Hükümetlerarası Konferans süreci 16-17 Haziran 1997 tarihleri arasında gerçekleştirilen Amsterdam Zirvesi ile sonuçlanmıştır. Adalet ve içişleri alanlarında işbirliği konusunda "Temel Haklar ve Ayrımcılık Yapılmaması" başlıklı kısımda AB'nin ilkeleri yeniden yazılarak Maastricht Antlaşması'nda sadece demokrasinin ilkeleri" ve "temel haklar" yer alırken Amsterdam Antlaşması'nda AB'nin özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ile hukuk devleti ilkeleri üzerine kurulu olduğu belirtilmektedir.

AB'nin genişlemesi hususunda ise Maastricht Antlaşması'nda bir düzenleme yer almamakta, Amsterdam Antlaşması'nda ise "Her Avrupa Devleti Birliğe üyelik için başvurabilir" hükmü ile özgürlük, demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları ile temel özgürlüklere saygı ilkelerine bağlı her Avrupa Devleti'nin Birliğe üyelik için başvurabileceği ifade edilmektedir. (Bu bölümdeki açıklamalar, Başbakanlık AB Genel Sekreterliği web sayfalarından yararlanılarak hazırlanmıştır. Bakınız, [www.basbakanlik.gov.tr](http://www.basbakanlik.gov.tr))

## **II. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ**

Mutlak nitelikteki sınırlanamaz ya da askıya alınamaz haklar ve özgürlükler dışında hiçbir hak ve özgürlükler sınırsız değildir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) de koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin sınırlılığını açıkça kabul etmiş bulunmaktadır. Hatta İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi hak ve özgürlüklerin kendi bünyelerinde var olan örtülü sınırlarının da varlığını kabul etmiş bulunmaktadır. (Golder/İngiltere; Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika; Brogan ve Diğerleri/İngiltere) Ancak hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin

hakkın özüne dokunmaması, yani hakkın kullanımını tamamen olanaksız hale getirilmemesi gerekir (Winterwerp/Hollanda; Ashingdane/İngiltere) İHAS'nin sınırlama konusunda koyduğu ölçüt tedbirde ya da müdahalede ölçülülüktür. Kavram sınırlama ile elde edilebilecek genel yarar ve sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar arasında denge ya da orantıyı ifade etmektedir (Soering/İngiltere; Cossey/İngiltere; Fayed/İngiltere). Devlet bir müdahale önlemine başvururken adil bir denge sağlamaya gayret edecektir. (Soering/İngiltere; F/İsviçre) Amaç için ileri sürülen gerekçenin yeterliliği ve yerindeligi, bu konuda sıkıştıran bir toplumsal ihtiyacın varlığı, müdahale şeklinin ihtiyaçlarla dengeli bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Amaca uygun araç kullanımı, kamu yararı ile özel yarar arasında denge kurulması, özel alana gereksiz müdahaleden kaçınma bu kapsamda değerlendirilir.

Ölçülülük kelimesi ne İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ne de ek protokollerde yer almaktadır. Ancak, ölçülülük kavramının ifade ettiği anlam, görece daha açık bir şekilde İHAS ve ek protokollerin bazı maddelerindeki ifadelerden çıkmaktadır. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de (İHAM) bunun farkına varmakta gecikmemiştir. İHAM, ölçülülük ilkesini doğrudan Sözleşme'de düzenlenen temel haklardan türetmekte, hatta bir adım daha atarak ölçülülük ilkesinin örtülü bir şekilde de olsa zikredilmediği hak ve özgürlükler alanında da uygulayarak uygulama alanını genelleştirmektedir.<sup>2</sup>

Marc-Andre Eissen, ölçülülük ilkesinin İHAS ve ek protokollerde varlığını iki şekilde ele almaktadır. İlk olarak, ölçülülük ilkesinin hafif örtülü biçimde düzenlendiği hükümler, ikincisi ise, potansiyel olarak ölçülülük kavramını içeren hükümler. İlk kategori içinde İHAS'nin 15inci maddesi ile 8-11inci maddelerinin ikinci fıkra hükümleri yer almaktadır. İkinci kategori içerisinde ise, 5inci maddede düzenlenen kişi özgürlüğü ve 1inci Protokolün 1inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkı olmak üzere diğer bazı hükümler yer almaktadır.

<sup>2</sup> Marc-Andre EISSEN, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", In: R.St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Perzold

İHAS'nin bazı hükümleri, alınan tedbirlerin “gerekli”, “zorunlu” veya “kesinlikle gerekli” olması gerektiğine işaret eden hükümler içermektedir. İHAM, ölçülülük ilkesini bu hükümlerden başka Sözleşmenin 14üncü maddesinde yer alan ayrımcılık yasağından da türetmiştir. Mahkeme 1968 tarihli Belçika Dil Davası'nda bu hususa işaret etmiş ve şu tespitte bulunmuştur: “Kullanılan araç ve güdülen amaç arasında ölçüsüz bir orantı olduğu tartışmasız tespit edilirse, bu halde 14 üncü madde de ihlal edilmiş olur.”<sup>3</sup>

İHAM, Sözleşmede yer alan bu ifadelerden yola çıkarak ölçülülük ilkesini denetim ölçütü olarak kullanmaktadır. Mahkeme, ilkeyi yerleşik içtihat şeklinde temel hakları sınırlayıcı tedbirlerin sınırı olarak kabul etmiştir.

#### **İHAS m. 15: “Kesinlikle Durumun Gerektirdiği Ölçüde” ve Ölçülülük İlkesi**

İHAS 15inci madde hükmü, Sözleşmeye taraf devletlere, savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hallerde “kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere” Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilme yetkisi tanımaktadır.

İHAS'nin 15inci maddesinin linci paragrafında yer alan “durumun gerektirdiği ölçüde” ifadesi, alınan tedbirlerin tehlikenin boyutlarıyla orantılı olmasını içermektedir. Temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı tedbirler, “ancak durumun gerektirdiği ölçüde” olmak ve bunu aşmamak zorundadır. Bir başka deyişle, alınacak tedbirler ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Buna göre, devletin uygulayacağı sıkıyönetim ve olağanüstü hal tedbirleri, aşırı, ölçüsüz ve gereksiz boyutlara ulaşmamalıdır.<sup>4</sup> En ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemlerle çözüm mümkünse ve buna rağmen ağır önlemlerin alınması tercih ediliyorsa ölçülülük ilkesine aykırı davranılıyor demektir.<sup>5</sup> Örneğin, şiddet ve terör eylemlerini bastırmak

<sup>3</sup> Belçika'da Eğitim Dili Davası, 23.7.1968, Seri A, No:6; Osman DOĞRU (ed.), İnsan Hakları Kararları Derlemesi, Cilt 1, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1998, s.45.

<sup>4</sup> Münci KAPANİ, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 2. Basım, Ankara 1991, s.116.

<sup>5</sup> Semih GEMALMAZ, “Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-De Jura Ayırımı”, Cahit Talas'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1990, s.225.

için alınan önlemler sonucundaki uygulamalarda, eylemlerle hiç ilgisi olmayan insanlara baskı yapmak, tutuklamak ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eder.<sup>6</sup>

Sözleşmeye taraf bir devlet, ulusun yaşamını tehdit eden bir tehlike karşısında bu durumla alınacak önlemler arasında makul bir denge kurmak zorundadır. Alınan önlemler, tehlikeyi ortadan kaldırmak amacını gütmeli ve sadece buna yönelik olmalıdır.

İHAS'nin 15inci maddesinin 1 inci paragrafında ifadesini bulan ölçülülük ilkesi ile alınacak önlemlerin elverişliliği ve gerekliliğinin değerlendirilmesinde ulusal makamlara tanınan takdir alanı sınırlandırılmaktadır.<sup>7</sup> İHAM, 15inci madde ile ilgili verdiği kararlarda daha çok kullanılan araçların durumun gerektirdiği ölçünün ötesine geçip geçmediğini belirlemeye yoğunlaşmıştır. Bir başka deyişle, ölçülülük ilkesini, "alınan önlemlerin koşulların gerektirdiği bir önlem olup olmadığının denetlenmesi" aşamasında kullanılmaktadır. Bununla birlikte, İHAM, 15 inci madde çerçevesinde yaptığı denetimde ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.<sup>8</sup>

İHAM, Lawless kararında<sup>9</sup>, aykırı tedbir alma hakkının , 15inci maddede belirtilen şartlara uygunluğunu denetlemede kendini yetkili görmüştür. Mahkeme, sözkonusu olayda İrlanda hükümetinin 15inci maddeyi uygulamasına yol açan olayları incelemiş; 15inci maddenin devlete tanıdığı takdir yetkisinin kullanımını denetlemiştir. Olağanüstü hal şartlarının varlığını kabul eden Mahkemeye göre, Lawless'in yasadışı İrlanda Cumhuriyet Ordusu (IRA) üyesi olabileceği kuşkusu ile tutuklanarak yargıç önüne çıkarılmadan 5 ay tutuklu kalması, 15inci madde çerçevesinde "kesinlikle durumun gerektirdiği ölçü"ye uygundur.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Rona AYBAY, "Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları", Danıştay 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s.466.

<sup>7</sup> Sevtap YOKUŞ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, Beta, İstanbul 1996, s.30.

<sup>8</sup> EISSEN, s.126

<sup>9</sup> Lawless/ İrlanda 1.7.1961, Seri A, No:3; www.echr.coe.int

<sup>10</sup> Naz ÇAVUŞOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, Ankara 1994, s.21-22.

### **İHAS'nin 8, 9, 10 ve 11inci Maddelerinin İkinci Fıkra Hükümleri: Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği ve Ölçülülük İlkesi**

İHAS'nin 8, 9, 10 ve 11inci maddelerin ikinci fıkra hükümlerine göre, bu haklar demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmak şartıyla kamu yararının gerektirdiği bazı amaçlar için sınırlanabilirler. Bu maddelerde yer alan hakların sınırlanmasında yalnızca “meşru bir amaç” bulunması yeterli değildir. Söz konusu sınırlamaların, demokratik bir toplumda, ulaşılmak istenen amaca erişmek için gerekli olduğu ölçüde yapılması zorunludur. Bir başka ifadeyle, bu kısıtlamaların meşru ve zorunlu olması halinde bile, bunların “güdülen meşru amaçla orantılı” olması lazımdır. Zira orantılı olma ilkesi gereklilik kavramının ayrılmaz bir unsurudur. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, “gerekli olmanın” bir alt kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>11</sup>

Temel hak ve özgürlüklerin “ demokratik bir toplumda zorunlu olduğu ölçüde” sınırlanabilmesi şartı, zorunluluğun ve ölçünün İHAM tarafından denetlenmesine imkan verir. İHAM, bu denetimde, sınırlamayı gerektiren “zorlayıcı sosyal bir ihtiyacın” bulunup bulunmadığını ve sınırlamanın Sözleşmede öngörülen meşru amaçla orantılı olup olmadığını incelemektedir.<sup>12</sup>

İHAM, Handyside kararında<sup>13</sup> hedeflenen meşru amaçla ölçülü olma gereğini, bağımsız bir şart olarak değil, demokratik toplum düzeninin gereğinin sonucu olarak görmüştür. Bir başka deyişle Mahkeme, ölçülülük ilkesini “demokratik bir toplumda zorunlu” kavramında türetmektedir.<sup>14</sup> Bu karardan beri, Mahkemenin yaklaşımı değişmemiştir. Hatta Olsson kararında görüldüğü gibi aile yaşamına saygı hakkı ile ilgili olarak bu yaklaşımı daha açık bir şekilde ifade etmiştir. İHAM bu kararda “Gereklilik kavramının müdahalenin,

<sup>11</sup> Süheyl BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, 259;

<sup>12</sup> ÇAVUŞOĞLU, s.53

<sup>13</sup> Handyside kararında Mahkeme, demokratik bir toplumun unsurlarını analiz ettikten sonra şöyle demektedir. “Bundan şu sonuç çıkmaktadır ki empoze edilen her formalite, kayıt kısıtlama veya müeyyide güdülen meşru amaçla orantılı olmak zorundadır.” Bkz. Handyside/Birleşik Krallık, 7.12.1976, Seri A, No.24; www.echr.coe.int

<sup>14</sup> Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu”, s.264

zorlayıcı sosyal bir ihtiyaca karşılık gelmesi ve özellikle de hedeflenen meşru amaçla ölçülü olması gereğine işaret eder.”<sup>15</sup> demek suretiyle yaklaşımını açıkça ortaya koymuştur.

Sözleşmeye uygunluk denetiminde İHAM, Sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleleri meşrulaştıran “gerekli ve yeterli sebeplerin” var olup olmadığını belirlemektedir. Yeterli sebeplerin bulunması ölçülülük ilkesi ile ilişkilidir. Nitekim İHAM, bir çok olayda yeterli sebebin bulunmamasını ölçülülük ilkesine uyulmaması olarak değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir.<sup>16</sup> Örneğin, Sunday Times kararında Mahkeme “başvurucular hakkında verilen yasak için gösterilen gerekçeleri, 10uncu maddenin 2inci fıkrasına göre yeterli bulmamıştır. Bu yasağın, aranan meşru amaçla orantılı olmadığı ortaya çıkmaktadır; bu yasak yargılama organının otoritesini sürdürmek için demokratik bir toplumda gerekli değildir” şeklinde karar vermiştir.<sup>17</sup> Dudgeon kararında Mahkeme, Kuzey İrlanda’daki eşcinsel fiilleri (özel mekanlarda ve reşit kimseler arasında rızaya dayalı olsa bile yasaklanan erkekler arası cinsel ilişkiler) yasaklayan ve cezalandıran yasal düzenlemenin Sözleşmenin 8 inci maddesine aykırı olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, ilk olarak, ulusal makamlara bırakılan takdir yetkisine rağmen, gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı konusunda nihai değerlendirmeyi yapma konusunda kendisinin yetkili olduğunu belirtmiştir. Daha sonra gereklilik kavramının “demokratik toplum” kavramıyla bağlantılı olduğunu vurgulayarak, Sözleşmede yer alan bir hakkın kısıtlanmasının “demokratik bir toplumda gerekli” bir tedbir olarak görülebilmesi için bir kısıtlamanın meşru amaçla orantılı

<sup>15</sup> Olsson/İsveç, 24.3.1988, Seri A, No.130. Mahkeme bu davada çocukları bakım altına alma kararının demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olduğuna; ancak bakım tedbirinin uygulanışında çocukların uzak mesafelerdeki ailelerin yanlarına yerleştirilmeleri aile bireyleri arasında kolay ve düzenli ziyaretleri engellediği için ailenin yeniden birleştirilmesi amacına aykırı düştüğünden, uygulamaya yönelik olarak alınan tedbirler gerçekleştirilmesi istenen meşru amaçla orantılı olmadığından demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale nedeniyle aile yaşamına saygı hakkı ihlaline karar vermiştir. [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>16</sup> Young, James ve Webster/Birleşik Krallık, 13.8.1981, Seri A, No.44, Lingens/Avusturya, 8.7.1986, Seri A, No.103; Barhold/Almanya, 25.3.1985, Seri A, No:90; Gillow/Birleşik Krallık, 24.11.1086, Seri A, No.109, Ezelim/Fransa, 26.4.1991, Seri A, No.202, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>17</sup> Sunday Times/Birleşik Krallık, 26.4.1979, Seri A, No.30; [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

olması gerektiğini ifade etmiştir. Orantılılık konusunda Mahkeme, değerler tartısına başvurmuş ve şu sonuca ulaşmıştır. Mevcut yasayı değiştirmemek için gösterilen gerekçelerin, söz konusu yasa hükümlerinin başvuru gibi eşinsel eğilimli bir kişinin yaşamı üzerinde yarattığı zararlı etkilerden daha ağır basmamaktadır. Mahkemeye göre, Kuzey İrlanda mevzuatı gereğince Dudgeon'a uygulanan kısıtlama, genişliği ve mutlaklığı nedeniyle ulaşılmak istenen amaçla orantısızdır.<sup>18</sup>

### **İHAM m. 14: Ayrımcılık Yasağı ve Ölçülülük İlkesi**

İHAM, ölçülülük kavramının ilk kez Sözleşmenin 14üncü maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı çerçevesinde kullanmıştır.<sup>19</sup>, Mahkeme, 14üncü madde kuralını uygularken ve yorumlarken tüm farklı uygulamaların, zorunlu olarak eşitsizlik, doğurmayacağı görüşündedir. Farklı bir uygulamanın eşitsizlik doğurması iki koşulun varlığı durumunda gerçekleşir farklı uygulamaların objektif ve mantıksal bir gerekçeye dayanmaması ve kullanılan araçlarla öngörülen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin bulunması. Böylece, Mahkeme, 14üncü madde çerçevesinde "eşitlik ilkesinin" uygulamalarını değerlendirirken ölçülülük ilkesini kullanmaktadır.<sup>20</sup>

Mahkemenin görüşüne göre, 14üncü maddenin Sözleşme ve protokollerde yer alan diğer hükümleri tamamlayan bir rolü vardır. Madde 14, güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşitliği sağlayarak ayrımcılığı önler. İnceleme sonucu Sözleşmenin diğer hükümleriyle uyumlu olduğu anlaşılan bir tedbir, eğer ayrımcı bir karaktere sahipse, 14üncü madde ile bağlantılı olarak söz konusu madde hükmü ihlal edilmiş demektir. Dolayısıyla 14üncü madde, hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddenin tamamlayıcı bir parçasını oluşturur.<sup>21</sup>

İHAM'nin yerleşik içtihadına göre, eğer objektif ve makul bir gerekçe yoksa, yani meşru bir amaca ulaşmak için yapılmamış ya da gerçekleştirilmesi istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir

<sup>18</sup> Dudgeon/Birleşik Krallık, 22.10.1981, Seri A. No 45; www.echr.coe.int.

<sup>19</sup> EISSEN, s.140

<sup>20</sup> BATUM, s.263

<sup>21</sup> Belçika Eğitim Dili Davası, 23.7.1968, Seri A, No, Benzer kararlar için bkz. Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika, 27.10.1975, Seri A, No.19, Marckx/Belçika, 13.6.1979, Seri A, No.31, www.echr.coe.int

ölçülülük ilişkisi yoksa, söz konusu farklılık ayrımcılık teşkil eder.<sup>22</sup> Sözleşmenin 14 üncü maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde son belirleyici olan, ölçülülük ilkesi olmaktadır.

İHAM, Belçika Eğitim Dili Davası'nda, bazı beldelerde anadilleri Fransızca olan çocukların Fransızca okullara alınmalarını düzenleyen mevzuatın, İnci Protokolün 2nci maddesinin birinci cümlesine uygunluğunu denetlemiştir. Mahkemeye göre, okula almama tedbirinde, gerçekleştirilmek istenen amaçla kullanılan araç arasında ölçülülük bulunmamaktadır. Bu nedenle 1 inci Protokolün 2nci maddesinin birinci cümlesiyle bağlantılı olarak 14üncü madde hükmü ihlal edilmiştir.<sup>23</sup>

Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı davasında Mahkeme, Sözleşmede korunan hakların kullanılması sırasında yapılan farklı bir uygulamayla objektif ve makul haklı sebepler bulunmadığı veya meşru amaca sahip olmadığı veya kullanılan araçla izlenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunmadığı takdirde ayrımcılık yasağının ihlal edileceğini belirtmiştir.<sup>24</sup>

## SONUÇ

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi öteden beri kamusal yarar-bireysel yarar arasındaki dengeyi korumuştur. İyi yönetim hakkı ise kararlarında sözleşmenin 6ncı maddesindeki adil yargılama hakkı kapsamında usule ilişkin hakların korunması çerçevesinde dolaylı olarak yerini almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6ncı maddesi şimdiye dek yönetim hukukuna ilişkin korumayı sağlamıştır. Ancak sözleşmenin medeni haklar dolayısıyla getirmiş olduğu sınırlama, medeni, cezai ve yönetsel alanda oluşan üç sisteme ilişkin tam bir koruma sağlanamamasına yol açmıştır. Avrupa Anayasa'nın henüz kabul edildiği bugünlerde Avrupa Birliği'nin bizzat kendisi de "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi"ne taraf olmayı tartışmaktadır. Bu kapsamda "iyi yönetim hakkı" ilke olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nce kabul edilecek olursa bu yönetim sürecinde bir haklar şemsiyesi oluşturacaktır (Afrika Anayasası'nın 33üncü maddesi bu anlamda sözleşmenin 6ncı maddesinden daha

<sup>22</sup> EISSEN, s.141.

<sup>23</sup> Belçika Eğitimi Dili Davası, 23.7.1968, Seri A. No.5; www.echr.coe.int.

<sup>24</sup> Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık, 28.5.1985, Seri A, No:94, www.echr.coe.int



etkili olmuş ve İHAM'dan daha ileri bir uygulama getirmiştir). Böylelikle vergi davaları da sınırlama kapsamından çıkıp Mahkemenin yargı yetkisi kapsamına girecektir. (Vergi davalarının yıllarca sözleşme kapsamı dışında tutulması eleştirilmiş, vergi ödeyenlerin Mahkemenin gözünde sığınmacılar, şüpheli teröristler ve suçlulardan daha düşük bir yerde olduğu eleştirisi getirilmiştir<sup>25</sup>).

Ayrıca bu durum Sözleşmenin 13üncü maddesinin yorumunu da genişletecek, yargısal olarak etkili iç hukuk yollarının yanısıra yönetsel süreçte etkili iç hukuk yollarının aranmasına da yol açacaktır.

“İyi yönetim hakkı”nın karar alma sürecinde de aranması ileride Mahkemenin karar alma süreçlerine ilişkin ilkeler getirmesini gerektirecektir ki bunun Yönetim Hukuku alanını besleyeceği şüphesizdir. Mahkeme şu ana kadar iyi yönetimi “adil yönetim” olarak ele almıştır ki, bunun bu hakkın yorumunu daraltma çabasından doğduğu açıktır. Bu hakkın tanınmasının ise sözleşmenin yönetim hukukuna ilişkinin getireceği korumayı genişleteceği şüphesizdir. Tabii, tüm bu gelişmelerin Mahkemenin çalışma yöntemlerinin yeniden ele alınıp sürecin çabuklaştırılmasından sonra olacağı da açıktır. Mahkemenin artan işyükü dolayısıyla şimdilik Vergi Hukukunda ceza alan dışında yeni genişletilmiş yorumlara girmesi beklenmemektedir. İdarenin kusurundan doğan zararların tazminine ilişkin şikayetlerin medeni hak ve yükümlülüklerin kapsamı içinde görülerek bu şikayetler için başvuruda bulunulmaması uygulamasından da belki bu konudaki yorumun genişletilmesi ile vazgeçilecektir. Pellegrin/Fransa davası, bu konuda ilk adım olmuşsa da kapsam bakımından sınırlı olmuştur.<sup>26</sup>

Sonuç olarak, “iyi yönetim hakkı” Avrupa Yönetim Hukuku için yepyeni bir kavram ancak Avrupa Birliği'nin bu hakkı tanımasıyla, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bu hakkı kararlarında ilke olarak kullanmaya başlamış ve yargılamasını bu hakkın yorumu çerçevesinde yapmaya başlamıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise bu hakka ilişkin tüm ilkelere çok eskiden beri kararlarında uygulama yeri

<sup>25</sup> Ferrazzini/İtalya Davası, vergi takdir uyuşmazlıklarına maddenin uygulanabilir olmadığı yönünde verilen kararlardan biri olup yoğun eleştiri almıştır.

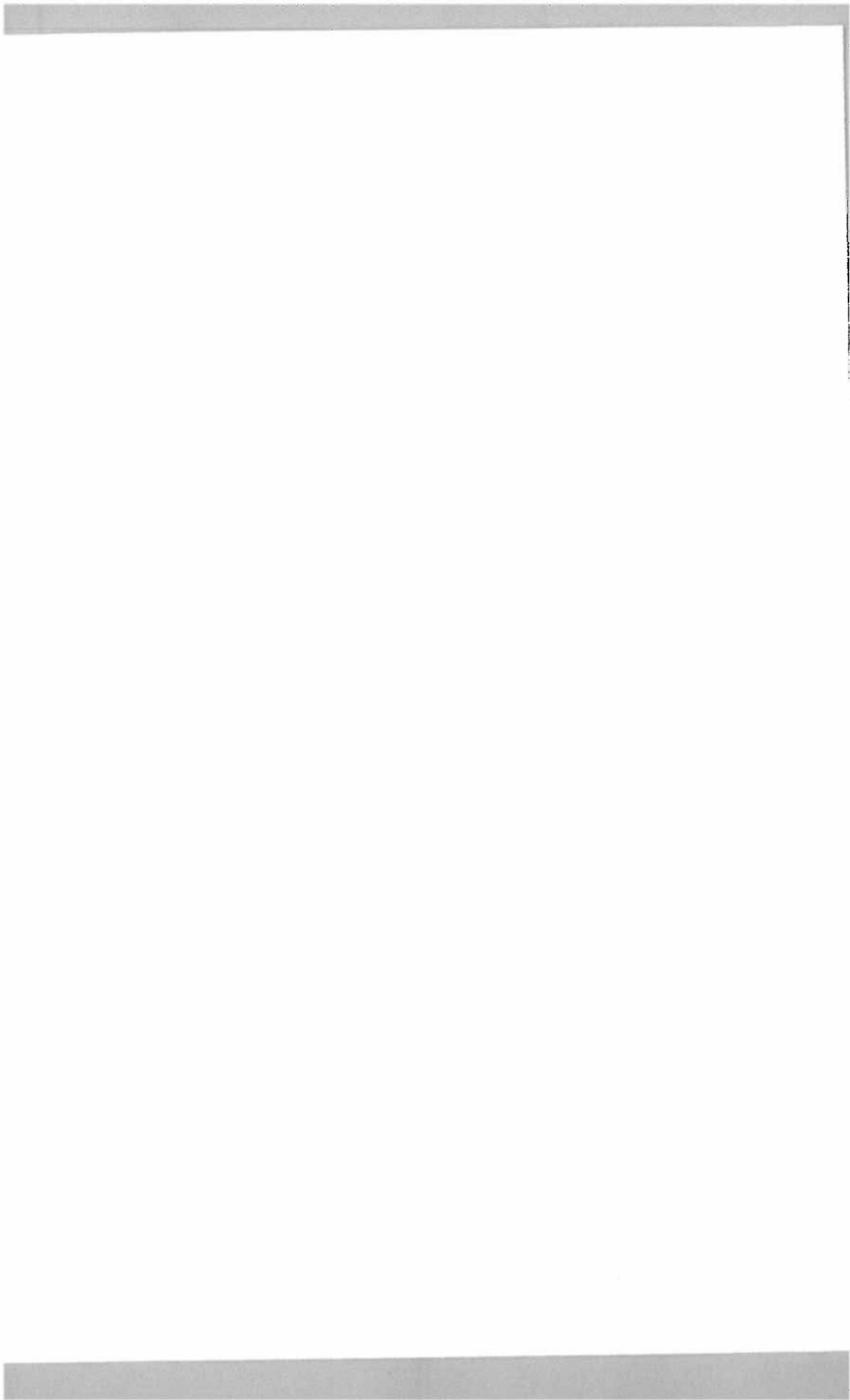
<sup>26</sup> Pellegrin/Fransa Davası (Başvuru No:28541/95), 8 Aralık 1999

vermişse de, hakkı henüz kararlarında doğrudan vurgulamamıştır. Bu tutum daha çok sınırlama sorunundan doğmaktadır. Mahkemenin yeni İçtüzüğü ile birlikte koruduğu haklara ilişkin geniş yoruma gitmek istemesiyle bu hakkın özellikle Yönetim Hukuku'na ilişkin yepyeni yorumlar getireceğini umuyoruz. Tabii bunun için bir süre daha beklemek gerekecek.

### **KAYNAKÇA**

- Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Web Sitesi [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)
- Aybay, Rona, Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1999 Ankara.
- Baldwin, R., Rules and Government (Oxford 1995)
- Baldwin, R. and McCrudden, C. (eds) Regulation and Public Law (London 1987)
- Barker, A. (ed), Quangos in Britain (Basingstoke and London 1982)
- Batum, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, 1993.
- Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü web sayfaları [www.basbakanlik.gov.tr](http://www.basbakanlik.gov.tr)
- Bellamy, R. and Greenaway, "The New Right conception of citizenship and the Citizen's Charter" (1995) 30 Government and Opposition4,
- Boyle, A.E. "Sovereignty, accountability and the reform of administrative law" in Richardson&Germ (eds), Administrative Law and Government Action (Oxford 1991) at 81
- Bradley, A., "The Parliamentary Ombdsman again; A Positive Report (1996) Public Law 345
- Brown, P., "The Ombudsman" in Richardson&Genn (eds.) Administrative Law Government Action (Oxford 1991) at 309

- Cane, P., An Introduction to Administrative Law (3 rd edn, Oxford 1996)
- Çavuşoğlu, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler üzerine, A.Ü.S.B.F İnsan Hakları Merkezi, Yayını, Ankara 1994
- Doğru, Osman, İnsan Hakları Kararları Derlemesi, Cilt 1, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1998
- Eissen, Marc-Andre, The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Fights, R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold
- Gemalmaz, Semih, Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto – De Jura Ayrımı, Cahit Talas'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara 1990.
- Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu.
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Web Sitesi, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)
- Kapani, Münici, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 2. Basım, Ankara 1991
- Yokuş, Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisine, Beta, İstanbul 1996



## DANIŞTAY DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1 – 1937 yılından beri düzenli olarak çıkmakta olan Danıştay Dergisi, 2003 yılından başlayarak kararlar için “**Danıştay Kararlar Dergisi**”; makale, karar eleştirisi, çeviri vb çalışmalar için ise “**Danıştay Dergisi**” adıyla yayımlanmaya başlamıştır. Danıştay Kararlar Dergisi yılda üç kez olarak Ocak, Mayıs ve Eylül aylarında, Danıştay Dergisi ise yılda bir, gerekli görüldüğü takdirde iki kez Ocak ve Temmuz aylarında çıkacaktır.

2 – Danıştay Dergisine gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, **Danıştay Dergisi** bütün yayın haklarına sahip olacaktır.

3 – Yazarlar kısa mesleki özgeçmişleri ile birlikte unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidir.

4 – Dergiye verilen yazılar, Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulunca değerlendirilecek; Kurulun yapacağı değerlendirme doğrultusunda yazının basılmasına, değerlendirme çerçevesinde yazardan düzeltme istenilmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir.

5 – Yazardan düzeltme istenmesi durumunda, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak Danıştay Tasnif ve Yayın Kuruluna ulaştırılması gerekmektedir.

6 – Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle “basıla” verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Danıştay Tasnif ve Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.

7 – Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra ilgili mevzuat çerçevesinde telif ücreti ödenecektir.

8 – Yazıda diğer kaynaklara yapılacak göndermeler, bilimsel gönderme kurallarına uygun olmalı, ana metnin altında dipnotlarda gösterilmelidir.

9 – Ana metinde ve dipnotlarda göndermede bulunulan tüm eserler, yazının sonuna eklenecek “Kaynakça”da yer almalıdır.

10 – Kaynakçada yalnız yazı bütününde göndermede bulunulan eserler yer almalı ve bu eserler yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralanmalıdır. Kaynakçada yer alan yabancı dildeki eserler Türkçe olarak da yayımlanmış ise parantez içinde mutlaka gösterilmelidir.

11 – Tablo ve şekillere başlık ve sıra numarası verilmeli, başlıklar tablo ve şekillerin üzerinde yer almalı, kaynakları ise altına yazılmalıdır.

12 – Danıştay Dergisine yayımlanmak üzere gönderilen yazılar, yukarıdaki koşullara uygun olarak A 4 kağıtlara 1,5 aralıkla yazılmalı ve en az iki kopya ve bir bilgisayar disketi (MS Office – MS Word 6.0 ya da 7.0 formatında) ile birlikte teslim edilmelidir. Teknik nedenlerden ötürü daktilo ya da el ile yazılmış metinler kabul edilmez.

13 – Danıştay Dergisinde yayımlanan yazılar ancak kaynak gösterilmek suretiyle kullanılabilir.

14 – Danıştay Dergisinde yayımlanan makale ve diğer eserlerin yazarlarının ileri sürdüğü görüşler **Danıştay**’ı bağlamaz.

## DANIŞTAY YAYINLARI

### I. DANIŞTAY DERGİLERİ\*

#### A. DANIŞTAY DERGİSİ

Sayı: 1 – 90, Cumhuriyetin 50.Yılı Özel Sayısı ve Atatürk'ün Doğumunun 100.Yılı Özel Sayısı tükenmiştir.

Sayı: 91 – 107

#### B. DANIŞTAY KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 1 – 5

### II. DANIŞTAY'IN ÇEŞİTLİ DAİRE VE KURUL KARARLARI ÖZETLERİ

#### A. YARGI KARARLARI

##### Yayın No:

1. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları I (1953-1966), 1966, s. 130
12. Danıştay Onuncu Daire Kararları 1972. s. XIV+340
15. Danıştay Dokuzuncu Daire Kararları 1973, s. XVI+296
16. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları II, (1967-1972), 1973, s. 248
19. Danıştay Sekizinci Daire Kararları 1974, s. XXIV+518
22. Danıştay Onikinci Daire K., I. Kitap, Cilt: I, 1976, s. XXXIV+650
22. Danıştay Onikinci Daire K., I. Kitap, Cilt: II, 1976, s. XX+550
24. Danıştay Yedinci Daire K., I.Kitap, 1977, s. XXX+674, 2. Baskı
27. Danıştay Altıncı Daire K., I. Kitap, 1979, s. XXII+713
30. Danıştay Dava Daireleri Kurulu K., I. Kitap, 1981, s. XXXII+858
34. Danıştay Beşinci Daire K., I. Kitap Cilt: I, 1983, s. X+647
35. Danıştay Beşinci Daire K., I. Kitap Cilt: II, 1983, s. XV+663
37. İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararları II, (1933-1983), ÇATAL Nursen, Danıştay Savcısı, 1984, s. 144
40. Danıştay Onbirinci Daire Kararları, (1971-1981), 1984, s. XXIII+567
41. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararları III, (1973-1984), 1985, s. 148
47. Danıştay Dördüncü Daire Kararları, (1975-1979), 1989, s. IX+145

#### B. DANIŞMA KARARLARI

31. Danıştay İstişari Düşünceler (Cumhuriyet Dönemi), (1929-1980), Birinci Kitap, Cilt:I, 1982, s. XI+638
32. Danıştay İstişari Düşünceler (Cumhuriyet Dönemi), (1929-1980), Birinci Kitap, Cilt:II, 1982, s. VIII+584
38. Danıştay İstişari Düşünceler (Fihrist, Cumhuriyet Dönemi), (1929-1983), 1984, ER Salih, Danıştay Tetkik Hakimi, s. 253

### III. İDARE HUKUKU İNCELEMELERİ

21. İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, 1976, s. 372
26. İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler II, 1978, s. 388
29. İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler III, 1981 s. 397

### IV. KİTAPLAR

- Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968), 1968
- Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968), s. XX+964, 2.Baskı, 1986

---

\* *Danıştay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı tarafından yeniden bastırılan dergiler başış karşılığı ücretsiz olarak verilmektedir.*

2. Alman İdare Mahkemeleri Kanunu, Çeviren: ERDOĞDU Ahmet, Danıştay İkinci Daire Başkanı, 1967, s. 84
- 3., 4., 5., 6., 7., 8. Danıştay Kitaplığında Bulunan Kitapların Fihristi
9. Modern Fransa'da Danıştay, Dr. FRDEMAN Charles E.; Çeviren: GÖKTEN Işık, Danıştay Eski Yardımcısı, 1971, s. 160
10. Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Memurin Muhakematı Hakkında Kanun Tatbikatının Eleştirisi, ERGUT Eşref, Danıştay Üyesi, 1971, s. 52
11. Türkiye'de Zirai Kazancın Vergilendirilmesi, COŞKUN Sabri, Danıştay Yardımcısı, 1977, s. 74
13. Tüzüklerimiz, DİNÇER Güven, D. Kanunsözcüsü, 1972, s. XIV+184
14. İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, TUNCAY Aydın H., Danıştay Üyesi, 1972, s. 284
17. Danıştay Kanunu ve İlgili Mevzuat, 1973, s.105
18. Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri, LETOURNEUR M., BAUCHET J., MERIC J.; Çeviren: BAŞPINAR Recep, Danıştay Üyesi, 1973, s.273 (Müellifi tarafından satış izni verilmemiştir.)
20. Yüzbeş ve Yüzaltıncı Yıllarda Danıştay
23. Açıklamalı ve İçtihatlı İşletme Vergisi, GÜNGÖR A. İhsan, Danıştay Üyesi, 1977, s. 240
25. Danıştay Kanunu, 1978, s. 60
28. Yüzonbirinci Yılında Danıştay
36. Danıştay Kanunu ve İdari Yargı İle İlgili Mevzuat, 1983, s. 153
39. Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu , DELCROS, HANLOV, DİSTEL; Çeviren: CANDAN Turgut, D. Tetkik Hakimi, 1984, s. XIX+130
42. Yüzondört ve Yüzondokuzuncu Yıllarda Danıştay
48. Tanzimattan Cumhuriyete Yasalarımız Dizini (1839-1923), 1990, s.284, Hazırlayan: Ahmet Ziya, Yeni Harflere Çeviren: ONAT Nuri
51. İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Yrd. Doç. Dr. ERKUT Celal, İ. Ü. H. F. Öğretim Üyesi, 1990, s. XII+214
52. Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Hak.Yar.Dr. ALPAR Erol, Ask. Yüksek İdare Mah. Üyesi, 1990, s. VIII+146
54. Hollanda Danıştayı, Çeviren: COŞKUN Sabri, Danıştay Üyesi 1992, s. 27
56. İptal Davası, COŞKUN Sabri, Danıştay Üyesi , 1993, s. 46
58. Fransız Anayasası, Çeviren: ÖZEREN Ahmet Şükrü, Danıştay Üyesi, 1994, s. VI+35
- 60-A. Dünyada İdari Yargının Bugünü, Uluslararası Yüksek İdari Mahkemeler Derneği (AIHJA – IASAJ) Orijinal Metinlerinden Çeviri, 2002, s. VI+91
- 60-B. Dünyada İdari Yargının Bugünü, Uluslararası Yüksek İdari Mahkemeler Derneği (AIHJA – IASAJ) Orijinal Metinlerinden Çeviri + Orijinal Metinler, 2002, s. VI+102
61. İnsan Hak ve Özgürlüklerinin İdari Yargıç Tarafından Korunması, Uluslararası Yüksek İdari Mahkemeler Derneği (AIHJA – IASAJ) VII.Kongresi Sentez Raporu (23 – 25 Nisan 2001 Senegal) Çevirisi, 2002, s. VI+33
62. Danıştay İctüzüğü – Danıştay Tetkik Hakimlerinin Görev Yaptıkları Daire ve Kurulların Değiştirilmesinde Uygulanacak Esaslara İlişkin Yönetmelik – Yurtdışına Gönderilecek Danıştay Meslek Mensuplarının Seçimleri ile Diğer Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik – Danıştay

Tasnif ve Yayın Bürosu Kuruluş ve Görev Yönetmeliği – Danıştay Arşiv Yönetmeliği – Danıştay Kıyafet Yönetmeliği – Danıştay Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliği – Danıştay Memurları Disiplin Kurulu ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği – Danıştay Personelinin Görevde Yükselme Yönetmeliği, 2002, s.53

63. Danıştay Kanunu – Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun – İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2002, s. 65

64. Danıştay Kanunu – Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun – İdari Yargılama Usulü Kanunu, (Türkçe, Fransızca, İngilizce), Fransızca çeviri: ENGEZ Necati, İngilizce çeviri: Dr. ALTIPARMAK Kerem, 2003, s.190

- 125.Yıl – Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay(İngilizce-Fransızca), Tıpkı Basım, 2003, s.44

66. Hukukla Kırkbir Yıl, ALAN Nuri, Danıştay Başkanı, 2003, s. 312

69. İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Derneği VIII. Kongresi Genel Raporu (26 – 28 Nisan 2004, Madrid) Çevirisi, 2004, s. VI+45

#### **V. DANIŞTAY SEMPOZYUMLARI**

- ATATÜRK'ün 100. Doğum Yılı Sempozyumu, 1981, s. 156

33. İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 1982, s. 194

43. Kentleşmenin Getirdiği Çevre Sorunları Sempozyumu (İdare Hukuku Açısından), 1987, s. 183

49. Avrupa Topuluğu Hukuku Sempozyumu, 1989, s. 155

59. 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, 2000, s. 297

63. İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama, Danıştay ve İdari Yargı Günü 133. Yıl, Sempozyum, 2003, s. 167

67. Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl, Sempozyum, 2003, s. 173

68. Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl, Sempozyum, 2004, s. 204

#### **VI. ULUSAL İDARE HUKUKU KONGRELERİ**

- I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, 1990, s. 180

53. - I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, İdari Yargı, 1991, s. 464

- I. Ulusal İdare H. Kongresi, II.Kitap, Kamu Yönetimi, 1991, s. 505

- I. Ulusal İdare H. Kong., III. Kitap, Çeşitli İdare H. Konuları, 1992, s. 307

55. - II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, 1993, s. 163

- II. Ulusal İdare H. Kong, İdari Yargının Dünyada Yeri, 1993, s. VIII+356

#### **VII. TANITMA YAYINLARI**

- Albümler: 1968 – 1978 – 1985 – 1990 – 1995 – 2000 – 2003

- Danıştay (1868-1989), 1993, s.24

- Danıştay (İngilizce) 2003, s.32

44. Danıştay Bilgi Bankası ve Karar Erişim Sistemi Sorgulama Dizini, ER Salih, Danıştay Tetkik Hakimi, s.X+253, (Danıştay Mensupları İçindir.)

46. Danıştay Bilgi Bankası, 1989, s.16 (Danıştay Mensupları İçindir.)

57. Danıştay Bilgi Bankası Karar Erişim Sistemi (Kullanıcı El Kitabı), EREN Şahinder, Danıştay BİM, Sistem Çözümleyici, s.153 (Danıştay Mensupları İçindir.)

65. Elektronik Posta Hizmeti Kullanım El Kitabı, EREN Şahinder, 2003,s.42 (Danıştay Mensupları İçindir.)